Estudios sobre Derecho Constitucional Español, Comparado y Europeo

Liber Amicorum Yolanda Gómez Sánchez

Coordinadores:
Francisco Balaguer Callejón, Carlos Vidal Prado y Cristina Elías Méndez

Derecho Constitucional Europeo

CEPC

BOE

ESTUDIOS SOBRE DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, COMPARADO Y EUROPEO.

LIBER AMICORUM YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ

COLECCIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Directora

Yolanda Gómez Sánchez
Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Catedrática Jean Monnet de la Unión Europea

Consejo Asesor

Eugeni Gay Montalvo, abogado

Elisa Pérez Vera, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED

Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid

Tania Groppi, Catedrática de Derecho Público de la Universidad de Siena

Nuno Piçarra, professor of EU Justice and Home Affairs Law de la Nova Universidad de Lisboa

Enrique Arnaldo Alcubilla, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos

Francisco Balaguer Callejón, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet, ad personam, de la UE

Teresa Freixes Sanjuán, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet, ad personam, de la UE

José María Gil-Robles Gil-Delgado, Catedrático Jean Monnet, ad personam, de la UE y Presidente de la Fundación "Jean Monnet pour l`Europe

Miguel Recuerda Girela, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada

Juan Damián Moreno, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid

Fernando Martín Díz, profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca

María José Ciáurriz Labiano, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la UNED

Carlos Fernández de Casadevante Romani, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid 16.-

Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario y Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha

Diego Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares

Emilio Jiménez Aparicio, abogado.

José Suay Rincón, Catedrático de Derecho Administrativo y Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo

Antonio Torres del Moral, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional de la UNED

Andrés Betancor Rodríguez, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Lorenzo Martín- Retortillo Baquer, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense

ESTUDIOS SOBRE DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, COMPARADO Y EUROPEO. *LIBER AMICORUM* YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, CARLOS VIDAL PRADO Y CRISTINA ELÍAS MÉNDEZ (COORD.)

COLECCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO 1

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
MADRID, 2025

Primera edición: enero de 2025.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones,* se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© De los trabajos, sus autores.
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales para esta edición.

Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

https://cpage.mpr.gob.es

NIPO CEPC: 145-25-001-1 (edición en papel)
145-25-002-7 (edición en línea, PDF)
145-25-003-2 (edición en línea, ePUB)
NIPO BOE: 144-25-005-6 (edición en papel)
144-25-006-1 (edición en línea, PDF)
144-25-007-7 (edición en línea, ePUB)
ISBN: 978-84-340-3023-7
Depósito legal: M-2291-2025

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

Del mismo modo que la llama se eleva en línea recta y no puede yacer ni inclinarse hacia abajo, como tampoco estar inactiva, así nuestra alma se halla en movimiento, tanto más ágil y activa cuanto más ardorosa fuere. Feliz, no obstante, quien tan gran impulso lo ha consagrado a los mejores ideales (…)

(Seneca, *Ad Lucilium Epistulae Morales,* Libro IV, Epístola 39, Traducción de Ismael Roca Meliá, en Séneca, *Epístolas morales a Lucilio I,* Editorial Gredos, Madrid, 1986, p. 249).

ÍNDICE

Páginas

PRESENTACIÓN 17

UNA VOCACIÓN UNIVERSITARIA. SEMBLANZA DE YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ, *Francisco Balaguer Callejón* 21

HOMENAJE A LA PROFESORA YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ, *Cristina Elías Méndez* 25

PRIMERA PARTE. DERECHO CONSTITUCIONAL GENERAL Y COMPARADO

1. «Choca esos cinco», los elementos vertebradores de una reforma constitucional, *Serra Cristóbal, Rosario* 31
2. El derecho como creación científica, *Aguilar Calahorro, Augusto* 53
3. La investigación científica en el Derecho constitucional contemporáneo de la era digital desde una perspectiva multinivel, *Sarrión Esteve, Joaquín* ... 67
4. Sobre el estatus y la naturaleza de la interpretación constitucional en un Estado constitucional de derecho, *Portocarrero Quispe, Jorge Alexander* .. 81
5. Constitucionalismo mágico iberoamericano, *Canosa Usera, Raúl* 107
6. Estrategias y principios para el desarrollo de una buena gobernanza y administración en África, *Cotino Hueso, Lorenzo* 121

SEGUNDA PARTE. INSTITUCIONES, DEMOCRACIA Y ESTRUCTURA TERRITORIAL

1. Una reflexión constitucional sobre la primera década del reinado de Felipe VI, *Aragón Reyes, Manuel* 147

Páginas

2. El refrendo de los actos de un rey que no gobierna, pero sí reina, en la democracia parlamentarista española, *Vera Santos, José Manuel* 169
3. La Monarquía vista desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Jimena Quesada, Luis* 189
4. Algunas notas sobre la Monarquía española, Rollnert Liern, Göran 209
5. El Rey, árbitro y moderador de las instituciones, *Sánchez de la Vega García, Agustín* 225
6. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en la práctica, *Tenorio Sánchez, Pedro* 249
7. El imprescindible papel del régimen electoral en la consolidación de la democracia española, *Vidal Prado, Carlos* 261
8. La recuperación del consenso y la búsqueda del bien común en la actual España constitucional, *Ortega Gutiérrez, David* 273
9. El Ministerio Fiscal en España desprovisto del monopolio del poder de acusar, *Ridaura Martínez, María Josefa* 287
10. La necesidad de transparencia y la regulación de los lobbies: un debate permanente en nuestra democracia, *Álvarez Vélez, María Isabel* 303
11. Los rasgos esenciales de las formas federativas, *Solozábal Echavarría, Juan José* 323
12. La estructura federal del Estado autonómico, *Montilla Martos, José Antonio* 339
13. Constitución territorial entre el pasado y un futuro que no llega, *Tudela Aranda, José* 357

TERCERA PARTE. DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Variaciones sobre la dignidad, *Torres del Moral, Antonio* 381
2. Cinco décadas de reflexión sobre las libertades informativas y su evolución hasta haber llegado a la transparencia de toda actividad pública, *Sánchez Ferriz, Remedio* 401
3. Notas sobre el derecho a la vida y aborto. Perspectivas internacional y comparada, *Cámara Villar, Gregorio* 409
4. Las devoluciones en caliente: ¿una grieta en nuestro Estado de Derecho?, *Bilbao Ubillos, Juan María* 429
5. Los derechos y libertades fundamentales en el siglo XXI, *Rebollo Delgado, Lucrecio* 449
6. Bienestar animal, moral pública y libertad religiosa, *Ciáurriz Labiano, María José* 469
7. Algunos debates dogmáticos sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales, T*roncoso Reigada, Antonio* 483
8. El derecho a la libre producción y creación artística del artículo 20.1, b) CE/78: empezando por el final para comenzar por el principio, *González-Hernández, Esther* 513
9. La transparencia en su vertiente activa, *Cid Villagrasa, Blanca* 535

Páginas

10. La relación médico-paciente en la democracia del siglo XXI, *Navas Castillo, Antonia* 557
11. El tratamiento dispensado a las personas con factores naturales físicos, mentales, intelectuales o sensoriales de diferenciación social en el modelo de prescindencia, *Navas Castillo, Florentina* 577
12. El derecho a la reproducción humana en el contexto constitucional, *Marrades Puig, Ana* 597
13. Regulación en tiempos de incertidumbre: ¿qué papel tienen la bioética y sus comités?, *De Montalvo Jääskeläinen, Federico* 621
14. El derecho de información sanitaria: un análisis constitucional, *Pérez Miras, Antonio* 643
15. El clima a juicio: la capacidad transformadora de la protección multinivel de los derechos, *Palombino, Giacomo* 659

CUARTA PARTE. IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

1. La perspectiva de género en el feminismo jurídico, *Balaguer Callejón, María Luisa* 675
2. Los derechos de las mujeres: de la revolución ausente a la revolución inacabada. ¿Y ahora?, *Groppi, Tania* 691
3. Legislando hacia la igualdad. Un apunte en el décimo aniversario del fallecimiento de María Telo, *Figueruelo Burrieza, Ángela* 697
4. La resolución 1325 en el marco del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la lucha contra la violencia sexual en los conflictos armados, *Pérez Villalobos, María Concepción* 711
5. La pugna entre la legalidad democrática y la legitimidad genealógica: un desafío para la igualdad de mujeres y hombres, *Nuño Gómez, Laura* ... 727
6. «Mujer, constitución y educación». La sentencia 34/2023 ¿Es posible mantener la educación diferenciada?, *Rodríguez Moya, Almudena* 747
7. La gestación subrogada a examen en el debate jurídico constitucional y la jurisprudencia ordinaria, *Galera Victoria, Adoración* 765
8. El informe de impacto por razón de género, *González de la Garza, Luis Miguel* 781
9. La representación parlamentaria de las mujeres, *Souto Galván, Clara* ... 811
10. Neomachismo, masculinidades y juventud: análisis del barómetro juventud y género 2023 de la Fundación FAD Juventud, *Iglesias Bárez, Mercedes* 833
11. ¿La Artificial Inteligencia puede pensar en la violencia contra las mujeres? Patriarcado y género, conceptos básicos que la AI debería aprender, *Ventura Franch, Asunción* 857
12. Violencia contra la mujer en el espacio digital. Un desafío para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, *Pérez Conchillo, Eloísa* 873

Páginas

QUINTA PARTE. DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

1. El nuevo pacto sobre migración y asilo de la Unión Europea, *Porras Ramírez, José María* 897
2. Derechos y jueces en el espacio europeo, *Sánchez Barrilao, Juan Francisco* 923
3. La gobernanza de la economía por la Unión: entre el Derecho y la dirección política, *Azpitarte Sánchez, Miguel* 947
4. El principio democrático en el Banco Central Europeo, *Delgado Ramos, David* 965
5. El Parlamento Europeo en la investidura de la Comisión, *Capodiferro Cubero, Daniel* 979
6. La fragilidad del derecho de sufragio de los ciudadanos móviles de la Unión Europea y de su análisis: otra aproximación especialmente al sufragio activo, *Trujillo Pérez, Antonio Javier* 995
7. Ciudadanía europea y participación política, *Burguera Ameave, Leyre* 1015
8. Alcance del marco jurídico adoptado por la Unión Europea para combatir los matrimonios forzados: con especial consideración de la adhesión al Convenio de Estambul y de su implementación en la Directiva contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, *Saldaña Díaz, María Nieves* 1029
9. Integración y democracia en la Unión Europea, *Val Garijo, Fernando* ... 1077

PRESENTACIÓN

Los *Estudios sobre Derecho Constitucional Español, Comparado y Europeo* que presentamos conforman el *Liber Amicorum Yolanda Gómez Sánchez*, integrado por un total de 55 contribuciones que reflejan una diversidad de temáticas y perspectivas cuyo punto común de referencia es la obra intelectual de Yolanda Gómez.

Las autoras y autores de los capítulos que se reúnen en este *Liber amicorum* han querido rendir homenaje a Yolanda Gómez Sánchez aludiendo en sus textos a las líneas de investigación desarrolladas a lo largo de su fructífera carrera. Así encontramos todos los grandes temas propios del Derecho constitucional y del Derecho constitucional europeo que la Profesora Gómez ha tratado –y continúa abordando– en sus publicaciones. En razón de los mismos, se estructura el libro.

En la primera parte de esta obra se recogen los estudios relativos al Derecho constitucional en general, con aportaciones que abordan temáticas relacionadas con la interpretación constitucional, la reforma constitucional o la investigación en derecho constitucional, así como el derecho comparado.

En la segunda parte se incluyen trabajos dedicados a las instituciones, la democracia o la organización territorial, comenzando por la Monarquía, desde diversas perspectivas, una temática muy querida para la Profesora Yolanda Gómez. También otros textos dedicados al Tribunal de Cuentas y al Ministerio Fiscal, que igualmente han sido objeto de algunas de sus investigaciones, como asimismo lo han sido la transparencia o el consenso, entre otras temáticas que se abordan en este apartado.

La tercera parte del libro se dedica a los derechos fundamentales, un tema al que tantos desvelos ha dedicado nuestra homenajeada. Así los trabajos van

recorriendo con especial atención la protección de datos, la libertad de investigación, las diferentes temáticas que agrupa el denominado «Bioderecho» y otras dimensiones de los derechos igualmente actuales y relevantes.

La cuarta parte de la obra se dedica específicamente a la igualdad entre mujeres y hombres, que ha sido también una temática que ha ocupado no sólo la obra académica de Yolanda Gómez sino también su fructífero periodo de Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, con la creación de la revista *IgualdadES*.

Finalmente, en la quinta y última parte, se reúnen los estudios relativos al Derecho constitucional europeo. El espíritu europeísta anclado en sus más nobles ideales ha inspirado como sabemos también buena parte de la vida y de la obra de Yolanda.

En todos y cada uno de los capítulos que se reúnen en este *Liber Amicorum Yolanda Gómez Sánchez* resultan patentes el cariño y la admiración hacia una persona que ha recorrido todas las etapas de su dilatada trayectoria con gran ilusión y brillantez, teniendo la sabiduría, desde una voluntad de servicio decidida, de disfrutar de la siempre compleja carrera académica, valorando todo aquello que la Universidad nos aporta a quienes tenemos el privilegio de tratar de contribuir a la sociedad a través del desarrollo de nuestra vocación.

Los escritos que ahora presentamos destilan una gran sensibilidad y preocupación por los grandes temas que vertebran las coordenadas de la vida política, jurídica y social que conforman nuestra democracia y que el Derecho Constitucional sintetiza. Es esta una noble disciplina, que vehicula, desde los estándares de seguridad que proporciona el armazón jurídico, los desvelos de quienes se esfuerzan a diario en la investigación, docencia y transferencia en aras a preservar y profundizar en los derechos más esenciales a la condición humana, así como en la mejora de las estructuras democráticas que deben estar a su servicio. Es este, sin duda, el trasfondo que late en la obra de Yolanda Gómez y que con este libro hemos querido reconocer y agradecer.

Agradecemos muy sinceramente a quienes han contribuido a este merecido libro homenaje su amplia respuesta y generosidad, pues sabemos, como así nos lo ha venido transmitiendo Yolanda, su ilusión por este proyecto: el cerrado apoyo de los compañeros del Departamento de Derecho Constitucional de la UNED y de compañeros de otros Departamentos de la Facultad; la generosa respuesta de los queridos compañeros de la Universidad de Granada y de otras muchas Universidades; el respaldo encontrado por parte de los editores del CEPC, actualmente dirigido por la profesora Rosario García Mahamut,

y de sus queridos colaboradores Emilio Pajares Montolío y Mayte Salvador Crespo; el apoyo del BOE y de su director Manuel Tuero Secades; y por supuesto también agradecemos la extraordinaria labor de coordinación realizada por Amalia Balaguer Pérez y Javier Sierra Rodríguez, apoyados por Eloísa Pérez Conchillo y Jorge Portocarrero Quispe, jóvenes profesores e investigadores que garantizan el futuro de las vocaciones universitarias. Y muy especialmente nuestra gratitud a todos los colegas que han querido mostrar su amistad y reconocimiento a nuestra querida Yolanda a través de sus escritos, que en este libro recogemos, y que una vez más demuestra que son sin duda los proyectos colectivos, que siempre la Profesora Gómez ha impulsado, los que más satisfacciones nos aportan.

Francisco Balaguer Callejón
Carlos Vidal Prado
Cristina Elías Méndez

UNA VOCACIÓN UNIVERSITARIA. SEMBLANZA DE YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ

Aunque he coincidido en muchas ocasiones con Yolanda Gómez, en Congresos y Seminarios por diversas partes del mundo (especialmente en Bruselas, con motivo de las reuniones científicas organizadas por la UE en el marco de las acciones Jean Monnet) el recuerdo más vivo (quizás por reciente) que tengo de ella, es el de las ocasiones en las que –con motivo de mi participación en algún curso o en algún seminario– me acercaba a saludarla en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Siempre tuve la impresión de que era el lugar donde más encajaba su personalidad y su forma de entender la vida. La delicadeza y la amabilidad con las que nos recibía a quienes teníamos alguna actividad en el Centro se unía a la sensación de que su elegancia personal se correspondía de manera natural con la del magnífico y refinado entorno del edificio del Centro. Daba la impresión de que ella pertenecía a ese entorno, como si siempre hubiera estado allí como directora. Una impresión que se veía respaldada por la misma elegancia manifestada en la Presentación de las diversas actividades que tenían lugar en las salas nobles de esa institución.

Pero no se trataba solamente de una cuestión de formas, porque Yolanda Gómez captó desde el primer momento el sentido y la naturaleza del Centro como institución pública, dándole un empuje muy importante no sólo en las actividades sino también en las publicaciones, con la creación de nuevas colecciones, la liberación de las revistas para su acceso público y gratuito, así como la fundación de una nueva revista «IgualdadES», entre otras iniciativas. Su paso por el CEPC ha dejado una huella importante que no se limita al período en que fue su directora sino que se proyecta también para el futuro. El equipo

que formó, especialmente Emilio Pajares y Mayte Salvador, han seguido posteriormente con la nueva dirección desarrollando su labor con un sentido del deber y una profesionalidad encomiables.

De una persona que ha ocupado otros muchos cargos en su carrera universitaria (Vicedecana, Directora del Departamento, Directora de la Escuela Internacional de Doctorado o Vocal del Research Council del European University Institute) así como fuera de la universidad (Consejera de Estado, Experta de la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE, Experta del International Bioethics Committee de la Unesco o Académica de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), pudiera parecer inevitable que su trayectoria científica se resintiera de una actividad tan intensa. Sin embargo, lo cierto es que ha desarrollado también un productivo trabajo doctrinal que se manifiesta en multitud de publicaciones que se extienden prácticamente a todas las temáticas posibles de nuestro Derecho constitucional, así como al núcleo constitucional del Derecho europeo, justamente el Derecho constitucional europeo.

En muchos de estos ámbitos ha sido pionera, contribuyendo a la difusión en nuestro país de la vertiente multinivel de la protección de los derechos o del Derecho constitucional europeo como disciplina, siendo además titular de una Cátedra Jean Monnet «ad personam». También son de destacar sus muchos trabajos sobre bioética o sobre protección de datos, derecho a la igualdad, monarquía parlamentaria, dignidad de la persona, control económico-financiero, libertad religiosa o reforma constitucional, entre otros. En todas esas temáticas y en los debates que se han generado en torno a ellas, la voz de Yolanda Gómez ha aportado siempre un toque de sensatez y de rigor en el tratamiento de los problemas constitucionales que plantean.

En el ámbito universitario es de destacar también la labor de dirección de un gran número de Tesis Doctorales, que revela una dedicación extraordinaria a la formación, tan necesaria para la continuidad del trabajo científico. Un magisterio que se proyecta sobre personas que, como Cristina Elías o Joaquín Sarrión, son ya investigadores acreditados con un impresionante historial académico. Yolanda Gómez vive la Universidad y la Universidad ha sido su vida, algo a lo que no es ajeno Javier, que comparte esa vida y esa vocación con ella desde hace muchos años.

Una contribución especialmente destacable de su labor como jurista ha sido la dirección de colecciones editoriales del Boletín Oficial del Estado, en torno a las cuales ha aglutinado a un gran número de juristas de prestigio que han contribuido a publicaciones muy destacables en las que el BOE ha generado un cuerpo de doctrina especialmente valioso. La reciente creación de una

Colección de Derecho Constitucional Europeo evidencia esa voluntad de Yolanda Gómez de promover la construcción de Europa en el ámbito doctrinal desde un planteamiento constitucional y fomentar, al mismo tiempo, una perspectiva europeísta en el Derecho constitucional nacional, que tome conciencia de su dimensión europea.

Pese a todos los importantes cargos que ha ocupado fuera de la Universidad (y los que pueda ocupar en el futuro) si hubiera que destacar un rasgo de su trayectoria profesional, seguramente ese sería el de su vocación universitaria. En todos esos cargos, la jurista Yolanda Gómez ha sido, sobre todo, una Profesora de Derecho constitucional. En ellos ha desarrollado sus funciones partiendo de su bagaje académico, como si fuera una proyección natural de lo que ha aprendido, experimentado y vivido en la Universidad. Esa impronta universitaria se refleja también en la apertura intelectual, en la capacidad para adaptarse a su tiempo, en la flexibilidad para incorporar los cambios necesarios para avanzar, en la intuición para aprender y comprender cómo afrontar y liderar esos cambios.

Una entera generación universitaria se está jubilando en estos últimos meses. Personas a las que el Derecho constitucional les debe mucho y que han contribuido desde la academia y las instituciones a la puesta en marcha de nuestro sistema constitucional. Una reflexión sobre la edad de la jubilación en la Universidad sería necesaria si tenemos en cuenta que estas personas están ahora en la época potencialmente más productiva de sus vidas, en la que más podrían aportar a nuestro sistema universitario, a la docencia y a la investigación. A diferencia de otros muchos oficios, este no termina nunca, no tiene una fecha determinada en la que se pueda decir que ya no puedes aprender más o que no puedes enseñar más. Mientras puedas hacerlo, seguirás escribiendo y enseñando. Si no formas ya parte de los cuerpos docentes universitarios continuaras haciéndolo por la autoridad de tus escritos y por el prestigio que hayas acumulado durante tu carrera académica.

En el caso de Yolanda Gómez será así también, porque una persona puede jubilarse de un puesto funcionarial, pero no puede hacerlo de una vocación, de una forma de vida. Sus discípulos y discípulas lo seguirán siendo, consultándole cómo enfocar los nuevos proyectos de investigación, preparar sus publicaciones o dirigir los trabajos de quienes se incorporan a la universidad. Los grupos académicos que han encontrado en ella un referente en las diversas temáticas en las que ha sido pionera, marcando líneas de investigación futuras, seguirán contando con sus aportaciones en los seminarios y los congresos que organicen. En lo sustancial nada cambiará seguramente en su «nueva» vida, ahora como Profesora Emérita.

Vivir la universidad es algo más que dar unas clases a estudiantes, corregir sus trabajos y sus exámenes o tutorizar su desarrollo académico (que en gran medida es también su desarrollo personal). La universidad no es un lugar, ni una Ítaca a la que llegar para comprobar quizás que ya nada puede ofrecerte. La universidad es, sobre todo, un proceso siempre abierto de aprendizaje de valores y actitudes ante la vida. La prudencia, la humildad, la comprensión, el respeto. La forma de ser, en suma, de Yolanda Gómez Sánchez.

Francisco Balaguer Callejón
Universidad de Granada

HOMENAJE A LA PROFESORA YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ

Escribir una semblanza de una profesora universitaria a quien considero maestra y amiga es algo que a cualquier discípulo no gusta hacer, porque, por muy merecida que sea (qué menos puede ofrecerse a quien tanto ha velado por uno mismo), tiene algo de inicio de esas despedidas que se preferirían en la vida nunca acometer.

Afortunadamente, en el caso de Yolanda Gómez Sánchez, este paso a su actual condición de profesora emérita es solo relativo porque, demostrando una vez más su valentía y pasión para transitar por la vida, lo hace desde la entrega más activa a su profesión, a la Universidad y, en un sentido más amplio, a la construcción del conocimiento al servicio del progreso de la democracia y de la garantía de los derechos fundamentales.

La extraordinaria y rica vida académica llevada a cabo por la Profesora Gómez ha estado marcada por la transmisión de unos valores conforme a los que ha desarrollado su profesión y en los que nos ha alentado a crecer a las personas que hemos tenido el privilegio de formarnos y progresar bajo su magisterio: la libertad –inescindiblemente unida a la responsabilidad– para llevar a cabo los diferentes proyectos profesionales, así como la lucha cotidiana y la resistencia ante cualquier adversidad que se presente.

Esta labor investigadora y docente ingente la ha llevado a cabo singularizada además por otra de sus grandes características, el entusiasmo, desde el que ha sabido disfrutar de todas las oportunidades, creándolas si resultaba preciso, y asimismo superar las dificultades, que no han sido pocas. Las vicisitudes propias de la vida académica han estado sin duda también relacionadas con el hecho de haber sido una de las primeras mujeres en España en obtener

una cátedra en Derecho Constitucional. Sirvan estas palabras como merecido homenaje a Yolanda y a las primeras mujeres catedráticas de Derecho Constitucional en nuestro país, y de agradecimiento de las profesoras e investigadoras que en los años sucesivos nos encontramos con rocas removidas y caminos iluminados, recibiendo además por su parte un apoyo y aliento incondicionales en nuestras propias andaduras.

Y es que la coherencia ha sido otro de los grandes rasgos que cabe destacar en su vida y en su obra: los valores señalados se han ido reflejando en la selección de temas que han despuntado en su amplísima obra científica. Así, la Profesora Gómez ha abordado (y no olvidemos, sigue estudiando y analizando) líneas como la monarquía, denunciando ya en sus primeros estudios la inconstitucionalidad de la norma constitucional que da preferencia al varón sobre la mujer en la sucesión al trono en España (art. 57.1 CE); se ha adentrado en el estudio de instituciones como el Tribunal de Cuentas o el Ministerio Fiscal; pero sobre todo destacan a mi entender sus aportaciones investigadoras y docentes al estudio de los derechos fundamentales desde su preocupación por la libertad y la igualdad, con publicaciones siempre a la vanguardia como las dedicadas a la protección de los menores, la protección de datos, la libertad de investigación y el haz de derechos que convergen en la categoría del Bioderecho. Asimismo, a lo largo de los años, ha persistido en un esfuerzo continuado por clarificar los conceptos jurídicos que deben acompañar el progreso de la igualdad entre mujeres y hombres en una sociedad democrática avanzada, aportando el máximo rigor a todo lo estudiado. Y a estos estudios de Derecho constitucional en general y de la dogmática jurídica en particular incorporó de forma temprana las metodologías necesarias para analizar el impacto del Derecho constitucional europeo desde una perspectiva multinivel, profundizando en un contexto de estrecha colaboración con los primeros módulos y Cátedras Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo que se concedieron en España y de los que también Yolanda ha sido titular, hasta consolidar la condición de Catedrática Jean Monnet *ad personam.* Este y otros caminos la Profesora Gómez los ha transitada acompañada de queridos compañeros de otras Universidades y Escuelas, singularmente de la Escuela de Granada que, encabezada por Francisco Balaguer y Gregorio Cámara, tantas satisfacciones académicas y personales nos han deparado.

La labor investigadora de la Profesora Gómez ha estado siempre estrechamente vinculada a la docencia. Así, utilizando las magníficas posibilidades que ofrece la UNED, ha sabido hacer llegar sus conocimientos a través de asignaturas, cursos, congresos y seminarios a infinidad de estudiantes. En este sentido me gustaría destacar muy especialmente su iniciativa y puesta en marcha de la

especialidad en inglés *Multilevel European Integration and Fundamental Rights* en los años en que coordinaba el Máster interfacultativo en Unión Europea de la UNED, así como el impulso y la creación por su parte de un sólido programa de Doctorado en Unión Europea y que tantos excelentes resultados y satisfacciones nos han proporcionado a estudiantes y profesores de nuestra Universidad en los siguientes años.

Cuando se contempla la obra científica de un académico, se atisba también la personalidad que la sustenta, y la amplia y cuidada selección de temas a lo largo de su trayectoria, el rigor y la precisión en el estudio y la investigación, ponen de relieve las grandes características de Yolanda.

Aunque sé que no resulta necesario en su caso, pedimos a la Profesora Gómez que siga colaborando y aportando a la vida científica y académica por la que tanto ha hecho. Yolanda, retomando la cita inicial de este libro, *ad meliora*.

Cristina Elías Méndez
Universidad Nacional de Educación a Distancia.

PRIMERA PARTE
Derecho Constitucional General y Comparado

«CHOCA ESOS CINCO», LOS ELEMENTOS VERTEBRADORES DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL

Rosario Serra Cristóbal
Universitat de València

«Chocar los cinco» tras la reforma de un texto constitucional supone considerar que el proceso ha superado exitosamente varias etapas, que pueden ser más o menos complejas dependiendo, entre otras cosas, del carácter más genérico/abierto o más detallado del texto constitucional, de la rigidez o flexibilidad del procedimiento de reforma establecido [1], o del tipo de reforma que se esté abordando –no es lo mismo una reforma parcial de una Constitución o una reforma menor, que la reforma total de la Constitución–. En este trabajo, para describir esas etapas, se ha utilizado el símil de una mano, donde cada uno de los dedos, con los atributos que tradicionalmente le son asignados, se vinculará a su vez con cada uno de los elementos o fases que conformarían el itinerario que conduce al éxito de una reforma constitucional.

Empezaremos recordando que, una vez acordado el marco constitucional de un Estado, le sigue la necesidad de ir adaptándolo al devenir de la sociedad

[1] El proceso, más o menos complejo, para reformar una Constitución puede encontrase en el propio texto que pretende reformarse, distinguiéndose así, como hiciera Bryce entre constituciones flexibles y rígidas (Bryce, J., *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*. CEC, Madrid,1988), o pudiera no estar previsto. Puede consultarse también sobre esta cuestión el trabajo de Sánchez Ferriz, R., «¿Reforma constitucional o proceso constituyente? Reflexiones sobre sus diferencias a la luz de la situación actual», Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2015. (https://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/662017.pdf Consulta: 30 de mayo de 2024). Hay países que han modificado sus constituciones adoptadas tras la segunda guerra mundial, como es el caso de Alemania en más de 60, o Francia, que lo ha hecho también en numerosísimas ocasiones, a países como España, con escasas tres reformas constitucionales.

y sus necesidades e inclinaciones [2]. Esa adaptación puede hacerse a través de la interpretación y de una aplicación flexible de la norma suprema, aunque siempre tendría que realizarse, como señalaba Gómez Sánchez [3], sin desnaturalizar el texto originario. El abismo entre el derecho vivo, que tiene su fuente en necesidades y costumbres nuevas, y la letra envejecida de una Constitución debería salvarlo el intérprete idóneo de la Constitución, bien sea un tribunal específico, que ejerce un control concentrado de constitucionalidad, bien el juez al aplicar las normas, en un sistema difuso. En este sentido, advertía Jellinek que «una cosa es indudable: que las Constituciones escritas rígidas no pueden evitar que se desenvuelva junto ellas y contra ellas un Derecho Constitucional no escrito; de suerte que, aun en estos Estados, junto a los principios constitucionales puramente formales, nacen otros de índole material» [4]. Pero, esa interpretación no puede ser siempre la solución. Hay Constituciones que por excesivamente basadas en principios o previsiones laxas, o porque se ha hecho abuso de la interpretación, han acabado generando mutaciones en el contenido de las mismas, cambios constitucionales que hubiese sido deseable que se realizasen mediante una reforma. Ese es el caso en España, como señalaba López Guerra [5], del desarrollo territorial que se ha producido, donde el Estado de las autonomías no es consecuencia directa de los preceptos del texto constitucional, sino más bien de un conjunto de normas que han interpretado esas previsiones constitucionales en un sentido determinado, conduciendo a un cambio en la Constitución material.

A veces, los instrumentos interpretativos no son suficientes para satisfacer las aspiraciones de la población o atender a las nuevas realidades. Es cuando puede surgir la necesidad de enmendar la Constitución en aquellas partes

---

[2] Negretto recuerda como la teoría del poder constituyente democrático, tradicionalmente asociada a la revolución francesa y a los escritos de Sieyès, pero ya formulados durante la revolución americana, se funda en tres proposiciones lógicamente encadenadas: 1) la legitimidad y la validez de una Constituci6n deriva de haber sido creada con la autorizaci6n o el consentimiento de los gobernados, 2) dado que la Constitución es creada por medio de un acto de soberanía popular, los poderes constituidos carecen de autoridad para transgredir los límites impuestos por la Constitución, y 3) los gobernados se reservan en forma permanente el derecho de alterar o sustituir la Constitución cuando lo consideren necesario para promover el bienestar general. Negretto, I. G., «El poder constituyente en la tradición constitucional americana. El legado problemático de los escritos federalistas», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, 3, p. 789.

[3] Gómez Sánchez, Y., «La reforma constitucional: permanencia y proceso reglado», en Ugartemendia, Juan Ignacio, Saiz, Alejandro y otros (Coords.), *Transformación y reforma constitucional. Desafío y límites*. IVAP, Oñati, 2022, p. 32.

[4] Jellinek, G., *Teoría general del Estado* (Traducción de Fernando de los Rios), S. L. Fondo de Cultura Económica de España, edición de 2012. México, p. 438.

[5] López Guerra, L., «La mutación constitucional, con especial referencia al Estado de las autonomías», en Ugartemendia, Juan Ignacio, Saiz, Alejandro y otros (Coords.), *Transformación y reforma constitucional*…, *op. cit.,* p. 67.

que lo precisen o incluso plantearse abordar una reforma plena de la misma. La normalidad constitucional debe ofrecer pues procedimientos de revisión constitucional que permitan actualizarla y acompasarla a la realidad [6].

Para comenzar, como decíamos arriba, conviene hacer una distinción entre lo que sería una reforma parcial de una Constitución de lo que es una reforma total del texto o, lo que viene a ser similar, la elaboración de una nueva Constitución. Solo cuando nos encontramos ante una reforma total de una Constitución o ante la elaboración *ex novo* de un texto constitucional es cuando más propiamente podemos hablar de proceso constituyente y no de reforma constitucional, que es la que opera el poder constituido (sea una asamblea especial, o el parlamento a través de mayorías reforzadas, entre otros). La apertura de un proceso constituyente en sentido estricto, con la sustitución de un texto constitucional por otro nuevo, se produce cuando concurre la convicción de que se está asentando un orden distinto, que organiza y da forma jurídica a un Estado o permite que este vuelva a refundar su orden jurídico [7]. No solo se trataría de algo formal, sino de algo más profundo, pues, como advertía Arato no hay que confundir lo puramente formal con lo material para distinguir si estamos ante una mera reforma de la Constitución o ante un reemplazo, porque a veces una sola enmienda puede «sustituir» un elemento material esencial de una constitución por algo totalmente distinto. Al igual que, como ocurrió en Suecia en 1974, una sustitución formal puede preservar materialmente una Constitución casi idéntica [8].

E, igualmente, cuando se abre un proceso de reforma constitucional, parcial o completa, y el poder constituido «constituyente» emprende la tarea de enmendar la Constitución, si se quiere tener éxito, ha de procurar que el texto resultante influya positivamente en el sentimiento constitucional de la ciudadanía, en la legitimidad de aquel, en la percepción de pertenencia constitucional y en la posibilidad de creación de un relato cohesionador [9]. Ciertamente, no hay ningún modelo de proceso de reforma constitucional que pueda servir de guía, a modo de patrón idóneo, para obtener el mejor resultado. El éxito de tal

---

[6] Ridaura Martínez, M. J., «Las reformas de la Constitución Española de 1978», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 31, 2018, p. 653.

[7] De Vega García, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 24 y ss.

[8] Arato, A., «Democratic legitimacy and forms of constitutional change», Constellations, vol. 24, Issue 3, 2017, p. 447. En el mismo sentido, Zaiden Benvindo, J., Bernal, C. y Albert, R., «Introduction: Facts and Fictions in Latin American Constitutionalism», en *Constitutional Change and Transformation in Latin America*. Hartículo Bloomsbury, Oxford, 2019, p. 11.

[9] González Cadenas, D., *Democracia y procesos constituyentes. Un análisis jurídico-político*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 40.

proceso siempre va a depender de las singularidades de cada Estado y de la concurrencia de muy variados elementos. Aun así, haciendo un análisis comparado, puede observarse que hay elementos que han demostrado favorecer constituciones más estables y longevas. Sobre estos elementos incidiremos a continuación.

I. EL PULGAR: EL CONVENCIMIENTO COLECTIVO SOBRE LA NECESIDAD DE REFORMAR LA CONSTITUCIÓN

El pulgar es el dedo con el que los ciudadanos que asistían a los juegos en la Roma clásica decidían sobre la vida o la muerte de aquel que caía vencido en la arena. Un dedo y un gesto que con el tiempo se han convertido en el símbolo de la aprobación, del «adelante», del okey. También la apertura de un proceso de reforma constitucional requiere de un convencimiento sobre la necesidad de poner en marcha un proceso que conduzca a la adopción de un nuevo texto constitucional. A veces esa necesidad surge de ese sentimiento mayoritario, pero, en otras ocasiones, la reforma puede responder a necesidades de otra naturaleza, como las económicas, políticas o supranacionales.

La primera de las preguntas que nos planteamos es ¿qué motiva la apertura de un proceso de reforma constitucional? En la mayoría de los casos, a un cambio constitucional precede una conciencia, que a veces requiere de unos años para que fragüe, de que la norma constitucional anterior ha perdido legitimidad o ya no sirve como norma que ordene al Estado, sus instituciones y ciudadanos [10], o simplemente que algún precepto no encaja con los valores del momento actual o no da respuesta a nuevas vicisitudes.

Obviamente, cuando referimos a una reforma total de la Constitución, las motivaciones son de más hondo calado. La historia nos ha dado muestras de cambios constitucionales profundos, por ejemplo, los cambios constitucionales que fueron produciéndose a lo largo del S. XIX y que fueron debidos, a su vez, a los cambios en el paradigma de Estado acaecidos durante esos años; o los producidos tras las enormes crisis político-económicas supranacionales, como las sucedidas en torno a las dos grandes guerras mundiales, que pusieron de manifiesto la invalidez del constitucionalismo anterior y que dieron lugar a la necesidad de los Estados de dotarse de nuevos textos constitucionales. Lo

[10] Un estudio comparado sobre procesos constitucionales a lo largo del mundo puede encontrarse en ARATO, A., *Post Sovereign Constitution Making: Learning and legitimacy*. Oxford Scholarship Online, Oxford, 2016.

mismo cabría decir respecto de las grandes reformas constitucionales que se han producido tras dictaduras, con el objetivo de romper con los «enclaves autoritarios» o con las estructuras sociales profundamente desigualitarias previamente existentes. Y ello ha sucedido de una manera brusca, a través de una revolución (ej. la Constitución Rusa de 1917), o de una forma más pacífica y consensuada (ej. la Constitución española de 1978).

La voluntad de reformar la Constitución en su totalidad puede proceder también de un sentimiento de obsolescencia de la Constitución anterior, cuando se produce una crisis de representación o gobernabilidad, acompañado muchas veces de una crisis económica y/o social, y surge la necesidad de incorporar reformas democráticas profundas que no pueden pasar por una mera enmienda constitucional ni implementarse mediante la interpretación judicial. Así, por ejemplo, en las últimas décadas, en diversos países latinoamericanos, en un escenario caracterizado por el patente rechazo ciudadano hacia la clase política y por una pérdida de legitimidad, representatividad y eficiencia de las instituciones, han surgido nuevos movimientos sociales y «populismos» que se han convertido en portavoces de ese desencanto social. Es en ese caldo de cultivo donde se han abierto procesos constituyentes con el objetivo de reformar una constitución íntegramente, más bien, de reemplazar la constitución preexistente [11]. De hecho, un rasgo característico de estos procesos latinoamericanos tiene que ver con el establecimiento de mecanismos de reemplazo, como fórmula que convive con la reforma en los nuevos textos constitucionales. Se trata de nuevos textos que buscan romper con el orden de poderes previo para refundar el Estado sobre otro paradigma [12].

---

[11] En 1991 Colombia promulgaba su actual Constitución, sustituyendo una de las más longevas en América Latina, la de 1886, Perú lo hacía en 1993, la República Dominicana en 2015 y Cuba en 2019. Pero, especialmente singulares fueron los procesos constituyentes vividos en Ecuador entre 1997 y 1998, en Venezuela en 1999, de nuevo en Ecuador y Bolivia entre 2006 y 2009. En Chile desde el estallido social de octubre de 2019 se puso de manifiesto el sentimiento de desconexión de la ciudadanía chilena con las instituciones y los partidos políticos, que venía siendo una constante, lo que ha hizo crecer con los años la necesidad de un cambio constitucional. Es a partir de esa grave crisis política y social, y con la aprobación de la Ley de reforma constitucional núm. 21.200/2019, de 23 de diciembre, que incorporó un nuevo título al capítulo XV de la Constitución vigente, «Reforma de la constitución y del procedimiento para elaborar una nueva constitución de la República» cuando se abrió el primer proceso de reforma total de la Constitución, que acabó fracasando. A ello le seguiría un segundo intento de reforma constitucional que también acabaría sin éxito. Martínez Dalmau, R., «No son treinta pesos, son treinta años. *El proceso destituyente en Chile a la búsqueda del Estado Constitucional (2011-2019)», en* Tremolada Álvarez, E. (Ed.)*, Redefinición de agendas y actores en el actual (des)orden internacional.* Externado de Colombia, Bogotá, 2023.

[12] Son Constituciones que no imitan a lo que denominamos *constitucionalismo democrático occidental*, sino que aportan y comparten caracteres nuevos que dibujan su singularidad. Son procesos que han estado caracterizados por una enorme confianza en las nuevas Cartas constitucionales, como factor de orden y de cambio estructural respecto a una realidad política y social totalmente distinta a lo que se encontraba previsto en las Constituciones previas, y por una implicación de la ciudadanía mucho mayor en

Las reformas parciales de la Constitución o de preceptos constitucionales que pueden tener menor repercusión global en los elementos basilares de la configuración constitucional de un Estado pueden obedecer a la obsolescencia del contenido de una parte de la Constitución o de un precepto concreto. Este podría ser el caso de la reforma del artículo 49 de la Constitución española, operada finalmente en 2024, pero que traía causa de un largo sentimiento colectivo sobre la necesidad de eliminar el concepto de «disminuido» del articulo y dotar de una protección a los derechos de las personas con discapacidad más acorde con sus necesidades y el marco internacional de derechos humanos [13]. No obstante, y siguiendo con el caso de España, puede existir un convencimiento muy generalizado sobre la necesidad de reformar parte del articulado de la Constitución o un simple precepto, pero, no ponerse en marcha el proceso de reforma, a pesar de ello. Esto puede suceder por no existir un consenso claro sobre el cómo quiere regularse de nuevo lo que pretende reformarse (podríamos pensar en una posible reforma del Senado, o de preceptos constitucionales que hacen referencia a un proceso autonómico ya materializado), o sucede porque el procedimiento para modificar esa parte de la Constitución es muy complejo (sería el caso de la eliminación de la prevalencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona española).

También las reformas constitucionales parciales pueden depender de la existencia de coyunturas políticas mayoritarias. Pueden venir motivadas por opciones políticas apoyadas mayoritariamente en un momento determinado, como la modificación la Constitución francesa en 2024 para incluir en la misma el derecho al aborto. O son reformas que pueden venir condicionadas porque obligaciones internacionales impongan la necesidad de un cambio constitucional. De nuevo volviendo a España, ello sucedió con la reforma de los artículos 13.2 y 135 [14], como consecuencia de la pertenencia a las entonces Comunidades Europeas, luego Unión Europea, y de la necesidad de acompasar nuestro texto constitucional a los compromisos asumidos por nuestro país

el proceso constituyente. Garzón Valdés, E.,«Derecho y Democracia en América Latina», en M. Carbonell y R. Vázquez, (eds.), *El Estado de Derecho: Dilemas para América Latina*. Palestra, Lima, 2009, p. 147. Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano puede consultarse, entre otros: Viciano Pastor, R. y Martínez Dalmau, R., «Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano», en AA. VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010, pp. 13-43. J. M. Serna De La Garza (coord.), *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009.

[13] Casas Baamonde, M. E., «La reforma de la Constitución», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 67, 2024.

[14] Ridaura Martínez, M. J., «La reforma del artículo 135 de la Constitución española: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?», *Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 2012, pp. 237-260.

en el marco de las mismas [15]. En puridad, se trató más de una adecuación de la Constitución al proceso de integración supranacional europea que de una reforma constitucional por voluntad del pueblo de introducir cambios en la norma suprema.

La cuestión que surge también es ¿quién decide finalmente que es el momento para plantear una reforma constitucional, para abrir el proceso? En este sentido, lo habitual es que los propios textos constituyentes establezcan los legitimados para iniciar tal proceso y que estos lo hagan en el momento que encuentren políticamente propicio para que la reforma tenga visos de ser aprobada. Pues, como señalaba Gómez Sánchez respecto de la Constitución española de 1978, la pregunta no es solo si la Constitución necesita ser reformada, sino si es jurídicamente y políticamente posible y conveniente [16]. Todos sabemos las dificultades para la reforma de la Constitución en España no solo por el procedimiento de reforma previsto para ello, sino también por la complejidad de llegar a acuerdos para ello. Dejando a un lado las tres reformas practicadas, ha habido una especial aversión o miedo a modificar la Constitución, –si se me permite la expresión, a abrir el melón–, más aún en un escenario político tan polarizado como el de los últimos años. Como señalaba Saiz Arnaiz, una reforma constitucional que fuera más allá de las tres enmiendas obligadas u obvias que se han llevado a cabo, necesitaría «de un ambiente político que la haga posible o, incluso en ausencia de ese ambiente, de una mayoría dispuesta a asumir los riesgos (desde luego los electorales) de semejante empresa» [17].

En algunos casos, es la misma población la que puede estar convocada para decidir sobre la voluntad como colectivo, como poder constituyente, de poner en marcha una reforma constitucional. El ejemplo más reciente lo tenemos en el fallido intento de reforma constitucional de Chile, donde en el *Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución* se decidió la celebración de un referéndum para preguntar a la ciudadanía si estaba o no de acuerdo con la redacción de una nueva Constitución. La previsión de un referéndum sobre la pertinencia de abrir un proceso constituyente no es algo generalizado en el constitucionalismo comparado. De hecho, no estaba contemplado en la Constitución vigente chilena, por lo que, para plantear el plebiscito, fue necesario

[15] Cruz Villalón, P., hablaba de la europeización de la Constitución española en «Europeización de la Constitución española», en Cruz Villalón, Pedro (Coord.), *Hacia la europeización de la Constitución española: la adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*. Fundación BBVA, Bilbao, 2006, pp. 23-50.

[16] Gómez Sánchez, Y., «La reforma constitucional…», *op. cit.,* p. 33.

[17] Saiz Arnaiz, A., «La reforma constitucional ¿imposible?», en Ugartemendia, Juan Ignacio, Saiz, Alejandro y otros (Coords.), *Transformación y…*, *op. cit.,* p.17.

reformarla previamente [18]. Un plebiscito de este tipo se llevó a cabo con anterioridad a los procesos constituyentes que alumbraron la Constitución francesa de 1945 y la de Ecuador de 2008, con el referéndum de 15 de abril de 2007. Cabe citar igualmente los plebiscitos constituyentes previstos en Islandia y Bolivia, aunque no llegaron a celebrarse por diversos motivos [19].

II. EL ÍNDICE: LA DETERMINACIÓN DE QUIÉN Y CÓMO SE VA A LLEVAR A CABO LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El índice es el dedo con el que se selecciona, con el que se señala. En un proceso de reforma constitucional es también fundamental a quién se selecciona para redactar ese texto constitucional. En el marco de una teoría democrática del Estado, el pueblo es el único sujeto que tiene la legitimidad política necesaria y suficiente para dotarse a sí mismo de una norma fundamental. Ahora bien, pese a que el poder constituyente reside en el pueblo soberano, la redacción de un texto constitucional o su enmienda, por razones prácticas, ha de encomendarse a alguien que lo represente.

Dado que en una reforma constitucional cabe incidir en las reglas de juego del sistema político, económico y social del país, es imprescindible que en la asamblea que vaya a realizar esa reforma estén representadas todas las sensibilidades sociales, y que el sistema que se escoja para su elección sea lo más proporcional posible y lo más garantista posible con la pluralidad social.

Si lo que se pretende es la enmienda total de una Constitución democrática, la elección de los miembros de la asamblea que ha de redactar el nuevo texto constitucional, de un modo u otro, debiera reflejar más que nunca la participación de la ciudadanía. De ahí que, cuando se trata de abordar reformas totales o de hondo calado, que afectan a elementos especialmente protegidos de la Constitución, es más común ese refuerzo participativo de la población en la elección de la asamblea que ha de redactar el texto.

Cabe la posibilidad de que se tenga que elegir una asamblea constituyente que se disuelva una vez redactada el nuevo texto constitucional, aunque es la fórmula más inusual. Aun así, la fórmula de la convención sí ha sido usada en Latinoamérica [20]. En la mayoría de los últimos procesos constitucionales

[18] Sobre dicho plebiscito puede consultarse el trabajo de Astroza, P., «El plebiscito constituyente en Chile», *Análisis del Real Instituto*, 129, 2020, 17 de noviembre.

[19] González Cadenas, D., *Democracia y…, cit.*

[20] Así fue, por ejemplo, en el proceso constituyente venezolano en 1999. Hernández, J., y Núñez, I.,«La participación ciudadana en el proceso constituyente venezolano de 1999: Evolución y desarrollo», *Telos*, Vol. 4, 1, 2002, pp. 98-113.

abiertos en la Región encontraremos procedimientos, que se extienden en algunos casos por varios años y que pivotan sobre la conformación de una asamblea elegida con el fin único de redactar una nueva Constitución o para la reforma de esta (Uruguay, Colombia, Costa Rica, Bolivia, Brasil, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Venezuela y Chile)[21]. Si se opta por esta fórmula, un elemento esencial para asegurar la legitimidad del texto que pudiera salir de esa asamblea constituyente o convención constitucional es que esta sea representativa del pueblo y refleje el pluralismo político y social de la comunidad. Lo deseable es la opción por una asamblea/convención constituyente que sea lo suficientemente representativa de todo el pueblo, de toda la ciudadanía, y que no se produzca una desconexión entre la clase política y las aspiraciones de la sociedad.

Es más habitual que se le encomiende la reforma constitucional al parlamento a través de un procedimiento especial, o, en su caso, que se tenga que elegir un nuevo parlamento con el encargo de llevar a cabo una reforma total o profunda de la norma básica. Este último sería el caso del procedimiento super agravado del artículo 168 de nuestra Constitución.

O puede que se utilicen fórmulas mixtas, con asambleas conformadas por miembros del parlamento y personas electas para esa tarea concreta de reformar la Constitución. Así sucedió con la elaboración de la fracasada Constitución Europea.

Cuando se trata de una reforma menor de la Constitución, lo que denominaríamos reforma ordinaria, es habitual que sea directamente el parlamento el que se encargue de la redacción de la reforma, debate e incluso votación del articulado constitucional a reformar.

III. EL CORAZÓN: LA REDACCIÓN Y DEBATE DEL TEXTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

El dedo corazón representa el núcleo del proceso constituyente. Es la maquinaria que hace funcionar el proceso para que llegue a engendrar una nueva redacción de la totalidad o de parte del texto constitucional. Representa ese momento de la redacción del proyecto de reforma y debate sobre el mismo.

[21] Zuñiga, F., «Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la asamblea constituyente», *Estudios Constitucionales*, 1, 2013, p. 513.

1. **El procedimiento de reforma ¿participado?**

a) En primer lugar, es obvio que la redacción y debate del texto ha de sustanciarse a través del procedimiento preestablecido. Ha de determinarse de qué modo se pueden presentar propuestas de reforma (el Anteproyecto), quién lo va a hacer, si se van a crear comisiones de trabajo, cómo se formularán enmiendas durante el proceso de reforma, los tiempos, las reglas de los debates, el mínimo quorum necesario para votar o tomar cualquier tipo de decisión o incluso si se incluyen mecanismos de participación ciudadana. Lo habitual es que ello se lleve a cabo a través de un procedimiento de reforma preestablecido en la propia constitución y desarrollado legislativamente, o puede que se apruebe expresamente una norma que regule cómo se va a llevar a cabo esa reforma constitucional. Esto segundo sucedió en Chile, donde el trabajo a realizar por la Convención constituyente había de hacerse conforme a las reglas establecidas en el Reglamento de funcionamiento de este órgano, que se aprobó el 8 de octubre de 2021 [22]. También podría ser que no nos encontrásemos con ninguna previsión expresa sobre el modo en que ha de reformarse la Constitución. De hecho, y como adelantábamos al comienzo, las Constituciones se califican en flexibles o rígidas precisamente atendiendo a la existencia de procedimientos pertinentes más o menos dificultosos o complejos para la reforma constitucional, esto es, más o menos fáciles o difíciles de recorrer. Pero, además, es que dentro de una misma Constitución puede haber diferentes grados de dificultad dependiendo de la parte de la misma que se pretenda enmendar. De hecho, en el transcurso de más de dos siglos, y en cada parte del mundo, la creatividad de los constituyentes para idear sistemas de agravamiento de la Constitución ha sido sumamente amplia [23].

Lo que es obvio es que todo texto que finalmente se adopte en el seno de una asamblea que debate la reforma constitucional habrá de ser resultado de la deliberación entre diferentes posiciones ideológicas, del examen abierto de las propuestas, que pueden ser dispares, de la identificación de los disensos y la negociación de acuerdos, y de poner el punto de mira en todo momento en la búsqueda de consensos.

b) En segundo lugar, y aunque sea obvio, hay que hacer referencia a la técnica legislativa. Ha de recordarse que el trabajo de una asamblea que está

[22] Reglamento general de la Convención constitucional. Diario Oficial de la República de Chile de 13 de octubre de 2021.

[23] A este respecto puede verse el trabajo Pegoraro, L., «Reforma constitucional», en López Garrido, Diego y otros (Directores), *Derecho Constitucional comparado*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 698 y ss.

reformando una Constitución ha de atender a la calidad jurídica del texto. Obviamente, el valor de una Constitución no ha de medirse principalmente por su calidad literarias o su sistemática, pero esto puede ayudar en muchos aspectos. Es deseable la atención al lenguaje y un elevado grado de técnica legislativa que asegure la mejor y más fina concisión de los términos empleados, concretando lo que se desee dejar bien atado y escogiendo fórmulas más abiertas cuando se pretenda una cierta flexibilidad para el futuro. Esto último es lo que se conoce como fórmulas normativas de «textura abierta», siguiendo la expresión del Hart [24]. En definitiva, se impone la racionalidad en la técnica legislativa que se emplee. Cuanto más sosegado sean el estudio y la redacción del articulado constitucional, mejores resultados se lograrán, porque ello da lugar a sopesar los pros y los contras, y a medir el alcance de los conceptos y de las palabras. También puede servir para evitar improvisaciones y errores técnicos, expresiones farragosas o contradicciones.

c) Por último, y no menos importante, la redacción del texto de reforma constitucional deberá seguir asegurando la participación de la ciudadanía. La participación ciudadana generalmente refiere al comienzo del proceso (recabando opinión de los ciudadanos [25], en algún caso preguntando sobre la voluntad de iniciar el proceso o mediante la elección del órgano en quien delega esa labor de abordar una reforma íntegra de la Constitución), y luego, en su caso, al final (ratificando la Constitución). Pero podrían arbitrarse mecanismos para seguir manteniendo ese lazo con el pueblo, que es el soberano, bien a través de mecanismos de participación o de envío de sugerencias [26], o bien mediante la información –la publicidad– de lo que se esté trabajando en cada momento [27].

A falta de mecanismos directos de participación durante la redacción del texto constitucional, la publicidad y trasparencia de los trabajos constituyen-

---

[24] Hart, H., *El concepto del Derecho* (Traducción de Genaro R. Carrió). Abeledo-Perrot S. A, Buenos Aires, 1968, pp. 155 y ss.

[25] En la elaboración de la Constitución de Ruanda o de Sri Lanka se llevaron a cabo esas consultas previas a su elaboración, aunque lo lamentable es que luego no tuvieron suficiente reflejo en dichos textos constitucionales.

[26] Así sucede, por ejemplo, en la revisión de la Constitución de Florida (EEUU), que debe plantearse cada veinte años, y donde la ciudadanía no solo tiene la potestad para decidir si acepta o no las enmiendas constitucionales que propone la Comisión de Reforma constitucional, sino que juega un papel activo durante los trabajos de la misma, pues dicha Comisión debe realizar audiencias públicas donde los asistentes pueden realizar propuesta para que sean tomadas en cuenta por dicho órgano. Viciano Pastor, R., y González Cadenas, D., «El procedimiento de enmienda constitucional en las Constituciones estatales de Estados Unidos: particularidades de los procesos y mecanismos de participación ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional*, 46, 2020, pp. 502 y ss.

[27] Se citan como Constituciones donde la ciudadanía ha jugado un rol activo al aumentarse sus posibilidades de participación de algún modo las de Bolivia, Colombia, Ecuador, Islandia, Kenia, Tailandia, Uganda y Venezuela. González Cadenas, D., *Democracia y…, cit.,* p. 49.

tes y la traslación de ello a la opinión pública constituyen un mecanismo para crear cercanía con la ciudadanía y, a su vez, para permitirle reaccionar pacíficamente a favor o en contra del ritmo de los acuerdos y seguir participando de algún modo en ese debate público. Un ejemplo de buen hacer en este sentido puede ofrecerlo el caso de la Constitución de Islandia donde periódicamente se iban haciendo públicos los resultados del trabajo de las comisiones que estaban redactando el texto constitucional [28]. También en Turquía se anunció en 2011, aunque sin llevarse a término, la participación popular en la reforma de la Constitución, bien en la fase preparatoria, mediante la audición por parte de la Comisión de grupos y/o instituciones de la sociedad civil, bien en la fase deliberativa, en ese caso sometiendo el proyecto de reforma elaborado por la Comisión primero a discusión pública, luego al voto parlamentario. Asimismo, durante las primaveras árabes el empleo de la web y de las redes sociales se convirtió en un instrumento de movilización de masas, llegando a proponerse incluso como instrumento de participación popular directa en la revisión constitucional en Egipto y en Túnez, si bien, tampoco esta idea llegó a materializarse [29].

De la misma forma, qué duda cabe de que los medios de comunicación y particularmente las redes sociales y las nuevas tecnologías, si se hace un buen uso de las mismas, pueden convertirse en herramientas favorecedoras de esa participación transparente de la ciudadanía en el proceso e incluso un debate doctrinal público. Aunque también es verdad que las redes son herramientas de doble filo e igualmente pueden ser usadas para influir torticeramente en la opinión pública, ello por no hablar de los riesgos que puede acarrear el uso de los bulos u otras técnicas de desinformación.

Sin duda alguna, no siempre se da esa implicación ciudadana en el proceso de reforma constitucional. De hecho, las tres reformas constitucionales llevadas a cabo en España, especialmente las dos primeras, se han llevado a cabo a espaldas de la ciudadanía, sin la voluntad de hacer partícipe a la colectividad de algo que los partidos políticos entendían que constituían reformas necesarias, por lo que no era preciso implicar o consultar a la población.

Por último, y sin que quepa detenerse ahora demasiado, cabe introducir el elemento de la participación de los entes federados o entes regionales en la reforma de una Constitución. Así está previsto en casi todos los ordenamientos federales, de EEUU a Canadá, de Australia a México y Suiza. En el caso de

[28] González Cadenas, D., *Democracia y …*, *op. cit.,* p. 201.

[29] Bagni, S., «Procesos constituyentes participados y forma del Estado», *Revista General de Derecho Público Comparado*, 13, 2013, p. 3.

España, esto no está contemplado constitucionalmente, pero, cabría plantearse si, de iniciarse una reforma más profunda de la Constitución española o en concreto aquella que afecte al título VIII, cabría hacerlo sin establecer cauces para que las Comunidades Autónomas pudieran participar de algún modo en el rediseño de dicho título [30].

Cuanto más participadas son las Constituciones, cuando se introducen mecanismos a través de los cuales la ciudadanía (o los entes federados, cuando proceda) puede intervenir en el proceso constituyente (seleccionando a los miembros de la asamblea que vaya a redactarla, con instrumentos de intervención en el debate, con un referéndum sobre el texto, etc…), en general, más apego generarán y más democráticas, estables y longevas serán [31]. Bien es cierto que tenemos casos de Constituciones que no fueron resultado de un proceso democrático y sí han dado lugar a un sistema democrático con una estabilidad institucional y de garantía de derechos indudable. Pongamos como ejemplo las Constituciones de Japón y de Alemania.

2. **Límites materiales en la elaboración del texto constitucional**

La otra cuestión que hemos de plantearnos es si existen límites para una asamblea a la hora de reformar una Constitución. Parecería entenderse que un poder constituyente originario, que redacta una nueva Constitución o lleva a cabo una reforma total de esta, no debiera tener límites, tendría que disfrutar de un poder absoluto. Pero quien es soberano es el pueblo, no la asamblea constituyente [32], que es un poder constituyente constituido y puede tener que adoptar un texto bajo determinados mandatos del propio pueblo [33], o de prohibiciones derivadas de lo que establece la Constitución previa que se pretende enmendar (incluso en su totalidad), esto es, podemos encontrarnos con cláusu-

---

[30] Serra Cristóbal, R., «La reforma constitucional participada como mecanismo de perdurabilidad de apego a la Constitución», en Juan Ignacio, Saiz, Alejandro y otros (Coords.), *Transformación y reforma…, op. cit.,* pp. 22 y ss.

[31] La Constitución de Canadá (1982) es una de las citadas como Constituciones que se caracterizaron por una amplia participación ciudadana en su proceso de elaboración. Sobre participación ciudadana en la revisión de Constituciones puede verse también el trabajo Viciano Pastor, R., y González Cadenas, D., «La revisión de las constituciones estatales de Estados Unidos: procedimientos y mecanismos de participación ciudadana», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 2020, 32, pp. 45-76.

[32] A este respecto, véase el trabajo Colón-Rios, J., «Arato's adventures: between sovereignty and constituent power», *Revus,* 41, 2020.

[33] Así, por ejemplo, el segundo intento de adoptar recientemente una nueva constitución en Chile vino precedido por un acuerdo adoptado entre todos los partidos políticos donde se hacía un encargo a los redactores de la nueva Constitución de adoptar un texto sobre una extensa lista de contenidos básicos que debían respetar.

las de intangibilidad. Cláusulas de este tipo pueden hallarse en la Constitución alemana (art. 79.3) o en las Constituciones francesa e italiana acerca de la forma republicana de la Jefatura del Estado [34]. La Constitución española no parece contener cláusulas de intangibilidad explícitas de entrada, cuestión distinta es la existencia de límites materiales implícitos que limitarían una reforma constitucional, si se quiere preservar la esencia del régimen constitucional. La reforma constitucional puede venir condicionada por la existencia de valores suprapositivos universalmente aceptados –como la justicia o la democracia, por poner un ejemplo–, o de los compromisos previos adoptados por el Estado en el ámbito internacional –como el hecho de formar parte de una organización supranacional [35], que obliga al respeto al Estado de Derecho y al principio democrático–, o de haber suscrito Declaraciones internacionales en materia de derechos humanos. Esa existencia de un marco internacional mayoritariamente compartido en materia de democracia, estado de Derecho y derechos humanos ha llevado a actores internacionales a participar como asesores o a emitir dictámenes sobre diferentes procesos constitucionales o concretas reformas constitucionales a lo largo del mundo. Ese papel ha sido realizado desde Naciones Unidas a la Comisión de Venecia [36], pasando por diversos organismos académicos, centros de investigación o *think tanks*, impulsando un léxico globalmente compartido de contenidos constitucionales, estructuras, derechos, principios y valores [37].

Asimismo, los límites pueden proceder del propio condicionamiento material de la realidad social con todas sus circunstancias.

---

[34] En las Constituciones americanas también podemos encontrar cláusulas genéricas de intangibilidad. Por poner algún ejemplo, no cabe una reforma de la Constitución estadounidense en la que algún Estado, sin su Consentimiento, sea privado de la igualdad de sufragio en el Senado; el artículo 60 de la Constitución brasileña prohíbe reformas que supongan la abolición de: la forma federativa del Estado, el voto directo, secreto, universal y periódico, la separación de los poderes o los derechos y garantías individuales; el artículo 248 de la Constitución de El Salvador indica que: «No podrán reformarse en ningún caso los artículos de esta Constitución que se refieren a la forma y sistema de Gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República»; o el artículo 342 de la Constitución venezolana indica que «La Reforma Constitucional tiene por objeto una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional».

[35] Bustos Gisbert, R., Límites externos a la reforma constitucional. Cuatro tesis para debatir, en Ugartemendia, Juan Ignacio, Saiz, Alejandro y otros (Coords.), *Transformación y reforma …, op. cit.,* pp. 48-63.

[36] La Comisión de Venecia emitió un Informe en 2010 sobre la reforma constitucional (Report on Constitutional Amendment, CDL-AD(2010)001, 19 de enero de 2010).

[37] González Cadenas, D., «El rol de la Comisión de Venecia en los procesos de cambio constitucional: isomorfismo constitucional global y grado de injerencia de actores internacionales, en González Cadenas, Diego (Coord.), *Cambio constitucional y orden jurídico internacional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 279.

3. **La posibilidad de controlar la reforma constitucional**

Como decíamos arriba es posible que, ante una reforma constitucional, aún de forma no implícita, nos podamos encontrar con límites en cuanto a su contenido. Pero, además, la reforma debe hacerse de conformidad con el procedimiento establecido para ello. ¿Es posible controlar la reforma? ¿cabe controlar la constitucionalidad de la reforma cuando ese poder de reforma en origen corresponde al poder constituyente, que se presume ilimitado? A este respecto, en algunos países, cualquier cuestión que pueda surgir a raíz de la enmienda de la Constitución puede ser sometida al Tribunal Constitucional, es el caso, entre otros, de Moldavia, Chile, Costa Rica, Colombia o Turquía [38]. Pero, ese control está limitado normalmente al examen de los vicios de carácter procedimental. Sin embargo, muchos tribunales constitucionales o supremos han reivindicado la función de control de la reforma, sin que los constituyentes se la hubiesen atribuido, o la cuestión ha surgido en el debate doctrinal, por ejemplo, en torno a reformas que pudiesen afectar a contenidos de intangibilidad constitucional expresos o implícitos (este debate se ha planteado en Italia, Alemania, Perú, e incluso en España [39]).

4. **La plasmación de la reforma**

Finalmente, esa reforma puede hacerse mediante una modificación del texto constitucional, que suele ser lo más habitual y generalizado; o puede optarse por mantener el texto originario e ir introduciéndose enmiendas que dejan intacto dicho texto, pero van añadiendo al final del mismo de forma progresiva los aspectos nuevos. Así se ha operado en la Constitución estadounidense.

IV. EL ANULAR: LA CONSTITUCIÓN PRECISA DE UNA VOCACIÓN DE COMPROMISO

El dedo anular es el del compromiso. Una Constitución supone un compromiso sobre el modo en que ha de regirse ese Estado y esa sociedad. Lo que

---

[38] Pegoraro, L., «Reforma constitucional», *op. cit.,* p. 707.

[39] Véase, entre otros trabajos, la «Encuesta que sobre la reforma de la Constitución» que se realizó en *Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 2012, pp. 9-88, donde la cuestión planeó, o el ya citado trabajo colectivo de Ugartemendia, Juan Ignacio, Saiz, Alejandro y otros (Coords.), *Transformación y reforma constitucional…, op. cit.*

dota de legitimidad a un texto constitucional es el hecho de que se sienta como un compromiso colectivo de la comunidad, del pueblo.

1. **El consenso como método**

Para alcanzar el sentimiento de compromiso del que hablamos es necesario el consenso como método y la concordia como virtud cívica. La «concordia» se acuñó por Cicerón en la Republica, donde sostenía que sin la concordia la colectividad ni es propiamente sociedad ni se puede articular en Estado. También la historia está salpicada de pactos o grades acuerdos jurídico políticos que llevaron el nombre de «concordia» [40]. En cuanto al «consenso», parece referir a un acuerdo contractual. Es bien conocido el primer gran esfuerzo científico por construir el fundamento contractual del Estado de Thomas Hobbes, e igualmente podríamos referirnos a otras teorías contractualistas distintas, como el caso de Rousseau. De todos modos, aquel mítico contractualismo no coincide con los más recientes consensos constituyentes, o al menos con aquel que caracterizó, entre otras, pero quizá de forma singular, a la Constitución española de 1978 [41].

Buscar el consenso supone buscar que las soluciones constitucionales a las diferentes y variadas demandas sociales estén apoyadas sobre el concierto más amplio posible de todos los grupos parlamentarios dotados de un peso significativo, pero sin orillar a las minorías. Implica buscar que no haya nada en el texto constitucional que pueda ser absolutamente inaceptable para cualquiera de los grupos o miembros presentes en la asamblea constituyente. Decía Maurice Duverger que «la mejor Constitución para un país es aquella que no satisface plenamente a todos los grupos políticos, pero que tampoco les disgusta del todo» [42].

Lo cual implica generosidad, pues significa aceptar sin vetos ni reservas esa parte inevitable de todo acuerdo asambleario que es la aceptación de que a veces ha de renunciarse a un ideal en favor de un acuerdo más moderado pero

[40] Concordia de Alcañiz (1412), Concordia de Villafranca del Penedés (1461), Concordia de Segovia (1475), Concordia Catalana de 1512, Concordia de Fachenetti (1553).

[41] Sobre las singularidades del proceso constituyente español pueden consultarse, entre otros trabajos: Lucas Verdú, P., «La singularidad del proceso constituyente español», en Roberto Blanco Valdés (Dir.) y Benigno Pendás García (pr.), *Maestros de la transición.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, pp. 171-184. De Esteban Alonso, J., «Una visión personal de la transición y del proceso constituyente (en homenaje a mi primer discípulo Luis López Guerra)», en P. Pérez Tremps y A. Sáiz Arnaiz (Dirs.), *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018*, vol. I. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 63-95.

[42] Duverger, M., en AAVV, *Ley electoral y consecuencias políticas*, ed. CITEP, Madrid, 1977.

que satisfaga a todos. Calamandrei admite que las transacciones pueden ser útiles para resolver las controversias si se hacen de buena fe y sin reservas mentales; pero cuando se fundan en la sospecha recíproca o el propósito dilatorio, sólo sirven para profundizar los conflictos y hacerlos estallar exacerbados a la primera ocasión [43].

El consenso constitucional consiste en aceptar y compartir con otros, consiste en alcanzar un sentir conjunto. El consenso debe alcanzarse sobre los contenidos mínimos que ha de tener toda Constitución: la forma de organización del estado, la separación de poderes, el reconocimiento de una mínima carta de derechos y los mecanismos de garantía de la propia Constitución. A partir de ahí, hay contenidos que puede quedar sustancialmente abiertos al juego político pluralista, pensando que en ocasiones la elasticidad de algunas previsiones puede ayudar en alguna medida a la vigencia duradera la Constitución, una Constitución que pueda aguantar los embistes del cambio de circunstancias y el relevo de mayorías o ideologías en el gobierno del país. Es primordial tener conciencia de que se está modificando un texto para todo un Estado y con el compromiso, o al menos la voluntad, de que perdure en el tiempo.

Ese enfoque metodológico de búsqueda de soluciones compartidas y acordadas es lo que hace que la Constitución consensuada sea patrimonio común. Es cuando se convierte en un bien compartido que se pretende legar a generaciones futuras. En relación con esta afirmación, señalaba Blanco Valdés que precisamente la tradición histórica constitucional española se ha caracterizado «no por "la reforma de la Constitución", sino por el "cambio de la Constitución" como consecuencia de la falta de cualquier consenso fundamental sobre las características definidoras y las reglas esenciales de funcionamiento del régimen constitucional entre esos componentes políticos básicos de la sociedad española en cada momento histórico concreto» [44].

Así, la clave del éxito de las Constituciones, como normas dotadas de legitimidad y supremacía, en cualquier sociedad democrática es, precisamente, llegar a ser el resultado del consenso o de un pacto de toda una sociedad –y no de voluntades circunstanciales– y, además, poder prever en sus normas, tanto la forma de materialización de los cambios constitucionales, como los mecanismos que permitan garantizar, en su momento, que la voluntad popular

[43] Calamandrei realiza esta afirmación aplicándola a la Constitución italiana de 1947 y llega a la conclusión de que, a juzgar por lo posteriormente ocurrido, debería pensarse que el compromiso constitucional de 1947 no fue del todo inmune a las reservas mentales. Así lo recuerda Fernández Segado, F., a propósito del libro de Calamandrei, P., *La Constitución inacabada* (Tecnos, Colección de Clásicos del Pensamiento, Madrid, 2013), en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 18, 2014, p. 644.

[44] Blanco Valdés, R., «Reforma constitucional y política de la Constitución», en Manuel Jiménez De Parga y Fernando Vallespín (eds.), *La política*. Fundación Sistema. Biblioteca Nueva, Madrid, 2008, p. 315.

no vaya a ser suplantada. Desde luego, lo que no tiene futuro son las Constituciones ideológicas o de partido o las reformas constitucionales poco o nada consensuadas con el resto de fuerzas políticas y que acaban imponiendo un determinado modelo constitucional aprovechando mayorías ideológicas coyunturales y orillando a las minorías que se oponen a ello.

2. **Mayorías reforzadas para la adopción de acuerdos**

La aprobación una reforma constitucional es conveniente que se alcance por una mayoría reforzada, porque ello asegura que el acuerdo viene respaldado por un porcentaje elevado de los representantes en la asamblea constituyente. Como recordaba Blanco Valdés, la existencia de previsiones normativas especiales, –entre ellas, unas mayorías reforzadas–, para introducir cambios en las Constituciones o para su aprobación ha tenido a lo largo de la historia, y tiene hoy, una doble funcionalidad fundamental: en primer lugar, el proteger el texto frente a cambios por el procedimiento legislativo ordinario, y en segundo lugar, «para hacer posible lo que su misma existencia –implícitamente– significa: que la Constitución es jerárquicamente superior a la ley» [45]. Esas mayorías reforzadas y, en general, la extendida rigidez para la reforma de las Constituciones en nuestros días tiene como objetivo asimismo la estabilidad material de la Ley Fundamental, es decir, la de la permanencia de sus concretos contenidos normativos.

Al igual que es habitual que la reforma de una Constitución requiera del seguimiento de un procedimiento expreso que, entre otras cosas, viene acompañado de la exigencia de mayorías reforzadas, no resulta extraño que parecidas o mayores exigencias procedimentales se contemplen para una reforma total de la Constitución.

En ocasiones, lo que se establece, además de esa mayoría reforzada, es una doble votación con un intervalo de tiempo en medio. Así está previsto en Italia, Lituania o Brasil [46].

3. **El referéndum de aprobación del texto constitucional**

Otra forma de materializarse el compromiso de un pueblo con una Constitución es a través de un referéndum sobre el texto final elaborado por la

[45] Blanco Valdés, R., «Reforma constitucional…», *cit.,* p. 309.
[46] Pegoraro, L., «Reforma constitucional», *op. cit.,* p. 701.

«asamblea constituyente». Es muy probable que, tras la aprobación de la reforma constitucional, se precise de la celebración de lo que se conoce como referéndum constitucional o referéndum de ratificación. Como es sabido, en el caso de España, ello es obligatorio cuando lo que se ha llevado a cabo es una reforma total de la Constitución o de la parte reservada al procedimiento agravado de reforma, mientras que para el resto de supuestos de reforma constitucional, la celebración de ese referéndum de ratificación del texto reformado solo procede «cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras» (art. 167.3 CE).

Si se prevé ese plebiscito ratificatorio, solo tras la respuesta mayoritaria confirmatoria de la ciudadanía cabría promulgar el nuevo texto de la Constitución y publicarlo en el Diario Oficial para su entrada en vigor.

V. EL MEÑIQUE: EL DESARROLLO DE LA CONSTITUCIÓN

El meñique es el dedo pequeño. Y lo pequeño representa aquello que aún ha de desarrollarse, que ha de crecer, que ha de desplegar todas sus potencialidades.

En un sentido parecido es importante reflexionar sobre cómo se desarrolla la Constitución. Nos estamos refiriendo a cómo se ha de implementar esa Constitución, cómo va a desarrollar su fuerza normativa. Una Constitución no termina con la promulgación del texto o con la inclusión de una enmienda en el mismo, termina siendo verdadera Constitución, como norma suprema que es, cuando se hace efectiva y despliega todas sus potencialidades plenamente.

Para ello pueden ser importantes las previsiones constitucionales que tiendan a asegurar la normatividad de la Constitución, pero es de suma importancia también que penetre en la conciencia de los ciudadanos y de las instituciones, que despierte su sentimiento constitucional desde el momento de su adopción en adelante.

Evidentemente, la Constitución no puede preverlo todo, aunque marque el camino. De hecho, no son pocas las remisiones que muchas Constituciones hacen al legislador, al igual que podemos encontrarnos con ciertas dosis de lagunas, ambigüedades, de antinomias técnico-jurídicas, incluso de conflictos implícitos, que vienen a ser salvados por desarrollos legislativos de tales preceptos constitucionales, interpretaciones de algunos conceptos a la luz del Derechos supranacional o interpretaciones de los mismos por los tribunales constitucionales. La jurisprudencia constitucional puede hacer crecer un texto

constitucional o puede ceñirse a un apego a la interpretación más originalista de las palabras constitucionales, que impida ese crecimiento y adaptación al devenir de los tiempos.

Es en ese momento de implementación o desarrollo de la Constitución donde una reforma constitucional o un proceso constituyente puede fracasar o alcanzar el éxito pretendido. Piero Calamandrei ponía como ejemplo la Constitución italiana de 1947 como lo que él denominó «una Constitución inacabada», Para él la Constitución italiana nació incompleta al confiar excesivas cuestiones, especialmente las relativas a la parte material de la Constitución y en particular las que aludían a los derechos sociales, a las manos del legislador. Decía Calamandrei que la Asamblea Constituyente la dejó así, confiando en la lealtad constitucional del legislador ordinario y este no había sabido seguir sus dictados, entre otras razones por las confrontaciones partidistas [47].

En esta línea, Oscar Alzaga en su discurso de recepción del Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, señalaba que «una Constitución debe nacer por consenso, pero, una vez en vigor, puede desplegar su efectividad normativa en una dinámica política presidida por tantos disensos como cuestiones públicas surjan, con unos actores políticos convencidos de la rentabilidad electoral de la confrontación política cotidiana, ayuna de dosis mínimas de diálogo, concordia y consenso» [48]. Por lo tanto, y reiterando lo que decíamos más arriba, el éxito político de una Constitución reside también en la voluntad de desplegar en el tiempo, en la medida de lo posible, el espíritu de acuerdo, de consenso, que condujo a la adopción del texto constitucional, de ahí la necesidad de ir utilizando los mecanismos de reforma para ir adaptándola a las exigencias políticas, económicas y sociales que trae el devenir del tiempo.

Desde el punto de vista jurídico, la implementación de una Constitución requiere de la acción del legislador y de los otros poderes y exige hacerlo siguiendo la trayectoria que esta ha marcado, siguiendo sus postulados. La supremacía de la Constitución impone la sujeción de todo poder constituido al texto escrito, incluido el legislador.

La reforma constitucional, incluso la reforma total de una Constitución, debe hacerse sabiendo que cambiar el texto de la Constitución no significa inmediatamente cambios profundos en la sociedad, pero sí tener un marco normativo que permita hacer tales cambios y querer implementarlos. A este respec-

---

[47] Calamandrei, P., *La Constitución inacabada*, *op. cit.*

[48] Alzaga Villaamil, O., *El consenso (del proceso constituyente a las prácticas postconstitucionales), Discurso de recepción del Académico de Número.* Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 2010, p. 13.

to, resulta procedente la reflexión que se hacía uno de padres de la Constitución española de 1978, Herrero Rodríguez de Miñón: «¿Acaso la Constitución por sí sola va a resolver los urgentes e ingentes problemas que (el país) tiene planteados en campos tan distintos como la economía, la política internacional o las relaciones sociales? En manera alguna. […] La Constitución es un a priori fundamental para abordar con serenidad y solidez estos problemas. El mañana no está escrito, y escribirlo corresponde exclusivamente a nuestro pueblo a través de elecciones periódicas y a los representantes por él elegidos…» [49].

En definitiva, la Constitución no es más que un instrumento que deber ser utilizado con responsabilidad y compromiso para tratar de resolver, en la concordia y en la medida posible, los problemas de la convivencia social. Por sí sola, la Constitución no puede traer la igualdad, la vivienda digna, la justicia u otros grandes bienes que promete y desea.

[49] Diario de Sesiones del Congreso, de 8 de mayo de 1978, p. 2077. Citado por Tomás Villarroya, J., «Proceso constituyente y nueva constitución. Un análisis crítico», *Revista de Estudios Políticos*, 10, 1979, p. 82.

EL DERECHO COMO CREACIÓN CIENTÍFICA

AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO
Universidad de Granada

I. INTRODUCCIÓN

Quisiera con estas páginas homenajear a la profesora Yolanda Gómez Sánchez, Catedrática de Derecho constitucional y maestra de los que formamos esta hermosa disciplina. Es un homenaje merecido por mi parte, pues Yolanda me hizo doctor en Derecho. Formó parte del tribunal que evaluó mi tesis doctoral, después de años de duro trabajo. Un trabajo dulce, pues aprendí a ser investigador desde el principio. Yolanda conformaba este tribunal junto a Miguel Azpitarte Sánchez, José María Porras Ramírez, Antonio D'Atena y Paolo Ridola. No puedo olvidar que estuvo presente en el día más bonito de mi vida académica. Tampoco olvido la humildad y sabiduría (dos características pocas veces combinadas) con la que intervino y valoró el contenido de mi investigación.

El Derecho constitucional europeo, por más que en mis inicios académicos me hubiese convertido en un ferviente incondicional, no podía suponer un desmerecimiento de la estructura del Derecho internacional público, de los convenios de derechos humanos clásicos, del Tribunal de Estrasburgo o de los sistemas de cooperación en los que la soberanía del estado seguía incólume. Las críticas que vertía en la tesis al sistema de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos no podían pasar por alto que, aún hoy día, suponían la verdadera raíz del constitucionalismo multinivel.

Si recuerdo sus humildes consejos (en un momento en el que, el esfuerzo realizado por resumir en treinta minutos casi cinco años de investigación bien podría haberme desconectado de todo lo que se debatió a continuación) fue por la sencillez y robustez de la advertencia. Esto es lo que caracteriza a la Profesora Gómez: sabia sencillez robusta y elegante.

Una de sus más cercanas colaboradoras, la profesora Cristina Elías, me ha hecho también profesor contratado doctor y profesor titular. No puedo más que estar agradecido a la Escuela. Y la única forma de corresponder en una milésima parte, es participar en este Libro.

Mi participación tiene, no obstante, un sabor agridulce. Dulce porque la jubilación de una profesora como Yolanda Gómez siempre es momento de «jubileo» y merecimiento. Agrio porque, no puedo evitar confesar que este es el tercer capítulo que escribo para homenajear a maestras y maestros, a compañeras y compañeros que han servido de fundamento y apoyo en esta carrera académica. No puedo evitar sentir cierta desazón por el paso del tiempo y la convicción de que difícilmente llegaremos a dejar una huella como la de los profesores e investigadores de esta generación.

Pese a todo, hay motivos mucho peores por los que homenajear a una maestra. La profesora Gómez ha dedicado su vida a la labor más bonita y altruista que puede existir: la investigación y la enseñanza. A la labor más honesta que se haya inventado: adquirir conocimiento para transmitir conocimiento. De ella precisamente he aprendido que la labor del buen profesor universitario de Derecho, del buen jurista investigador, es más «creativa» que productora, más democratizadora que técnica.

De ahí que mi intención sea rescatar estas enseñanzas y algunas reflexiones sobre la investigación en Derecho. Labor que celebramos en este libro.

II. LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y LA GENERACIÓN DE CONOCIMIENTO

La propia LOSU (Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario) señala en su preámbulo que «las universidades son, hoy más que nunca, no sólo depositarias del conocimiento, sino productoras de dicho conocimiento. Docencia, investigación y capacidad de compartir y transferir ese conocimiento constituyen funciones centrales de su actividad». Como he expuesto antes, en mi proceso de formación académica ha sido tan provechosa la docencia como la investigación. Son dos partes indisolubles de mi apren-

dizaje en el ámbito del Derecho constitucional y las dos vertientes de la aportación a la sociedad de mi trabajo.

Y es que la imbricación entre ambas son el verdadero objeto de nuestro trabajo como profesores universitarios: la generación del conocimiento y su transmisión. Esta es la función esencial de la Universidad «que deriva de su papel clave en la generación de conocimiento y de su capacidad de estimular y generar pensamiento crítico, decisivo en todo proceso científico» [1].

Generar conocimiento es la labor esencial del investigador, transferirlo generando pensamiento crítico es la función esencial del buen docente. Docencia de calidad que debe entenderse en sentido amplio, no sólo la impartida en las aulas sino también aquella capaz de alterar el discurso atendiendo al público al que vaya dirigido, al concepto ideal de «auditorio universal» de Perelman: «el conjunto de aquellos sobre los que quiere influir el orador por medio de la argumentación» [2]. Docencia, añado, que debe incitar a un replanteamiento crítico de los conocimientos. Por ello, la transmisión de conocimiento se produce tanto en las aulas como en las mesas de debate, en las comunicaciones y ponencias en congresos, jornadas y publicaciones en revistas científicas.

Investigación y docencia, entendida en sentido amplio, son por tanto las dos caras de la misma moneda de la actividad del profesor universitario. Generar pensamiento crítico a través de la investigación y su transferencia a la sociedad.

La comprensión de investigación y docencia como un todo conlleva que su objetivo sea algo más que la generación de resultados inmediatos para resolver los problemas del presente. La investigación debe articularse como el elemento esencial del llamado «contrato intergeneracional [3]» (P. Häberle) que continúa los planteamientos y fundamentos originales del pasado, y atendiendo a los problemas del presente plantea un compromiso hacia el futuro.

Desde esta perspectiva la investigación científica no es sólo un derecho del PDI universitario sino también un deber con la sociedad pasada, presente y futura. Una obligación con la comunidad cultural en la que realizamos nuestra labor.

---

[1] Artículo 59 del Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades.

[2] Perelman, C., y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de argumentación: la nueva retórica*. Biblioteca romántica hispánica. Editorial Gredos, trad. Julia Sevilla Muños, Madrid, 1994, p. 35. Para una extraordinaria explicación ver Pino, A. L., «El concepto de auditorio universal en la teoría de la argumentación de Perelman», *Logos*, núm. 17, 2007, pp. 34 y ss.

[3] Häberle, P., «Un derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato intergeneracional», *Lecciones y Ensayos*, núm. 87, 2009, p. 17-37.

III. LA VERTIENTE DEMOCRÁTICA Y SOCIOCULTURAL DE LA INVESTIGACIÓN

Conforme al Artículo 11 de la LOSU (Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario) la investigación es un derecho y deber del profesorado universitario.

La ley orgánica de universidades desarrolla así uno de los elementos dispuestos en el artículo 20.1.b) de la Constitución Española (CE), según el cual: «Se reconocen y protegen los derechos […] A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica».

La investigación se trata en la Constitución como una modalidad «constitucionalmente protegida de expresión de un pensamiento libre, que a su vez es objeto de reconocimiento en otro precepto constitucional, artículo 16 CE [4]». El Tribunal Constitucional ha afirmado que el derecho a la producción y creación científica es una concreción del derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones (STC 153/1985, de 7 de noviembre).

El objetivo de la investigación, así dispuesto por la norma constitucional, es el de reforzar desde los derechos fundamentales los pilares que posibilitan la formación de una opinión pública libre y, sobre todo, fundada: cimientos de la sociedad democrática. Dicho de otro modo – en el sentido de la regulación autonómica andaluza de universidades-, la creación científica se define por «su capacidad para formar ciudadanos» [5].

Esta es la faceta esencial a la que debe dar cumplimiento el profesor universitario, más aún si se pone en consonancia con la libertad de cátedra del artículo 20.1.c), definida por Fernando de Castro, como la inviolabilidad del «profesor en la expresión de su pensamiento bajo la salvaguardia de la libertad científica y de su conciencia moral [6]». Es una exigencia de la labor científica que el investigador pueda, con toda libertad, establecer sus hipótesis, defender sus tesis y exponerlas como tales.

La libertad de cátedra se encuentra íntimamente relacionada con el proceso investigador en su contenido positivo: relacionada con la existencia de

[4] Chueca Rodríguez, R., «El derecho fundamental a la investigación científica», *REDUR*, núm. 6, 2008, pp. 5-15.

[5] Artículo 82.1 del Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades.

[6] Discurso leído en la apertura del curso académico de 1868 a 1869 en la Universidad de Madrid (puede consultarse en Historia de la educación en España: textos y documentos, 3 tomos, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 2.» edición, 1985). Citado por Lozano, B., «La libertad de cátedra en la enseñanza pública superior (a propósito de la STC 217/1992, de 1 de diciembre)», *Revista de Administración Pública*, núm. 131, 1993, p. 191.

una ciencia libre y libremente transmisible. Ciencia no sometida a criterio oficial, en el sentido positivo de libre exposición de la propia investigación y de la orientación de los contenidos docentes [7].

Como se observa, la configuración de la libertad científica como derecho fundamental encuentra como contrapartida el deber de su transmisión libre a la sociedad y de su creación de forma honesta y veraz. Por ello se encuadra en la disposición que recoge la esfera fundamental de la libertad de expresión y comunicación, pues no se entendió la ciencia por el constituyente sino como una herramienta de dimensión democrática: destinada a generar pensamiento crítico que dinamice la evolución y mejora de la sociedad.

Tiene, por tanto, el derecho a la creación científica y técnica una doble dimensión. Por un lado, como particular forma de la libertad de expresión, de difusión de un pensamiento libre y crítico. Por otro lado, una configuración social y cultural.

Como señala Prieto de Pedro, en la cultura aparecen tres círculos concéntricos en los que se integra un núcleo básico formado por el arte, la literatura, la ciencia y la técnica –artículo 20.1 c) de la Constitución–; un ámbito institucional con los procedimientos e instituciones para el desarrollo del núcleo básico (el derecho a la educación –artículo 27 CE–, la investigación –artículo 44.2 CE–, o los medios de comunicación social –arts. 20.3 CE y 149.1.27 CE); y otro ámbito de extensión de la cultura (medio ambiente –artículo 45 CE–, ocio –artículo 43.3–, turismo –artículo 148.1. 19 CE–). La creación científica forma parte, por tanto, de los denominados derechos culturales [8] que la Constitución dispone como obligaciones positivas de los poderes públicos, al tiempo que se configura como parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad de expresión.

Ambas vertientes tienen un significado esencial para la construcción de una sociedad democrática, que es dinamizada a través de la dialéctica creación y difusión, investigación y transferencia, ciencia y docencia.

Con todo ello queremos entender el objeto del derecho fundamental a la creación y producción científica, como señala el profesor Ricardo Chueca, más allá de «la exigencia de una finalidad práctica, de una aplicación concreta que guíe la actividad investigadora […]. Ello conlleva necesariamente la afir-

[7] La libertad de cátedra, íntimamente relacionada con la libertad de enseñanza, es una proyección de la libertad ideológica y supone el derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones de los docentes. Auto del Tribunal Constitucional 42/1992, de 12 de febrero. Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero.

[8] Prieto De Pedro, J. J., «Derechos culturales y desarrollo humano», *Revista Pensar Iberoamérica, Revista de Cultura*, núm. 7, 2004.

mación de que nuestra Constitución contiene una latencia cultural: la investigación científica, como acción en sí, amplía el conocimiento [9]».

En resumen, la investigación o se comparte o no cumple con su función constitucional, pues su objetivo es generar conocimiento para la mejora de las condiciones sociales y la dinamización de la sociedad democrática. La ciencia debe ser difundida y transferida como acción de desarrollo cultural (mediante la docencia, la ponencia o la discusión) para cumplir con su finalidad constitucional de desarrollo del sistema democrático, de conformación de una opinión pública, crítica, libre y fundada. Una dimensión que la reciente reforma (LOSU) ha incluido de manera particular en su artículo 12: «Fomento de la Ciencia Abierta y Ciencia Ciudadana», bajo la premisa de que «el conocimiento científico tendrá la consideración de un bien común» (art. 12.1 LOSU).

IV. ENTRE LA AMPLIACIÓN DEL CONOCIMIENTO Y LA APLICACIÓN TÉCNICA

El artículo 20.1.b) CE recoge el derecho a la «producción y creación científica» como derecho fundamental, no el derecho a la investigación como tal. Obviamente, éste se encuentra inserto implícitamente en el mismo y forma parte de su contenido esencial, pero el enunciado constitucional plantea dudas sobre su contenido preciso, pues la investigación puede entenderse como una actividad previa a la creación o producción de conocimiento y su transmisión.

La investigación, en su sentido estricto, tiene una naturaleza más amplia que la de expresar o comunicar un pensamiento, una idea o un mero conocimiento experto [10]. El concepto de investigación científica, como tal, no se hace expreso en el artículo 20, sino en el artículo 44.2 CE, en el que se asigna a los poderes públicos la promoción de la misma. Por su parte los artículos 149.1.15 y 148.1.17 la mencionan a los efectos del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

La competencia del Estado se plasmó en la aprobación de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica, no hace mucho modificada sustancialmente por la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, que adecua la ciencia española a cinco nuevas realidades: desarrollo autonómico, creciente dimensión europea, salto cuantitativo y cualitativo en los recursos públicos, con-

[9] Chueca Rodríguez, *cit.* p. 10.
[10] Chueca Rodríguez, *cit.* p. 5 ss.

solidación de una comunidad científica y técnica profesionalizada, competitiva y abierta al mundo; y transición hacia una economía basada en el conocimiento y la innovación. Una reforma que, a su vez, ha vuelto a ser modificada por la Ley 17/2022, de 5 de septiembre, con la que se ha pretendido dar estabilidad a los tipos de contrato de los/las investigadores/as en nuestro país.

En virtud de sus competencias, las Comunidades Autónomas han aprobado también leyes en esta materia promoviendo sistemas de coordinación como el Sistema Andaluz del Conocimiento, con base en el artículo 54 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, desarrollado en la Ley Andaluza 16/2007, de 3 de diciembre, de la Ciencia y el Conocimiento, y coordinada a través de los planes andaluces anuales de investigación (PAI) desde 1990. A ello hay que añadir las directivas europeas que refuerzan la investigación mediante las normativas sobre propiedad intelectual o patentes.

Como decimos, la Constitución española blinda el carácter democrático de la investigación, pero no desarrolla más que su aspecto competencial. La ley estatal de 2011 es la encargada de definir la noción de investigación, centrándose en el concepto «actividad investigadora», que concreta en su preámbulo como investigación y desarrollo, el conocido I+D.

El artículo 13 de la ley estatal vigente precisa el concepto de investigación científica y técnica como equivalente al de investigación y desarrollo, entendido como «el trabajo "creativo" realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluidos los relativos al ser humano, la cultura y la sociedad, "el uso" de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones, su transferencia y su divulgación». Me interesa destacar de esta definición una doble dimensión de la actividad investigadora: por un lado, se preserva el fundamento constitucional de la investigación como «creación de conocimientos» en el sentido de generación de argumentos para el pensamiento crítico y la formación de una opinión pública libre y, sobre todo, fundada y formada; por otro lado, se dispone como investigación, también, el «uso» de esos conocimientos.

El derecho-deber del científico es, como el profesor Chueca afirma, complejo, pues provoca una sutil diferencia que permite ampliar el espectro de la investigación del ámbito exclusivamente técnico [11]. Siguiendo a Yolanda Gómez, podemos profundizar en el sentido del artículo 20 CE para diferenciar entre creación y producción científica.

La *creación científica* sería «aquella actividad humana que desvela e incorpora al conocimiento general, una idea, un hecho o un elemento o interre-

[11] Cfr. Chueca Rodríguez, *cit.* p. 8.

laciona ideas, hechos o elementos ya conocidos aportando una novedad sobre el estado anterior del conocimiento [12]». Esta definición nos permitiría identificar la creación científica con la investigación fundamental, pura o básica, con la aplicación formal y sistemática del método científico que conduce al desarrollo teorético. El término «producción científica» parece aludir «más a la generación, fabricación o articulación de cosas o materiales y, por extensión, a la producción intelectual, destinados directamente a aplicaciones prácticas [13]», lo que podría ser equiparable con la investigación aplicada, la adaptación de teorías desarrolladas a través de la investigación fundamental a una situación práctica o a la resolución de un problema concreto. El uso aplicativo de los conocimientos teóricos.

En mi opinión, la investigación en el ámbito de las ciencias jurídicas trascurre más por la senda de la «creación científica» que de la «producción». La investigación en las ciencias jurídicas se encuentra vinculada a la investigación teórica, más que a la práctica, o al menos esa es la idea generalmente aceptada entre los investigadores universitarios en Derecho, y ello trae causa de las diversas visiones sobre epistemología jurídica y metodología que se remontan a los inicios de la dogmática jurídica.

V. INVESTIGACIÓN JURÍDICA COMO CIENCIA TEORÉTICA

Como señala Álvaro Núñez Vaquero, «el problema central de la epistemología ha sido siempre, y sigue siéndolo, el del aumento del conocimiento. Y el mejor modo de estudiar el aumento del conocimiento es estudiar el del conocimiento científico».

La investigación de las ciencias jurídicas, como hemos dicho, se muestra de forma singular desde la vertiente creativa, más que desde la productiva. El componente democrático y el componente cultural de la investigación son especialmente intensos en las ciencias sociales, y muy particularmente en la ciencia jurídica, pues el Derecho no es sino un mecanismo de ordenación social. Trabajar con el Derecho requiere de cierta sensibilidad reflexiva para la abstracción y la generalidad en el ámbito de estudio, que permita imaginar y practicar diversos estatutos jurídicos de ordenación de las sociedades contemporáneas.

---

[12] Gómez Sánchez, Y., «La libertad de creación y producción científica. Especial referencia a la ley de investigación biomédica». *Revista de Derecho Político,* núms. 75-76, 2009, pp. 489-514.

[13] *Ibídem.*

Por ello la creación científica, teórica o investigación básica, encajan en mayor medida con la ciencia jurídica. Pero también dista de lo que tradicionalmente entendemos por investigación. La difícil aplicación inmediata de los conocimientos científicos, pues se aplican directamente sobre el conjunto de las sociedades y sólo con el paso de los años pueden ser evaluadas, impide al imaginario social valorar a la par al científico jurídico y al resto de científicos.

La investigación jurídica es esencialmente teórica y aunque ello no debe ser en absoluto un obstáculo para entender la investigación jurídica como ciencia, como señala el profesor Balaguer «en comparación con otros sectores científicos, las ciencias jurídicas no suelen ser objeto de una valoración social especialmente positiva. Un sector disciplinar en el que no son necesarios laboratorios ni instrumentos y aparatos costosos y que no suele dar lugar a titulares en la prensa relacionados con avances significativos para el bienestar social difícilmente puede competir con la medicina, la informática o la química, por ejemplo […] Todo lo más, las normas se aplican de manera rutinaria sin que se perciba la transcendencia de lo jurídico en la vida social, cuando no son objeto de debates que asignan al Derecho una dimensión negativa, represora o disfuncional [14]».

En el ámbito estrictamente jurídico, la ciencia del Derecho no es fácilmente encasillable en la investigación aplicada, pues ésta parece quedar reservada para los operadores jurídicos (jueces y abogados, legisladores, administración pública…), que a través de la interpretación cognitiva y decisoria adscriben determinados significados a las normas jurídicas para su aplicación concreta (por ejemplo: el enunciado normativo E expresa la norma N1 o el caso C recae en el ámbito de aplicación de la norma N1). Desde una perspectiva jurídica epistemológica, esta función aplicativa de las disposiciones normativas, como señala Guastini, «carece de valor de verdad [15]». Para Norberto Bobbio «[a] estos distintos planos o momentos [el de la creación y la aplicación del heterogéneo universo jurídico] les corresponden distintas operaciones intelectuales y prácticas, de las que son las dos principales la creación y la jurisdicción […]: operaciones intelectuales y prácticas a las que no parece que pueda convenir el mismo significado de razón y que, por tanto, no pueden ser llamadas racionales o no racionales en el mismo sentido [16]».

---

[14] Balaguer Callejón, F., «La investigación en las ciencias jurídicas», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 21, 2015.

[15] Guastini, R., «Interpretive Statements, in Normative Systems» en Garzón Valdés, E., *Legal and Moral Theory. Festschrit for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.

[16] Bobbio, N., «La razón en el Derecho (Observaciones preliminares)», *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 2, 1985, pp. 17-26.

No quiero decir que la aplicación del Derecho y la ciencia jurídica no vayan de la mano [17]. Ésta es una función previa que conduce a una mejor y más segura aplicación de las normas, pues como señala Buenaga Ceballos «la pretensión científica de la dogmática no puede desvincularse de la finalidad del Derecho, aunque se mueva en el terreno teórico y no en el práctico. La dogmática jurídica no consiste en la pura creación de conceptos jurídicos para fines estéticos, sino funcionales, esto es, que contribuyan a mejorar y racionalizar las tareas aplicativas. Cualquier concepto o teoría jurídica que se construya debe tener virtualidad práctica, de tal modo que la interrelación entre este ámbito y la Dogmática no sólo es deseable, sino necesaria [18]».

La ciencia, como señala Francisco Balaguer, «no puede detenerse al borde de la aplicación como si se tratara de un abismo. La misión de la ciencia no es sólo conocer la verdad sino transformar la realidad en un sentido de progreso [19]». Esto es cierto, por ello hemos partido de la idea de que la investigación jurídica, como la investigación en general, responde a una finalidad democrática y cultural. Pero también lo es, como hemos dicho, que la ordenación social que establece el Derecho no es fácilmente evaluable sino con el transcurso del tiempo, en el que se diluyen los resultados de la creación científica.

La cuestión clave se encuentra en la finalidad de las ciencias sociales, y particularmente de las jurídicas. Como señaló Althuser se trata de: «[u]na ciencia, [que] lejos de reflejar los datos inmediatos de la experiencia y de la práctica cotidianas, no se constituye sino a condición de cuestionarlos y de romper con ellos, hasta el punto de que sus resultados, una vez adquiridos, aparezcan antes como lo contrario de las evidencias experimentales de la práctica cotidia-

---

[17] Ver en este sentido Gadamer, H-G., *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica,* 5.º Ed. Ediciones Sígueme, Salamanca, 1993, (Trad. Ana Agudo Aparicio y Rafael de Agapito), p. 3*:* «¿Y qué es la investigación histórica sin la "pregunta histórica"? En el lenguaje que yo he empleado, y que he justificado con mi propia investigación de la historia terminológica, esto significa que la aplicación es un momento de la comprensión misma. Y si en este contexto pongo en el mismo nivel al historiador del derecho y al jurista práctico, esto no significa ignorar que el primero se ocupa de una tarea exclusivamente "contemplativa" y el segundo de una tarea exclusivamente práctica. Sin embargo, la aplicación existe en el quehacer de ambos. ¡Y cómo habría de ser distinta la comprensión del sentido jurídico de una ley en uno y otro! Indudablemente el juez se plantea, por ejemplo, la tarea práctica de dictar una sentencia, en lo que pueden desempeñar algún papel consideraciones jurídico-políticas que no se plantearía un historiador del derecho frente a la misma ley. Sin embargo ¿hasta qué punto implicaría esto una diferencia en la comprensión jurídica de la ley? La decisión del juez, que «interviene prácticamente en la vida», pretende ser una aplicación correcta y no arbitraria de las leyes, esto es, tiene que reposar sobre una interpretación «correcta», y esto implica necesariamente que la comprensión misma medie entre la historia y el presente».

[18] Buenaga Ceballos, Ó., *Introducción al Derecho y a las ciencias jurídicas*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018, pp. 39-62.

[19] Balaguer Callejón, F., «Constitución normativa y ciencia del derecho», en AAVV. *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 91.

na, que como sus reflejos [20]». Por ello, como confirma Guastini, «la práctica efectiva de los juristas no puede ser considerada como una empresa genuinamente científica, dado que sus enunciados (o la mayor parte de ellos) no son verdaderos ni falsos, o sea, no tienen carácter cognitivo. Los enunciados interpretativos no son descriptivos, sino adscriptivos, y los enunciados que formulan normas implícitas, por su parte, son (subrepticiamente) prescriptivos [21]». Por ello la ciencia jurídica no es una ciencia de datos, sino esencialmente una ciencia de conceptos (un «cuerpo de conceptos [22]») que requiere de una mayor capacidad teórico-reflexiva que aplicativa o técnica en sentido estricto.

Ya desde los orígenes de la ciencia jurídica del siglo XIX, Gerber la consideró como una «comprensión unitaria de los fenómenos jurídicos en su forma de manifestación a partir de los elementos más generales y abstractos», con la finalidad de descubrir el «pensamiento fundamental único» [23]. Los resultados inmediatos de la ciencia jurídica se encapsulan en «pensamientos fundamentales». Dicho de otro modo, la abstracción de la ciencia jurídica, siguiendo a Ihering, consiste en la labor organizadora y sistematizadora de la ciencia jurídica con la finalidad de la «conversión de la materia jurídica de su estado líquido (las normas) en instituciones o cuerpos jurídicos [24]»: conceptos teóricos.

Por ello digo que la ampliación del conocimiento jurídico parece ser eminentemente pura o básica en relación con otras ramas del conocimiento. En mi opinión, la aplicación concreta de las disposiciones normativas y su interpretación, la aplicación de la reflexión científica sobre el Derecho al caso concreto (su «uso»), se identifica más bien con la actividad ordinaria de los operadores jurídicos (jueces, abogados, administración…) que cumplen la misma función del Derecho en sí, la resolución de conflictos sociales mediante la subsunción del caso concreto en la norma general, por lo que no permiten distinguir la materia, el Derecho, de la labor científica.

Como señala Óscar Buenaga la «pretensión científica o dogmática no es consustancial al Derecho. El Derecho puede existir, y de hecho así ha sido históricamente, sin que sea necesaria ningún tipo de operación teórico-científ-

---

[20] ALTHUSER, L., *La filosofía como arma de la revolución*, siglo XXI editores, 25.ª edición, 2005, p.38.

[21] GUASTINI, R., «Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico», *Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, núm. 27, 2015.

[22] *Ibídem*, p. 107.

[23] GERBER, C. F., Über öffentliche Rechte, Tübingen, 1913, p. 1; citado por PÉREZ ROYO, J., «El proyecto de constitución del Derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX», *Revista de estudios políticos*, núm. 1, 1978, pp. 67-98.

[24] Parafraseando a IHERING, R. V., *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Librería Editorial, Madrid, 1891, Tomo II, pp. 20-58, así lo resume BALAGUER CALLEJÓN, «Constitución normativa…», p. 94.

fica sobre el mismo. La esencia de las normas jurídicas es plasmar y desarrollar un conjunto de criterios morales de justicia considerados como necesarios para el funcionamiento normal de la vida social, dotándolos de coactividad para conseguir una mayor eficacia en la prevención y resolución de los conflictos que se produzcan entre los miembros del grupo (paz social) [25]».

La vinculación de la ciencia jurídica con la práctica o la realidad es uno de los elementos esenciales que diferencian las variadas corrientes metodológicas de la ciencia jurídica, como la dogmática tradicional (aferrada al «espíritu del pueblo») o el positivismo formalista (que niega cualquier relación desde el objeto científico) [26]. Y particularmente en el Derecho público y constitucional la clave de la discusión metodológica se ha encontrado en la separación/vinculación entre la realidad política (el Estado) y el Derecho como objeto científico.

Pero en ninguna de estas etapas la ciencia jurídica se ha confundido con la labor de aplicación del Derecho de los operadores jurídicos, aunque se haya servido de ella o haya partido de ella para el análisis teorético o dogmático del Derecho.

Es obvio que separar ciencia y realidad social empobrece el análisis jurídico, pero también lo es que la ciencia jurídica no se adscribe a sus resultados prácticos ni técnicos, sino que va mucho más allá en la creación de conocimiento. En mi opinión, no puede eliminarse el vínculo entre ciencia y realidad, pero ello no significa que la labor científica pueda equipararse en exclusiva con la labor aplicativa del Derecho (la subsunción del caso en la norma general o la imposición coactiva de un determinado estado de cosas). No debemos establecer «un abismo» entre ciencia y aplicación, pero hay que reconocer que los métodos científicos y aplicativos son distintos, corresponden con dos momentos distintos de la labor del jurista.

Además, es necesario hacer otra distinción para centrar el significado de la investigación jurídica. El análisis científico del Derecho puede conducir a un resultado explicativo del mismo, ordenando y clasificando contenidos para su mejor comprensión. Pero, en mi opinión, esta función incumbe más a la didáctica jurídica y nuestra labor de transferencia del conocimiento como docentes. De la ciencia jurídica se espera algo más que la codificación de contenidos o su resumen, se esperan conclusiones que se enfrenten a los problemas existenciales del Derecho.

---

[25] Buenaga Ceballos, *Introducción al Derecho y a las ciencias jurídicas*, *cit.* pp. 39-62.
[26] Balaguer Callejón, «Constitución normativa y ciencia jurídica», *op. cit.* p. 95.

Si escindimos de la investigación jurídica la aplicación ordinaria del Derecho y la mera clasificación o explicación de contenidos, entonces la ciencia jurídica tiene una apariencia esencialmente teorética. La ciencia jurídica se identifica con la teoría «pura» (prescindiendo en este momento de su significado kelseniano) más que con la ciencia aplicada o experimental.

Esta naturaleza de la ciencia jurídica conlleva una particularidad en relación al resto de las ciencias (en realidad es una particularidad de las ciencias sociales): la teoría condiciona el método de investigación o estudio (algo que defienden la mayoría de los filósofos de la ciencia en todos los campos), pero a la vez condiciona el propio objeto de investigación. Como señala Chalmers «Los sistemas vivos necesitan de una gran complejidad para funcionar […]. En las ciencias sociales, el conocimiento que se produce forma él mismo un componente importante de los sistemas en estudio. Así, por ejemplo, las teorías económicas pueden tener efecto en la forma en la que los individuos operan en el mercado, de modo que un cambio en la teoría puede producir un cambio en el sistema económico que se está estudiando [27]».

VI. BREVE EPÍLOGO

En definitiva, la labor del investigador en Derecho es una actividad creativa. Nuestra metodología requiere de la capacidad de responder a preguntas, más que a hipótesis, que permitan el desarrollo teorético. La capacidad creativa de desarrollar narrativas capaces de explicar la realidad. Pero no como meras invenciones. Sino dentro de un marco estructurado por los principios y valores constitucionales.

Porque esta es la segunda clave de la labor del profesor universitario. No somos meros aplicadores, o analizadores o estructuradores o inventores de historias. Los constitucionalistas manejan un método basado en elementos como la justicia, la libertad, la igualdad o el pluralismo político. En estos términos se encuadran sus aproximaciones a una teoría de la constitución como norma, al análisis de su eficacia y las posibilidades de realización de un tipo determinado de sociedad, de comunidad.

La capacidad para mantener unos parámetros científicos en la investigación dentro del compromiso inescindible del constitucionalista con el estado social y democrático de derecho, y a la vez, sin olvidar que el buen investiga-

[27] Chalmers, A. F., ¿Qué es esa cosa llamada ciencia?, [Trad. E. Pérez Sedeño], siglo xxi, Madrid, 1982, pp. 39 y ss.

dor tiene como finalidad la formación de ciudadanos, de una cultura política y constitucional determinada. Esto es lo que marca una carrera académica e investigadora. Esta es la dificulta.

Que la Profesora Yolanda Gómez haya pasado la última etapa de su carrera al frente del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Como responsable de las futuras generaciones de politólogos y constitucionalistas, es sin duda una muestra de que ha cumplido a la perfección con estos parámetros científicos de constitucionalista.

Disfrute, querida profesora, de un merecido descanso… y siga impulsando la ciencia.

LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO DE LA ERA DIGITAL DESDE UNA PERSPECTIVA MULTINIVEL [1]

JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE [2]
UNED

Emprendamos un viaje sin vapor y sin vela.
Disipemos el tedio que hay en nuestra prisión,
infundid en las almas, tensas como el velamen,
todos vuestros recuerdos, con su azul de horizontes.

El Viaje, *Las Flores del Mal*, C. Baudelaire.

---

[1] Este trabajo se sirve y reproduce algunas ideas ya presentadas en las siguientes publicaciones SARRIÓN ESTEVE, J., «Propósito de la dimensión jurídica del Espacio Europeo de la Investigación: unas notas introductorias», en: CIPPITANI, R., *La dimensión jurídica del Espacio Europeo de la Investigación*. Cnr edizioni, Law & Science, vol. 2, Roma, 2023, pp. 7-30; SARRIÓN ESTEVE, J.*, Ampliación del objeto y campo de estudio. Los desafíos actuales para la investigación. Postconstitucionalismo*. Universitas, Madrid, 2024; y SARRIÓN ESTEVE, J., «Fragmentos de Derecho constitucional europeo en la era digital», en: *Revista Regional Integration & Human Rights,* Año XII, 1, 2024, pp. 4-19, doi: https://doi.org/10.5281/zenodo.13292267.

Asimismo, hay que señalar que se ha desarrollado el marco de los siguientes proyectos:

– Cátedra Jean Monnet Gobernanza y Regulación en la Era Digital -Proyecto 101127331 GovReDig. Financiada por la Unión Europea. Las opiniones y puntos de vista expresados solo comprometen al autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o los de la Agencia Ejecutiva Europea de Educación y Cultura (EACEA). Ni la Unión Europea, ni la EACEA pueden ser considerados responsables de ellos;

– Cátedra «ISAAC» Derechos individuales, investigación científica y cooperación, formada por la UNED en colaboración con el CNR-IFAC.

Así como también en las actividades de los grupos de investigación «Derechos Fundamentales Multinivel» de la UNED, y Grupo de Investigación «Regulation Research Group» de la Universitat de València.

[2] Titular de la Cátedra Jean Monnet de Gobernanza y Regulación en la Era Digital.
Director de la Cátedra ISAAC. Derechos individuales, Investigación Científica y Cooperación.

I. INTRODUCCIÓN

Quizá uno puede aventurar que, acaso como consecuencia de la confusión y dispersión achacada a Babel [3], la fragmentación y división de las lenguas propició también la diversidad de culturas, de pueblos, y también de identidades, de visiones; pues cada lengua, como decía Steiner, es capaz de engendrar y articular una visión del mundo, es decir «un relato del destino de la humanidad» [4]. De forma que, el mundo se llena de lenguas, identidades y visiones. A veces se acercan, y otras veces se distancian, pareciera que buscan la distancia adecuada [5]; en ocasiones se influyen o chocan, y otras se mezclan.

Y Europa, como realidad, que no como mito, se ha construido precisamente, y de forma progresiva, gracias, por un lado, a las notas de identidad común que propiciaron una lengua como el latín, así como también a las creencias religiosas cristianas, y, por tanto, la gran herencia greco-latina y judeo-cristiana; y por otro, como consecuencia del conflicto entre identidades diversas, pues Europea siempre ha sido, en gran parte desde la Edad Media, diversa y políglota, cuna de diversas identidades, y distintas visiones del destino común.

Esta conjunción tal vez ha permitido la construcción y desarrollo de un mundo único, plural, diverso, que empedró, con esfuerzo y sangre, el camino hacia la libertad [6], y que con el Renacimiento construyó los fundamentos del mundo moderno, asentado en los valores de la libertad, la justicia y la igualdad, que se consagran en las constituciones liberales tras las revoluciones y que terminan mostrando, como toda la propia historia de Europa, la capacidad que tiene el ser humano para lo mejor y lo peor.

Es, así, fascinante pensar en el importante desarrollo de una Europa intelectual y policéntrica durante los siglos XII y XIII que propició el surgimiento de una unidad intelectual y cultural pivotada sobre el universo cultural concep-

---

[3] Gn 11: 1-9.

[4] STEINER, G., *Errata. Examen de una vida*. Siruela, Madrid, 2009 (1997), pp. 131, 121.

[5] Como en el conocido dilema del Erizo de Schopenhauer.

[6] Aunque la libertad, como tal, se trata de un concepto difícil de precisar, puesto que es polisémico, y puede tener múltiples significados. BERLIN, I., *Las ideas políticas en la era romántica*. FCE, Buenos Aires, 2014, pp. 179-190. Quizá podemos decir que, por un lado, hay un núcleo común en el concepto que implica ausencia de restricciones pero, al mismo tiempo y por otro lado, la libertad se concibe también como el fundamento o base del reconocimiento y protección de los derechos y libertades de la persona, que se manifiestan en determinados y específicos ámbitos de la vida, y que quedan protegidos de la intromisión del poder público o de la acción de otras personas, a la vez que, en la democracia, permite el desarrollo de la persona como sujeto individual y su participación como ciudadano en los asuntos públicos. *Vid.* GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*. Sanz y Torres, 6.ª edición, Madrid, 2023, pp. 13 ss. Sobre una historia de la idea de libertad en el pensamiento político y la praxis de esta como derecho, véase el reciente estudio DE MIGUEL BÁRCENA, J., *Libertad. Una historia de la idea*. Athenaica, Sevilla, 2022.

tual religioso (Iglesia) y lingüístico (el latín), que fusionaba distintas tradiciones como la griega y la romana, el judaísmo, el cristianismo, y otros elementos provenientes de las culturas árabes y orientales, permite ya atisbar el germen del carácter europeo contemporáneo, así como sus señas de identidad (unidad en la diversidad), cobrando una especial importancia las ciudades, las catedrales, y las universidades, con aportaciones importantísimas de franceses, ingleses, españoles, alemanes, italianos, polacos, rusos, etc., sin las que la Europa de hoy no se podría entender.

Y una semilla que germinó fue la investigación (científica). Por ello podemos considerar que en la actual construcción y desarrollo del Espacio Europeo de la Investigación encontramos una seña de identidad, constitutiva y constitucional, podríamos decir, de la Unión Europea que estamos construyendo [7].

Esto explica la relevancia del tema, y de considerar la investigación científica, que constituye un derecho fundamental, desde una perspectiva multinivel. Y su elección para esta contribución se debe a la deuda que el autor tiene con la homenajeada, precisamente por abrirle las puertas de la carrera académica e investigadora en la disciplina del Derecho constitucional y en la Universidad Nacional de Educación a Distancia [8].

Es conocido que el derecho o libertad de investigación científica, si bien no de forma explícita, sí está implícitamente recogido en la Constitución Española de 1978 (CE), en el artículo 20.1.b) CE, en el marco de la cobertura de la producción científica, artística y técnica, como la profesora Y. Gómez Sánchez ha defendido desde muy pronto, haciendo hincapié en que si bien la investigación como tal, tiene otras referencias en el texto constitucional español –como pueden ser la función de promoción del artículo 44.2 [9] o la regulación

[7] Véase Sarrión Esteve, J., «Propósito de la dimensión jurídica del Espacio Europeo de la Investigación: unas notas introductorias», *op. cit.,* nota 1.

[8] El autor, que había comenzado sus estudios de Doctorado en Derecho Mercantil en la Universidad Complutense de Madrid, para transitar posteriormente del estudio del Derecho privado al Derecho público, conoció a la profesora Yolanda Gómez cuando se decidió a cursar el Máster Universitario en Unión Europea en la UNED en 2008-2009, con el propósito de adquirir conocimientos especializados en Derecho de la UE, y tuvo el privilegio de que dirigiera su trabajo fin de Máster sobre el Tribunal de Justicia, trabajo que contribuyó posteriormente al desarrollo de su tesis doctoral en la Universidad de Bolonia. Desde entonces, y tras su incorporación al Grupo de Investigación de la UNED *Innovación, Investigación y Derechos Fundamentales*, fundado por Y. Gómez (hoy Grupo de Derechos Fundamentales Multinivel, dirigido por la prof. Cristina Elías Méndez), siempre ha podido contar con su orientación y motivación académica para el desarrollo de su investigación.

[9] Artículo 44.2 CE: «Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general».

de la distribución competencial en los artículos 148.17 [10] y 149.1.15 CE [11]– la ausencia de referencia explícita de la investigación, como tal, en el citado artículo 20.1.b), no excluye que forme parte del contenido esencial protegido en el mismo [12].

Ciertamente, a nivel de Derecho constitucional comparado, estamos ante un derecho de reconocimiento generalizado en la Unión Europea, si bien con diferentes modulaciones (por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, en el artículo 33 de la Constitución italiana, en el artículo 5 de la Ley Fundamental de Bon, el artículo 15.2 de la Carta de Derechos y Libertades Fundamentales de la República Checa, el artículo 18 del Instrumento de Gobierno de la Constitución de Suecia, el artículo 59 de la Constitución de Eslovenia, el artículo 43.1 de la Constitución de Eslovaquia, el artículo 36.2 de la Constitución de Rumanía, el artículo 73.4 de la Constitución portuguesa, el artículo 73 de la Constitución de Polonia, el artículo 42 de la constitución de Lituania, el artículo 113 de la constitución de Letonia, el artículo 10 de la Constitución de Hungría, el artículo 16.1 de la Constitución de Grecia, el artículo 38 de la Constitución de Estonia, el artículo 69 de la Constitución de Croacia, el artículo 23 de la Constitución de Bulgaria).

Además, lo podemos encontrar también a nivel internacional, de forma no tan implícita, en el artículo 19 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948, si bien como parte del derecho a la libertad de opinión y de expresión [13],

---

[10] Artículo 19 DUDH: «Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión».

[11] Conforme al artículo 148.1.17 CE, Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en «El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma»; y de acuerdo al artículo 148.1.17 CE, Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en «El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma»; y de acuerdo al artículo 149.1.15 CE, el Estado tiene competencia exclusiva en «Fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica». El Tribunal Constitucional ha mantenido que aquí, en materia de investigación científica y técnica, el constituyente optó por un régimen de concurrencia competencial, si bien corresponde al Estado tanto la coordinación general de la actividad resultante de las competencias autonómicas, alcanzando también al propio fomento de la investigación científica y técnica. Pleno. Sentencia del Tribunal Constitucional 90/1992, de 11 de junio, FJ 2.

[12] Véase, entre otros trabajos, Gómez Sánchez, Y., «La libertad de creación y producción científica: especial referencia a la Ley de Investigación Biomédica», en: *Revista de Derecho Político*, 75-76, 2009, pp. 490 ss.

[13] Como ha tenido oportunidad de estudiar bien Cippitani, también en anteriores trabajos, Véase Cippitani, R., «Academic Freedom as a Fundamental Right», en: 1st International Conference on Higuer Education Advances, HEAd'15, Universitat Politècnica de València, Valencia, 2015, doi: http://dx.doi.org/10.4995/HEAd15.2015.357, p. 554.

y de forma implícita en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 10 referido a la libertad de expresión [14].

A nivel supranacional europeo, de forma explícita lo encontramos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en cuyo artículo 179 [15] se establece como objetivo de la Unión la realización de un espacio europeo de investigación, para lo que el 180 TFUE prevé la ejecución de programas de investigación, de centros de investigación y universidades, la promoción de la cooperación en materia de investigación; y el artículo 181.1 TFUE establece que la Unión y los Estados miembros coordinarán su acción en materia de investigación y desarrollo tecnológico para garantizar la coherencia de las políticas internas y de la Unión. Asimismo, encontramos menciones, de forma colateral, en los artículos 168.1, y 173.1 TFUE. Y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), el artículo 13 reconoce tanto la libertad de artes y ciencias, como de la investigación científica y la libertad de cátedra [16].

Quizá por ello tiene sentido que realicemos una aproximación multinivel a los desafíos y oportunidades que plantea la investigación científica en el Derecho constitucional contemporáneo, entendiendo por aproximación multinivel la utilización de la teoría pluralista del 'constitucionalismo multinivel' [17], esto es, una construcción dogmática que, partiendo de una perspectiva ordinamental, definiendo la realidad jurídica como un orden –un conjunto ordenado–

---

[14] Artículo 10 CEDH: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa».

[15] El artículo 179 TFUE dispone que:

«1. La Unión tendrá por objetivo fortalecer sus bases científicas y tecnológicas, mediante la realización de un espacio europeo de investigación en el que los investigadores, los conocimientos científicos y las tecnologías circulen libremente, y favorecer el desarrollo de su competitividad, incluida la de su industria, así como fomentar las acciones de investigación que se consideren necesarias en virtud de los demás capítulos de los Tratados.

2. A tal fin, la Unión estimulará en todo su territorio a las empresas, incluidas las pequeñas y medianas, a los centros de investigación y a las universidades en sus esfuerzos de investigación y de desarrollo tecnológico de alta calidad; apoyará sus esfuerzos de cooperación con el fin, especialmente, de permitir que los investigadores cooperen libremente por encima de las fronteras y que las empresas aprovechen las posibilidades del mercado interior, en particular por medio de la apertura de la contratación pública nacional, la definición de normas comunes y la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación.

3. Todas las acciones de la Unión que se realicen en virtud de los Tratados, incluidas las acciones de demostración, en el ámbito de la investigación y del desarrollo tecnológico se decidirán y se ejecutarán de conformidad con lo dispuesto en el presente título.»

[16] Artículo 13 CDFUE, bajo el rótulo «Libertad de las artes y de las ciencias», dispone que: «Las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra.»

[17] Sobre el concepto con más en profundidad, véase Gómez Sánchez, *op. cit.,* nota 5, p. 43.

que estaría formado por normas, principios e instituciones, tiene como objetivo explicar una arquitectura de relaciones entre ordenamientos jurídicos autónomos [18], cada uno con su respectiva norma fundamental que define los criterios de validez de sus propias normas y las relaciones con otros ordenamientos, que cobra especial relevancia en el ámbito europeo, en el que en cada uno de los órdenes jurídicos su autonomía determina su existencia, y que tenga sus propias reglas y principios de funcionamiento, y de interrelación con el resto de órdenes jurídicos (también autónomos) [19]; constituyendo también esta teoría, por cierto, un paradigma autónomo [20].

Y lo hagamos, además, considerando los desafíos y oportunidades que se plantean en la era digital, en una sociedad digitalizada que vive en un mundo en transformación que está impactando al Derecho y a sus categorías [21], de forma que se hace esencial ampliar el objeto y campo de estudio del propio Derecho constitucional contemporáneo, para incluir, en la investigación científica, las cuestiones vinculadas al desarrollo tecnológico, de forma que cabe integrar, dentro del foco del Derecho constitucional contem-

[18] Estos ordenamientos están entrelazados de forma que llegan a ser interdependientes, pudiendo calificarse de subsistemas que integran en el sistema multinivel que los abarca, desde una visión o perspectiva integradora y plural que permitiría superar los eventuales conflictos derivados de las teorías soberanistas a partir de un paradigma o teoría en el que los centros de poder y legitimación nacional y trasnacional coexisten e interactúan. Si bien a mi modo de ver el desafío implícito está en identificar las reglas y principios de ordenación entre estos niveles o subsistemas y que regirían el propio sistema multinivel, que sería la clave de bóveda del sistema, y que no es sencillo realizar sin caer en la tentación soberanista, sea nacional o de tinte federalista. Sobre la comparativa entre la visión soberanista y pluralista, véase Fabbrini, F., *Fundamental Rights in Europe*. Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 15-25.

[19] Cada ordenamiento autónomo, tanto los internos de los Estados miembros como el propio de la Unión Europea tienen sus propias reglas y principios de funcionamiento, su sistema de fuentes, las relaciones de sus órganos constitucionales –relaciones de los sujetos de poder–, el sistema de protección de los derechos y libertades, así como las reglas y principios de relación con otros ordenamientos externos; y son cuestiones o elementos que podemos considerar como materialmente constitucionales, y que tenderán por tanto a estar explícita o implícitamente contemplados en las normas de rango constitucional del respectivo ordenamiento.

[20] Así, como dice Teresa Freixes, «el *multilevel* puede configurarse como un paradigma autónomo en el arco del proceso de integración europea, dirigido a explicar esta complejidad jurídica, aplicable a los sistemas integrados por subsistemas que, en el constitucionalismo, pueden enlazarse con el federalismo y con la interpretación sistemática», véase Freixes Sanjuán, T., «Constitucionalismo multinivel e integración europea», en: Freixes Sanjuán, T.; Gómez Sánchez, Y.; Rovira Viñas, A. (dir.), *Constitucionalismo Multinivel y relaciones entre Parlamentos: Parlamento europeo, Parlamentos nacionales, Parlamentos regionales con competencias legislativas*. CEPC, Madrid, 2011, p. 41.

[21] Sarrión Esteve, J., *El reconocimiento y protección de los derechos y libertades en un mundo en transformación*. Aranzadi, Madrid, 2023; Benlloch Domènech, C.; Sarrión Esteve, J., «Los derechos fundamentales ante las aporías de la era digital», en: *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, 46, 2022, doi: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2022.46.17046; Benlloch Domènech, C.; Sarrión Esteve, J., *Los retos sociales y jurídicos de un mundo en transformación: una aproximación a la Sociología del Derecho*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

poráneo, el Derecho constitucional europeo junto con el emergente Derecho de la ciencia y la tecnología [22].

II. SOBRE EL CONCEPTO DE LIBERTAD DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y SU DELIMITACIÓN

La libertad de investigación científica conecta con la que habitualmente conocemos como libertad académica –sobre la que tanto se ha escrito [23] de forma justificada al tratarse de un tema de permanente actualidad [24]– que, en su expresión más tradicional, y en la propia Constitución española, recibe sin embargo la denominación de «libertad de cátedra», artículo 20 c) CE, y que plantea tantas complejas cuestiones jurídicas y éticas de interés que, entre otras, afectan a su dimensión o contenido positivo y negativo, la titularidad de la libertad, sus límites y su relación, cuando se trata del nivel universitario, con la autonomía universitaria o, cuando se trata de un centro docente escolar o de formación profesional con la libertad de creación de centros docentes o del derecho de los padres a elegir la orientación ideológica y religiosa de sus hijos, o de otros derechos, y en los que se pueden manifestar diferencias notables entre sistemas constitucionales y jurídicos europeos.

Es también, la libertad de investigación, además de una parte de la libertad de cátedra para el personal docente e investigador, una libertad que se puede configurar como una manifestación específica de la más amplia libertad de expresión reconocida de forma amplia en la letra a) del mismo artículo 20 CE [25], así como también de las libertades ideológicas y religiosas

---

[22] Sarrión Esteve, *Ampliación del objeto y campo de estudio…*, *op. cit.* nota 1, pp. 25 y ss; y Sarrión Esteve, «Fragmentos de Derecho constitucional europeo en la era digital», *op. cit.,* nota 1.

[23] Sin pretensión de exhaustividad, por todos, véanse los trabajos de Lozano Cutanda, B., *La libertad de cátedra*. Marcial Pons, Madrid, 1995; Freises Sanjuán, T., «Los problemas de la libertad de cátedra», en: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 22-23, 1998, pp. 35-45; Vidal Prado, C., *La libertad de cátedra: un estudio comparado*. CEPC, Madrid, 2001; Matía Portilla, J., «La libertad de cátedra como límite a la autonomía de las universidades públicas», en: *Revista de Derecho Político*, 118, 2023, pp. 49-77, doi: https://doi.org/10.5944/rdp.118.2023.39098; Álvarez Rodríguez, I., *Sobre la libertad académica*. Dykinson, Madrid, 2023.

[24] *Vid.* Parlamento Europeo, *State of play of academic freedom in the EU Member States. Overview of de facto trends and developments*, by Maassen, P; Martinsen, D; Elken, M.; Jungblut, J; y Lackner, E, d, para el trabajo de la Evaluación de Opciones Científicas y Tecnológicas (STOA) del Parlamento Europeo, STUDY Panel for the Future of Science and Technology, EPRS | European Parliamentary Research Service, 2023, accesible aquí: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/740231/EPRS_STU(2023)740231_EN.pdf

[25] Artículo 20.1 a) CE: «A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción».

del 16.1 CE, y, ya más en general, de la libertad como tal [26]. No se puede obviar, por supuesto, que además del personal docente e investigador, puede haber investigadores fuera del ámbito docente, tanto en instituciones públicas o privadas, e incluso investigadores no profesionales.

Dentro del ámbito de protección del artículo 20.1 d) pudiera considerarse que se configura un derecho fundamental autónomo con dos proyecciones, la creación (momento creativo) y producción (la difusión), así como también dos vertientes o manifestaciones, por un lado la literaria y artística, y por otro la científica y técnica [27]; si bien parece que más que la configuración de un derecho, estamos más bien ante el reconocimiento de dos derechos diferenciados, en particular el de la libertad artística y literaria, en primer lugar, y el de la de la libertad de investigación científica, en segundo lugar. Ambos derechos o libertades tutelarían tanto el momento previo y necesario –o investigación en sentido estricto– como los posteriores momentos creativo y de resultados o difusión [28]. Y como derecho fundamental que es, desde una perspectiva formal de las garantías constitucionales, le corresponderían las correspondientes garantías, tanto normativas como institucionales y jurisdiccionales.

A nivel internacional y supranacional podemos encontrar también una protección relevante de la investigación científica. Por un lado, tenemos su reconocimiento en el artículo 19 DUDH como parte del derecho a la libertad de opinión y de expresión; y aunque en el artículo 10 del CEDH no se encuentra de forma explícita, se deduce de la jurisprudencia del TEDH que sería una concreción también de la libertad de expresión [29]. Asimismo, por otro lado, en la CDFUE la libertad de investigación se encuentra vinculada a la libertad de artes y ciencias, y la libertad de cátedra, puesto que bajo el rótulo «Libertad de las artes y de las ciencias», se establece la libertad tanto de las artes como de la investigación científica, así como el respeto a la libertad de cátedra; enten-

[26] Con las dificultades intrínsecas al concepto de libertad, véase nota 4.

[27] Urías Martínez, J., «Artículo 20.1. B) La libertad de creación», en: Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M.; Casas Baamonde, M. E. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I*. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, p. 618.

[28] Como señala Gómez, Y., la investigación sería en realidad «el proceso previo y necesario tanto para la creación como para la producción científica, consistente en las diligencias para descubrir algo o en la realización de actividades intelectuales o experimentales de modo sistemático con el propósito de modificar los conocimientos sobre una determinada materia o asunto», de forma que constituiría el trabajo, mientras que la creación es el resultado y la producción su aplicación práctica y transferencia. Véase Gómez Sánchez, *op. cit.,* nota 11, p. 490.

[29] De la propia jurisprudencia del TEDH se evidencia que la libertad académica está vinculada a la libertad de expresión, véase SSTEDH de 15 de abril de 2014, *Hasan Yazıcı c. Turquía*, ECHR:2014:0415JUD004087707, apartados 55 y 69; y de 27 de mayo de 2014, *Mustafa Erdoğan y otros c. Turquía*, ECHR:2014:0527JUD000034604, apartados 40 y 46.

diendo no obstante, como se indica en las explicaciones de la CDFUE que este derecho se infiere de la libertad de pensamiento y expresión, pudiendo estar sometido a las limitaciones permitidas por el artículo 10 CEDH, que es el que reconoce el derecho a la libertad de expresión. Pero, a mayor abundamiento, habría que considerar que el artículo 52.1 CDFUE establece que cualquier limitación a los derechos fundamentales debe establecerse por ley que deben respetar su contenido esencial, y que, dentro del principio de proporcionalidad, solo se pueden introducir cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. Y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sostenido de forma clara que la libertad (académica) de cátedra, estaría implícita en el artículo 10 del CEDH, de forma que habría que darle el alcance previsto en el sistema convencional (art. 52.3 CDFUE); además considera que incluiría tanto la investigación como la enseñanza, y debe garantizar la libertad de expresión y de acción, incluyendo la de comunicar información, investigar y difundir sin restricción «el conocimiento y la verdad», considerando que la protección no se reduce a la investigación en sentido estricto [30].

Desde la perspectiva multinivel, y de la eficacia del derecho fundamental, sería necesario, por tanto, constatar que el sistema convencional va a suponer un mínimo de protección a considerar, y que luego tendríamos el nivel del Derecho de la UE, en particular a través de la CDFUE, llamada a su aplicación cuando estemos dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (art. 51 CDFUE), además del nivel de protección constitucional interno, lo que requerirá en última instancia un fluido diálogo entre Cortes [31].

III. LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO Y EL EMERGENTE DERECHO EUROPEO DE LA CIENCIA Y DE LA TECNOLOGÍA

Frente a una excesiva y formalista fragmentación disciplinar, quizá artificial en gran medida, dentro de la Ciencia jurídica, y a las ventajas aparentes que supuestamente la especialización jurídica de las llamadas áreas de conocimiento o disciplinas jurídicas, dentro del más amplio Derecho, pudiera supo-

[30] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de octubre de 2020, *Comisión Europea c. Hungría*, C-66/18, ECLI: EU: C:2020:792, apartados 22-25.

[31] Sarrión Esteve, J., *Los desafíos para la Justicia Europea en un sistema multinivel. Una aproximación desde la perspectiva de la eficacia de los derechos*. Aranzadi, Madrid, 2023, pp. 52-57.

ner; la realidad parece constatar más bien que una excesiva fragmentación dificulta la innovación en la Ciencia del Derecho, pues facilita la inhibición de la crítica y dificulta enormemente el diálogo entre las distintas áreas o disciplinas, tanto a nivel nacional como internacional, lo que –en última instancia– empequeñece las posibilidades de hacer frente intelectualmente, y desde la investigación, a los grandes desafíos jurídicos del Derecho contemporáneo [32].

Por ello, desde diversas Cátedras Jean Monnet se ha estado trabajando, desde esa multi/interdisciplinariedad, en el desarrollo y conceptualización de un «Derecho europeo de la ciencia y de la tecnología», necesariamente multidisciplinar, que podría abarcar problemas relacionados con la utilización de las innovaciones tecnológicas, las cuestiones éticas y jurídicas vinculadas, tema del uso de datos, principios éticos de la ciencia, incluyendo los aplicables a los sistemas de inteligencia Artificial, etc. [33]

Hace tiempo que, desde el Derecho constitucional, se ha estado trabajando en la ampliación precisamente del campo y objeto de estudio, atendiendo al fenómeno de la integración, a través del Derecho de integración, con el propósito de interpretar adecuadamente las normas e instituciones para comprender el funcionamiento de la actual realidad y práctica jurídica, en la que se constata un desplazamiento progresivo del llamado «paradigma de la estatalidad» y la consolidación de la Constitución o constitucionalismo «en red» en el marco de convergencia de sistemas jurídicos [34], lo que cobra especial particularidad

[32] Así, como dice G. Doménech Pascual, «la realidad enseña que los problemas jurídicos suelen atravesar los estrechos lindes de las áreas de conocimiento […]» y el aislamiento que se produce «dificulta la visión de lo que se está haciendo en otras comunidades. Reduce el intercambio de ideas entre individuos que están analizando problemas similares. Entorpece que cualquier investigador pueda aprovechar lo que debería ser un acervo común de conocimientos para hacer progresar la ciencia jurídica.» Véase Doménech Pascual, G., «Que innoven ellos: Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora», en: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 2016, pp. 19-20.

[33] Cabe citar aquí el gran trabajo desarrollado por el prof. Roberto Cippitani en el ejercicio de la libertad de investigación y de cátedra como una contribución a la construcción y desarrollo de un «Derecho europeo de la ciencia y la tecnología», al que ha coadyuvado desde sus Cátedras Jean Monnet, desde la Cátedra Jean Monnet «teKla» sobre el Espacio Legal de Conocimiento Europeo (*The European Knowledge Legal Area*), Grant Decision no. 2011-3067, 2011-2014, hasta la más reciente Cátedra Jean Monnet sobre la 5.ª libertad, la libertad de investigación como la 5.ª libertad *5fth*Freedom, Freedom of Research as EU Fifth Freedom*), 619985-EPP-1-2020-1-IT-EPPJMO-CHAIR; junto con los Centros de Excelencia Jean Monnet, desde el Centro de Excelencia *Rights & Science*, 2015-2018, hasta el Centro de Excelencia Baldus (Building the Age of a Lawful and sustainable Data-Use), 101047644, 2022-2025. En el estudio y desarrollo de este emergente Derecho europeo de la ciencia y la tecnología se sitúa también la Cátedra Jean Monnet Gobernanza y Regulación en la Era Digital (*GovReDig*), 101127331; y la Cátedra «ISAAC» Derechos individuales, investigación científica y cooperación, formada por la UNED en colaboración con el CNR-IFAC.

[34] Pizzolo, C., *El sistema europeo de protección multinivel de derechos humanos en su laberinto*. Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2022, pp. 21 ss. Destaca el importante trabajo realizado, para el desarrollo del Derecho de la Integración, en el Centro de Excelencia Jean Monnet «In-

en el fenómeno específico de la integración supranacional europea, al que ha atendido el Derecho constitucional europeo. Aquí, esta ampliación ha supuesto abordar los elementos constitucionales de los procesos supranacionales de integración (al que atiende también el Derecho de integración) estudiando, en particular, el proceso de integración supranacional europeo, sentando las bases y el desarrollo de lo que se ha denominado el Derecho constitucional europeo que, a partir de la idea de 'Derecho constitucional común europeo' enunciada por el prof. P. Häberle [35], ha propiciado, como dice el prof. F. Balaguer, estudiar el fenómeno de constitucionalización del proceso de integración europea, a la vez que se integraban también las cuestiones constitucionales europeas en el Derecho constitucional, considerando en el mismo, con una perspectiva amplia e integradora, los espacios constitucionales de la Unión y de los propios Estados miembros [36], lo que se ha hecho también desde diversas Cátedras Jean Monnet de Derecho constitucional europeo [37].

Es ahora, en la era digital, donde encontramos la necesidad de que, desde el Derecho constitucional contemporáneo se atiendan los desafíos y oportunidades que plantean la transformación digital y las innovaciones tecnológicas, incluyendo tanto las cuestiones éticas como jurídicas de esta nueva realidad que el Derecho enfrenta. Pues es en este marco, en un mundo regido por algoritmos diseñados por grandes compañías tecnológicas que tienden a configuran los procesos de producción industrial, de prestación de servicios, incluyendo en particular todo el proceso comunicativo, con la consiguiente influencia lógica en la toma decisiones, donde se producen lo que se puede denominar «rupturas» de lo que – como identifica el prof. F. Balaguer – hasta recientemente constituía 1) el contexto cultural constitucional, con nuevos factores de legitimación que corresponden al poder global; 2) se pierde la constitución como referente cultural unitario; 3) se produce una ruptura entre la realidad física y virtual, dado que una se regula por el Derecho público y la otra por el Derecho privado; 4) queda afectada la propia configuración de la realidad, derivada de la destrucción de la percepción social compartida de la realidad, afectando al es-

tegración Regional & Derechos Humanos» de la Universidad de Buenos Aires, dirigido por el profesor C. Pizzolo, http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/

[35] Häberle, P., «Derecho constitucional común europeo», traducción de E. Mikunda Franco, en: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 79, 1993, pp. 7-46.

[36] Balaguer Callejón, F., *Introducción al Derecho Constitucional*, 5.ª ed. Tecnos, Madrid, 2016, pp. 79 ss.

[37] El Derecho constitucional europeo ha sido defendido como aproximación desde las Cátedras Jean Monnet en Derecho Constitucional Europeo de los profesores F. Balaguer, T. Freixes, y Y. Gómez. Véase en detalle Gómez Sánchez, Y.; Elías Méndez, C., *Derecho constitucional europeo*. Aranzadi, Madrid, 2020, pp. 20 ss.

pacio público; y 5) se pierde la capacidad del Estado de ordenar la vida social por el desarrollo tecnológico; lo que reclama una «constitucionalización de la tecnología», y una revalorización constitucional en el ordenamiento y en el espacio público fundamentada en los derechos fundamentales [38].

Y estas rupturas e incidencias tienen repercusión también en la investigación científica del Derecho, que el Derecho constitucional, y también el Derecho constitucional europeo, debe atender, al encontrarnos en una nueva realidad que es híbrida; siendo por ello necesario repensar el Derecho (constitucional) en clave digital [39], y buscar una «redefinición del constitucionalismo» que haga frente a la transformación en que estamos insertos, de forma que la constitución normativa mantenga la función de ordenación de la realidad y de la resolución de conflictos, haciendo frente al cambio, con una reconstrucción intelectual, jurídica, científica, de las categorías propias de la estructura (Estado) y el sujeto (ciudadano) que son fundamentales para el Derecho (constitucional), a través del valor de la ciudadanía [40]; en definitiva, que realicemos juntos la búsqueda de un nuevo paradigma (constitucional) que logre mantener en el centro del debate la protección de los derechos y las libertades de las personas [41]; y es ahí donde el Derecho constitucional europeo debe preocuparse del desarrollo del emergente Derecho europeo de la ciencia y la tecnología [42].

Así, cobra especial importancia una investigación científica jurídica que permita un adecuado desarrollo del Espacio Europeo de Investigación, bajo un paraguas jurídico que dé respuesta a los desafíos que la era digital presenta, tratando de preservar unos principios y garantías, que no pueden perderse, y que deben formar parte de una misma conciencia y cultura (post)constitucional. Por ello, cobra especial importancia la búsqueda e identificación de los principios éticos y jurídicos que sirvan para desarrollar, aplicar e interpretar el Derecho europeo de la ciencia y la tecnología.

---

[38] Véase Balaguer Callejón, F., *La Constitución del Algoritmo.* Fundación Manuel Giménez Abad de estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2.ª edición, Zaragoza, pp. 53 ss.

[39] Reche Tello, N.; Tur Ausina, R., «Poder y persona en una sociedad digital», en: Reche Tello, N.; Tur Ausina, R. (dir.), *La teoría constitucional frente a la transformación digital y las nuevas tecnologías*. Aranzadi, Madrid, 2022, pp. 13-28.

[40] Guillen López, E., «Definición y redefinición del constitucionalismo en la era digital», en: Reche Tello; Tur Ausina, *op. cit.,* nota 38, pp.113-115.

[41] Sarrión Esteve, J., «Algunas notas sobre el paradigma de protección de los derechos fundamentales frente a la inteligencia artificial y las neurotecnologías», en: Reche Tello; Tur Ausina, *op. cit.,* nota 38, pp. 190-192.

[42] Véase en más detalle, Sarrión Esteve, J., «Fragmentos de Derecho constitucional europeo en la era digital», *op. cit.,* nota 1, pp. 8 ss.

Así, la búsqueda de principios éticos y jurídicos siempre ha sido esencial en el Derecho, y lo es también en el Derecho contemporáneo, sobre todo desde una perspectiva superadora del positivismo (formalista), puesto que se hace esencial garantizar, en la práctica, y desde una teoría normativa (de la Constitución), en el Estado (constitucional) social y democrático de Derecho, así como en el espacio (constitucional) supranacional de la Unión Europea, la realización de los derechos y las libertades de las personas, como fruto de una Ciencia jurídica prescriptiva de la libertad [43].

Podríamos considerar, entre otros, el principio de la dignidad humana como fundamento de la libertad y de la igualdad; el principio de autodeterminación en la participación de las personas en la actividad científica; los principios de prevención y precaución que definen la cultura europea, los principios de transparencia e integridad en la actividad científica, el principio de buena administración, el principio de innovación regulatoria, etc. [44].

Estos principios deben presidir el modelo europeo regulatorio en desarrollo, y del que forman parte nuevos instrumentos normativos como la nueva regulación de la Inteligencia Artificial, que regula los sistemas de Inteligencia Artificial, poniendo en el centro al ser humano, con una regulación basada en el riesgo de estos sistemas, desde la perspectiva de la protección de los derechos de las personas [45]; así como también las normas que se están aprobando en el marco de la denominada Estrategia Europea de Datos [46], que pretende convertir a la UE en líder de la sociedad digital, con la consecución de un mercado único de datos, a través, entre otras medidas, el nuevo Reglamento sobre el acceso y uso de los datos (Ley de Datos) [47]; y los futuros espacios de datos comunes europeos, como el futuro Espacio Europeo de Datos Sanitarios [48],

---

[43] *Ibid,* pp. 12 y 13.

[44] Sobre la elaboración de principios éticos de la ciencia y la tecnología véase Cippitani, R., *La dimensión jurídica del Espacio Europeo de la Investigación*. Cnr edizioni, Law & Science, vol. 2, Roma, 2023, pp. 119 ss.; y Sarrión Esteve, J., «Fragmentos de Derecho constitucional europeo en la era digital», *op. cit.,* nota 1, p. 15.

[45] Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 300/2008, (UE) núm. 167/2013, (UE) núm. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). DOUE L 12 de julio de 2024.

[46] Comisión Europea, Estrategia europea de datos, 2019-2024. Accesible aquí: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_es.

[47] Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2023 sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos). DOUE Serie L 22 de diciembre de 2023.

[48] Comisión Europea, Espacio de Datos Sanitarios de la UE, accesible aquí: https://health.ec.europa.eu/ehealth-digital-health-and-care/european-health-data-space_es.

con el impulso a la utilización de los datos sanitarios, a través de un Reglamento que crea el Espacio Europeo de Datos Sanitarios, ayudando a las personas a controlar sus propios datos sanitarios, apoyando su uso para la mejora de la prestación de asistencia sanitaria, la investigación, innovación y la elaboración de políticas públicas en materia de datos.

La importancia de los datos para la investigación científica en nuestros días (considerando la potencialidad y retos del uso de cantidades masivas de datos, big data) no es algo baladí, por ello necesitamos construir y desarrollar un espacio de investigación con datos que permita el desarrollo de una investigación científica eficaz, a la vez que constituye no solo un paraguas para la propia investigación, sino también sostiene un sólido marco jurídico 49, en términos de protección de datos, derechos fundamentales y otros derechos y libertades, seguridad y ciberseguridad.

IV. CONCLUSIONES

El Derecho constitucional contemporáneo, desde una perspectiva multinivel, se enfrenta a un doble desafío, en la investigación científica, por un lado, el fenómeno de la integración supranacional, en particular en la Unión Europea y, por otro lado, el de la transformación digital.

Estos desafíos presentan la oportunidad de ampliar el objeto y campo de estudio, desarrollando, desde el Derecho de la integración y, en particular, el Derecho constitucional europeo, el emergente Derecho europeo de la ciencia y la tecnología, desde una perspectiva constitucional multinivel, buscando e identificando adecuadamente los principios que deben presidir el desarrollo del modelo regulatorio europeo para el Espacio Europeo de Investigación, incluyendo la regulación las normas sobre sistemas de inteligencia artificial y de los espacios de datos comunes europeos, de forma que se garantice la limitación del poder, y la adecuada protección y tutela de los derechos y libertades de las personas.

[49] En este marco, hay que considerar también el Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos), que complementa la Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público (Directiva sobre datos abiertos); y entendiendo que se aplicará sin perjuicio de la normativa de protección de datos personales aplicable, tanto a nivel europeo como a nivel de Derecho interno (considerando 4, Reglamento (UE) 2022/768).

SOBRE EL ESTATUS Y LA NATURALEZA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO[1]

Jorge Alexander Portocarrero Quispe
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. CONSTITUCIÓN E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. La interpretación constitucional como interpretación pública

En un sentido general, interpretar es conferir un significado a un determinado objeto de interpretación[2]. La atribución de significado se debe dar en

[1] Una versión de la primera sección de este trabajo fue publicada en el artículo Portocarrero Quispe, J. A., «La interpretación constitucional como caso especial de la interpretación jurídica», *Eunomía*, núm. 24, 2023, pp. 15-34. Agradezco al profesor Héctor A. Morales-Zúñiga por sus observaciones sobre la coherencia del texto y por sus profundos comentarios críticos sobre las tesis planteadas en este ensayo. Quiero resaltar que este ensayo fue desarrollado durante el tiempo en el que fui investigador «García Pelayo» en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España (2019-2022), etapa que afortunadamente coincidió con la dirección la Prof. Yolanda Gómez Sánchez en el CEPC. Al enfoque multinivel de protección de derechos, a la concepción analítica de la igualdad y a su idea sobre la especialidad de la interpretación constitucional con los que la profesora Gómez aborda la interpretación iusfundamental, debo mucho de mis posteriores desarrollos académicos y profesionales.

[2] Marmor, A., *Interpretation and legal theory*, 2da. ed., Hart Publishing, Oxford, 2005, p. 9. Una caracterización un poco más elaborada de la interpretación que incluye «todos los esfuerzos para discernir el significado y determinar las aplicaciones particulares que dependen de ese significado» (*trad. alt.*) ha sido propuesta por Greenawalt, K., *Legal Interpretation. Perspectives from Other Disciplines and Private Texts*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 13. Jerzy Wróblewski distingue tres ámbitos de interpretación, a saber, la interpretación *in largissimo sensu* («la comprensión de todos los objetos culturales»), la interpretación *in sensu largo* («utilizada en relación con las expresiones del lenguaje escrito o hablado, especialmente de los textos jurídicos»), y la interpretación *in sensu stricto* («designa las situaciones en que hay dudas sobre el significado adecuado de un texto jurídico y, por lo tanto, cuando no puede

base a razones capaces de poder dar cuenta de la mayoría de aspectos del objeto a ser interpretado, y para ello hay que estar en capacidad de comprender o entender dicho objeto [3]. En síntesis, la interpretación implicaría así una correspondencia fundamentada entre el significado atribuido y el objeto a interpretar. Ahora bien, toda interpretación comienza como un proceso subjetivo, pues las capacidades cognitivas necesarias para el acto interpretativo dependen de los sujetos interpretantes [4]. Esto lleva a que toda interpretación sea correcta para su autor, ya que responde a sus expectativas, capacidades, intereses, creencias y preconcepciones. El resultado de ese proceso subjetivo podría incluso ser compartido por otros intérpretes que podrían considerar al intérprete original como un experto o una autoridad en las cuestiones interpretadas, es decir, una «autoridad teórica» [5].

Sin embargo, un problema importante surge cuando el resultado de la interpretación debe ser presentado a otros posibles intérpretes que no necesariamente consideren al intérprete original como un experto fiable o no compartan sus mismas expectativas, capacidades o intereses. Así pues, la interpretación «pública» requiere que los participantes en el proceso interpretativo tengan una comprensión mínimamente común del objeto de la interpretación para poder emitir un juicio al respecto y entablar un intercambio argumentativo de razones. La necesidad de exteriorizar el proceso interpretativo y de justificar su resultado a fin de entablar una deliberación pública constituye el punto de partida de toda teoría de interpretación que esté dirigida a un público diverso.

Ahora bien, en el ámbito del derecho, el intercambio público y abierto de razones está sometido a un marco más limitado que el que existe a nivel de la interpretación en general [6]. En efecto, la tarea principal de todo proceso de in-

---

utilizarse con un 'significado inmediatamente asignado'»), véase Wróblewski, J., Legal reasoning in legal interpretation, *Logique et Analyse*, núm. 12, 1969, pp. 3-31, 4.

[3] «La interpretación no es un acto complementario y posterior al de la comprensión ocasional y posterior a la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar, y en consecuencia la interpretación es la forma explícita de la comprensión». Gadamer, H.-G., *Verdad y método*, Vol. I, 8va. ed., Ediciones Sígueme, Salamanca, 1999, p. 378.

[4] Esta afirmación se basa en la fórmula que resume la filosofía trascendental de Immanuel Kant y su método de pensamiento, «que solo conocemos a priori de las cosas lo que nosotros ponemos en ellas» (*trad. alt.*) (*dass wir nämlich von den Dingen nur das a priori erkennen, was wir selbst in sie legen*). Véase Kant, I., KrV. B XVIII.

[5] Recurro aquí a la distinción entre la autoridad práctica y teórica establecida por Joseph Raz: «La autoridad legítima es práctica o teórica (o ambas). Las directrices de una persona o institución con autoridad práctica son razones-para-la-acción para sus sujetos, mientras que el consejo de una autoridad teórica es una razón-para-creer para aquellos sobre los que esa persona o institución tiene autoridad». Véase Raz, J., *La ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 228 ss.

[6] «El discurso jurídico se trata de un caso *especial*, porque la argumentación tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras. Entre éstas, se debe mencionar espacialmente la sujeción de la ley, la

terpretación jurídica consiste en examinar y evaluar si a una circunstancia particular puede adscribírsele un significado en función a alguna de las fuentes del derecho, es decir, en función a la ley, la jurisprudencia, la costumbre vinculante, los principios generales del derecho o la doctrina [7]. En este sentido, la interpretación jurídica implica necesariamente la conexión de dos partes: un enunciado autoritativo en abstracto (sea de la ley emitida por el legislador, el precedente vinculante del juez o la doctrina ampliamente reconocida) y la examinación o evaluación realizada por aquel intérprete jurídico que busca atribuir un significado a una circunstancia concreta [8]. Como proceso interpretativo destinado a atribuir un significado a las normas constitucionales, y cuyos resultados extenderán sus efectos más allá de los participantes inmediatos, la interpretación constitucional es una clase de interpretación a la vez pública y abierta [9], que trata de atribuir un significado a una circunstancia concreta de relevancia constitucional en función a las prescripciones recogidas en la constitución, la jurisprudencia constitucional vinculante y la doctrina establecida.. En este sentido, la interpretación constitucional requiere exteriorizar su proceso interpretativo y justificar sus resultados a fin de obtener la legitimación del intercambio deliberativo de razones entre los posibles intérpretes. Sin embargo, hasta este punto, la interpretación constitucional no puede distinguirse de lo que se esperaría de cualquier otro «tipo» de interpretación jurídica. En efec-

obligada consideración de los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como […] las limitaciones a través de las reglas del ordenamiento procesal». Véase. Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, 2da. ed., CEPC, Madrid, 2007, pp. 35 ss.

[7] La sistematización de las llamadas fuentes del derecho no es uniforme, algunas incluyen a la costumbre y a la doctrina y otras sistematizaciones no lo hacen, en este sentido es mejor recurrir a la definición general planteada por Ignacio de Otto cuando afirma que «fuente del derecho es aquello a lo que el ordenamiento confiere la virtualidad de crear una norma». Véase De Otto, I.,; «Derecho constitucional. Sistema de fuentes», en Punset, Ramón, Bastida Francisco y Varela Joaquín (eds.), *Obras completas*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2010, pp. 801-1109, 869.

[8] También en este sentido Starck, C., «Die Verfassungsauslegung», en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. VII, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, pp. 189-229, 199.

[9] Por ejemplo, Peter Häberle contrasta la «sociedad cerrada de intérpretes» con la «sociedad abierta de intérpretes» que él prefiere. Según Häberle, «todos los potenciales órganos y autoridades públicas, así como todos los ciudadanos y colectivos, tienen que participar en el esfuerzo de interpretación de la constitución. No existe un numerus clausus de intérpretes constitucionales» (*trad. alt*.), véase Häberle, P., «The Open Society of Constitutional Interpreters», en *Peter Häberle on Constitutional Theory. Constitution as Culture and The Open Society of Constitutional Interpreters*, Hart Publishing-Nomos, Oxford, 2018, pp. 129 ss. Sin embargo, a la idea de Häberle de una sociedad abierta y democrática de intérpretes debe oponerse el hecho de que la participación amplia y democrática en el proceso de interpretación relativiza el papel de los precedentes jurídicos y dogmáticos. Crítico de la idea de Häberle de una «sociedad abierta de intérpretes de la constitución» es Starck, «Die Verfassungsauslegung», *op. cit.* (nt. 8), p. 205 ss.

to, todo tipo de interpretación jurídica debe cumplir con las exigencias de exteriorización y de justificación.

2. **Interpretación constitucional y Estado de derecho**

Un aspecto central que debe tenerse en cuenta para poder contextualizar la interpretación constitucional es la cuestión de qué es una constitución y cuáles son sus objetivos. Una caracterización general de la constitución podría ser la siguiente: una constitución es el conjunto –escrito o no escrito– de normas, principios y prácticas vinculantes con la más alta jerarquía dentro de un ordenamiento jurídico, que encarna un compromiso ético-político particular, y que actúa como modelo no solo para la organización, distribución y limitación del ejercicio del poder político que hacen los poderes públicos, sino también para la relación entre los poderes públicos y los individuos [10]. El rasgo de ser escrita o no escrita es un rasgo contingente que deriva del desarrollo histórico [11] y, aunque es importante para contextualizar el proceso interpretativo, no desempeña un papel central dentro del proceso de razonamiento en sí [12].

Los objetivos de un orden constitucional, a su vez, oscilan entre pretender el mayor grado de seguridad jurídica (el llamado enfoque formal del Estado de derecho) [13] y garantizar el cumplimiento de ciertos requisitos adicionales de justicia (el llamado enfoque material o substancial del Estado de derecho) [14]. Según cómo se establezca la relación entre la seguridad jurídica [15] y los requi-

---

[10] Véase por ejemplo Mceldowney, J., *Public Law*, Sweet & Maxwell, London, 2016, p. 20; Parpworth, N., *Constitutional & Administrative Law*, 9na. ed., Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 3.

[11] Véase Dicey, A. V., *General Characteristics of English Constitutionalism*, Peter Lang, Oxford, 2009, pp. 60 ss.

[12] Ciertamente, son los objetivos que se atribuyen a la constitución los que tienen consecuencias directas en su interpretación.

[13] La concepción del Estado de derecho enfocada en procedimientos y autoridad está relacionada con los trabajos de Dicey, A. V., *Introduction to the study of the law of the constitution*, 8va. ed., Macmillan, London, 1915, pp. 120 y s; Fuller, L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1969, pp. 33 y s; RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, UNAM, México D. F., 1985, pp. 144 ss.

[14] La concepción del Estado de derecho que conlleva ciertas exigencias de la justicia, como los derechos humanos, está relacionada con los trabajos de Alexy, R., «la institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático», *Derechos y Libertades*, núm. 8, 2000, pp. 31 y ss; Dworkin, R., *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 2001, pp. 11 ss. En ese sentido también Radbruch, G., «Legal Philosophy», en Patterson, Edwin. W. (ed.), *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1950, pp. 47-224, 107-108.

[15] Por seguridad jurídica me refiero a la expectativa bien fundada de que aquello que el derecho prescribe será efectivamente aplicado por los funcionarios públicos. Véase Aarnio, A., *Lo racional como razonable*, CEPC, Madrid, 1991, p. 26. La aplicación efectiva de lo prescrito por el derecho ha sido llamada por Radbruch como la «*Sicherheit des Rechts selbst*» (la seguridad del derecho en sí mismo), (*trad. alt.*)

sitos materiales de justicia [16], es posible determinar si la constitución se basa únicamente en un enfoque formal del Estado de derecho o si también abarca un enfoque material del mismo. Existen cuatro posibilidades para resolver esta relación, en primer lugar, una primacía absoluta y exclusiva en favor de la seguridad jurídica, en segundo lugar, una primacía *prima facie* de la seguridad jurídica, en tercer lugar, una primacía *prima facie* de las exigencias materiales de justicia, y, en cuarto lugar, una primacía absoluta de las exigencias materiales de justicia.

Así, si una constitución confiere una prioridad absoluta y exclusiva a la seguridad jurídica, se entenderá que dicha constitución se basa en un enfoque formal del Estado de derecho. Por consiguiente, su interpretación buscará únicamente proporcionar un mayor nivel de certeza jurídica y asegurar que el derecho se aplique por igual a todos los individuos de la sociedad a fin de mantener un amplio marco de libertad para ellos. Por otro lado, si una constitución confiere una prioridad *prima facie* a la seguridad jurídica por encima de las exigencias materiales de justicia –estableciendo, por ejemplo, que todos los ciudadanos son iguales ante la ley– pero al mismo tiempo garantiza ciertas exigencias materiales de justicia –p.e. la igualdad de oportunidades para desarrollar las capacidades personales en la sociedad o la igual dignidad de todos los individuos de la sociedad–, entonces la constitución a interpretar no solo se limita a un enfoque formal del Estado de derecho, sino que también abarca un enfoque material del mismo. Por consiguiente, su interpretación buscará priorizar razones de seguridad jurídica en tanto y en cuanto no existan razones materiales de justicia que justifiquen lo contrario. Por último, debe dejarse de lado tanto la posibilidad de conferir una prioridad absoluta a las exigencias materiales de justicia como la posibilidad de conferirles una prioridad *prima facie*, ya que la constitución, como norma jurídica, tiene por objeto regular y limitar el ejercicio del poder político, así como organizar la sociedad como norma vinculante [17], por lo que no puede ser ni un orden que busque imponer una concepción particular de virtud ni un mero compromiso moral programático.

Radbruch, G., «Vorschule der Rechtsphilosophie», en Kaufmann, Arthur (ed.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, Vol.3, C.F. Müller, Heidelberg, 1990, p. 147.

[16] Por exigencias sustanciales de justicia me refiero a consideraciones sobre lo que puede justificarse racionalmente como justo y correcto. Véase Rawls, J., *Justice as Fairness*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 2001, pp. 42 ss. «La justicia es un caso especial de corrección, ya que la justicia no es otra cosa que la corrección en la distribución y la compensación», véase Alexy, R., «The Ideal Dimension of Law», en Duke, George y George, Robert P. (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 314-341, 315.

[17] «La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construido; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comuni-

En consecuencia, la interpretación constitucional puede orientarse hacia una concepción formal del Estado de derecho o hacia una concepción material del mismo. La prevalencia de uno de estos enfoques dependerá de la formulación de la constitución y de la moral política general que subyazca al ordenamiento jurídico.

3. **Interpretación constitucional y razonamiento constitucional**

Todo proceso de interpretación consiste en un proceso de razonamiento que busca conferir significado al objeto interpretado y así como al intercambio de razones a favor o en contra de tal resultado interpretativo. En este sentido, es válido afirmar que la interpretación es un caso especial de razonamiento. Ello es así porque la interpretación, en particular, es un proceso de razonamiento que busca atribuir un significado a un objeto interpretado desde el punto de vista lingüístico [18], mientras que el razonamiento (*Vernünft*), en general, es entendido como aquella facultad general de la mente que permite discernir los hechos y experiencias obtenidos del mundo «real e inteligible» para en función a ella formular reglas y principios con los que actuar en consonancia. A partir de esto es posible afirmar que aquello que es denominado como «interpretación constitucional» es el caso especial de un «razonamiento constitucional». Mientras que la interpretación constitucional está orientada a atribuir significado a las normas recogidas en la constitución, el razonamiento constitucional equivaldría al proceso amplio de discernimiento de hechos y experiencias que es usado para percibir e interiorizar lo que la constitución prescribe [19].

---

dad. En todos estos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía». García De Enterria Martínez-Carande, E., «La constitución como norma jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, 1979, pp. 291-341, 298. En este sentido también, Badura, P., «Arten der Verfassungsrechtssätze», en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. VII, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, pp. 33-55, 34: «La Constitución es un acto fundante y configurador de carácter organizativo y programático que tiene por objeto dotar a la comunidad de una base jurídica en una situación histórica concreta. La Constitución es el resultado de una decisión política de las fuerzas políticas que la determinan; tiene efectos políticos y está garantizada políticamente» (*trad. alt*.).

[18] «La solución de un problema jurídico, así como el razonamiento jurídico, también pueden verse desde un punto de vista lingüístico. Entonces se habla de interpretación jurídica» (*trad. alt*.). Véase Aarnio, A., «One right answer and the majority principle», *ARSP,* Beiheft 53, 1994, pp. 36-48, 36.

[19] Emilio Betti sostiene que la interpretación equivale a la comprensión y, por lo tanto, la interpretación jurídica tiene por objeto comprender y reconstruir el significado de la norma jurídica interpretada. Este proceso es el paso previo a cualquier intento de aplicación de la norma. Betti, E., *Teoria Generale della Interpretazione*, Vol. II, Dott A. Giuffré-Editore, Milano, 1990, pp. 801 ss. Contra la idea de la interpretación como comprensión aboga Dennis Patterson, quien afirma que la interpretación es una actividad para-

II. LA CUESTIÓN DEL ESTATUS

¿Es la interpretación constitucional diferente de la interpretación jurídica general o es solo un mero ámbito de aplicación de ésta sin ningún rasgo distintivo en particular? Para poder dar una respuesta a esta pregunta es necesario abordar previamente la pregunta a la que está intrínsecamente relacionada: ¿hay alguna diferencia entre las normas constitucionales y las demás normas jurídicas no constitucionales?[20] Dado que las normas constitucionales y las normas jurídicas ordinarias comparten la misma estructura deóntica, parecería que no hay diferencia entre ambos tipos de normas, más allá de una mera denominación o una cuestión de jerarquía. Si esto es así, la respuesta a la pregunta sobre la situación de la interpretación constitucional parece ser sencilla, la interpretación constitucional equivaldría a interpretación jurídica. Sin embargo, la práctica de la jurisdicción constitucional y el desarrollo legislativo de la constitución, parece no seguir siempre el patrón hermenéutico clásico de la interpretación de normas jurídicas infra constitucionales. Los criterios interpretativos tales como el texto de la norma, la voluntad del legislador o la finalidad objetiva de la norma, parecen ser elementos necesarios, pero no suficientes para abordar cuestiones relativas a los valores morales, las opiniones culturales, las expectativas políticas, los compromisos ideológicos, los intereses económicos y las prácticas sociales que son parte de la constitución. Asimismo, el recurso al razonamiento tópico, la ponderación, la interpretación semántica e incluso al análisis moral, indica que la interpretación jurídica debe complementarse con otros criterios para poder dar cuenta de la problemática de la interpretación constitucional.

1. **Normas constitucionales y normas jurídicas infra constitucionales**

Hay tres escenarios posibles para presentar la relación entre las normas constitucionales y las normas jurídicas infra constitucionales: el primer esce-

---

sitaria relacionada exclusivamente con la práctica del derecho, pero no con su naturaleza, y sobre cuyas características están de acuerdo la mayoría de los profesionales del derecho. Véase PATERSON, D., «Interpretation in Law», *San Diego Law Review, nú*m. 42, 2005, pp. 685-709, 687 ss.

[20] El término «normas o disposiciones constitucionales» abarca los derechos fundamentales, los fines públicos y privados protegidos (instituciones jurídicas), las órdenes al legislador para desarrollar las prescripciones de la constitución, los principios fundamentales estructuradores del Estado y las normas competencia. SCHEUNER, U., «Staatszielbestimmungen», en Schnur, Roman (ed.), *Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburstag*, Beck, München, 1972, pp. 325-346, 329 ss. Véase también RUBIO LLORENTE, F., *La Forma del Poder. Estudios sobre la Constitución*, CEPC Madrid, 1993, pp. 88 ss.

nario consiste en que las normas constitucionales son normas jurídicas sin ningún tipo de cualificación especial y, por tanto, su interpretación sigue las reglas, principios y formas de la interpretación jurídica (la tesis de la equivalencia) [21]; el segundo escenario consiste en que las normas constitucionales son completamente diferentes de las demás normas jurídicas dentro de un ordenamiento jurídico, ya que tienen una estructura lógico-deóntica diferente que requiere un modelo de interpretación jurídica diferente y específico (la tesis de la independencia) [22]; y en tercer lugar, las normas constitucionales son un conjunto cualificado de normas jurídicas cuya interpretación sí bien sigue las reglas, principios y formas de la interpretación jurídica, también responde a algunas consideraciones especiales capaces de abordar las cargas ético-políticas y morales que contienen (la tesis del carácter especial) [23].

La tesis de la equivalencia sostiene que tanto las normas constitucionales como las normas jurídicas infra constitucionales u ordinarias son enunciados normativos que ordenan, prohíben, permiten o facultan algo. Por lo tanto, no habría diferencia entre ambos tipos de normas, y su interpretación debe seguir los mismos patrones. La tesis de la independencia afirma que hay una clara diferencia entre las normas constitucionales y las demás normas del ordenamiento jurídico. Esta diferencia debe basarse necesariamente en algunos rasgos objetivos de la estructura deontológica de las normas constitucionales que no podrían encontrarse en las demás normas jurídicas. Por último, la tesis del carácter especial parece preservar tanto la fuerza normativa de las normas constitucionales como las normas jurídicas de más alta jerarquía dentro de un ordenamiento jurídico, así como la conexión con la moralidad política subya-

---

[21] Esta afirmación ha sido planteada por Forsthoff, quien considera que el único método de interpretación válido para la constitución es la metodología clásica de interpretación legal (*Auslegungsmethodenlehre*), véase Forsthoff, E., «Die Umbildung des Verfassungsgesetzes», en Dreier, Ralf y Schwegmann, Friedrich (eds.), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*, Nomos, Baden-Baden, 1976, pp. 67 ss. Véase también Forsthoff, E., *Rechtsstaat im Wandel*, 2da. ed., Beck, München, 1976, pp. 130 ss. Karl Larenz también sostiene que los problemas de la interpretación constitucional no son diferentes de los de la interpretación jurídica, véase Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2da. ed., Springer, Berlin, 1969, p. 148. Este enfoque también compartido por Guastini, R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Guiffrè, Milano, 2004, pp. 277 ss.

[22] Para Ulirch Scheuner el razonamiento tópico es el único método apropiado para interpretar la constitución, véase Scheuner U., «Pressefreiheit. Staatsaufsicht in Verwaltung und Wirtschaft», *VVDStRL*, núm. 22, 1965, pp. 1-100, 38 (nt. 111). Otra teoría tópica independiente de la interpretación constitucional también ha sido propuesta por Herbert Wechsler, quien afirmó que la interpretación constitucional debe estructurarse sobre principios generales y neutrales de interpretación, que son particulares del razonamiento sobre la constitución. Véase Wechsler, H., «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, núm. 73, 1959, pp. 1-35, 14, 15, 19.

[23] En este mismo sentido Díaz Revorio afirma que «la presencia de principios y valores de carácter general en el texto constitucional condiciona de forma manifiesta su interpretación». Véase, Díaz Revorio, F. J., *Interpretación de la constitución y justicia constitucional*, Porrúa, México, 2009, p. 1.

cente de la comunidad [24]. De entre los tres escenarios, la tesis de la independencia aparece como la más difícil de justificar, ya que pondría en tela de juicio la normatividad de las normas constitucionales como normas jurídicas, recurriendo a consideraciones ajenas a la fuerza deontológica de la constitución y a su lugar dentro del ordenamiento jurídico. La tesis de la equivalencia, por su parte, dejaría de lado consideraciones extra jurídicas que no necesariamente se encuentran plasmadas en la formulación de las normas constitucionales; propiciando un alto grado de seguridad jurídica a costa de ignorar consideraciones materiales de justicia implícitas. El escenario que parece más propicio para equilibrar la seguridad jurídica y la justicia material sería la tesis del carácter especial de las normas constitucionales.

2. **El carácter especial de las normas constitucionales**

Esta tesis sostiene que las normas constitucionales, si bien comparten la misma estructura deóntica con otras normas jurídicas infra constitucionales u ordinarias, tienen un carácter o *ethos* especial derivado de su lugar jerárquico en el ordenamiento jurídico y de su función fundante o constitutiva. Ciertamente, las normas constitucionales –el conjunto de normas, principios y prácticas vinculantes que conforman el cuerpo constitucional en un ordenamiento jurídico– son normas que, al igual que otras normas jurídicas infra constitucionales, disponen que algo está ordenado, prohibido, permitido o reconocido y, por lo tanto, no podrían distinguirse claramente de otras normas, principios y prácticas vinculantes dentro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, las normas constitucionales –como se indicó– tienen dos características particulares que las convertirían en el punto de referencia semántico o de significación según el cual el resto de las normas jurídicas dentro de un ordenamiento jurídico derivan su coherencia y sentido, a saber, por un lado, su lugar como las razones prácticas con mayor jerarquía en un ordenamiento jurídico [25] y, por otro lado, su doble

[24] Kent Greenawalt propone siete variaciones importantes para distinguir entre las normas constitucionales y el derecho ordinario (estatutario): 1) las materias, 2) el carácter abierto de los conceptos, 3) la necesidad de evaluar los intereses en pugna, 4) las dificultades de revisión, 5) el significado simbólico, 6) las direcciones primarias y 7) las diferentes asignaciones de responsabilidades interpretativas. Véase Greenawalt, K., *Interpreting the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 5 ss. Sin embargo, es posible argumentar que todas estas variaciones importantes pueden también aplicarse para describir diversas normas ordinarias.

[25] El carácter especial de las normas constitucionales derivado de su posición jerárquica dentro del sistema jurídico ha sido destacado por Grimm, D., *Constitucionalismo. Pasado, presente y futuro*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pp. 37 ss.; y Wahl, R., «Der Vorrang der Verfassung», *Der Staat*, *núm.* 20, 1981, p. 485. Stern lo define con la expresión «la particularidad del derecho constitucio-

función como razones sustanciales institucionalizadas y como razones de autoridad que confieren poder jurídico dentro de un ordenamiento jurídico [26]. De hecho, las normas constitucionales consagran en la cúspide del ordenamiento jurídico los valores morales, las opiniones culturales, las expectativas políticas, los compromisos ideológicos, los intereses económicos y las prácticas sociales que son el parámetro en función al cual se distribuyen competencias, funciones y derechos en todo el ordenamiento jurídico [27]. Para utilizar una metáfora ilustrativa, las normas constitucionales vendrían a ser una especie de prisma ubicado en la cúspide del ordenamiento jurídico determinado en el que ingresan razones morales desde fuera del ordenamiento y del que manan razones de autoridad hacia dentro del mismo. Una constitución no solo contiene normas que determinan cuestiones morales en el nivel constitucional, sino también normas que confieren poder jurídico o competencia al proceso político o a los individuos para tomar decisiones sobre cuestiones morales, como por ejemplo aquellas normas constitucionales que regulan el proceso de elaboración de leyes o los derechos de libertad. Por consiguiente, la constitución sería no solo uno de los criterios últimos de juridicidad, junto con otros criterios propios del ordenamiento jurídico, que determinan lo que puede considerarse jurídicamente válido dentro de un ordenamiento jurídico, sino también el criterio último de legitimidad, ya que también consagra e institucionaliza los principales valores que subyacen a la moralidad política de la comunidad.

---

nal» (*die Eigentümlichkeit des Verfassungsrechts*), véase STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. I, 2da. ed., München, C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung, 1984, p. 103. Krüger llama a esta particularidad «la tonalidad específica del derecho constitucional» (*die spezifische Gestimmtheit des Verfassungsrechts*), véase KRÜGER, H., «Subkonstitutionelle Verfassungen», *DÖV*, 1976, p. 613.

[26] La idea de que el derecho comprende necesariamente tanto elementos morales o ideales como elementos fácticos o reales ha sido planteada por Robert Alexy en su tesis de la doble naturaleza del derecho. Alexy afirma que el concepto de derecho contiene necesariamente no solo elementos reales como la expedición autoritativa de normas y su eficacia social (la naturaleza real), sino también elementos derivados de la moral crítica tales como las exigencias de justicia (la naturaleza ideal), véase ALEXY, R., «The Dual Nature of Law», *Ratio Juris,* núm. 23, 2010, pp. 167-182, 167 ss.

[27] Ronald Dworkin ha señalado que la diferencia fundamental entre la interpretación constitucional y la legal u ordinaria (estatutaria) gira en torno a la incorporación de las cargas morales y políticas del proceso interpretativo de la constitución. «La constitución se diferencia de los estatutos ordinarios de una manera sorprendente. La constitución es fundacional de otra ley, por lo que la interpretación del juez Hércules sobre el documento en su conjunto y sus cláusulas abstractas, también debe ser fundacional. Debe encajar y justificar las configuraciones más básicas del poder político en la comunidad, lo que significa que debe ser una justificación extraída de los ámbitos más filosóficos de la teoría política» (*trad. alt.*), véase DWORKIN, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1986, p. 380. Sin embargo, el carácter distintivo de la interpretación constitucional de Dworkin se basa únicamente en el aspecto moral y político de las normas constitucionales, en tanto que su argumentación no tiene en cuenta el rol normativo-sistemático de las normas constitucionales dentro del ordenamiento jurídico como las más elevadas razones autoritativas y que confieren poder jurídico.

Ahora bien, la principal consecuencia de afirmar que las normas constitucionales tienen un carácter especial que las convierte en una especie de norma jurídica cualificada es que su interpretación tiene que ser también una versión cualificada de la interpretación jurídica. Sobre la base de la tesis del carácter especial es posible justificar la necesidad de un tipo cualificado de interpretación jurídica, a saber, una teoría de la interpretación constitucional como caso especial de la teoría de la interpretación jurídica. En este sentido, la naturaleza de las normas constitucionales está intrínsecamente relacionada con el estatus de la interpretación constitucional.

3. **El estatus cualificado de la interpretación constitucional**

La afirmación de que la interpretación constitucional tiene un estatus cualificado se basa en la tesis del carácter especial de las normas constitucionales. Es decir, el método de interpretación depende del postulado de que las normas constitucionales son un tipo de normas especiales dentro del ordenamiento jurídico [28]. De esta manera, al ser las normas constitucionales el objeto de la interpretación constitucional, esta también tendría que tener un estatus, si bien no completamente distinto de la interpretación de las demás normas del ordenamiento, si tendría estatus cualificado [29]. La interpretación constitucional no devendría en un ámbito aislado, sino que compartiría con la interpretación de normas infra constitucionales las reglas, principios y formas de la metodología de la interpretación jurídica [30]. Su rol es complementario, no excluyente [31]. Ciertamente, a fin de que evitar que la tesis del estatus cualificado de la interpretación constitucional devenga en fútil o irrelevante, es necesario destacar que en este último caso el empleo las reglas metodológicas complementarias siempre será necesario, mientras que en el caso de la interpretación jurídi-

[28] El estatus de la interpretación constitucional como un caso especial de interpretación jurídica ya ha sido sugerido por Jakab, A., *European constitutional Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 20.

[29] Smend, R., «Verfassung und Verfassungsrecht», en *Rudolf Smend. Verfassungsrechtliche Abhandlungen*, 2da. ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1968, p. 190.

[30] Entender a la interpretación constitucional como una interpretación cualitativamente y metodológicamente distinta de la interpretación legal, «tendría como consecuencia el aislamiento de la constitución respecto de la aplicación de las normas no constitucionales». Véase, Balaguer Callejón, M. L., *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 41.

[31] «La interpretación constitucional participa del método de interpretación del Derecho, pero, además de las reglas de interpretación comunes a cualquier otra rama de conocimiento, el método de interpretación del Derecho constitucional presenta reglas especiales y propias que responden a la particularidad de su objeto: la especificidad de la norma constitucional». Gómez Sánchez, Y., *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*, 6ta. ed., UNED, Madrid 2023, p. 210.

ca en general dicho empleo será contingente. Dichas reglas interpretativas complementarias serían, por ejemplo, la hermenéutica, el razonamiento moral, el razonamiento semántico y el razonamiento tópico, a fin de que esta pueda dar cuenta de la particularidad de las normas constitucionales [32].

III. LA CUESTIÓN SOBRE LA NATURALEZA

La cuestión sobre la naturaleza está intrínsecamente relacionada con la cuestión sobre los elementos que conforman aquello que entendemos como interpretación constitucional. Tanto si se trata de un enfoque de interpretación constitucional escéptico de su especialidad o uno que reivindique la misma, cualquiera de ellos tiene que abordar directa o indirectamente por lo menos tres cuestiones al explicar o predecir los resultados de un proceso interpretativo, a saber, la cuestión del papel de los argumentos morales en el proceso de interpretación, la cuestión del contenido semántico de las normas constitucionales y la cuestión de los criterios de corrección que hacen que el resultado de la interpretación sea lo más racional posible.

1. **Argumentos morales**

La cuestión sobre el rol de los argumentos morales en el proceso de interpretación trata de la relevancia de la llamada moral universal o crítica como razón de justificación al interpretar la constitución. Dado que las normas constitucionales representan la concretización de valores, costumbres y compromisos pertenecientes a una comunidad o comunidades culturales, su interpretación se enfrentará a menudo a problemas relacionados con los antecedentes morales en los que se basa la constitución. Las razones para la acción, como las razones prudenciales o las razones ético-políticas (moralidad positiva), no presentan problemas importantes en su interpretación, ya que pueden identificarse y evaluarse de manera relativamente objetiva recurriendo a su utilidad o a su incorporación como estándares normativos dentro de la constitución. Por

[32] En ese sentido el profesor Raúl Canosa ha diseñado una hermenéutica constitucional cualificada y con cierto grado de prevalencia ante la hermenéutica legal: la hermenéutica constitucional «podría ser colocada en una posición de preeminencia jerárquica y se identificaría, en ocasiones, con la teoría general [del derecho] cuando tuviera que valorar un derecho derivado y el resultado de le interpretación constitucional sobre esa disposición estuviera en desacuerdo con el producto de la interpretación inspirada en cánones hermenéuticos propios de la rama a la que pertenece el precepto en cuestión». Véase Canosa Usera, R., *Interpretación constitucional y fórmula política*, CEC, Madrid, 1998. p. 58.

lo tanto, la evaluación prudencial o pragmática de la idoneidad de medidas eficaces para resolver determinados problemas de la comunidad, o los compromisos político-culturales consuetudinarios de la comunidad, pueden desempeñar en realidad un papel central en la solución de conflictos entre los poderes públicos, entre éstos y los ciudadanos, o incluso entre los propios ciudadanos. Sin embargo, la introducción de razones morales para la acción de tipo universal (moralidad crítica) en el proceso de interpretación plantea un problema importante [33]. ¿Es válido recurrir a ideas como la dignidad humana, los derechos humanos, la democracia o la justicia social en nuestro razonamiento sobre la constitución? ¿Es válido restringir las competencias o los intereses del legislador recurriendo no solo a razones prudenciales y ético-políticas, sino también en función a razones morales universales que no están explícitamente institucionalizadas o definidas en la constitución? Una teoría que busque explicar o predecir los resultados de la interpretación constitucional, así como en evaluar su corrección, tiene que incorporar en su estructura necesariamente un elemento que aborde directa o indirectamente la cuestión del rol de los argumentos morales.

2. **Contenido semántico**

La cuestión del contenido semántico de las normas constitucionales se refiere a la posibilidad de atribuir un significado a las palabras contenidas en la constitución y al grado en el que el significado de esas palabras puede ser objeto de interpretaciones distintas o incluso contradictorias. Estos dos aspectos del contenido semántico de la constitución reflejan lo que se conoce a nivel de la filosofía del lenguaje como el «problema de la referencia» [34] y el «problema

[33] Un argumento sólido contra este tipo de razones como parte de la moralidad humana ha sido presentado por MacIntyre, quien sostiene que el proyecto de justificar una moralidad universal basada en la razón humana, como los derechos humanos, ha resultado infructuoso. «No existen tales derechos [humanos], y la creencia en ellos es equivalente a la creencia en brujas y en unicornios», véase MACINTYRE, A., *After Virtue. A Study in Moral Theory*, 3ra. ed., University of Notre Dame Press, Notre Dame, 2007, p. 69. Por otra parte, Will Kymlicka aboga por una teoría integral de los derechos humanos que complemente a los derechos universales individuales con ciertos derechos diferenciados según grupos o un estatus especial para las culturas minoritarias, véase KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 6, 75 ss.

[34] Sobre la distinción ente significado y referencia, véase FREGE, G., «Sobre sentido y referencia», en VALDEZ VILLANUEVA, L. M., (comp.), *La búsqueda del significado. Lecturas de filosofía del lenguaje*, 4ta. ed., Tecnos, Madrid, 2005, pp. 29-49, 30. Para mayor detalle sobre las implicaciones de la teoría de Frege y las objeciones a la misma, véase GARCÍA SUÁREZ, A., *Modos de significar. Una introducción temática a la filosofía del lenguaje*, 2da. ed., Tecnos, Madrid, 2011, pp. 95 ss.

del límite semántico» (*Wortlautgrenze*) [35]. Por una parte, el problema de referencia en la interpretación constitucional gira en torno a la cuestión de si los signos de lenguaje recogidos en la constitución tales como «bien común», «mayoría cualificada», «derechos constitucionales», «dignidad humana», «derecho formal», «soberanía parlamentaria», etc., se refieren a significados abstractos objetivamente inteligibles por todos, o si su sentido se deriva más bien se deriva del uso de palabras a las cuales se les atribuyen significados que se institucionalizan en la comunidad mediante la costumbre [36]. Por otra parte, el problema de un límite semántico en la interpretación constitucional versa sobre la cuestión acerca de si es posible establecer ciertos límites a la interpretación de las palabras y definiciones que figuran en las normas constitucionales [37]. ¿Hasta dónde podemos argumentar que algo puede ser considerado o no como democrático, como constitucional, como lícito, como libre, como igual, como identidad cultural, bienestar, como familia, como convicción religiosa, como proporcional, etc.? Ciertamente, en el contexto del Estado social y democrático de derecho, lo que las palabras que conforman las normas constitucionales puedan significar y los límites interpretativos a que están confinadas, llevará una fuerte carga semántica derivada de los ideales y preceptos que dicho modelo de Estado implica.

3. **Corrección interpretativa**

¿Es posible lograr corrección en la interpretación de la constitución? Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, ¿cómo es esto posible? Puede sostenerse que dicha corrección interpretativa es imposible, ya que el intérprete puede atribuir a las normas constitucionales cualquier significado que considere racional, lícito o justo. Así, si el intérprete es un funcionario público, la co-

[35] ¿Existen significados objetivamente delimitables cuyos límites puedan ser especificados a través de reglas interpretativas? A favor de dicho enfoque KLATT, M., *Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica en la argumentación jurídica*, Marcial Pons, Barcelona, 2017, pp. 24 ss. Para una objeción a la tesis del límite semántico y su relevancia para le interpretación jurídica, cfr. NEUMANN, U., *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986, pp. 47 ss.

[36] Este problema puede graficado claramente en las concepciones divergentes entre el primer Wittgenstein y el segundo Wittgenstein. Mientras que en su *Tractatus logicus-philosophicus* Wittgenstein afirmaba que «comprender una proposición quiere decir saber lo que es el caso si es verdadera. Se comprende si se comprenden sus partes integrantes» (TLP § 4.024); en su *Investigaciones Filosóficas* Wittgenstein afirma que «para una gran clase de casos de utilización de la palabra 'significado' –aunque no para todos los casos de su utilización– puede explicarse esta palabra asi: el significado de una palabra es su uso en el lenguaje» (PU, § 43).

[37] KLATT, *Hacer el derecho explícito*, *op. cit.* (nt. 35), p. 28.

rrección del resultado de su interpretación será correcta basándose únicamente en su comprensión de la redacción de la constitución y en su *ethos* de autoridad pública con facultades para resolver controversias constitucionales [38]. Alternativamente, se puede argumentar que la corrección implica necesariamente una justificación. La corrección del resultado será proporcionada por las razones en las que éste se base. La mera comprensión de la redacción de la norma o las convicciones del intérprete sobre lo que es justo, deben complementarse con otros criterios de razonamiento para que la interpretación sea lo más racional posible. Si el intérprete es un funcionario público, no puede basar la corrección de su interpretación de la constitución únicamente en su *ethos* como autoridad pública, en la redacción de la constitución o en su idea subjetiva de lo que es justo, sino que también tiene que justificar su decisión y hacer que su proceso de razonamiento sea accesible al escrutinio y control público.

Las diferentes posiciones dentro del debate sobre la interpretación de la constitución pueden reconstruirse como una constelación de *enfoques* distintos sobre estas tres cuestiones [39]. En este sentido, la naturaleza, es decir, los elementos constitutivos de una teoría de la interpretación constitucional se conforman de las respuestas a la cuestión del rol de los argumentos morales, la cuestión del contenido semántico de la constitución y la cuestión de los criterios de corrección interpretativa.

IV. LOS ELEMENTOS DE UN ENFOQUE ARGUMENTATIVO DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

A fin de dar respuesta a las tres preguntas sobre la naturaleza de la interpretación constitucional voy a recurrir aquí al enfoque argumentativo de dicho tipo de interpretación. Ello debido a que este enfoque es coherente con la idea

[38] Hans Kelsen es escéptico sobre el uso de métodos o criterios interpretativos tales como los cánones clásicos de interpretación. Afirma que «Simplemente no hay ningún método según el cual solo una de las varias lecturas de una norma pueda ser reconocida como correcta» (*trad. alt.*), véase KELSEN, H., *Reine Rechtslehre. Studien Ausgabe der 1. Auflage 1934*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 96. Kelsen sostiene que la teoría tradicional de la interpretación es una cuestión de política jurídica. Los únicos «criterios interpretativos» posibles son, en última instancia, el significado contextual de la norma en el sistema jurídico (*ibid.*) y la diferencia entre la interpretación auténtica, es decir, «la interpretación [creadora de la ley] de una norma [realizada] por [un] órgano de aplicación de la ley» (*trad. alt.*), ejemplos de ello son la interpretación judicial, y la interpretación no auténtica, es decir, la interpretación no creadora de derecho realizada por un órgano distinto del órgano encargado de aplicar las normas, por ejemplo, la interpretación doctrinal, véase KELSEN, H., *Teoría Pura del derecho*, 2da. ed., UNAM, 1982, pp. 354 ss.

[39] Para una famosa tipología de cuatro enfoques teóricos diferentes sobre la interpretación constitucional en Alemania, véase BÖCKENFÖRDE, E-W., *Die Methoden der Verfassungsinterpretation*, *NJW*, 1976, pp. 2089-2144, 2090 ss.

de expandir las reglas metodológicas de interpretación más allá de lo previsto por el enfoque clásico de interpretación jurídica. Por tanto, el enfoque argumentativo de la interpretación constitucional estará en mejores condiciones de dar cuenta del carácter especial de las normas constitucionales.

El enfoque argumentativo sostiene que a efectos de lograr el mayor grado de corrección posible al momento de interpretar normas constitucionales es necesario observar tres exigencias: (1) que el proceso de razonamiento constitucional contemple el uso de ciertas razones morales necesarias mínimas con pretensión de universalidad a la par de razones prudenciales y ético-políticas; (2) que el significado normativo de las palabras contenidas en las normas constitucionales se derive de su uso dentro la comunidad de diálogo que las contextualiza; y (3) que la corrección interpretativa requiera de una metodología especializada de interpretación jurídica, a saber, la argumentación jurídica.

1. **Objetivismo moral débil basado en el discurso** [40]

Una constitución es el producto de un desarrollo histórico y político dentro de una comunidad determinada. Ciertamente una comunidad no equivale a la idea westfaliana de Estado-nación, sino que se basa en un patrimonio cultural compartido [41]. En este sentido, una constitución consagra los valores comunes que subyacen a las aspiraciones y la identidad de la comunidad. Algunos de esos valores pueden estar relacionados con la forma en que la comunidad se propone alcanzar sus aspiraciones (razones prudenciales o pragmáticas para la acción), mientras que otros son fundamentales para definir su identidad como

[40] Lo que aquí llamo «objetivismo moral débil basado en el discurso» es una terminología descriptiva para referirme a lo que John Rawls llamó «constructivismo moral», es decir, la concepción metaética que sugiere que el contenido de los principios morales se especifica, determina o construye recurriendo al procedimiento establecido por el imperativo categórico kantiano. La construcción del contenido comienza a partir del elemento básico de personas libres e iguales, razonables y racionales (*vernünftige Menschen*), con el fin de elaborar los principios normativos morales que guiarán el comportamiento de las personas. Rawls, J., «Kantian constructivism in moral theory», *The Journal of Philosophy*, núm. 77, 1989, pp. 515-572, 516. En el planteamiento de Habermas el constructivismo moral plantea la necesidad de un discurso racional en el que todos los potenciales destinatarios de los principios morales producto del proceso constructivo hubiesen podido participar y aceptar el contenido de dichos principios como normativo. Habermas sintetiza su punto de vista en la forma del así llamado «principio del discurso»: «D: Válidas son aquellas normas (y solo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales», véase Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1996, p. 172.

[41] Valores compartidos que van más allá de la idea de Estado y que conforman una herencia compartida por países con sistemas democráticos: derechos humanos, democracia, Estado de derecho, participación política, etc.

comunidad (razones ético-políticas para la acción o moralidad positiva). Sin embargo, es posible que existan valores que vayan más allá de las aspiraciones y la identidad propias de la comunidad (razones morales universales o moralidad crítica). Estos valores buscarían fomentar el acuerdo y la paz entre los diferentes miembros de la comunidad, o con otras comunidades, p.e. la dignidad humana, los derechos humanos o la igualdad material [42].

En lo que respecta a las razones prudenciales y a las razones ético-políticas para la acción, verificar su cumplimiento no representa un problema importante. En efecto, si bien la corrección de las razones prudenciales para la acción podría explicarse en función de la idoneidad de la relación entre los medios y los fines, la corrección de las razones ético-políticas se basa en una evaluación en función al cumplimiento de lo que se considera un comportamiento moral esperable en la comunidad, es decir, una evaluación según la moralidad positiva. El problema central de la corrección sustancial del razonamiento práctico es la pertinencia de las razones morales con pretensión de universalidad –las razones que se supone que son válidas independientemente de su institucionalización como moralidad positiva– y la forma de evaluar su cumplimiento. ¿Pueden las razones morales universalizables actuar como criterios válidos de corrección? Esta pregunta está relacionada con lo que en la metaética se ha denominado objetivismo moral, es decir, es una pregunta sobre la existencia de verdades morales universales independientemente de las opiniones individuales y que son válidas para todos [43]. El supuesto básico del «objetivismo moral» consiste en que existen valores morales universales que no dependen de consideraciones morales subjetivas acerca de su corrección o injusticia. Sobre esta cuestión, pueden plantearse al menos tres posiciones básicas que sostienen que esto es factible: en primer lugar, un objetivismo moral basado en un realismo metafísico radical (objetivismo moral robusto); en segundo lugar, un objetivismo moral basado en un realismo metafísico moderado (objetivismo moral débil); y, en tercer lugar, un objetivismo moral débil basado en las exigencias de la ética discursiva (objetivismo moral débil basado en el discurso). El objetivismo moral robusto afirma que las propiedades morales universales existen y son preexistentes y superiores a los agentes mora-

[42] Véase Habermas, *Facticidad y validez*, *op. cit.* (nt. 40), pp. 221 y s, 302, 378 ss. Habermas considera que estos tres tipos de razones prácticas representan especificaciones separadas de un «principio general del discurso» neutral, véase *ibid*., pp. 172-173. Por otra parte, Alexy argumenta que estas tres clases de razones prácticas están conectadas en un «discurso práctico general» que expresa la «unidad de la razón práctica», ver Alexy, R., «La tesis del caso especial», *Isegoría*, núm. 21, 1999, pp. 23-35, 26 ss.

[43] Verdades o principios morales incontrovertibles tales como «robar es malo, no se debe matar a personas inocentes, no causar daño o dolor innecesario, mantener las promesas, etc» (*trad. alt.*), véase Pojman, L., *Ethics: Discovering Right and Wrong*, 7ma. ed., Wadsworth, Boston MA., 2011, pp. 39 ss.

les. El objetivismo moral débil o modesto afirma que solo algunos valores centrales determinados por la razón se consideran universales e independientes de los sujetos morales. Por último, el objetivismo moral débil basado en el discurso es una forma de objetivismo moral débil que sostiene que la moralidad tiene una existencia como convención social regulativa cuyo contenido está determinado por normas discursivas y que pretende mejorar el consenso dentro de la comunidad [44]. De estos tres posibles enfoques sobre objetividad moral, solo el último podría ser útil como criterio material de corrección a efectos de construir un enfoque argumentativo de la interpretación constitucional. Ello debido a que es la única de las tres variantes presentadas que es compatible con la existencia de desacuerdos razonables respecto a la corrección de los juicios morales, y ello es precisamente lo que caracteriza al razonamiento jurídico en general.

2. **La interpretación semántica de la constitución**

Las proposiciones normativas contenidas en la constitución están compuestas por palabras que transmiten un significado deóntico, es decir, un contenido semántico que ordena, prohíbe, permite o empodera algo [45]. Por lo tanto, la problemática de la interpretación constitucional incluye también la cuestión del significado de las palabras que conforman las normas constitucionales. Establecer un texto normativo claro y comprensible es una de las tareas fundamentales de una interpretación constitucional que busque garantizar seguridad jurídica [46]. Así por ejemplo las siguientes preguntas generales: «¿qué debe entenderse por democrático?», «¿qué entendemos por igualdad?», o incluso más específicas como «¿qué implica exactamente 'consejo y consentimiento' [Const. de EEUU, artículo 2, Sección 2, Cláusula 2] cuando se trata del papel del Senado de EEUU en el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema?» [47], o ¿qué tipo de uniones humanas pueden ser consideradas dentro

[44] En este sentido Nino, C. S., *The Ethics of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1991, pp. 4 y 83.

[45] Esta afirmación corresponde a la teoría semántica de las normas, que distingue entre el enunciado normativo (la formulación jurídica que expresa o exterioriza un contenido semántico) y la norma (el contenido semántico). Véase Weinberger, C. y Weinberger, O., *Logik, Semantik, Hermeneutik*, C. H. Beck, Munich, 1979, pp. 20, 108. Véase especialmente Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 3ra. ed., CEPC, Madrid, 2022, pp. 35 ss.

[46] Böckenförde, E-W., «Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandaufnahme und Kritik», *NJW*, 1976, pp. 2089-2099, 2096.

[47] Levitsky, S., y Ziblatt, D., *How Democracies Die*, Crown Publishing, New York, 2018, p. 99.

de la categoría «familia» a fin de gozar de una protección privilegiada por parte del Estado [artículo 6 (1) Ley Fundamental de Alemania]? ¿Qué designa el término «todos» cuando la Constitución española afirma que «[t]odos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral» [artículo 15 de la Constitución Española]? Este tipo de cuestiones requieren un cierto entendimiento compartido y vinculante sobre lo que significan las palabras que las componen. Tomemos como ejemplo el término «familia». Muchas constituciones otorgan una protección privilegiada a la «familia». Sin embargo, ¿qué tipo de relaciones humanas pueden considerarse como una familia? El intérprete tiene que recurrir a la comprensión social compartida de «familia» para reconocer qué tipo de arreglo humano puede subsumirse como un claro candidato positivo para el término «familia», por ejemplo, un grupo de personas relacionadas por filiación o por matrimonio. Un claro candidato negativo para el término «familia» sería un grupo de amigos. Sin embargo, algunos arreglos humanos pueden representar candidatos neutros poco claros para el término «familia», por ejemplo, una pareja del mismo sexo. En este último caso, el intérprete tiene que comprobar si hay razones suficientes para ampliar el campo semántico del término «familia» o si hay razones para negar a este tipo de arreglo humano el estatus de «familia» según la constitución.

Es posible pensar que existen significados abstractos y universales para cada término que deben ser captados por el intérprete. También es posible pensar que no existen tales significados abstractos y universales, por lo que el sentido que se le da a cada término depende solo de una mera habituación psicológica. Por ejemplo, todo orador puede pensar que existe un concepto abstracto y universal de «familia», o, alternativamente, se puede afirmar que el signo de habla «familia» es solo el mero nombre dado a un conjunto humano al que estamos habituados. Estos dos posibles escenarios pueden conducir no solo a un relativismo semántico, sino también a la imposibilidad de desarrollo social del significado. En el caso concreto de la interpretación constitucional, estas dos alternativas podrían conducir a la arbitrariedad, la inseguridad jurídica y la imposibilidad de adaptar la protección constitucional a las nuevas formas de vida humana. Algunos puntos de referencia mínimos son necesarios para identificar lo que se puede considerar como «familia» y lo que va más allá de esa consideración; sin puntos de referencia fiables para pensar, hablar o actuar en comunidad, sería prácticamente imposible llegar a acuerdos duraderos.

Ciertamente, es posible determinar algunos rasgos semánticos necesarios de las palabras recurriendo a las convenciones sociales. Sin embargo, esta es una condición necesaria pero no suficiente. Es posible llegar a acuerdos sociales sobre el significado, pero esto no es suficiente para producir un significado

normativo o vinculante capaz de excluir interpretaciones arbitrarias que vayan más allá de los límites de los rasgos semánticos necesarios de la palabra. Además, puede ocurrir que el significado institucionalizado no sea suficiente para denotar algunos casos nuevos que requieren ser contenidos en él. Estos dos aspectos representan los problemas de la normatividad y el desarrollo del significado. El problema aquí consiste en cómo conferir fuerza normativa a los acuerdos sociales sobre el significado y cómo adaptarlos a otros casos imprevistos, es decir, la cuestión de sus condiciones mínimas de verdad y su asertividad [48]. Una posible salida a estas cuestiones es afirmar que las convenciones sociales sobre el significado [49] son los intercambios de razones justificantes realizados bajo los requisitos de un discurso práctico ideal respecto de las características semánticas necesarias de aquello que se quiera definir [50]. Esto también implica que los rasgos semánticos necesarios tienen que pasar la prueba de la pretensión de corrección, es decir, que el significado debe recoger de la mejor manera aquellos rasgos necesarios que la sociedad considera que representan los objetos definidos. Finalmente, esta versión presupone que el uso repetido en la práctica social de estos rasgos semánticos necesarios les irá confiriendo una fuerza vinculante o normativa [51]. En este sentido, si surgen nuevas razones fácticas o prácticas, será posible corregir u optimizar el significado del objeto semántico incorporando estos nuevos elementos a través de

[48] Sobre este punto véase Brandom, R. B., «Truth and Assertibility», *The Journal of Philosophy*, núm. 73, 1976, pp. 137-149.

[49] Sobre el carácter convencional de las definiciones como reglas sintácticas o semánticas del lenguaje véase Carnap, R., *Testability and Meaning*, *Philosophy of Science*, núm. 3, 1936, pp. 419-471, 445 y s; *Id.*, «The elimination of Metaphysics Through Logical Analysis of Language», en Adams, Hazard y Searle, Leroy (eds.), *Critical Theory since Plato*, Thomson, Boston, 2005, pp. 980-989, 981 ss. En contra de este enfoque Quine, W., V O., «Truth by convention», en Feigl, H.y Sellars, W., *Readings in Philosophical Analysis*, Appleton-Century-Crofts, Inc., New York, 1949, pp. 250-273, 273.

[50] Estas condiciones ideales son las de tiempo ilimitado, participación ilimitada y ausencia total de coerción, que introducen una completa claridad lingüística y conceptual, una completa información empírica, una completa capacidad y voluntad de cambiar de roles, así como una total ausencia de prejuicios. Véase Alexy, R., «The Institutionalization of Reason», en Wintgens, Luc J. (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives: My Philosophy of Law*, Kluwer, Dordrecht, 1999, p. 30. Estas circunstancias ideales de las convenciones sociales tienen que contextualizarse en el marco de las limitaciones reales en las que el intercambio argumentativo de razones debe llevarse a cabo en la práctica, a saber, las condiciones de tiempo limitado, participación limitada y coerción bajo una limitada claridad lingüística y conceptual, información empírica limitada, capacidad limitada para intercambiar roles y poca libertad de prejuicios. Véase Alexy, *ibid*. p. 24-46, 31.

[51] La normatividad semántica de los conceptos ha sido desarrollada por Robert Brandom en su influyente libro *Making It Explicit*, en el que desarrolla la tesis de que nuestra praxis discursiva contiene implícitamente normas emitidas por la práctica social (pragmática normativa) cuya corrección semántica se justifica por inferencias materiales (semántica inferencial). Véase Brandom, R. B., *Making It Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment,* Harvard University Press, Cambridge Mass., 1994, pp. 3 y ss, 67 ss. Para una explicación de las ideas de Brandom y su papel en la interpretación jurídica, véase Klatt, *Hacer el derecho explícito*, *op cit.* (nt. 35), pp. 170 ss.

un proceso que John Dewey denominó asertividad garantizada (*warranted assertibility*) [52]. Así, los posibles significados de una palabra se extienden desde sus características semánticas necesarias hasta el límite semántico vinculante donde puede ser interpretada.

3. La metodología de la argumentación jurídica en la interpretación constitucional

Para interpretar una disposición constitucional no solo se requiere tomar en cuenta las cuestiones relacionadas al contenido moral o semántico de la misma, sino que el propio proceso de razonamiento también desempeña un rol central en la corrección del resultado de la interpretación. Según la teoría argumentativa de la interpretación constitucional, es posible alcanzar un alto grado de corrección al interpretar la constitución recurriendo a una metodología basada en las normas, principios y formas de la argumentación jurídica. Según este enfoque, la corrección en la interpretación constitucional se considera una cuestión de racionalidad procedimental, es decir, una cuestión de corrección argumentativa. Este tipo de corrección se enfrenta a dos posibles escenarios en los que se podría llevar a cabo el proceso interpretativo: el escenario de las circunstancias ideales y el escenario de las circunstancias reales. Mientras que el primer escenario se refiere a un proceso interpretativo en condiciones ideales de tiempo ilimitado, participación ilimitada y ausencia total de coerción, contando además con condiciones de claridad lingüística y conceptual completa, información empírica completa, capacidad y voluntad total de intercambio de roles y ausencia total de prejuicios [53]; el segundo escenario se refiere a las limitaciones en las que el proceso interpretativo debe llevarse a cabo en la realidad: las condiciones de tiempo limitado, participación limitada y de coerción en condiciones de claridad lingüística y conceptual limitada, información empírica limitada, capacidad limitada de intercambio de roles y presencia de prejuicios [54]. Para evaluar la corrección de un resultado obtenido en circunstancias interpretativas reales es necesario comprobar hasta qué punto se han cum-

[52] Dewey, fue quien introdujo el término asertividad garantizada (*warranted assertibility*) como sustituto para conocimiento o verdad y lo definió como el proceso continuo y autocorrectivo de investigación que confiere una corrección dinámica a una proposición. Véase Dewey, J., *Logic. The Theory of Inquiry*, Henry Holt and Company, New York, 1938, p. 7; *Id*., «Propositions, Warranted Assertibility and Truth», *The Journal of Philosophy*, núm. 38, 1941, pp. 169-186, 170. Véase también Putnam, H., *Reason, Truth and History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981, p. 55.

[53] Alexy, «The Institutionalization of Reason», *op. cit.* (nt. 50), p. 30.

[54] *Ibid.*, p. 31.

plido los requisitos de las circunstancias ideales. Aquí es donde se hace necesario recurrir a la metodología de la argumentación jurídica.

Ahora bien, la cuestión gira en torno a las reglas procedimentales de razonamiento que sirven de vaso comunicante entre las circunstancias reales en las que se realiza un proceso interpretativo y las circunstancias ideales que se pretende alcanzar. Robert Alexy ha desarrollado en su *Teoría de la Argumentación Jurídica* un sistema de 28 normas y formas del «discurso práctico general», es decir, un sistema de normas y formas que guían el intercambio de razones prácticas para hacerlo racional y correcto en la mayor medida posible [55]. «Cuanto más frecuentemente se violen estas reglas, menos racional será el discurso» [56]. Este sistema pretende hacer posible que el resultado del razonamiento práctico dependa únicamente de las razones (la situación ideal de razonamiento) y no de otras consideraciones que puedan surgir de las circunstancias fácticas en las que se realiza el intercambio de razones o de los sesgos subjetivos de los participantes (la situación real de razonamiento).

El sistema de reglas y formas del razonamiento práctico general, tal como lo formula Alexy, comprende «reglas que exigen la no contradicción, la universalidad en cuanto al uso coherente de los predicados, la claridad del lenguaje, la fiabilidad de las premisas empíricas, así como reglas y formas referidas a las consecuencias, la ponderación, el intercambio de roles, la génesis de las convicciones morales y la libertad e igualdad en el discurso» [57]. Las reglas y formas específicas del razonamiento jurídico se estructuran en la justificación interna y la justificación externa. La justificación interna abarca los esquemas de razonamiento como la subsunción de reglas y la ponderación de principios jurídicos, mientras que la justificación externa abarca los cánones del razonamiento jurídico, las normas para el uso de los precedentes judiciales, las normas del razonamiento fáctico, las normas y formas del razonamiento práctico general, las normas de análisis de la dogmática jurídica y las formas de argumentos especiales del razonamiento jurídico [58].

Ahora bien, al interpretar normas constitucionales, la justificación externa de la interpretación constitucional estaría constituida por un conjunto de cánones interpretativos (interpretación semántica, interpretación sistemática, interpretación genética e interpretación teleológica objetiva) [59] y se guiará por

---

[55] Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.,* (nt. 6), pp. 283-287.

[56] Peczenik, A., *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, p. 191.

[57] Alexy, R., «Legal certainty and correctness», *Ratio Juris*, núm. 28, 2015, pp. 441-451, 442.

[58] Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, *op. cit.,* (nt. 6), p. 214 y ss, 222 ss.

[59] Los cánones básicos de interpretación jurídica a los que hago referencia aquí son: el texto de la norma (interpretación semántica o textual), la norma en su contexto dentro del ordenamiento jurídico (interpretación sistemática), la voluntad del legislador original (interpretación subjetiva-teleológica) y la

criterios tópicos propios de interpretación constitucional [60] así como por los principios del círculo hermenéutico [61]. Mientras que su justificación interna, al contener la constitución tanto normas con carácter de reglas como normas con carácter de principios jurídicos, constituida por las estructuras de razonamiento de subsunción y ponderación respectivamente.

Si bien es cierto que la interpretación de la ley y la interpretación de la constitución comparten en gran medida los mismos atributos metodológicos, también evidencian diferencias que han venido siendo presentadas en los párrafos anteriores, específicamente: la jerarquía de las normas constitucionales, el contenido político-moral de las mismas y su finalidad de regular el ejercicio del poder político en la sociedad [62], así como la dificultad de modificarlas [63]. Esto hace que, a diferencia de la interpretación de la ley, en la interpretación

---

voluntad razonablemente atribuible a la norma (interpretación objetiva-teleológica), véase, entre otros, Bydlinski, F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2da. ed., Springer, Berlin, 1991, pp. 436 y ss; Engisch, K., *Einführung in das juristische Denken*, 8va. ed., Kohlhammer, Stuttgart: 1983, pp. 72 y ss; Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ta. ed., Springer, Berlin, 1991, pp. 320 ss.

[60] Konrad Hesse desarrolló cinco criterios tópicos de interpretación constitucional para complementar los cánones tradicionales de la interpretación jurídica: el principio de unidad de la constitución, el principio de concordancia práctica entre los valores constitucionales, el principio de corrección en el ejercicio de las funciones y competencias, el principio del efecto integrador de la constitución y el principio del efecto normativo de la constitución, véase Hesse, K., *Escritos de derecho constitucional*, CEPC, Madrid, 2012, pp. 67-70. Un grupo similar de criterios tópicos para la interpretación constitucional ha sido desarrollado por Peter Schneider, Horst Ehmke y Peter Häberle: el principio de unidad de la constitución, el principio de concordancia práctica entre valores constitucionales, el principio de interpretación según el texto de la constitución, el principio de compromiso con el derecho internacional y el principio de interpretación cultural comparativa, véase Schneider, P. y Ehmke, H., «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», *VVDStRL*, núm. 20, 1963, pp. 1 y ss, especialmente pp. 53 ss.

[61] El círculo hermenéutico consiste en al menos dos postulados centrales: El postulado de la reflexividad: «Sin una preconcepción sobre la necesidad de regular y resolver un caso, el lenguaje de la norma, por sí solo, no puede decir nada sobre cómo resolverlo de forma justa» (*trad. alt.*), véase Esser, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis,* Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1970, p. 137; Gadamer, *Verdad y método*, *op. cit.* (nt. 3), pp. 331 ss. El postulado de la completitud: «el ir y venir de la vista entre la redacción de la norma y los hechos del caso» (*trad. alt.*), véase Engisch, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung,* 2da. ed., Carl Winter – Universitätsverlag, Heidelberg, 1960, p. 15; véase también Fikentscher, W., *Methoden des Rechts. In vergleichender Darstellung*, Vol. 4, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1977, p. 201.

[62] Diaz Revorio sostiene que «no cabe desconocer que la Constitución es una norma peculiar desde varios puntos de vista (por su rango, contenido, y finalidad), y estas peculiaridades afectan al método de su interpretación, que, ha de plegarse a su objeto. […] Conviene precisar, en todo caso, que los elementos y criterios propios de la interpretación jurídica son aplicables a la interpretación constitucional, si bien con algunos matices; pero resultan en sí mismos suficientes y deben ser completado con otros criterios propios». Véase, Díaz Revorio, *Interpretación de la constitución y justicia constitucional*, *op. cit.* (nt. 23), pp. 5 ss.

[63] La característica de la rigidez ante modificaciones (o condiciones dificultadas de reforma) como criterio distintivo entre las normas constitucionales y las normas jurídicas no constitucionales u ordinarias es destacado por Dreier, R., «Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation», en Dreier, Ralf y Schwegmann, Friedrich (eds.), *Probleme der Verfassungsinterpertation. Dokumente einer Kontroverse*, Nomos, Baden-Baden, 1976, p. 14. También es de esta opinión Schmitt, C., *Teoría de la constitución*, Alianza, Madrid, 1982, pp. 50 ss.

constitucional el uso de cánones y recursos hermenéuticos adicionales a los métodos clásicos de interpretación jurídica sea más necesario, sino imprescindible. Esta situación se puede reconstruir recurriendo al argumento de la necesidad y la contingencia. Mientras que a nivel de la interpretación de normas distintas a las constitucionales el uso de la subsunción y de criterios adicionales a los cánones clásicos de la interpretación jurídica es contingente, a nivel de la interpretación constitucional el empleo de métodos adicionales que den cuenta de la especialidad de las normas constitucionales es necesario.

Dado que la teoría de la argumentación jurídica considera que los criterios hermenéuticos, tópicos y de corrección procedimental –además de estructuras interpretativas como la subsunción y la ponderación– son sus elementos constitutivos, ella puede dar cuenta de las particularidades de las normas constitucionales en las que el razonamiento moral y semántico desempeñan un rol central. Además, un enfoque argumentativo de la interpretación constitucional aporta nuevos criterios para alcanzar la corrección en la mayor medida posible sin eliminar la discrecionalidad de los intérpretes en aquellos casos difíciles que requieren que el alcance de protección garantizado por la constitución vaya más allá de su redacción (*Verfassungsfortbildung*).

V. CONCLUSIÓN

Debido a la particularidad de las normas constitucionales, este enfoque de interpretación constitucional implica tener especial atención de tres elementos que son particularmente problemáticos en la interpretación de toda constitución en un Estado constitucional de derecho: el rol de los argumentos morales en el proceso de interpretación, la cuestión del contenido semántico de las normas constitucionales y cuestión de los criterios que proporcionan corrección a la interpretación. Ciertamente, estos aspectos no son exclusivos a la argumentación constitucional, sino que por el contrario son elementos que todo modelo de interpretación sólido debe abordar directa o indirectamente. Con ello, es posible ahora dar respuesta a las preguntas con las que este ensayo empezó: ¿Qué caracteriza a la interpretación de la constitución en un Estado de derecho basado en principios tales como supremacía de la ley, democracia, división de poderes, derechos fundamentales e independencia judicial? ¿Es la interpretación de la constitución, en este tipo de orden constitucional, diferente a la de aquellas otras normas jurídicas subordinadas a ella o no existe distinción metodológica alguna La interpretación de las normas constitucionales en un tipo de Estado basado en estos principios ético-políticos es un tipo especial-

mente problemático debido al rol que tienen los argumentos morales en ella, la gran apertura semántica de muchas de las palabras empleada en las constituciones y la necesidad de alcanzar un resultado en la mayor medida posible correcto. En ese sentido, la interpretación constitucional, si bien no implica una metodología de interpretación distinta del de la interpretación jurídica, sí representa un caso cualificado o especial de interpretación jurídica.

CONSTITUCIONALISMO MÁGICO IBEROAMERICANO

Raúl Canosa Usera
Universidad Complutense

El título de este escrito, como a nadie se le escapa, evoca ese realismo mágico que activó un grupo de escritores iberoamericanos y que emergió a través, sobre todo, de editoriales barcelonesas en los años 70. Cautivó a infinidad de lectores, también a mí por supuesto. Por eso al referirme al constitucionalismo mágico aludo a la fascinación que las experiencias constitucionales de aquella parte del mundo suscitan en el jurista europeo. En contraste, el constitucionalismo europeo podría calificarse como dramático, no ilusiona como el iberoamericano, sino que más bien desasosiega.

Si los europeos quedaron en la primera hora fascinados por el paisaje y el paisanaje que hallaron en las tierras que luego se llamarían América; pareja fascinación sentimos ahora ante los experimentos constitucionales que allí vienen sucediéndose. Porque es Iberoamérica el laboratorio constitucional por excelencia, allí se experimentan –acriolladas– instituciones y figuras europeas o norteamericanas, pero sublimadas como se sublimó en América española el barroco en las iglesias que por toda ella se edificaron. Y se experimentan también cosas radicalmente nuevas, aún más fascinantes. Pero a veces explota el laboratorio. Son gajes del oficio y así hay que asumirlos, aunque el fracaso de una experiencia constitucional lo sufra la gente.

Todas mis consideraciones se exponen desde mi afecto más profundo por esas tierras y por sus gentes. Y a pesar del cariño con que serán dichas no dejarán de ser las de un foráneo y por eso mismo destilarán indiscutiblemente falta de vivencia directa. Perdóneseme el atrevimiento, pero como apuntaba Ortega y Gasset, la opinión del foráneo acaso sea útil para quien vive la realidad des-

crita por aquel, porque el punto de vista ajeno le brinda una mirada desde fuera y se ofrece una perspectiva en potencia inspiradora. Ojalá yo pueda ofrecerla.

¿Por qué es mágico el constitucionalismo iberoamericano? A mi parecer, porque conforma una hermosa normatividad que a menudo no se compadece con la realidad. El abismo entre esa normatividad y la realidad implica una a veces desasosegante separación entre el deber ser y el ser que acaba siendo característica descollante del constitucionalismo iberoamericano. Una pugna incesante y con frecuencia estéril de un constitucionalismo transformador que, cuando fracasa, queda meramente en promisorio, y que sólo puede aspirar a ilusionar a los pueblos. Y recuérdese que ilusionismo es sinónimo de magia.

Analizaré a continuación alguno de los experimentos constitucionales iberoamericanos que más me han llamado la atención.

I. EL PRIMERO: CONSTITUCIONALISMO PROMISORIO

Hay que advertir que el constitucionalismo es producto del racionalismo y por lo tanto expresión de su idealismo, la idea aspira a someter la realidad y si ésta no se acomoda al ideal, peor para la realidad. Con todo, el esencial carácter práctico del Derecho implica la aspiración de este a someter efectivamente la realidad, es decir, hacer concordar ser y deber ser, validez y efectividad.

¿Qué ha ocurrido en la experiencia constitucional iberoamericana? Parecería que, a despecho de los experimentos realizados, la realidad ha sido refractaria a la transformación inspirada por las constituciones. Se recuerda que la primera formalización de lo que luego Herman Heller denominara Estado social fue la Constitución mexicana de 1917, aún vigente. Ante las flagrantes desigualdades de este continente el poder constituyente anticipa, en ocasiones con gran detalle, la transformación –mejora– de la sociedad. No puede haber finalidad más noble.

Respecto al constitucionalismo iberoamericano más reciente, la Constitución portuguesa de 1976 es, a mi parecer, su directo precedente: constituciones largas con tintes socializantes nítidos. Aquella Constitución portuguesa, aún vigente, fue fruto de una revolución contra una larga dictadura; sus fuerzas inspiradoras fueron socialistas y comunistas y, superando los límites del canónico Estado social, llegaba a anticipar la socialización completa de los medios de producción. La Constitución de 1976 tuvo que ser reformada para permitir la adhesión de Portugal a las llamadas entonces Comunidades Europeas, un conjunto de democracias que construían juntas un mercado común, es decir, una economía de mercado que chocaba con algunos de los presupuestos axio-

lógicos de la original versión constitucional portuguesa. A pesar de las reformas, la Constitución lusa concreta como ninguna otra en Europa la noción de Estado social con una pormenorizada proclamación de principios y de derechos sociales.

En esta misma línea discurre el constitucionalismo Iberoamericano en las últimas décadas, pero en un contexto distinto, el de las sociedades muy poco igualitarias. Si la plasmación del Estado social en las constituciones europeas es modesta, en comparación con las iberoamericanas, la realidad europea demuestra un grado de justicia social mucho mayor y menos desigualdades materiales. Y frente a esas desigualdades que no cesan y aún parecen aumentar, los constituyentes en Iberoamérica han doblado una y otra vez su apuesta socializante, pero su constitucionalismo transformador se ha quedado en promisorio y aún en mágico, pues lo previsto en la Constitución no se materializa a pesar del aumento de sus garantías. Un caso reciente, muy significativo por lo ejemplar es el aún no cerrado chileno. Tras el estallido social se abrió un desconcertante proceso constituyente que culminó con un proyecto que los ciudadanos rechazaron de forma aplastante, a mi juicio con buen tino, porque aquella constitución era muy defectuosa técnicamente. De haberse aprobado habría pasado a ser el estandarte de un constitucionalismo más que mágico, estupefaciente.

El proyecto rechazado en Chile parecía culminar una tendencia seguida en el continente de multiplicar los experimentos. Por aluvión, todo tenía cabida, todas las aspiraciones encontraban acomodo en forma de nuevos derechos. Se olvidaba, se suele olvidar en los procesos constituyentes iberoamericanos, que la proliferación en el reconocimiento de derechos no es necesariamente un buen síntoma sino todo lo contrario, porque cada derecho que acaso de buena fe se reconoce presupone que hay un peligro para la dignidad de la persona que debe ser conjurado, poniendo en sus manos el resorte para defenderse. Idealmente, pues, cuantos menos riesgos para la libertad existan, menos derechos se necesita reconocer. Por desgracia es preciso reconocerlos, pero no pensando que cuanto más larga sea la lista mucho mejor, cuando es precisamente lo contrario, pues los derechos son mecanismos de defensa contra los peligros que se ciernen sobre la dignidad y la libertad humanas. El proceso constituyente chileno continuó y de nuevo el cuerpo electoral rechazó la segunda propuesta que se le hizo y que era completamente distinta de la primera que se rechazó. En contraste con la primera –muy izquierdista– la segunda era marcadamente derechista, como consecuencia de sendos procesos electorales con resultados pendularmente distintos. Ni en el primer proyecto ni en el segundo los encargados de elaborarlos alcanzaron el consenso necesario para fraguar un texto

que la mayoría de los chilenos respaldasen. En consecuencia, la Constitución de 1980, reformada significativamente en 1994, sigue en vigor.

Entre los nuevos derechos que se recogen en las constituciones iberoamericanas es frecuente encontrar derechos de las comunidades indígenas, convirtiendo a estas en titulares de lo que tal vez hubiera encontrado mejor acomodo jurídico como autonomía de tales grupos. Se debilita la noción de igualdad ante la ley que es sobre todo, no lo olvidemos, igualdad en la titularidad de los derechos; se crea una duplicidad jurídica que pone en riesgo la igualdad y aún los derechos de los miembros de tales comunidades, amén de separarse de la tradición genuinamente constitucional en la que las diferencias raciales y de otro tipo, tan comunes en Europa desde hace siglos, no impidieron, en la sana tradición constitucional, la conformación de la igualdad como gran conquista de la modernidad. La justificación última se liga a la necesidad de reconocer la especificidad de los pueblos originarios y de enraizarlos con un constitucionalismo «indigenista», podríamos decir, que dota de originalidad a la vida política iberoamericana a costa de crear esas contradicciones con las que habrá de convivirse.

Por otro lado, y acaso influenciado por el indigenismo el constitucionalismo iberoamericano (aunque esta tendencia también se entrevé en otras latitudes) está reflejando, además, una cierta deshumanización cuando se vienen a reconocer derechos de la naturaleza e incluso los derechos de los animales. La loable pretensión de proteger las bases naturales de la vida y a los seres que comparten este mundo con nosotros ha llevado, en mi opinión, a desfigurar categorías jurídicas y aún morales que están en nuestra primigenia composición del mundo y del derecho, y que es por supuesto antropomórfica. Los planteamientos nuevos desplazan al ser humano desde una visión ecocéntrica. Los derechos fundamentales, humanos en su nomenclatura internacional, son derivaciones de la dignidad humana y sirven al desarrollo de la personalidad. Desde la perspectiva jurídica, los derechos fundamentales se anudan a este desarrollo e implican el libre albedrío. Reconocerlos a la naturaleza o a los animales implica necesariamente que su ejercicio a la fuerza tendrá que ser sustituido por personas que expresen esa voluntad, inexpresable, de la naturaleza o de un animal. Y ¿quiénes habrán de encargarse de esa sustitución, por qué unos y no otros? Por lo demás, si los animales tienen derechos ¿no corremos el riesgo de que tal igualación con los seres humanos sirva para acabar tratando a los humanos como animales?

Si los derechos son inherentes a la dignidad ¿en qué estriba esa conexión? y ¿puede ser esta más o menos intensa? El iusnaturalismo racionalista, que inspiró las primeras declaraciones de derechos, partía de la existencia de

derechos naturales, autoevidentes e insertos en la razón humana. Sin embargo, ni siquiera su primera formulación fue duradera en todos los casos y así, por ejemplo, el derecho de resistencia a la opresión, que se declaró en 1789, desaparece poco después en las declaraciones francesas sucesivas. A partir de la libertad, la igualdad ante la ley y la propiedad fueron completándose las declaraciones con derechos que sólo tenían sentido en la sociedad ya constituida.

No nos sirve ya la bella retórica de los derechos naturales que presuponía el imaginario estado de naturaleza. Es ahora la dignidad de la persona lo que justifica, cuando está comprometida en alguno de sus flancos, resguardarla con el reconocimiento de un derecho fundamental. Esta protección es histórica, epocal, y depende en su manifestación concreta de qué peligros específicos se ciernen sobre la dignidad y de cuál sea nuestro concepto de vida humana digna.

El Estado social da respuesta a la crítica que sufrió el Estado liberal clásico por no ocuparse de las condiciones vitales del ser humano y que Anatole France, el genial escritor francés, ridiculizó al reducir la libertad burguesa a la libertad de dormir bajo los puentes. Frente a este desentendimiento del Estado acerca de las condiciones materiales en las que la vida discurre, el Estado social entiende que la consecución de la justicia le exige ocuparse de ellas porque sólo una sociedad justa es la adecuada para sostener una democracia. Esta idea por lo demás ya fue anticipada por Aristóteles. En el constitucionalismo europeo el Estado social es edificado no tanto reconociendo derechos sociales en la constitución, sino a través de la proclamación constitucional de principios que luego la ley y la actividad administrativa han convertido efectivamente en títulos válidos, incluso derechos sociales, en manos de las personas. Tiene sentido entonces que, en el contexto de sociedades tan poco igualitarias como las iberoamericanas, la preocupación por las condiciones materiales en las que la vida de las personas se desarrolla acabe manifestándose en regulaciones más intensas del Estado social, incluso con la proclamación de derechos fundamentales de carácter social. Así, por ejemplo, cuando el agua potable no es un bien accesible, no resulta extraño que venga reconocido el derecho de acceso al agua. Tal reconocimiento por sí solo no asegura el abastecimiento, pero implica o debería implicar que las personas podrán exigirlo a los poderes públicos. Ocurre, aunque no siempre, que esté derecho u otros de similar índole no son satisfechos y entonces las bienintencionadas disposiciones constitucionales quedan reducidas a simple hoja de papel. Sin duda la satisfacción de necesidades sociales conformadas como derechos subjetivos reclama recursos de los que no siempre se dispone; y cuando ni siquiera a través del reconocimiento de derechos se logra transformar la realidad el orden constitucional degenera en semántico, nominal.

II. LA PULSIÓN MONÁRQUICA EN IBEROAMÉRICA: EL PRESIDENCIALISMO

Las constituciones iberoamericanas adoptan el presidencialismo como sistema de gobierno, siguiendo los pasos de su vecino del norte, pero con frecuencia el resultado ha sido el advenimiento sucesivo de caudillos. ¿Por qué no ha funcionado bien el presidencialismo en Iberoamérica? ¿Por qué esa tendencia monárquica ha acabado muchas veces imperando? Tal vez la Constitución sustancial no se ha correspondido efectivamente con la escrita, al punto de acabar ésta derivando y, también en esto, en una Constitución semántica; tal cosa ocurre cuando quienes promovieron la Carta Magna no estaban dispuestos a asegurar su efectividad. Por añadidura, débiles sistemas de partidos han cebado una pulsión caudillista, una tendencia monárquica en el sentido etimológico del término, que propende a convertir los deseos del presidente en disposiciones constitucionales y ello con más frecuencia de lo deseable debilita la división de poderes y por lo tanto mina la identidad misma del Estado de derecho y acerca su naturaleza a la de la autocracia.

Es curioso recordar que es justamente la preexistencia de la forma monárquica de gobierno lo que impele a los Estados europeos a limitar políticamente al rey para hacer compatible su subsistencia con la organización política liberal de división de poderes: el rey fue la cabeza del poder ejecutivo en la monarquía constitucional. Pero la consiguiente democratización era incompatible con ese resto de poder político que aún conservaba el monarca y este poder acaba por transferencia en manos de su primer ministro que en realidad lo es del parlamento que por mayoría le otorga su confianza. Nace así el sistema de gobierno parlamentario en el que la cabeza del ejecutivo lo ocupa el investido por el poder legislativo, aunque formalmente pueda ser el rey quien lo nombre. La desactivación política del monarca era la única manera de hacer compatible su supervivencia con el régimen democrático.

Los constituyentes norteamericanos dotaron al presidente de la Federación que creaban de los poderes que aún el monarca inglés poseía, al menos formalmente. La diferencia estribaba en que el presidente, al ser elegido democráticamente, podía, a diferencia del monarca inglés, ejercer esas competencias efectivamente gracias a tal legitimación. En rigor, se trataba de una suerte de monarquía electiva e inmediatamente se atisbó el peligro que entrañaba una magistratura electiva tan personal, frente a la que no bastaba el mero funcionamiento de los pesos y contrapesos. Por eso, en los Estados Unidos se introduce a través de una convención constitucional la limitación de mandatos. Aunque el poder político personal del presidente sea tan grande, se asegura su

temporalidad limitada. También esta limitación se fue implantando en el resto de los países americanos y se comprobó que allí donde tal limitación no operaba el poder presidencial acrecía a expensas de los demás poderes hasta cercenarlos. La revolución mexicana sintetizó claramente la esencia de la democracia en el continente con el lema: «sufragio efectivo, no reelección».

En contra de esta limitación, desde los años noventa del siglo pasado, las constituciones iberoamericanas comenzaron a reformarse para permitir una reelección, reformas que, a despecho de una bien entendida lógica democrática, beneficiaron siempre al presidente en ejercicio. Incluso en algún caso, como en el venezolano, acabó permitiéndose la reelección indefinida. Al menos en el caso venezolano esta extensión se realizó mediante una reforma constitucional, pero en otros fue a través de decisiones de cortes constitucionales que arguyeron, como la boliviana, que la cláusula constitucional que limitaba la reelección era contraria a la convención americana de Derechos Humanos. Se da entonces la paradoja de que a pesar de la multiplicación en el texto constitucional de mecanismos de control del poder y de tutela de los derechos, ha acontecido en cierto sentido un paso atrás en la historia, propiciando esa personalización que tantos ejemplos ha brindado para la literatura, desde el Tirano Banderas de Valle-Inclán y una larga saga de grandes novelas cuyos personajes son arquetípicos presidentes de la república, sin olvidar las sagas familiares que nutren aún más el potencial material literario. La figura paternal o maternal refuerza una deriva de conexión emotiva que contrasta con la pretensión racionalizante que siempre caracterizó al constitucionalismo.

Alarmada por esta deriva claramente autoritaria la OEA a través de su secretario general solicitó a la Comisión de Venecia (Comisión europea por la democracia a través del derecho) que se pronunciara sobre los límites a la reelección presidencial, lo cual hizo en su 118.ª sesión plenaria los días 15 y 16 de marzo de 2019. En su pronunciamiento se descartó que tal derecho a la reelección presidencial tenga acomodo en el Derecho internacional de los derechos humanos y al mismo tiempo consideró saludables para la democracia tales limitaciones de permanencia en la presidencia. Advirtió asimismo que no era legítimo ampliar la permanencia en el cargo para beneficiar con ella a quien lo ocupase en el momento de aprobarse, es decir, justo lo que venía aconteciendo en la totalidad de los países iberoamericanos que habían relajado o directamente eliminado tales limitaciones.

A requerimiento de Colombia fue la Corte Interamericana la que se pronunció sobre la reelección presidencial indefinida, en su opinión consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. En línea con el informe de la comisión de

Venecia la Corte subraya la importancia de evitar la perpetuación de una persona en el poder y facilitar la alternancia propia de la democracia. En todo caso y también en consonancia con la Comisión de Venecia, cualquier modificación normativa al respecto no debe beneficiar a quien ostenta el poder. Sirve así mismo como garantía de la división de poderes. La Corte considera pues que no existe un derecho humano a la reelección indefinida y que tal prohibición, que debe empero está claramente determinada en el orden jurídico, no es contraria a la Convención; al contrario, es medida idónea para asegurar el pluralismo político y la alternancia a él ligada. Concluye enérgicamente considerando que la reelección indefinida es contraria a la Convención. Se pone coto a una deriva autocrática que cínicamente pretendía utilizar la Convención Americana para justificarla, infiriendo espuriamente de ésta un derecho humano a la reelección presidencial indefinida.

III. LA TRANSFORMACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Me centraré ahora en algunos elementos que, me parece, van caracterizando el uso que de la Constitución se va haciendo en Iberoamérica y que afecta a su concepto mismo. Para empezar las constituciones tienden a ser extraordinariamente largas, lo que significa que el constituyente decide mucho y por consiguiente menos va a poder decidir el legislador democrático del futuro. Más decisión constituyente, menos libertad del legislador democrático. Como por lo general las constituciones iberoamericanas tienden a ser dirigentes, en el sentido dado a este término por Gomes Canotilho, e imponen un orden estimativo cerrado que adolece de ductilidad, las eventuales mayorías alternativas que puedan conformarse, si es que lo logran, tendrían que ser lo bastante amplias como para reformar la Constitución. Porque, al ser un orden cerrado, no cabe sin reforma constitucional una alternancia que es posible en Europa donde las constituciones la permiten y que puede expresarse en la ley ya que la Constitución se sustenta en el pluralismo estimativo. En Iberoamérica a menudo el eventual pluralismo que generase una alternancia no tendría más remedio que acudir a la vía de reforma constitucional, lo que es difícil debido a la rigidez, o a la insurgencia, destruyendo revolucionariamente el orden establecido mediante una Asamblea Constituyente. Lo curioso del asunto es que algunos presidentes en ejercicio (el señor Morales, en Bolivia, o el señor Maduro, en Venezuela) promovieron la revolución desde el poder para profundizar en el cierre constitucional y soslayar las minorías de bloqueo que la oposición disponía en el trámite de reforma constitucional.

Otra consecuencia de orden práctico, pero crucial, de este constitucionalismo es que su supremo intérprete cobra en apariencia un inmenso poder gracias a su vastísimo parámetro de enjuiciamiento y, como su labor no es mantener un orden abierto sino cerrado, es un operador indispensable de la transformación, justo lo contrario de lo que se espera de un tribunal constitucional europeo que ha de limitarse a mantener abierto el marco constitucional. No obstante, la tarea del intérprete supremo puede estar influenciada o directamente controlada por el presidente que participa decisivamente en la designación de los jueces que componen el órgano controlador. Y aun cuando no fuera mediatizado por el presidente, debido a su posición preeminente, el supremo intérprete tiende a convertirse en una suerte de legislador suplente del verdadero legislador; el prestigio del defensor de la Constitución frente al desprestigio que suele aquejar a los políticos, ello subvierte en potencia el principio de división de poderes y atenta contra la esencia misma de la democracia.

El llamado neoconstitucionalismo es el cuerpo de doctrina que ha dado sustento a este entendimiento de orden constitucional. Parece un intento *a priori* elogiable de reforzar la fuerza normativa de la Constitución adaptándose a las peculiaridades sociales, culturales y aun étnicas de las sociedades iberoamericanas. Sin embargo, se sustenta a menudo en un cierre estimativo, lo que dificulta la expresión del pluralismo político y la alternancia efectiva que es esencial en una democracia. La Constitución impone una coloración ideológica uniforme y cobra pleno sentido, en el marco de un régimen presidencialista, que el presidente ejerza su liderazgo irradiándolo sobre todos los poderes del Estado (legislador y jueces). Resulta natural entonces que el líder carismático pueda ser reelecto aun indefinidamente, pues ya no interesa mantener la división de poderes en el tiempo que tales limitaciones a la reelección encarnan. Se tiende así a la unidad de poder, a su efectiva concentración prolongada en el tiempo y entonces, desactivada la división de poderes que es su garantía más eficaz, los derechos fundamentales sufren y su ejercicio frente a ese poder se torna difícil, en especial aquellos que sirven al pluralismo político. Se mantiene la forma constitucional, pero ya carente de la verdadera materia constitucional: ni hay división de poderes ni se asegura la libertad. Como, además, se trata de un «constitucionalismo» fuertemente transformador, si la mejora de las condiciones vitales de las personas no se produce –lo que ocurre con frecuencia– el «mágico» efecto no será otro que el de la frustración.

IV. UN EXPERIMENTO EXITOSO: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Uno de los más fascinantes experimentos jurídicos iberoamericanos es sin duda el denominado control de convencionalidad. En esencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había venido realizando tal control aún de las omisiones legislativas cuando éstas implicaban la vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio. Sin embargo, el Tribunal Europeo se había limitado y aún sigue haciéndolo a resolver, caso por caso, pero sin hacer una teoría sobre su labor ni menos aún imponiendo a los Estados-parte del Convenio la tarea de realizar internamente control de convencionalidad alguno. Todo ello lo ha hecho la Corte Interamericana con una labor titánica y elogiable.

Llama la atención que un tribunal de tan pocos integrantes como es la Corte, no dedicados en exclusiva a atenderla, y que resuelve, en comparación con su contraparte europea, poquísimos casos, haya podido presentar un cuerpo de doctrina semejante que ya ha comenzado a influir en el sistema europeo. Acaso precisamente porque a la Corte de San José llegan pocos casos se aprovecharon para imponer severamente a las autoridades nacionales, en particular a sus tribunales, su conversión en auxiliares de la Corte Interamericana, todos convertidos en jueces del sistema interamericano en el que su Corte dice la última palabra y fija, al pronunciarla, la interpretación de los preceptos convencionales, a la postre de los derechos fundamentales, conformando esta y aquella el llamado por la Corte bloque de la convencionalidad. En la línea que marcó el insigne jurista mexicano Sergio García Ramírez, integrante entonces en la Corte, se establece un paralelismo entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad, aunque no arranque el segundo del principio de supremacía sino del de prevalencia del derecho convencional y de su interpretación. La Corte Interamericana se ha transformado en una suerte de supertribunal constitucional, en órgano de cierre pues dice la última palabra en materia de derechos en todo el continente.

Para compensar el escaso número de sentencias que dicta, la Corte dispone de un instrumento que no tiene exacto parangón en el sistema europeo: las opiniones consultivas solicitadas por los Estados. Fuera del marco de un caso, la Corte desarrolla en sus opiniones una verdadera y ordenada interpretación que anticipa el sentido de sus futuras decisiones. Construye con ellas su bloque de la convencionalidad, desplegando sistemáticamente sus puntos de vista sobre ámbitos en potencia muy amplios como el medio ambiente, por ejemplo, o el cambio climático.

Como se ve, la constitucionalización del sistema interamericano, por una u otra vía, es más intensa aun que en la de su contraparte europea, y, a pesar de sus pocos medios, se ha beneficiado de la coherencia cultural del espacio geográfico iberoamericano, además de la apertura mayor de sus constituciones al Derecho internacional de los derechos humanos. No es infrecuente que los tratados internacionales sobre derechos ostenten rango constitucional como ocurre en la Constitución argentina tras su reforma de 1994, pionera en este punto. El catálogo constitucional de derechos se completa así con los internacionales cuyo rango se equipara al de los genuinamente constitucionales. La situación provoca una paradoja que no se produce en Europa donde tal equiparación no suele acontecer. Al poseer los derechos declarados internacionalmente rango constitucional ¿quién es su supremo intérprete? Desde la óptica del derecho internacional no hay duda de que es el tribunal internacional cuyas decisiones los Estados se comprometen a ejecutar, pero desde el lado constitucional, algunos de los supremos intérpretes nacionales discreparon abiertamente. El asunto se complica si como sucede la Corte impone a los Estados servidumbres innumerables, incluyendo la de someterse al bloque de la convencionalidad, y que no se reducen, pues, a pagar una satisfacción equitativa a las víctimas como en general ocurre en el sistema europeo.

Frente a las enérgicas imposiciones de la Corte surgieron algunas resistencias estatales y así los venezolanos inventaron el pasavante: un control de constitucionalidad sobre las decisiones de la Corte Interamericana, invocando la superioridad interpretativa del tribunal nacional. En Europa, Rusia recurrió un camino similar al venezolano. Incluso la Corte constitucional italiana realizó un juicio, aunque positivo, de la interpretación del Tribunal de Estrasburgo. Desde la legitimidad que directamente recibe del poder constituyente el supremo intérprete constitucional puede tener la tentación de oponerse a lo decidido por otro intérprete, el internacional, que carece de esa legitimidad, pero que funcionalmente es también constitucional porque su tarea es de la misma naturaleza que la desarrollada por el tribunal nacional y, además, dice la última palabra. No es de extrañar que, en este contexto, países, como Venezuela, que fueron severamente reprendidos por la Corte estén promoviendo la creación de un tribunal internacional alternativo, más acomodado a sus intereses. Es lógico que así suceda cuando las Corte, cumpliendo su papel de garante de libertades que hacen posible una genuina sociedad democrática, ha censurado valientemente la deriva autocrática de ciertos países del continente, por ejemplo, como se ha dicho, negando que existiera un derecho humano a la reelección presidencial indefinida.

El impacto de la noción de control de convencionalidad ha sido significativo en España donde no hace muchos años los jueces ordinarios de lo social comenzaron a dejar de aplicar leyes nacionales invocando, no la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino la del mucho más modesto Comité Europeo de Derechos Sociales, del que tuve el honor de formar parte. Finalmente, el mismo Tribunal Constitucional español (STC 140/2018), interpretando no del todo correctamente la sentencia Almonacid Arellano de la Corte Interamericana, recordaba que los jueces ordinarios españoles ostentan la facultad de inaplicar, en los casos que deban resolver, normas con valor de ley cuando entren en conflicto con un tratado internacional, aun los que no versan sobre derechos humanos. No puedo entrar ahora en los pormenores técnicos de este procedimiento, pues sólo quiero resaltar la proyección en Europa del control de convencionalidad, este maravilloso invento iberoamericano.

También interesa subrayar la vigencia del control de convencionalidad, tal y como muy creativamente lo ha desarrollado la Corte de San José (desde el caso Lagos del Campo contra Perú, de 31 de agosto de 2017) que ha interpretado el Protocolo de San Salvador para extender su ámbito de enjuiciamiento a prácticamente todos los derechos sociales, a despecho del mismo Protocolo que sólo le encarga expresamente el enjuiciamiento de dos de los derechos en él proclamados: la libertad sindical y el derecho a la educación. Con la invocación de la cláusula general contenida en el artículo 26 del Pacto de San José, relativa al progresivo desarrollo de los derechos sociales, la Corte ha conformado una ya amplia jurisprudencia en materia de derechos sociales, unificando a escala internacional las dos dimensiones esenciales de los derechos humanos: la de los civiles y la de los sociales, tal y como acontece a escala constitucional en Iberoamérica. En claro contraste con lo que acontece en Europa donde lo social, como ya he señalado, no tiene una dimensión significativa en las constituciones y, en el marco del Consejo de Europa, se separan claramente los campos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta Social Europea, así como la duplicidad de los órganos de tutela: el Tribunal Europeo y el Comité Europeo de Derechos Sociales. La indivisibilidad entre derechos civiles y sociales que tanto se predica, también en la doctrina del Consejo de Europa, sólo se realiza cabalmente en la jurisdicción de la Corte Interamericana.

La brillante idea de control de convencionalidad y su imposición a los Estados para que lo desplieguen internamente bajo la égida de la Corte y la ampliación del canon de enjuiciamiento que en tal control debe emplearse, hacen de la Corte de San José un poderoso operador jurídico y político en el continente. Sin duda, se trata de un experimento exitoso que ya irradia en Eu-

ropa e incluso en el sistema africano, y que parece anticipar esa siempre anhelada y siempre preterida unidad iberoamericana.

V. CONCLUSIÓN

So pretexto de satisfacer los derechos sociales que transformarían la realidad de profundas desigualdades materiales –lo que no ha sucedido lamentablemente– los derechos clásicos de libertad, en especial los de dimensión institucional que permiten la existencia de una sociedad plural tales como la libertad de prensa o de participación política, se han visto en ocasiones dañados y combatidos por el poder político cuando este ha degenerado en un presidencialismo caudillista donde ha anidado el populismo más rampante. El Estado constitucional degenera entonces en una farsa donde la apariencia de multiplicidad de controles apenas esconde el triunfo del líder carismático que todo lo controla como monarca efectivo, desmintiendo la tradición republicana de esas tierras.

A pesar de todo, Iberoamérica se ha convertido en el laboratorio constitucional de nuestro tiempo y muchas de sus invenciones son intentos elogiables, algunos de los cuales han producido muy buenos resultados. Otros en cambio enmascaran estructuras de poder personal. A pesar de todo, aguardamos los efectos transformadores –en el mejor sentido claro está– que puedan contribuir a extender la justicia social en países que han sufrido ya demasiado.

Las consideraciones vertidas son impresiones de un espectador atento a los experimentos que en Iberoamérica han jalonado su vida constitucional. No faltan en Iberoamérica ni el talento ni la formación, en grado superlativo, que están detrás de las nociones creadas. He tenido la fortuna de conocer a algunos de los colegas que han contribuido a conformar el vasto campo de experimentación constitucional que hoy es Iberoamérica. Ojalá la buena voluntad que está detrás de tales experimentos se materialice en buenas políticas públicas que contribuyan a encontrar la felicidad individual y colectiva que esas tierras y sus gentes merecen.

ESTRATEGIAS Y PRINCIPIOS PARA EL DESARROLLO DE UNA BUENA GOBERNANZA Y ADMINISTRACIÓN EN ÁFRICA

Lorenzo Cotino Hueso
Universidad de Valencia

Me es muy grato poder participar en capítulo en esta obra de homenaje a Yolanda Gómez Sánchez. Poco podré añadir que no se haya subrayado en lo académico y universitario. Yolanda amerita una incansable dedicación y una más que brillante trayectoria en el campo del Derecho Constitucional, sin duda que deja tras de sí una huella imborrable en lo académico, en lo que ha sido fuente de inspiración para todos los que hemos tenido el privilegio de conocerla y aprender de ella. Pero más allá de sus logros académicos, quiero destacar el ejemplo personal y el apoyo que la Profesora Gómez Sánchez brindó en momentos en que la vida nos pone a prueba, el camino es más empinado y son menos los que están al lado y ella lo estuvo. Este apoyo se valora especialmente y queda imborrable, pese al tiempo y al distanciamiento, también propio de quienes llevamos, como es el caso de ambos, una agitada vida académica. Gracias.

I. PROPUESTAS QUE PARTEN DE LOS PRESUPUESTOS BÁSICOS GENERALMENTE ACEPTADOS DESDE ÁFRICA

El presente estudio tiene en perspectiva África, un continente rico en diversidad y potencial que, como en otros muchos órdenes, afronta retos muy significativos en el ámbito de la administración pública. Quien suscribe está convencido de que la implementación de políticas de buena administración y gobernanza podría transformar esta realidad, ofreciendo un futuro más prometedor y equitativo.

En esta línea, se proponen los elementos básicos y lineamientos que podrían contener los instrumentos diversos que se puedan adoptar en este continente, desde las diversas instituciones regionales ahí existentes que luego se recuerdan. Estas propuestas parten de una inspiración especialmente africana, esto as, aceptados en los distintos instrumentos y documentos desde aquel continente. De lo contrario, creo, toda propuesta es menos realista y tendría muchas menos probabilidades de algún éxito. La combinación de la sabiduría africana con las mejores prácticas globales puede impulsar un desarrollo sostenible y equitativo en el continente. En esta línea, además de los instrumentos y referencias clave de África, se tienen en cuenta los globalmente aceptados en el marco de Naciones Unidas. Se trata de, si se me permite, un mínimo común denominador que fácilmente puede ser adoptado. No se ha renunciado a incluir aportaciones desde Europa o Iberoamérica como refuerzo de algunos principios.

Sobre estos presupuestos, se presentan propuestas a partir de los contenidos de la buena Administración, que deben guiar la administración pública africana. De igual modo, se tiene presente la proclamación de la calidad de los servicios públicos con sistemas de evaluación mecanismos de retroalimentación que involucren a los ciudadanos. Como no podía ser de otro modo, se establecen algunas pautas vinculadas al Gobierno Abierto, así como a la innovación y la implantación de la Administración digital. Especial atención se dedica a la función pública y gestión de recursos humanos, apostando por la plasmación de los principios y reglas básicos, también en su caso en el ámbito de la lucha contra la corrupción, con herramientas como los códigos de conducta. Finalmente se afirman los elementos clave en la gestión financiera y transparencia fiscal y rendición de cuentas con la adopción de estándares internacionales. África tiene el potencial de convertirse en un modelo de desarrollo sostenible, con administraciones públicas eficientes y transparentes que sirvan a todos sus ciudadanos, en el marco del ODS núm. 16.

La organización regional clave es la Unión Africana integrada por 55 Estados [1]. Entre sus diversas áreas incluye la relativa a la gobernanza y derechos [2]. En el ámbito de interés de este estudio destaca la Unidad de Reformas Institucionales de la UA [3], por ejemplo, con la *Hoja de ruta para la reforma*

[1] La OUA fue fundada el 25 de mayo de 1963, previamente la Unión de Estados Africanos (1958-1962). El 9 de julio de 2002 fue reemplazada por la Unión Africana.

[2] https://au.int/en/democracy-law-human-rights

[3] AU Institutional Reforms Unit, https://au.int/en/AUReforms/unit

administrativa de la Unión Africana 2018-2021 [4], no obstante sin aparente actualización desde 2018. También la Agencia de Planificación y Coordinación de la NEPAD [5] o el Departamento de asuntos políticos, más centrado en cuestiones de terrorismo [6].

No son escasos los instrumentos desde la Unión Africana. [7] Son referencias de especial interés de este estudio la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción de 2003 [8]. Como desarrollo de la misma se creó en 2009 la Junta Consultiva de la UA contra la Corrupción (Advisory Board Against Corruption) [9] para promover medidas y acciones, hacer seguimiento, asesorar a gobiernos y presentar informes [10]. También cabe mencionar la Carta Africana sobre Democracia, Elecciones y Gobernanza de 30 de enero 2007 [11], también y especialmente, la Carta Africana de Valores y Principios de la Función Pública y la Administración de 31 de enero de 2011 [12] (en adelante, Carta de la Función Pública de África de 2011). También, aunque se trate de una cuestión especialmente interna de los Estados, se siguen los elementos básicos de la Carta Africana sobre los valores y los principios de descentralización, gobernabilidad local y desarrollo local, adoptada el 27 de junio de, 2014, dispuesta a la firma y la ratificación. De igual modo se ha tenido en cuenta en ámbitos más específicos la Convención de la Unión Africana sobre Seguridad Cibernética y Protección de Datos Personales, de 27 de junio de 2014. En el ámbito de la transparencia la Política administrativa de la Unión Africana sobre gestión de archivos y expedientes de 2020 [13]. Destaca la inicia-

[4] African Union Administrative Reform Roadmap 2018-2021, no resulta sencillo encontrar la documentación al respecto, https://au.int/sites/default/files/documents/35286-doc-ext-assembly-2xiannex_-_administrative_reform_roadmap_e.pdf

[5] https://www.nepad.org/

[6] https://au.int/en/paps

[7] El Plan de Acción de Lagos y el Acta Final de Lagos (1980). La Carta Africana (Banjul) de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). La Carta Africana para la Participación Popular en el Desarrollo (1990). La Declaración sobre la situación política y socioeconómica en África y los cambios fundamentales que tienen lugar en el mundo (1990). El Tratado de Abuja por el que se establece la Comunidad Económica Africana (1991). La Declaración de El Cairo de 1993 por la que se establece el mecanismo de prevención, gestión y resolución de conflictos. El Protocolo sobre el establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1998). La Declaración y Plan de Acción para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Grand Bay (Mauricio) de 1999. El marco para una respuesta de la OUA a los cambios de gobierno inconstitucionales (adoptado en la Cumbre de la OUA de 2000 en Lomé, Togo y basado en la decisión anterior de la Cumbre de la OUA de Argel de 1999).

[8] Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003, https://au.int/en/treaties/african-union-convention-preventing-and-combating-corruption

[9] https://anticorruption.au.int/ con sede en Arusha, Tanzania.

[10] Acceso a documentación en https://anticorruption.au.int/en/node/232

[11] https://au.int/en/treaties/african-charter-democracy-elections-and-governance

[12] https://au.int/en/treaties/african-charter-values-and-principles-public-service-and-administration

[13] AUC/AD/3/20,19/07, https://archives.au.int/themes/Mirage2/images/AU-archive-policy-2020.pdf

tiva estratégica Agenda 2063 [14], si bien sus proyectos bandera no parecen focalizarse en el ámbito de la gobernanza institucional [15]. En los últimos años desde la Unión Africana también destaca la *Democratic Governance Roadshow* [16].

En el ámbito de las organizaciones regionales en el continente africano, más allá de la Unión Africana, cabe señalar la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (Economic Community of West African States, ECOWAS [17], la Comunidad para el Desarrollo del África Meridional (Southern African Development Community, SADC [18]; el Mercado Común del África Meridional y Oriental (Common Market for Eastern and Southern Africa, COMESA) [19]; la Comunidad del África Oriental (East African Community, CAO) [20], Autoridad Intergubernamental para el Desarrollo (Intergovernmental Authority on Development, IGAD) [21]; las Comunidad de Estados Sahelosaharianos (Community of Sahel-Saharan States, CEN-SAD) [22]; la Comunidad Económica de los Estados del África Central (Economic Community of Central African States, ECCAS) [23]; la Comisión del Golfo de Guinea (Gulf of Guinea Commission, CGG) [24] o la Unión del Magreb Árabe (Arab Maghreb Union, AMU) cuyas las actividades están suspendidas). Todo sea dicho, con excepción de la COMESA y al menos a la vista de su web, en varios casos inactivas o sin actualización, no parecen atraer el interés de este estudio. De ahí que no se encuentra inspiración en este estudio en el ámbito regional interno e institucional descrito.

Cuestión diferente es, como se ha dicho, la necesaria referencia de Naciones Unidas. En el ámbito de Naciones Unidas la atención por África, obviamente, es muy relevante. La anterior Agencia de Planificación y Coordinación de la NEPAD en junio de 2018 se transformó en la Agencia de Desarrollo de la Unión Africana-NEPAD (AUDA-NEPAD) [25]. Asímismo, cabe tener en cuenta la Comisión Económica de las Naciones Unidas para África (ECA), focalizada en el apoyo al desarrollo económico y social de África y ODS [26]. En

[14] https://au.int/documents/20130613/50th-anniversary-solemn-declaration-2013
[15] https://au.int/en/agenda2063/flagship-projects
[16] https://au.int/en/DGRoadshow
[17] http://www.ecowas.int/
[18] https://www.sadc.int/
[19] https://www.comesa.int/
[20] https://www.eac.int/
[21] https://igad.int/
[22] https://www.cen-sad.org/
[23] https://www.ceeac-eccas.org/CEEAC
[24] https://cggrps.com/
[25] https://www.nepad.org/microsite/who-we-are-0#about_us decisiones en https://www.nepad.org/microsite/who-we-are-0#about_us
[26] https://www.uneca.org

general para el desarrollo, el PNUD África se centra en los ODS, también en gobernanza [27]; también puede destacarse la Plataforma de Colaboración Regional (RCP África) [28]. En todo caso, el continente africano está muy presente en la acción del Fondo de las Naciones Unidas para la Democracia (FNUD) [29], el Departamento de Asuntos Políticos y Consolidación de la Paz (DAP) [30], la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH) [31] o en el ámbito de género, entre otros. Como es bien sabido, destaca en particular la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por la 70.º Asamblea General de las Naciones Unidas, llevada a cabo en la ciudad de Nueva York en septiembre de 2015, por los 193 Estados. Se asumieron 17 objetivos durante los próximos 15 años, con un ámbito de proyección específico para África y por lo que especialmente aquí interesa, en lo relativo al núm. 16, sobre «Paz, justicia e instituciones sólidas» [32].

Desde hace más de una década es referente la Alianza para el Gobierno Abierto (Open Government Partnership, OGP) [33], actualmente 11 países africanos son miembros de la Alianza, con Sudáfrica entre los ocho países fundadores y más activos [34], también destacan Ghana, Nigeria y Kenia. Al parecer sólo hay seis países que podrían ser miembros y no lo son [35]. Por otra parte, hay cinco entes subnacionales africanos miembros de la OGP [36].

II. ALGUNOS PRINCIPIOS BÁSICOS Y ELEMENTOS FUNDAMENTALES

Desde el punto de vista de los fundamentos, bien se puede encontrar algunos elementos inspiradores en la Carta Africana sobre los valores y los prin-

---

[27] https://www.undp.org/africa

[28] https://unsdg.un.org/un-in-action/rcp-africa?tab=countries-listing

[29] https://www.un.org/democracyfund/

[30] https://dppa.un.org/en/region/africa

[31] OHCHR Regional Office for Central Africa (CARO), https://www.ohchr.org/en/countries/africa-region

[32] https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/ Sobre el tema, United Nations, Economic and Social Council, 27 de enero de 2020, *Background paper on peace: transformative actions for peace, justice and strong institutions towards the implementation of the 2030 Agenda and Agenda 2063* UN. ECA Africa Regional Forum on Sustainable Development (6th session: 2020, Feb. 24 - 27: Victoria Falls, Zimbabwe), en particular pp. 7-8, https://repository.uneca.org/handle/10855/43701

[33] Enlace para región https://www.opengovpartnership.org/region/africa-and-the-middle-east/

[34] Sudáfrica, Kenia, Ghana, Malaui, Liberia, Sierra Leona, Túnez, Cabo Verde, Costa de Marfil, Nigeria. Tanzania dejó de ser y no es elegible. https://www.opengovpartnership.org/es/our-members/

[35] Namibia, Leshoto y Zambia son los únicos que no son miembros pudiendo serlo. Sobre los criterios de elegibilidad, https://www.opengovpartnership.org/es/process/joining-ogp/eligibility-criteria/ donde se puede acceder al listado de países elegibles y miembros.

[36] Kigali, Ruanda; el Condado de Nakuru y el de Elgeyo Marakwet, Kenia; Sekondi-Takoradi, Ghana y Estado de Kaduna, Nigeria.

cipios de descentralización, gobernabilidad local y desarrollo local, del 27 de junio de 2014. Así, por ejemplo, en un preámbulo cabría señalar elementos como:

Afirmamos la subsidiariedad y los valores y principios de la descentralización, por la que, a partir del marco soberano Estatal, consideramos la gobernanza local y el desarrollo local en África y en nuestra región, es un medio para mejorar los medios de vida. Convencidos del avance de la nuestra voluntad colectiva de profundizar la democracia participativa, los ciudadanos y el empoderamiento de la comunidad; promover la rendición de cuentas y la transparencia de las instituciones públicas, promover y proteger la diversidad cultural y promover la equidad de género y transgeneracional a nivel local y subnacional. Pretendemos adoptar códigos claros, normas e indicadores de buen gobierno; generar unos recursos humanos responsables, eficientes y eficaces, asegurar el funcionamiento eficaz de nuestros órganos bajo elementos de rendición de cuentas y evitando todo abuso de poder y la corrupción.

También cabe tener en cuenta especialmente los principios de la Carta Africana sobre Democracia, Elecciones y Gobernabilidad, de 30 de enero de, de 2007, en vigor desde el 15 de febrero de 2012 en su artículo 3 cuando afirma la «Transparencia e imparcialidad en la gestión de los asuntos públicos» (3. 8.º) así como la «Condena y rechazo de actos de corrupción» (3. 9.º). De igual modo hay que «Promover el equilibrio de género y la igualdad en los procesos de gobernanza y desarrollo» (art. 2. 11.º).

Este instrumento también recoge algunos elementos de interés. Así, «los Estados Partes se esforzarán por institucionalizar la buena gobernanza política mediante» (art. 32): «Una administración pública responsable, eficiente y eficaz» (1.º), «reformas pertinentes de las instituciones públicas» (4.º) o el «principio del imperio de la ley» (8.º). De igual modo, se recuerda que las instituciones deben rendir cuentas a los órganos competentes (art. 15. 3) [37]. De igual modo es necesario dotar de recursos a las instituciones para que, de modo eficiente, puedan ser eficaces (art. 15. 4) [38]. Y la ciudadanía debe participar en los procesos de gobernanza (art. 31.1) [39].

También un documento declarativo bien puede afirmar que los Estados «se comprometen a ejecutar programas y llevar a cabo actividades encamina-

[37] 3. Los Estados Partes velarán por que estas instituciones rindan cuentas a los órganos nacionales competentes.

[38] 4. Los Estados Partes proporcionarán a las instituciones mencionadas recursos para realizar las misiones asignadas de manera eficiente y eficaz.

[39] 1. Los Estados Partes promoverán la participación de los grupos sociales con necesidades especiales, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, en el proceso de gobernanza.

das a promover los principios y prácticas democráticos, así como a consolidar una cultura de democracia y paz» y para ello, se comprometen a «Promover la buena gobernanza garantizando una administración transparente y responsable»; «Fortalecer las instituciones políticas para consolidar una cultura de democracia y paz» y a «Crear condiciones propicias para que las organizaciones de la sociedad civil existan y operen dentro de la ley.» (art. 12).

La Carta de la Función Pública de África de 2011 fija objetivos a perseguir y los principios que bien merecen ser tenidos en cuenta. Así, se afirma la cooperación entre los Estados y Comunidades regionales (art. 2. 9 y 10) [40], así como la armonización de políticas (art. 2.7) [41]; la calidad e innovación (art. 2. 2) [42], la mejora y modernización (art. 2. 3) [43], la igualdad (art. 2. 8 [44], art. 3. 1 y 2) [45], la continuidad del servicio (art. 3. 4.º) [46] y su adecuación a los usuarios (art. 3. 5) [47].

Por cuanto a los servidores públicos, se afirma la imparcialidad (art. 3. 3) y la profesionalidad [48] y ética (art. 3.6) [49], así como la promoción de valores y buenas condiciones de los servidores públicos (art. 2. 5.º y 6 [50] y artículo 3. 7) [51]. También la Carta de la Función Pública de África de 2011 menciona la eficiencia y responsabilidad en el uso de recursos (art. 3.9) [52], bajo una cultura de

---

[40] 9. Fortalecer la cooperación entre los Estados Miembros, las Comunidades Económicas Regionales y la Comunidad Internacional para la mejora del servicio público y la administración.

10. Fomentar el intercambio de experiencias y mejores prácticas para crear una base de datos de información en los Estados miembros.

[41] 7. Fomentar la armonización de las políticas y procedimientos relativos a los servicios y la administración pública entre los Estados Miembros con el fin de promover la integración regional y continental.

[42] 2. Garantizar la calidad e innovadora prestación de servicios que cumpla con los requisitos de todos los usuarios.

[43] 3. Alentar los esfuerzos de los Estados Miembros para modernizar la administración y fortalecer la capacidad para mejorar el servicio público.

[44] 8. Promover la igualdad entre hombres y mujeres, así como la igualdad en las estructuras de servicio público y administración.

[45] 1. Igualdad de todos los usuarios del Servicio Público y Administración.

2. La prohibición de toda forma de discriminación por cualquier motivo, incluido el lugar de origen, la raza, el sexo, la discapacidad, la religión, la etnia, las opiniones políticas, la pertenencia a un sindicato oa cualquier otra organización lícita.

[46] 4. Continuidad de los servicios públicos en todas las circunstancias.

[47] 5. Adaptabilidad de los servicios públicos a las necesidades de los usuarios.

[48] 3. La imparcialidad, la equidad y el debido proceso en la prestación de servicios públicos.

[49] 6. Profesionalidad y Ética en el Servicio Público y Administración.

[50] 5. Promover los valores morales inherentes a las actividades de los Agentes del Servicio Público con miras a asegurar una prestación de servicios transparente.

6. Mejorar las condiciones de trabajo de los Agentes de Servicio Público y asegurar la protección de sus derechos.

[51] 7. Promoción y protección de los derechos de los usuarios y agentes de la función pública.

[52] 9. Uso efectivo, eficiente y responsable de los recursos.

rendición de cuentas y transparencia (art. 3. 8) [53] y la implicación de la ciudadanía en la mejora de los procesos y servicios públicos (art. 2. 4) [54].

III. LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y SUS PRINCIPIOS

La buena Administración ha de ser la pieza maestra de toda propuesta de un modelo de gobernanza y es un adecuado principio inspirador del régimen jurídico administrativo. Como es sabido, la misma ha sido configurada como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea (art. 41 Carta de los derechos fundamentales UE). Y es en este contexto donde se han desarrollado los elementos básicos de la buena Administración. Pese a ser un referente externo, la proclamación de estos contenidos se considera especialmente adecuado también para el contexto africano, obviamente con las adecuaciones propias. Son referentes a tener en cuenta el Código de buena conducta administrativa, adoptado por la Comisión de la Unión Europea el 13 de septiembre de 2000 [55] y el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, aprobado originalmente por el Parlamento Europeo en 2001, revisado en 2007 y adoptado y garantizado, entre otros por el Defensor del Pueblo Europeo [56]. A partir de estos textos cabe proponer la formulación de los principios de buena Administración. Así, el principio de la neutralidad, objetividad e imparcialidad [57], el principio de legalidad [58], el principio de la igualdad del tratamiento [59], ausencia de discriminación [60], el principio de proporcionalidad [61], el principio

[53] 8. Institucionalizar una cultura de rendición de cuentas e integridad y transparencia en el Servicio Público y la Administración.

[54] 4. Alentar a los ciudadanos ya los usuarios de los servicios públicos a participar activamente y efectivamente en los procesos de administración pública.

[55] Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas con el número DO L 267, de 20 de octubre de 2000, https://www.ombudsman.europa.eu/es/publication/es/3510

[56] https://www.ombudsman.europa.eu/es/publication/es/3510

[57] Artículo 5: Principio de la neutralidad (Carta para el servicio público en África 2001); Artículo 9, Objetividad (Código Europeo de Buena Conducta Administrativa)); Artículo 8, Imparcialidad e independencia (Código Europeo de Buena Conducta Administrativa Parlamento Europeo 2001). Asímismo, apartado 2, Directrices para la buena conducta administrativa (Objetividad e imparcialidad) Código de buena conducta, Comisión de la Unión Europea, 2000).

[58] Artículo 6, Carta para el servicio público en África 2001; artículo 4 Código Europeo de Buena Conducta Administrativa Parlamento Europeo 2001 y apartado 1 (Principios generales de buena administración, Código de buena conducta, Comisión de la Unión Europea, 2000).

[59] Artículo 4, Carta para el servicio público en África 2001.

[60] Artículo 5 Código Europeo de Buena Conducta Administrativa Parlamento Europeo 2001; y apartado 1 («No discriminación e igualdad de trato», Principios generales de buena administración, Código de buena conducta, Comisión de la Unión Europea, 2000).

[61] Artículo 7 *Ibídem*.

de coherencia y expectativas legítimas [62], la ausencia de abuso de poder [63], motivación de las decisiones [64], actuación en plazo razonable [65], notificación de la decisión [66], indicación de posibilidades de recurso [67], derecho a ser oído y a hacer observaciones [68], la participación, consulta y mediación [69], la calidad, la eficacia y la eficacia [70], a proximidad y accesibilidad de servicios [71], o la cortesía [72]. También la respuesta a cartas en la lengua del ciudadano [73], la facilitación de solicitudes de información y acceso público a documentos, así como mantenimiento de registros adecuados [74].

IV. LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS Y SU EVALUACIÓN Y AUDITORÍA

La Carta de la Función Pública de África de 2011 pretende asegurar la calidad de los servicios (art. 10.1.º) con especial vocación dinámica, de modo que «El servicio público realizará los ajustes necesarios en la forma en que se organizan y operan sus servicios, con el fin de responder, de forma sostenible, a las necesidades cambiantes ya las demandas del público en general». Por cuanto a la evaluación de los servicios se afirma que «se basará en objetivos y programas de actividades definidos previamente, acompañados de indicadores y criterios de rendimiento» (art. 11). Se afirma asimismo que la entrega de los servidores públicos será «manera más eficaz, eficiente y económica, de acuerdo con los estándares más altos posibles» (art. 7. 1.º Carta de la Función Pública de África de 2011). Se procurarán «mecanismos apropiados para supervisar

---

[62] Artículo 10 *Ibídem*; y apartado 1 («coherencia») Principios generales de buena administración, Código de buena conducta, Comisión de la Unión Europea, 2000). El funcionario será coherente en su propio comportamiento administrativo, así como con la actuación administrativa de la institución. El funcionario seguirá las prácticas administrativas normales de la institución, salvo que existan razones fundadas para apartarse de tales prácticas en un caso individual. Cuando tal fundamento exista, deberá constar por escrito.

[63] Artículo 6 Código Europeo de Buena Conducta Administrativa Parlamento Europeo 2001; y apartado 1 (Principios generales de buena administración, Código de buena conducta, Comisión de la Unión Europea, 2000).

[64] Artículo 18 *Ibídem* (Deber de indicar los motivos de las decisiones); y apartado 1 («Principios generales de buena administración, Código de buena conducta, Comisión de la Unión Europea, 2000).

[65] Artículo 17 *Ibídem*.

[66] Artículo 20 *Ibídem*.

[67] Artículo 19 *Ibídem*.

[68] Artículo 16 *Ibídem*.

[69] Artículo 9 Carta para el servicio público en África 2001.

[70] Artículo 10 *Ibídem*.

[71] Artículo 8 *Ibídem*.

[72] Artículo 12 Código Europeo de Buena Conducta Administrativa Parlamento Europeo 2001.

[73] Artículo 13 *Ibídem*.

[74] Artículos 22, 23 y 24 *Ibídem*.

y evaluar periódicamente la eficacia de la prestación de servicios públicos.» (art. 7. 2.º Carta de la Función Pública de África de 2011).

Asímismo, se «establecerán sistemas y procesos de comunicación eficaces para informar al público sobre la prestación de servicios, mejorar el acceso a la información por parte de los usuarios, así como recibir sus comentarios e insumos» (art. 6. 3.º). Se velará «porque los procedimientos y documentos administrativos se presten de manera simple y sencilla» (art. 6.4.º 1). En este sentido, se «simplificarán sus procedimientos y facilitarán los trámites relacionados con el acceso y la prestación de servicios.» (art. 8. 3.º). También, el Servicio Público y la Administración velarán por que sus servicios se adapten a la evolución de las necesidades de los usuarios.» (art. 7. 4.º).

Tomando en este ámbito referentes externos [75], hay que partir del derecho a una gestión pública de calidad y orientada a la mejora continua, que permita acceder a los servicios que se presten, solicitar información de interés general, conocer la organización y sus autoridades, presentar solicitudes con facilitad, con la correspondiente respuesta. Debe poderse influir en el diseño y mejora del servicio, con propuestas de transformación e innovación.

Se considera que la calidad de los servicios gira en razón de los principios de eficacia, eficiencia, economía y responsabilización y siempre ha de estar referenciada a los objetivos fijados. Ello impone una gestión centrada en el servicio al ciudadano y usuario, centrada en resultados. Por cuanto a la gestión pública hacia los resultados, todo proceso de gestión pública debe proyectarse en resultados e impactos, cuantificables, que permitan evaluar el rendimiento en todas sus dimensiones. Y respecto de la gestión por procesos, ésta está basada en datos y evidencias, definiendo objetivos, metas y compromisos a alcanzar. Se requiere la implantación de sistemas de gestión normalizados o estandarizados, proyectos de mejora de la calidad, análisis y resolución de aspectos susceptibles de ser mejorado. Para la calidad pueden ser útiles las cartas de servicios donde se expresen los compromisos asumidos en la prestación del servicio, con plazos, estándares, información y mecanismos de participación del usuario. En todo caso, deben ir de la mano de un sistema de seguimiento y evaluación del cumplimiento de los compromisos expresados en las mismas. Finalmente, la calidad hoy día va intrínsecamente unida al uso de la optimización de las tecnologías de la información tanto en la prestación del servicio como en su medición y evaluación.

[75] Se tiene especialmente en cuenta Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública (2008), Aprobada por la X Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, San Salvador, El Salvador, 26 y 27 de junio de 2008. Adoptada por la XVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, San Salvador, El Salvador, del 29 al 31 de octubre de 2008.

V. LOS PRINCIPIOS DEL LLAMADO «GOBIERNO ABIERTO»

La noción de gobierno abierto [76] es muy abierta e integra buena parte de los principios de organización y funcionamiento de los servicios públicos de las últimas décadas. En todo caso, renueva o dota de nuevos significados algunos de ellos al tiempo de expresar el gran cambio o nuevo paradigma de los servicios públicos del siglo XXI en el marco de la revolución tecnológica que también se da en buena medida en África. Aun procedente de un ámbito geográfico diverso, son algunos los Estados miembros de la Alianza del Gobierno abierto como se ha indicado, destacando el caso Sudafricano. Se considera del todo adecuada la integración de estos principios en el contexto del continente africano. Para ello, como elemento inspirador resulta de interés tener en cuenta la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico (2007) [77] y, especialmente la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto de 2016 [78].

A partir de estos y otros referentes, se propone la inclusión de afirmaciones como las que siguen:

Los Estados miembros partimos de la convicción de que los medios electrónicos permiten aproximar los Gobiernos y sus respectivas Administraciones entre sí y con los ciudadanos; son instrumento que permite incrementar la calidad de los servicios y productos públicos que el Estado tiene que suministrar a los ciudadanos al mejorar la eficiencia, la eficacia y una mayor transparencia de la gestión pública. De igual modo, el salto al uso pleno de las TIC en el Gobierno y en la Administración Pública ha de aprovecharse para la simplificación.

Asimismo, el empleo avanzado de las TIC por las organizaciones públicas contribuye a que los países puedan entrar en el siglo XXI de la información y del conocimiento, con el objetivo, además, de generar alto valor y aumentar la competitividad y mejorar el posicionamiento de cada comunidad en el concierto global [79].

---

[76] «Gobierno abierto como el conjunto de mecanismos y estrategias que contribuye a la gobernanza pública y al buen gobierno, basado en los pilares de la transparencia, participación ciudadana, rendición de cuentas, colaboración e innovación, centrando e incluyendo a la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones, así como en la formulación e implementación de políticas públicas, para fortalecer la democracia, la legitimidad de la acción pública y el bienestar colectivo.» Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto de 2016.

[77] Carta Iberoamericana de gobierno electrónico Aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Pucón, Chile, 31 de mayo y 1° de junio de 2007 Adoptada por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Santiago de Chile, 10 de noviembre de 2007 (Resolución No. 18 de la Declaración de Santiago)

[78] Aprobada por la XVII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Bogotá, Colombia, 7 y 8 de julio de 2016.

[79] Se siguen algunos elementos del artículo 2 de la referida Carta de Gobierno abierto.

Los Estados pueden estimular y canalizar un auténtico ecosistema de conocimiento de gobierno abierto, en donde ciudadanos, funcionarios públicos, investigadores, empresas y miembros de organizaciones de la sociedad civil puedan generar una base de buenas prácticas, mediante la formación de alianzas estratégicas, el trabajo en red y el intercambio de experiencias, para fortalecer los procesos de apertura y aprender de la experiencia tanto propia como de los otros países.

Así las cosas, debe partirse de diversos criterios orientadores de dicha carta, sobre la apertura de datos e información pública y en la apertura de procesos públicos y de gobierno a través del uso intensivo de las tecnologías de la información y comunicación, y en especial de las emergentes plataformas digitales y redes sociales. También cabe proclamar principios del Gobierno Abierto como la apertura, con transparencia y el acceso a la información pública para promover el trabajo colaborativo entre las administraciones y la ciudadanía, para mejorar la capacidad de respuesta a las nuevas demandas. También, el principio de legitimidad democrática, que exige el cumplimiento de la ley y la defensa de las instituciones, así como la búsqueda continua por el servicio público de satisfacer las necesidades, con foco en el interés general. El principio de la calidad del servicio público, que impulsa la mejora permanente y la excelencia de los servicios públicos; el principio de la transversalidad y coordinación interinstitucional, especialmente para generar sinergias y evitar duplicidades; el principio de interoperabilidad, esto es, la capacidad de las entidades públicas de trabajar y compartir recursos (infraestructura, datos e información fundamentalmente) y hacer transacciones con las demás. Asimismo, resulta adecuado afirmar el principio de responsabilidad pública y corresponsabilidad con la ciudadanía, que impulsa a los servicios públicos a ser receptivos a la crítica y permeables a las propuestas de mejora continua y de cambio e innovación provenientes desde la ciudadanía, así como la creación de espacios de trabajo conjunto.

VI. LA INNOVACIÓN, LA MODERNIZACIÓN Y EL USO DE LAS TIC Y LOS PRINCIPIOS E INSTRUMENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DIGITAL

La innovación, la modernización y el uso de las TIC en los procesos administrativos es un impulso que también se ha recogido en África. Entre otras

expresiones, se han dado diversas declaraciones [80]. Ya en 2001, la Carta del servicio Público en África, de Windhoek, 2001 [81] hace referencia a las TIC en su preámbulo [82] y en su artículo 8 entendía que las TIC podían ser idóneas para «acercar la gestión pública a las personas y proporcionarles servicios básicos apropiados y accesibles» [83]. El artículo 8 de la Carta de la Función Pública de África de 2011 sobre «Modernización del Servicio Público y Administración», se apuesta por sistemas innovadores y el uso de TIC [84].

En el ámbito de la Administración digital, que tanto se está desarrollando en África en los últimos años, procede proyectar de modo concreto diversos de los principios de la buena administración. De este modo, cabe tener en cuenta algunos principios específicos desde el punto de vista de la Administración electrónica [85]:

– El principio de igualdad, por el que el uso de medios electrónicos no genere restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que no cuenten con medios electrónicos respecto al acceso a la prestación de servicios públicos o respecto a cualquier actuación o procedimiento administrativo. Ello no impide adoptar incentivos a la utilización de los medios electrónicos, así como la posible obligación de uso de medios electrónicos a sectores de potencial y avanzado acceso tecnológico.

---

[80] Así, cabe mencionar: Declaración de Oliver Tambo aprobada por la Conferencia de Ministros Africanos encargada de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, celebrada en Johannesburgo (Sudáfrica) el 5 de noviembre de 2009.

Decimocuarta Sesión Ordinaria de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana sobre las Tecnologías de la Información y la Comunicación en África: Desafíos y Perspectivas del Desarrollo, celebrada en Addis Abeba, Etiopía Del 31 de enero al 2 de febrero de 2010.

Declaración de Abidján adoptada el 22 de febrero de 2012 y la Declaración de Addis Abeba adoptada el 22 de junio de 2012 sobre la armonización de la legislación cibernética en África.

[81] Adoptada por la 3.ª Conferencia Bienal Panafricana de Ministros de la Función Pública https://www.westerncape.gov.za/assets/departments/social-development/108_-_charter_for_the_public_service_in_africa_2001.pdf

[82] «La modernización de las estructuras administrativas mediante el dominio de las nuevas tecnologías de la comunicación, lo que permite transformar las funciones motivados histórica y políticamente en las operaciones de tipo empresarial de sonido».

[83] Artículo 8: Proximidad y accesibilidad de los servicios. El servicio público se organizará a lo largo de líneas funcionales y descentralizadas diseñadas para acercar la gestión pública a las personas y proporcionarles servicios básicos apropiados y accesibles. La proximidad física y la accesibilidad pueden lograrse mediante la aplicación de tecnologías adecuadas de información y comunicación (e-governance).

[84] 1. El Servicio Público y la Administración facilitarán la introducción de procedimientos y sistemas modernos e innovadores en la prestación de sus servicios.

2. El Servicio Público y la Administración velarán por que se utilicen tecnologías modernas para apoyar y mejorar la prestación de servicios.

3. El Servicio Público y la Administración simplificarán sus procedimientos y facilitarán los trámites relacionados con el acceso y la prestación de servicios.

[85] Se siguen referencias Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico (2007), apartado 6.

– El principio de legalidad, que preserve las garantías en línea o fuera de ella.

– El principio de conservación especialmente de las comunicaciones y documentos electrónicos ante los particulares riesgos del contexto tecnológico.

– Principio de transparencia y accesibilidad en el ciclo de vida natural de los documentos y la gestión documental, sobre la base del acceso por organizaciones y personas a la información.

– Principio de responsabilidad, las instituciones han de responder por sus actos realizados por medios electrónicos de la misma manera que de los realizados por medios no electrónicos. Entre otras proyecciones, impide cláusulas generales de irresponsabilidad por los contenidos públicos en la red.

– Asimismo, resultan de gran peso estratégico el principio de proporcionalidad y de neutralidad.

También cabe seguir el principio de proporcionalidad tanto respecto de los requerimientos de seguridad como de identificación electrónica, que han de ser adecuados a la naturaleza y riesgos de cada tipo de relación jurídica y tecnológica.

De igual modo, en razón del principio de neutralidad y adecuación tecnológica, las administraciones elegirán las tecnologías más adecuadas para satisfacer sus necesidades si bien, en lo posible, con el uso de estándares abiertos y de software libre en razón de la seguridad, sostenibilidad a largo plazo y para prevenir que el conocimiento público no sea privatizado.

Un punto de especial interés es la asunción del derecho a relacionarse digitalmente con las Administraciones. Ello lleva a afirmar que se hará posible el derecho a la relación electrónica, lo cual conlleva la obligación de implantar sus procesos y procedimientos por medios electrónicos. Se hará lo posible para que se puedan dirigir a las administraciones todo tipo de escritos, recursos, reclamaciones y, quedando obligada a responder o resolver igual que por medios no electrónicos. De igual modo, podrán recibirse notificaciones electrónicas De igual modo la hoja de ruta hacia un gobierno electrónico y su propia gestión documental debe estar orientada a que no sea preciso aportar documentos que ya obren en poder de la Administración.

Además de los principios a proclamar, interesa la afirmación de los instrumentos necesarios para una Administración digital. Así, procede afirmar que habrá que establecer medios de identidad electrónicos de ciudadanos y organizaciones, Administraciones Públicas, funcionarios y agentes, así como la autenticidad de los documentos electrónicos en que se contiene la voluntad o manifestaciones de todos ellos. También, se han de implantar registros electrónicos donde dirigir las comunicaciones electrónicas conteniendo sus peti-

ciones y pretensiones, permitiendo sistemas de acuse de recibo con copia autenticada, realizada automáticamente, de las comunicaciones y documentos presentados y su fecha hora de presentación. A través de los registros electrónicos también las Administraciones Públicas notificarán a los ciudadanos sus resoluciones y decisiones, siempre que los mismos hayan consentido esta forma de notificación.

VII. FUNCIÓN PÚBLICA, GESTIÓN, ACCESO Y CONTRATACIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS

La Carta de la Función Pública de África de 2011 con carácter general afirma diversos principios de la actividad del servidor público como «La imparcialidad, la equidad y el debido proceso en la prestación de servicios públicos» (art. 3. 3.º); la «continuidad de los servicios públicos en todas las circunstancias» (art. 3. 4.º) y la «Profesionalidad y Ética en el Servicio Público y Administración» (art. 3. 6.º). La Carta para el servicio público en África 5 de febrero de 2001 incluye metas que siguen siendo la referencia y el objetivo a perseguir. También se tiene en cuenta el Marco para la gestión de los recursos humanos Comisión de Administración Pública Internacional (CAPI) en el marco de Naciones Unidas aprobó en 2000, así como los estudios de expertos también del servicio público en África en el marco de Naciones Unidas [86].

Así, cabe afirmar el compromiso con el profesionalismo y la ética en el servicio público; la necesidad de promover una cultura administrativa basada en el respeto de los derechos del usuario; la necesidad de adaptar los servicios públicos a las necesidades en el esfuerzo continuo por la modernización, la innovación y, la mejora. Cabe subrayar que lo primero son las personas para el buen funcionamiento de los servicios y su profesionalidad es la mejor garantía de la calidad. Y sin duda, los directivos públicos son los principales responsables de la gestión humana. De igual modo, procede afirmar que son guías de conformación institucional de la función pública la eficacia, eficiencia, sometimiento al Derecho, objetividad e imparcialidad y la transparencia. Y en la gestión de recursos humanos el mérito, desempeño y capacidad son básicos no sólo en el acceso, sino en la carrera, permanencia y evaluación. También procede afirmar que la estabilidad es un valor capital, sin perjuicio de las necesi-

[86] Así, cabe destacar el documento Comité de Expertos en Administración Pública «Fortalecer la profesionalidad y la moral del servicio público en África», 13.º período de sesiones, 7 a 11 de abril de 2014 (Tema 3 c) del programa provisional Transformar la administración pública para el desarrollo sostenible. Doc. E/C.16/2014/1, por Odette Ramsingh.

dades del servicio y la flexibilidad de la organización, cada vez más necesaria para una realidad cambiante. La motivación, la promoción y un contexto de participación, diálogo, transacción y consenso son hoy día indispensables en la gestión de personal para lograr los objetivos de la institución a la que pertenecen. Las normas, políticas procesos y prácticas influyen en el comportamiento del servidor.

La inclusión e integración en el marco de la igualdad de género, minorías y colectivos debe inspirar las políticas de recursos humanos y en todo caso quedar garantizada. Asimismo, la política de recursos humanos requiere de la planificación con estudio de necesidades en el tiempo. Para la adecuada planificación hay que garantizar la evaluación, con un buen conocimiento e información de necesidades y recursos, segmentada y granular. Toda planificación pretende maximizar los efectivos, adecuarse flexiblemente a las necesidades y en su elaboración deben participar los diferentes niveles de los recursos humanos.

Otro elemento esencial en la gestión de los recursos humanos es la evaluación. Y para ello, la evaluación por resultados ha de estandarizar previamente los mismos por objetivos. La implicación de los directivos es básica en la evaluación de rendimientos. La evaluación de actividades debe objetivarse en lo posible. En cualquier caso, han de conformarse garantías respecto de la evaluación y corregir los posibles desvíos que se detecten. Hay que evaluar y actualizar los sistemas de evaluación. La retroalimentación al evaluado es esencial.

También, las políticas de recursos humanos exigen definir necesidades y puestos de trabajos, con misión, ubicación en la organización, responsabilidades y resultados esperados. La flexibilidad exige prever la movilidad potencial del personal. Y estas previsiones de movilidad y flexibilidad deben ser actualizadas periódicamente. De igual modo, la política de recursos humanos debe acompañarse de los perfiles de requeridos para los puestos de trabajo. Tales competencias van más allá de los conocimientos requeridos para el acceso, sino de modo integral, las habilidades, actitudes, aptitudes, destrezas y capacidades, en el marco de una sociedad tecnológica y cambiante. El acceso basado en la idoneidad, capacidad y mérito tiene que instrumentarse a través de la publicidad, libre concurrencia, garantizadas por la especialización e imparcialidad de los responsables, con cualificación acreditada y garantías de independencia. Las pruebas deben estar adecuadas a las políticas y planes de recursos humanos, en especial respecto del perfil pretendido y su potencialidad en el tiempo en la organización.

El sistema y estrategia de composiciones y retribuciones han de estar ligados a la planificación de la institución y a la política misma de recursos hu-

manos, obviamente vinculados a los recursos disponibles. Hay que atraer, motivar y retener a las personas. Entre los objetivos deben estar el estímulo del esfuerzo y rendimiento, la adecuación flexible a necesidades y el aprendizaje. La equidad debe percibirse en la organización, de modo compatible con los objetivos de la misma buscados.

La evolución profesional y la carrera ha de ser flexible y no ligada a criterios meramente verticales y jerárquicos, sino el rendimiento, el potencial y del desarrollo y aprendizaje. Debe evitarse en cualquier caso la arbitrariedad. La evolución profesional debe ligarse a la política de formación, a su vez vinculada al planeamiento de la institución. La gerencia y dirección profesional es esencial en los sistemas actuales. La discrecionalidad necesaria no está reñida con la rendición de cuentas de los altos directivos por resultados, no tanto por procesos. La profesionalidad de la gerencia y función directiva es garantía de eficacia y estabilidad de la organización. La especialidad de su acceso no está reñida con exigencias de cualificación y reglas de acceso, evaluación y permanencia conocidas y predecibles.

Resulta de interés perfilar diversos lineamientos básicos respecto del y eficiencia del servidor público en África. Así, la Carta de la Función Pública de África de 2011 establece no pocos lineamientos básicos respecto del acceso y contratación del personal, para empezar que ha de haber un marco claro, una política y planificación (art. 19. 1.º). Asímismo, debe darse un acceso en «función de sus competencias y aptitudes profesionales y de conformidad con procedimientos transparentes y objetivos que garanticen la igualdad de oportunidades para todos» (art. 15). También, el acceso siempre basado en el «mérito, igualdad y no discriminación» (art. 19. 2.º) y los «principios de competencia, mérito, equidad y transparencia.» (art. 19. 4.º). De igual manera, debe existir políticas y normas de garantía de acceso «de las mujeres, las minorías étnicas y las personas con discapacidad, los grupos sociales marginados y vulnerables.» (art. 19. 3.º). Además, la capacidad y habilidades profesionales, en procedimientos transparentes que garantizan la igualdad, con inclusión de mujeres, discapacitados y grupos desfavorecidos (art. 15)[87]. Finalmente, en la gestión y desarrollo de los recursos humanos (cap. V), se tienen en cuenta elementos de acceso y evaluación y desarrollo del rendimiento profesional.

[87] Artículo 15 (Carta para el servicio público en África de 2001): Reclutamiento y promoción. Los funcionarios públicos serán contratados, nombrados y promovidos en función de sus competencias y aptitudes profesionales y de conformidad con procedimientos transparentes y objetivos que garanticen la igualdad de oportunidades para todos, las mujeres, los discapacitados y los grupos especialmente desfavorecidos.

Por cuanto a la evaluación de la función pública cabe afirmar que hay que «institucionalizar una cultura de rendición de cuentas e integridad y transparencia en el Servicio Público y la Administración» (art. 3.8.º). La gestión de personal debe ser una política con criterios claros y medibles (art. 20. 2.º), con seguimiento y evaluación permanentes (art. 20. 3.º) ligados a la promoción y planificación [88]. Igualmente, debe evaluarse sistemáticamente la eficacia y eficiencia y para ello planificarse las capacidades y competencias del personal, así como especialmente deben aprovecharse las redes de compartición del conocimiento y buenas prácticas (art. 21) [89].

VIII. PRINCIPIOS DE CONDUCTA Y ERRADICACIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

En el más concreto ámbito de la lucha contra la corrupción, cabe partir del acervo y experiencia internacional, especialmente de Naciones Unidas expresado en el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos de 1996 [90] y especialmente en la ya mencionada Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003. No obstante, se tiene especialmente en cuenta el marco de la Unión Africana, ya por la atención del servicio público en África en la Carta para el servicio público en África, adoptada por la 3.ª conferencia Africana bienal de ministros de la función pública, Windhoek, Namibia el 5 de febrero de 2001 (Carta de la Función Pública de África de 2011). Sobre la base de

---

[88] Artículo 20. Gestión del rendimiento de los agentes del servicio público. 1. Los Estados Partes establecerán una cultura del desempeño dentro de la Administración y el Servicio Públicos.

2. Los agentes del servicio público deberán someterse a un proceso de gestión del desempeño basado en criterios claros y mensurables.

3. Los Estados Partes llevarán a cabo un seguimiento y una evaluación permanentes para evaluar el desempeño de los Agentes de Servicios Públicos, a fin de determinar sus requisitos de promoción, sus necesidades de desarrollo, sus niveles de eficiencia y productividad.

[89] Artículo 21 Desarrollo de la capacidad. 1. Los Estados Partes emprenderán programas de desarrollo de capacidades sistemáticos, amplios y basados en datos probatorios para fortalecer la eficacia y la eficiencia de la Administración y los Servicios Públicos.

2. Los Estados Partes colaborarán con las instituciones de fomento de la gestión y de investigación y aprovecharán las redes de conocimientos para fortalecer las capacidades de los agentes del servicio público.

3. Los Estados Partes proporcionarán instrumentos de trabajo y crearán un entorno de trabajo propicio para la aplicación de nuevos conocimientos dentro de los límites de los recursos disponibles.

4. Los Estados Parte establecerán mecanismos y procesos para el intercambio de conocimientos especializados, conocimientos, información, tecnología y mejores prácticas en la mejora de la capacidad de la Administración y el Servicio Públicos.

[90] Adoptado el 12 diciembre de 1996 por la Asamblea General, (82a. sesión plenaria resolución 51/59, anexo) https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/code-conduct-law-enforcement-officials

la Declaración aprobada en la primera sesión de la Asamblea de la Unión celebrada en Durban, Sudáfrica en julio de 2002, relativa a la Nueva Alianza para el Desarrollo de África (NEPAD), se pidió la creación de un mecanismo coordinado para combatir eficazmente la corrupción, a resultas de lo cual se dio, y de modo específico hay que tener en cuenta, la Convención de la Unión Africana sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción aprobada en Maputo, Mozambique en julio de 2003. Precisamente el artículo 18 de esta última convención afirma la Cooperación y Asistencia Legal Mutua para la elaboración de programas, códigos de ética u organización de cursos conjuntos [91].

Sobre estas bases se pueden asumir los siguientes fundamentos, normas y principios básicos para el continente africano:

El aumento de la transparencia es una de las medidas básicas contra la corrupción «, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones». Por ello, ha de haber «procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener información» (art. 10 Convención ONU Corrupción, artículo 9 Carta Unión Africana corrupción).

Entre los instrumentos contra la corrupción, se realizará la «declaración de activos» e ingresos al principio, durante y al final de su servicio (art. 13 Carta de la Función Pública de África de 2011). Asimismo, hay que «establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos.» (art. 8.5.º Convención ONU Corrupción).

Las políticas de función pública son básicas también para luchar y prevenir la corrupción. Así, respecto de contratación, retención, promoción y jubilación de personal los sistemas de convocatoria deben basarse en el mérito, la equidad y la aptitud, ser transparentes, debe haber una remuneración adecuada y escalas de sueldo equitativas, han de darse programas de formación y capacitación contra la corrupción, deben ser regulados los criterios para la candidatura y elección a cargos públicos (art. 7 Convención ONU Corrupción). Deben articularse «sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes» (art. 8. 4.º Convención ONU Corrupción). También es importante la existencia de códigos o normas

[91] Artículo 18 Cooperación y Asistencia Legal Mutua […] 4. Los Estados Parte cooperarán entre sí, siempre que sea posible, proporcionando toda la asistencia técnica disponible en la elaboración de programas, códigos de ética u organización, cuando sea necesario y en beneficio de su personal, de cursos conjuntos de capacitación en los que participen uno o varios Estados La lucha contra la corrupción y los delitos conexos.

de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas (art. 8. 2.º Convención ONU Corrupción, artículo 18 Carta de la Función Pública de África de 2011).

Por cuanto a los servidores públicos, han de «demostrar integridad y respetar todas las reglas, valores y códigos de conducta» (art. 10.1 Carta de la Función Pública de África de 2011); «no solicitarán, aceptarán o recibirán directamente, indirectamente, ningún pago, regalo, donación o recompensa en especie o en efectivo, prestados por los servicios prestados» (art. 10.2 Carta de la Función Pública de África de 2011); en el marco de los conflictos de intereses, los servidores públicos «no participarán en la toma de decisiones en las situaciones en que hayan adquirido intereses para no comprometer su imparcialidad y ponen en duda la imagen de la administración» (art. 11. 1 Carta de la Función Pública de África de 2011). Igualmente, «respetarán la confidencialidad de los documentos e infamaciones que estén en su poder» (art. 11.3.º Carta de la Función Pública de África de 2011) y «se abstendrán de aprovecharse indebidamente de los cargos que ocupaban anteriormente» (art. 11. 4 Carta de la Función Pública de África de 2011).

Existen numerosos marcos de referencia internacionales y supranacionales en la materia a tener en cuenta. El Defensor del Pueblo Europeo en junio de 2012 [92] ha esenciado las normas éticas básicas de los servidores europeos que bien valen para África. Así, se señalan los principios básicos de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres.

También la integridad, expresada en el decoro y un comportamiento a prueba del escrutinio público más minucioso, más exigente que el mero cumplimiento de la legalidad. Deben evitarse los conflictos de intereses y su mera apariencia. La imparcialidad y la objetividad, con sujeción a los datos y apertura a diversos puntos de vista, evitando perjuicios o subjetividades o la transparencia y motivación en su actuación.

Se afirman también los principios de lealtad y buena fe, la abstención en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses. El servidor público no aceptará ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja ni influirá en la agilización o resolución de trámi-

[92] Así se afirma en el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa difundido por el Defensor del Pueblo Europeo en 2015.

te o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio. Administrarán los recursos y bienes públicos con austeridad, y rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía.

Ya en concreto respecto de la prevención y erradicación de la corrupción en la contratación, hay que tener en cuenta elementos expresados por el artículo 9 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción. Así, deben adoptarse «sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones». Se insiste en:

a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;

b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;»

c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;

d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo;

e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

IX. FINALMENTE, LA EFICIENCIA Y LOS PRINCIPIOS PARA LA GESTIÓN FINANCIERA, ADMINISTRATIVA Y CONTABLE

Se propone también la inclusión de menciones relativos a la gestión financiera, administrativa y contable. La transparencia fiscal implica la exhaustividad, claridad, fiabilidad, puntualidad y relevancia de la información pública sobre el pasado, presente y futuro estado de las finanzas públicas. Es

fundamental para la gestión fiscal eficaz y la rendición de cuentas. La transparencia fiscal permite un mejor debate y diseño de las políticas, además, claro está, una mayor credibilidad de la institución.

Debe tenerse en cuenta la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 [93] por cuanto al artículo 9. 2.º relativo a la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda. Procede pues expresar medidas de transparencia y dación de cuentas, que alcancen a la elaboración de presupuestos, información oportuna de gastos e ingresos, sistema de contabilidad y auditoría, con supervisión. Asimismo, habrá que «preservar la integridad de los libros y registros contables, estados financieros u otros documentos relacionados con los gastos e ingresos públicos y para prevenir la falsificación de esos documentos.»

En la línea del artículo 5.3.º de la Convención de la Unión Africana sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción aprobada en Maputo, Mozambique en julio de 2003, cabe adoptar medidas «para crear, mantener y fortalecer los sistemas internos de contabilidad, auditoría y seguimiento, en particular en los ingresos públicos […] los gastos». En este ámbito son imprescindibles los estándares internacionales. Así, debe tenerse especialmente en cuenta el Código de Transparencia Fiscal y Evaluación que el Directorio Ejecutivo del FMI aprobó en 2014 [94]. Asimismo, el Código de buenas prácticas de transparencia fiscal: Declaración relativa a los principios del 16 de abril de 1998 del FMI.

Ya en el ámbito africano, cabe tener en cuenta la actividad y directrices desde la «Nueva Alianza para el Desarrollo de África» (NEPAD) [A/57/304] [95], especialmente respecto de la gestión financiera, de contabilidad y en particular, los instrumentos de evaluación y monitoreo [96]. Desde el NEPAD se siguen y han elaborado estándares como Código de Buenas Prácticas de Transparencia Fiscal; Mejores prácticas para la transparencia presupuestaria; Directrices para la gestión de la deuda pública; Principios de Gobierno Corporativo; Estándares de Contaduría Internacional y Normas Internacionales de Auditoría.

Estos códigos adoptados son esenciales para «buena gobernanza económica y empresarial, incluida la transparencia en la gestión financiera» (16) [97],

---

[93] Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre.

[94] https://www.imf.org/external/np/fad/trans/spa/ft-codes.pdf

[95] Adoptada en la 37a Cumbre de la Organización de la Unidad Africana (OUA), celebrada en Lusaka (Zambia) en julio de 2001, https://www.un.org/spanish/africa/osaa/nepad.html

[96] Declaración de la NEPAD sobre Democracia, Política, Economía y Gobierno Corporativo y, cuando proceda, el Mecanismo Africano de Evaluación entre Pares (APRM). NEPAD.

[97] 16. Una buena gobernanza económica y empresarial, incluida la transparencia en la gestión financiera, son requisitos esenciales para promover el crecimiento económico y reducir la pobreza. Teniendo en cuenta esto, hemos aprobado ocho códigos y estándares priorizados para lograr un buen gobierno económico y corporativo.

son «internacional, regional y nacionalmente aceptados» (17) 98. Como recuerda la Carta Africana sobre Democracia, Elecciones y Gobernabilidad, de 30 de enero de, de 2007 en su artículo 33, «Estados Partes deberán institucionalizar una buena gobernanza económica». La Carta Africana sobre los valores y los principios de descentralización, gobernabilidad local y desarrollo local, adoptada el 27 de junio de, 2014 tiene bien presente la necesidad de la eficiencia (art. 16). Y para gozar de recursos se exigen, obviamente «sistemas de contabilidad, auditoría y gestión para la gestión eficaz, eficiente y transparente de las finanzas», de igual modo, las autoridades «deberán identificar y establecer mecanismos y procesos para el uso eficiente o óptimo de los recursos financieros.»

[98] 17. Estos códigos y normas priorizados representan los códigos y normas «fundamentales» a escala internacional, regional y nacionalmente aceptados que todos los países africanos deberían esforzarse por observar dentro de sus capacidades. En otras palabras, son los códigos y normas que deben cumplirse como requisito mínimo, dada la capacidad de un país para hacerlo.

SEGUNDA PARTE:
Instituciones, democracia y estructura territorial

UNA REFLEXIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE LA PRIMERA DÉCADA DEL REINADO DE FELIPE VI

Manuel Aragón Reyes
Universidad Autónoma de Madrid

I. OCASIÓN Y OBJETO DE ESTE TRABAJO

El 19 de junio de 2024 se ha cumplido la primera década del reinado de D. Felipe VI, lo que proporciona una buena ocasión para hacer un balance constitucional sobre el funcionamiento de nuestra Monarquía parlamentaria durante esos diez años. Me parece que ello, además de ser, por sí solo, un asunto de suma importancia [1], también resulta adecuado para contribuir al merecido libro-homenaje que se dedica a quien, como la profesora Yolanda Gómez Sánchez, ha destinado buena parte de su obra escrita al estudio de la Monarquía parlamentaria española.

II. EL ACCESO AL TRONO DE D. FELIPE VI: UNA PRUEBA DE LA VALIDEZ DE LA MONARQUÍA Y UN IMPULSO PARA SU RENOVACIÓN

El 19 de junio de 2014 accedió al trono D. Felipe VI. Con ese acto de sucesión en la Corona se pretendía remontar la crisis que nuestra Monarquía parlamentaria había sufrido en los últimos años anteriores como consecuencia

[1] Por ello lo he tratado también, recientemente, en la Jornada sobre «Felipe VI: una década de reinado», celebrada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España el 13 del pasado mes de junio.

de determinados problemas personales de D. Juan Carlos I. La abdicación fue, pues, un remedio que funcionó con regularidad y con efectos muy positivos, como después se explicará.

Aunque aquella abdicación puso de manifiesto que nuestra Monarquía parlamentaria tenía resortes constitucionales suficientes para resolver problemas de ejemplaridad que pudieran derivarse de la conducta privada del Monarca, el cambio producido en la jefatura del Estado no puede ser entendido como una descalificación plena de las funciones institucionales que el Rey anterior había desempeñado. Es cierto, y está generalmente aceptado, que, en los treinta y nueve años anteriores, tanto la Monarquía como su titular, D. Juan Carlos I, contribuyeron decisivamente a la instauración de la democracia y de la Constitución, a su defensa cuando ésta se vio en peligro, al desarrollo político, social y económico que España experimentó e incluso a la revalorización de la imagen internacional de nuestro país.

Dicho ello, también es claro que el nuevo Rey pretendió, desde su acceso al trono, revitalizar a nuestra Monarquía, no sólo de manera personal, sino también institucional. En su discurso ante las Cortes pronunciado aquel día 19 de junio de 2014 ya adelantó que la suya sería una «Monarquía renovada para un tiempo nuevo», consciente de que resultaban necesarias determinadas reformas para dotarla de las pautas generales internas que caracterizan el «buen gobierno» de cualquier institución: como son, respecto de la Monarquía, la ejemplaridad personal y familiar, la trasparencia de sus actividades y el control de la gestión económica y financiera que a la Casa Real se encomienda.

Pero aquel discurso fue algo más que la manifestación de esa promesa, puesto que en él se contuvo una auténtica lección de lo que significa ser el Rey en una Monarquía parlamentaria, que, en palabras de D. Felipe VI en ese solemne acto, consiste en atenerse a las funciones que la Constitución le encomienda, ser, como afirmó entonces, un «Rey constitucional», que por la Constitución reina y, cumpliendo y guardando la Constitución, se mantiene. La Corona, dijo, se encuentra unida, inseparablemente, a la Constitución. La actividad del Rey, en nuestra Monarquía parlamentaria, no podía tener otro objetivo que el de servir a los intereses generales, procurando la paz social, fomentando la tolerancia frente a la intransigencia, la unión frente a la desunión, la libertad e igualdad ciudadanas frente a los privilegios, el progreso social y económico, en fin, frente a su retroceso o estancamiento.

Por su extraordinaria relevancia, conviene reproducir algunas de las frases de este modélico discurso:

> *Hoy puedo afirmar ante estas Cámaras –y lo celebro– que comienza el reinado de un Rey constitucional. Un Rey que accede a la primera magistratura*

del Estado de acuerdo con una Constitución que fue refrendada por los españoles y que es nuestra norma suprema desde hace ya más de 35 años.

Un Rey que debe atenerse al ejercicio de las funciones que constitucionalmente le han sido encomendadas y que, por ello, ser símbolo de la unidad y permanencia del Estado, asumir su más alta representación y arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones.

Un Rey, en fin, que ha de respetar también el principio de separación de poderes y, por tanto, cumplir las leyes aprobadas por las Cortes Generales, colaborar con el Gobierno de la Nación –a quien corresponde la dirección de la política nacional– y respetar en todo momento la independencia del Poder Judicial.

No tengan dudas, Señorías, que sabré hacer honor al juramento que acabo de pronunciar; y de que, en el desempeño de mis responsabilidades, encontrarán en mi a un Jefe del Estado leal y dispuesto a escuchar, a comprender, a advertir y aconsejar; y también a defender siempre los intereses generales.

Y permítanme añadir, que a la celebración de este acto de tanta trascendencia histórica, pero también de normalidad constitucional, se une mi convicción personal de que la Monarquía Parlamentaria puede y debe seguir prestando un servicio fundamental a España.

La independencia de la Corona, su neutralidad política y su vocación integradora ante las diferentes opciones ideológicas, le permiten contribuir a la estabilidad de nuestro sistema político, facilitar el equilibrio con los demás órganos constitucionales, y territoriales, favorecer el ordenado funcionamiento del Estado y ser cauce para la cohesión entre los españoles. Todos ellos, valores políticos esenciales para la convivencia, para la organización y desarrollo de nuestra vida colectiva.

Pero las exigencias de la Corona no se agotan en el cumplimiento de sus funciones constitucionales. He sido consciente, desde siempre, de que la Monarquía Parlamentaria debe estar abierta y comprometida con la sociedad a la que sirve; ha de ser una fiel y leal intérprete de las aspiraciones y esperanzas de los ciudadanos, y debe compartir –y sentir como propios– sus éxitos y sus fracasos.

La Corona debe buscar la cercanía con los ciudadanos, saber ganarse continuamente su aprecio, su respeto y su confianza: y para ello, velar por la dignidad de la institución, preservar su prestigio y observar una conducta íntegra, honesta y trasparente, como corresponde a su función institucional y a su responsabilidad social. Porque, sólo de esa manera, se hará acreedora de la autoridad moral necesaria para el ejercicio de sus funciones. Hoy, más que nunca, los ciudadanos demandan con toda razón que los principios morales y éticos inspiren –y la ejemplaridad presida– nuestra vida pública. Y el Rey, a la cabeza del Estado, tiene que ser no sólo un referente sino también un servidor de esa justa y legítima exigencia de los ciudadanos.

Estas son, Señorías, mis convicciones sobre la Corona que, desde hoy, encarno: una Monarquía renovada para un tiempo nuevo. Y afronto mii tarea con energía, con ilusión y con un espíritu abierto y renovador que inspira a los hombres y mujeres de mi generación.

[…]

A lo largo de los últimos años –y no sin dificultades– hemos convivido en democracia, superando finalmente tiempos de tragedia, de silencio y oscuridad. Preservar los principios e ideales en los que se ha basado esa convivencia y a los que me he referido antes, no sólo es un acto de justicia con las generaciones que nos han precedido, sino una fuente de inspiración y ejemplo en todo momento para nuestra vida pública. Y garantizar la convivencia en paz y en libertad de los españoles es y será siempre una responsabilidad ineludible de todos los poderes públicos.

Los hombres y mujeres de nuestra generación somos herederos de ese gran éxito colectivo admirado por todo el mundo y del que nos sentimos orgullosos. A nosotros nos corresponde saber trasmitirlo a las generaciones más jóvenes.

Pero también es un deber que tenemos con ellas –y con nosotros mismos–, mejorar ese valioso legado, y acrecentar el patrimonio colectivo de libertades y derechos que tanto nos ha costado conseguir.

[…]

Aspiramos a una España en la que se puedan alcanzar acuerdos entre las fuerzas políticas sobre las materias y en los momentos en que así lo aconseje el interés General.

Queremos que los ciudadanos y sus preocupaciones sean el eje de la acción política, pues son ellos quienes con su esfuerzo, trabajo y sacrificio engrandecen nuestro Estado y dan sentido a las instituciones que lo integran.

Deseamos una España en la que los ciudadanos recuperen y mantenga la confianza en sus instituciones y una sociedad basada en el civismo y en la tolerancia, en la honestidad y en el rigor, siempre con una mentalidad abierta y constructiva y con un espíritu solidario.

Y deseamos, en fin, una España en la que no se rompan nunca los puentes del entendimiento, que es uno de los principios inspiradores de nuestro espíritu constitucional.

En ese marco de esperanza quiero reafirmar, como Rey, mi fe en la unidad de España, de la que la Corona es símbolo. Unidad que no es uniformidad, Señorías, desde que en 1978 la Constitución reconoció nuestra diversidad como una de las características que define nuestra propia identidad, al proclamar su voluntad de proteger a todos los pueblos de España, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Una diversidad que nace de nuestra historia, nos engrandece y nos debe fortalecer.

[…]

En esa España, unida y diversa, basada en la igualdad de los españoles, en la solidaridad entre sus pueblos y en el respeto a la ley, cabemos todos; caben todos los sentimientos y sensibilidades, caben las distintas formas de sentirse español. Porque los sentimientos, más aún en los tiempos de la construcción eu-

ropea, no deben nunca enfrentar, dividir o excluir, sino comprender y respetar, convivir y compartir.

[…]

Con mis palabras de hoy, he querido cumplir con el deber que siento de trasmitir a sus señorías y al pueblo español, sincera y honestamente, mis sentimientos, convicciones y compromisos sobre España con la que me identifico, la que quiero y a la que aspiro; y también sobre la Monarquía Parlamentaria en la que creo: como dije antes y quiero repetir ahora, una monarquía renovada para un tiempo nuevo.

[…]

Decía Cervantes en boda de Don Quijote: «no es un hombre más que otro si no hace más que otro».

Yo me siento orgulloso de los españoles y nada me honraría más que, con mi trabajo y esfuerzo de cada día, los españoles pudieran sentirse orgullosos de su nuevo Rey.

La cita ha sido larga, pero, por su excepcional valor, necesaria. Estas convicciones sobre lo que la Monarquía parlamentaria española debe ser, expresadas en aquel memorable discurso del nuevo Rey, se ha hecho realidad a lo largo de los diez años que, desde entonces, han trascurrido, como se expondrá a continuación.

III. REFORMAS EN LA ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN DE LA MONARQUÍA

Desde el primer momento de su acceso al trono, y por impulso del nuevo Rey, se acometió un proceso claro de reformas relativas a gestión y administración internas de la Monarquía, y no me refiero al pertinente Real Decreto (547/2014, de 27 de junio) para la modificación de la estructura de la Casa Real, adaptando su organización a la nueva composición de la Familia Real y garantizando su eficaz funcionamiento, sino a que fue el nuevo Rey, por decisión personal, el que impulsó otras reformas de calado para dotar de transparencia y control la gestión y administración de nuestra Monarquía. Así se hizo a través de normas internas adoptadas en el seno de la Casa Real y por ello no publicadas en el BOE, pero sí de general conocimiento por la información que de ellas hizo la propia Casa. Todas tuvieron por objeto, como ya se ha dicho, dotar de trasparencia a las actividades regias, tanto de naturaleza institucional como administrativa, de control financiero y econó-

mico a estas últimas, de utilización adecuada de los ingresos y gastos, de los regalos que el Rey pudiera recibir, etc.

La mejor descripción de aquel impulso regio y del ámbito de esas reformas llevadas a cabo la daría el preámbulo del Real Decreto 297/2022 de 26 de abril que, recordándolas, dirá que:

> *Tras la proclamación de su Majestad el Rey ante las Cortes Generales el 19 de junio de 2014 […] en consonancia con lo manifestado en su discurso de proclamación, Su Majestad el Rey estableció criterios de actuación para los miembros de la Familia Real y también en determinados ámbitos de las actividades de su Casa, que fueron publicados en la página web dicho organismo en julio de 2014.*
>
> *En el ámbito de la Casa del Rey se adoptaron diversas medidas. Así, se estableció un Código de Conducta para el personal; se formalizaron Convenios de colaboración con la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado y con la Intervención General de la Administración del Estado para encomendarles, respectivamente, el asesoramiento jurídico y la realización del informe de auditoría de las cuentas; se suscribió un Convenio de colaboración con la Secretaría de Estado de Comercio para regular el asesoramiento para el apoyo y la promoción de los intereses económicos españoles, y se acordó la presentación y publicación anual de las cuentas, del informe de auditoría y de una memoria de las actividades institucionales desarrolladas por la Familia Real.*
>
> *Posteriormente, mediante el Real Decreto 772/2015, de 28 de agosto, continuó el proceso de reforma de la Casa de Su Majestad el Rey, para lo cual se introdujeron determinadas previsiones tendentes tanto a reforzar el principio de transparencia en su funcionamiento como a garantizar su eficacia. Las principales novedades de este real decreto fueron la regulación de la concurrencia, transparencia, eficacia, agilidad, simplicidad y coordinación como principios inspiradores de los procedimientos de contratación; y la aprobación por parte de la Jefatura de la Casa de Su Majestad el Rey de las instrucciones que deban regir la contratación, las cuales se publicarán en su página web. Asimismo, y para garantizar el establecimiento de unos principios éticos y de conducta comunes, se contempla que la Jefatura de la Casa de Su Majestad el Rey pueda aprobar un Código de conducta del personal que la integra, que se publicará en su página web. Por otra parte, se recoge expresamente que el Servicio de Seguridad también asuma la seguridad de los miembros de la familia del Rey y de su Casa que el Ministerio del Interior considere necesario; se prevé la posibilidad de emplear medios personales y patrimoniales del Patrimonio Nacional y del Parque Móvil del Estado, conforme a lo dispuesto en su respectiva norma reguladora; y se contempla la previsión que faculta a la Casa de Su Majestad el Rey para suscribir Convenios de colaboración en el ámbito de la Administración General del Estado.*

En fin, el Real Decreto ya citado 297/2022, de 26 de abril, *consolida* las reformas antes citadas y *continúa* [el] *proceso de modernización iniciado en el año 2014* […] *ahondando en el reforzamiento de los principios de transparen-*

cia, rendición de cuentas y publicidad, en línea con el compromiso de la Corona con la sociedad de observar una conducta íntegra, honesta y transparente (son palabras del preámbulo de este Real Decreto, cuyo texto fue elaborado por el Gobierno en coordinación, como es debido, con la Casa del Rey e incluso con conocimiento del principal partido de la oposición). Puede decirse que esta norma viene a expresar de modo completo y cabal la pretensión de trasparencia, control y ejemplaridad de la gestión interna de nuestra Monarquía que el propio Rey ya había formulado desde el mismo inicio de su reinado.

IV. LA ACTUACIÓN INSTITUCIONAL DEL REY EN ESTOS DIEZ AÑOS

1. **Presupuesto: el correcto entendimiento del significado y funciones de la Monarquía parlamentaria**

Lo primero que debe subrayarse para comprender rectamente el significado y funciones de la Monarquía parlamentaria, es entender el sentido que la Monarquía, por sí misma, tiene, esto es, la función que la Corona desempeña. Aunque es común la aceptación de que la Corona es un órgano constitucional, creo más acertado entenderla como una institución cuyo significado excede de la concepción de órgano constitucional, que sí lo es el Rey (en cuanto que es a él al que se le atribuyen en la Constitución determinadas funciones y competencias). La Corona, más que como órgano, creo que debe considerarse como una estructura institucional, reconocida por la Constitución en cuanto que representa la opción por la monarquía frente a la república y que asegura, por ello, de manera hereditaria, el acceso al trono de quién en cada momento ha de asumir, como Rey, la jefatura del Estado.

Las funciones de la Corona como institución, y creo que también sus virtudes, son de suma importancia. Porque, de un lado, la Corona, además de asegurar la regular (hereditaria y dinástica) sucesión en la Jefatura del Estado, apartándola de la contienda política y dotando de estabilidad y permanencia al Estado mismo, agrega, a la legitimidad racional del poder (en nuestra Constitución democrática, la voluntad popular, que, por cierto, al dar su consentimiento al texto constitucional lo dio también, racionalmente, a la monarquía en ella prevista), la legitimidad histórica consustancial con la forma monárquica, que enlaza el pasado con el presente y éste con el porvenir y que, por ello, tiene especial capacidad de simbolizar también la unidad y permanencia de la nación española.

La experiencia de la monarquía en otros países europeos prueba la validez y eficacia de esas funciones de la Corona. Y la experiencia española de los últimos cuarenta y seis años lo confirma, puesto que nuestra Monarquía, además de haber contribuido al afianzamiento de las instituciones y al desarrollo de nuestras relaciones internacionales, ha sido una institución decisiva para lograr el tránsito pacífico de la dictadura a la democracia, así como para sostener a nuestra democracia y a nuestra nación cuando, en febrero de 1981 y en octubre de 2017, una y otra se pusieron en muy grave riesgo.

Pero, además de ello, la forma de Monarquía parlamentaria amplía de manera notable las características y las capacidades de la Monarquía que antes han sido señaladas, en cuanto que, de un lado, concilia el principio democrático con el principio monárquico, dado que el Monarca parlamentario no posee poder político propio (que lo ostentan los órganos estatales, parlamento y Gobierno, emanados, directa o indirectamente, de la voluntad popular) y, de otro, asegura la neutralidad de la jefatura del Estado, poniéndola al margen de la contienda entre partidos e introduciendo un elemento de equilibrio conveniente para misma democracia. Como dijo muy bien Max Weber, «un monarca parlamentario, pese a su falta de poder, delimita formalmente las ansias de éste por parte de los políticos». Lo que ocurre porque, no teniendo el Rey «competencias» de libre ejercicio, tiene, sin embargo, capacidad de «influencia» derivada, no sólo de la experiencia acumulada por su propia permanencia en el cargo (mientras se han ido sucediendo diversos Gobiernos y, probablemente, diversas mayorías políticas), sino también de los clásicos «derechos» de un Monarca parlamentario de «advertir», «animar» y «ser consultado en los asuntos públicos». El Rey parlamentario no tiene *potestas*, pero sí *auctoritas* y, en virtud de esta última, ejercida con prudencia, es capaz de «moderar el funcionamiento regular de las instituciones», como expresa el artículo 56.1 CE. En definitiva, en la Monarquía parlamentaria, como se dijo en una conocida frase, «el Rey hace mucho más de lo que parece hacer».

Cualquier intento de aproximación conceptual a la Monarquía parlamentaria no debe olvidar que ésta es una forma estatal especialmente compleja, dado que su funcionamiento no puede basarse sólo en las reglas del Derecho, sino también, y principalmente, en unas reglas políticas sin las cuales no pueden comprenderse cabalmente su significado y sus funciones. Por ello, atinadamente, ya advirtió Jellinek que la Monarquía parlamentaria no es forma jurídica, sino política, en la medida en que el Derecho no basta para regularla, pues sólo las prácticas y las convenciones aseguran que se cumpla lo que, formalmente, aparecería como una paradoja: que sin la firma del Rey no puede funcionar el aparato del Estado, pero que el Rey siempre debe prestar su firma

a las decisiones previamente adoptadas por los órganos del Estado competentes para ello. El Rey no puede ser objeto de coacción por el Derecho, pero sus actos constitucionales son, siempre, actos debidos. Apelando a la vieja distinción escolástica cabe decir que el Rey no está sometido al Derecho por la *vis coactiva*, pero sí lo está por la por la *vis directiva*.

Además, siempre conviene advertir que, a las instituciones políticas en general, y muy especialmente a una institución nuclear, como la Corona, y a una forma política central, como la Monarquía parlamentaria, no es posible comprenderlas de manera plena apelando sólo a *l´esprit de géometrie*, sino también, y necesariamente, a *l´esprit de finesse*, como tampoco cabe sustentar su funcionamiento sólo en las normas jurídicas, sino también en las reglas políticas y en las formas simbólicas. A diferencia de lo que sucede con las realidades físicas, aquella distinción de Pascal nos recuerda la obligación de aunar «rigor» y «sutileza» en el recto análisis de las estructuras políticas y sociales.

Por otra parte, el Monarca, al ser una figura neutral que sólo ha de estar al servicio de los intereses generales, puede desplegar una extraordinaria capacidad de integración política, social y territorial que contribuye decisivamente al logro de una convivencia regular y pacífica entre todos los ciudadanos y entre todas las comunidades humanas que los cobijan en el seno de la patria común.

En mi opinión, la unión entre Monarquía y democracia, representada por la Monarquía parlamentaria, se ha mostrado, además, como una fórmula capaz de contribuir con éxito al afianzamiento de los derechos ciudadanos, de la convivencia pacífica y del bienestar general, como lo muestra que hoy sean los países con Monarquías parlamentarias los que disfrutan de un mayor grado de libertades, de democracia y de progreso social, según lo acreditan los índices internacionales más solventes en la materia. Me parecen incuestionable, pues, las ventajas que la Monarquía parlamentaria aporta a la España actual.

Por último, hay que destacar que la Monarquía parlamentaria, que requiere, para su funcionamiento, de la leal colaboración de los poderes políticos con el Monarca, también requiere, para su mantenimiento, del comportamiento ejemplar de los titulares de la Corona. De manera que, cuando este comportamiento no se da, la Monarquía parlamentaria puede entrar en crisis, de la misma manera que siendo «monarquía parlamentaria», si el régimen parlamentario no funciona debidamente, también puede ponerse en riesgo la propia Monarquía. No cabe una monarquía en un régimen presidencialista (que sólo es posible en una república), advertencia muy necesaria en unos momentos como los actuales, en los que se tiene la tentación, sumamente incorrecta, de convertir el parlamentarismo español en un «parlamentarismo presidencialista».

Por último, el hecho de que en la Monarquía parlamentaria el Rey sea neutral ante las legítimas contiendas políticas, no significar que, por ello, haya de ser un Rey «neutralizado», ya que, de un lado, si no tiene capacidad de actuación difícilmente podría cumplir la función de «arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones» como la Constitución, en su artículo 56, le encomienda. Y de otro, su firme compromiso con los principios y valores constitucionales le obliga a no permanecer impasible ante cualquier intento de destruirlos. Esto último no le confiere, sin embargo, un «poder» efectivo de «impedir», pero sí una «capacidad» efectiva de «advertir». Usando ésta con prudencia, pero también con firmeza cuando las circunstancias lo exijan, su actuación puede ser decisiva como, de hecho, así lo ha sido en nuestra historia más reciente.

Frente a los que, por ignorancia de lo que lo que la Monarquía parlamentaria significa, piensan que el Rey es una figura pública irrelevante, o un «mero adorno constitucional», la realidad nos confirma que ello no es así, que el Rey es una figura esencial por el gran valor que representa para el correcto funcionamiento del entramado institucional y la pacífica convivencia ciudadana, para el mantenimiento de la democracia constitucional y para la permanencia y estabilidad del Estado y de la nación.

Ahora bien, y no importa subrayarlo, esas capacidades del Rey en defensa y protección de los principios y valores constitucionales han de utilizarse sin quebranto de las reglas que, sobre el ejercicio del poder, la Constitución establece. Por ello, el Rey parlamentario ha de guardarse de aquellos que, presumiendo de amigos de la Monarquía, puedan ser, sin pretenderlo quizás, sus peores enemigos, pidiendo al Monarca parlamentario lo que éste no puede dar, animándole a que ejerza un poder activo de rechazar actos o disposiciones adoptadas por los órganos públicos competentes, algo que, de ninguna manera, la Constitución (la nuestra y la de cualquier otra Monarquía parlamentaria) le atribuye. Si cediera a esa tentación, no sólo incumpliría la Constitución, sino que adquiría una responsabilidad que desembocaría muy probablemente en la desaparición de la propia Monarquía.

Este delicado equilibrio entre los derechos del Monarca de «advertir y animar», y su obligación de respetar las competencias «activas» del parlamento y el Gobierno, es otra de las características principales de la Monarquía parlamentaria: una forma política que, si bien puede preservar cómo pocas la estabilidad del Estado, necesita al mismo tiempo de un funcionamiento estable y constitucionalmente leal del mismo Estado para mantenerse.

2. **Las funciones que D. Felipe VI ha venido desempeñando**

2.1. En el ejercicio ordinario de las funciones regias. En general

A estos efectos, cabe decir que D. Felipe VI, en estos diez primeros años de su reinado, ha desempeñado sus funciones de manera fiel a lo que la Monarquía parlamentaria significa, un significado que él había expresado de manera ejemplar en su discurso pronunciado en el acto de su acceso al trono y que ha reiterado, desde entonces, en múltiples ocasiones. Por ello cabe hablar, usando sus propias palabras, de que tenemos un Rey auténticamente «constitucional».

Así ha sido en lo que podríamos llamar el ejercicio «ordinario» de la función regia, siempre desempeñado con la pretensión de aunar voluntades, fomentar la concordia frente a la discordia, procurar la realización de los intereses generales, potenciar la imagen internacional de España, mantenerse neutral frente a las legítimas contiendas políticas propias de una democracia pluralista, abstenerse de cualquier intromisión en los procesos de adopción de decisiones por el Gobierno o las Cortes Generales, y muy especialmente en los procesos de renovación de las instituciones cuyos protagonistas constitucionales son únicamente el parlamento y los partidos.

En este ámbito, ha tenido que hacer frente a situaciones que antes no se habían producido con tanta intensidad como la adquirida en estos diez años. Me refiero a la investidura de presidente del Gobierno y que, por ello es conveniente tratarla por separado.

2.2. En el ejercicio ordinario de las funciones regias, en particular respecto de la propuesta de candidato a presidente del Gobierno

El hecho nuevo, iniciado a partir de las elecciones generales de diciembre de 2015, de un parlamento (en especial de un Congreso de los Diputados) políticamente muy fragmentado, ha originado que las investiduras del presidente del Gobierno hayan tenido una especial dificultad, acentuada porque, de las consultas regias, no se desprendía la seguridad o al menos la probabilidad de que el candidato que el Rey ha de presentar al Congreso obtuviese los votos necesarios para la investidura. En esa situación, repetida hasta ahora, el Rey, a mi juicio, acertadamente, optó por designar como candidato al líder del partido más votado y con mayor número de escaños en la Cámara, y si éste fracasaba, presentar como nueva propuesta al líder del segundo partido que le seguía en número de votos y escaños. La necesidad constitucional de que no hubiese

largos períodos de Gobiernos en funciones, y de que, constatada la imposibilidad de investir, no se retrasase en exceso la solución constitucionalmente prevista de disolución de las Cámaras y la convocatoria de nuevas elecciones, abonan la pertinencia de aquellas decisiones que el Rey adoptó. El Rey hizo, pues, lo que debía hacer.

Lo que no excusa la crítica pertinente al hecho de que, en una ocasión, el líder del partido más votado y con mayor número de escaños rehusase el encargo del Rey de ser candidato. Creo que se trató de una reprochable negativa a aceptar el encargo, pues la lealtad constitucional debió conducir a aquel líder a aceptar el probable sacrificio que significaría su derrota en la Cámara, pero que ayudaría a la regular continuidad del proceso de investidura previsto en el artículo 99 CE.

Dicho todo lo anterior, y valorada positivamente la actuación regia en tales casos, el asunto de la investidura en estos últimos años reviste una importancia que lo hace merecedor de un examen más detallado.

Los problemas que han tenido, a partir de las elecciones de 20 de diciembre de 2015 hasta ahora, las investiduras a presidente del Gobierno y, por ello, el funcionamiento normal de nuestro régimen parlamentario, podrían plantearnos una serie de preguntas. La primera es la de si habría entrado en crisis el propio modelo, incapaz de dar respuesta, desde las previsiones constitucionales, a una situación nueva, la de un Congreso de los Diputados pluripartidista, en cuanto que el mecanismo de investidura regulado en el artículo 99 de la Constitución (en adelante, CE), que había funcionado con regularidad en un pasado caracterizado por el bipartidismo, perfecto o imperfecto, se habría mostrado impotente cuando esa situación parlamentaria cambió radicalmente, por primera vez, en los ya casi cuarenta años de nuestra democracia constitucional. En resumen, cabría preguntarse si el artículo 99 CE sólo podría funcionar en un escenario de bipartidismo o cuasi bipartidismo.

Mi respuesta a esa primera pregunta es la siguiente. Las previsiones del artículo 99 CE no funcionaron en la situación parlamentaria de los últimos ocho años porque los dirigentes políticos de los partidos principales sostenedores del sistema constitucional no han comprendido, o no han querido comprender, que el régimen parlamentario exige no sólo el cumplimiento de unas reglas jurídicas (las del artículo 99 CE), sino, sobre todo, el acatamiento por dichos partidos de unas reglas políticas inherentes a ese régimen, que obligan a los pactos, a los compromisos y a la inexistencia de vetos mutuos «a priori» inamovibles. Y justamente el hecho de la negativa, expresa y reiterada, al cumplimiento de esas reglas, y no exactamente la dicción literal del artículo 99 CE, es lo que ha producido en los últimos tiempos el fracaso de algunas investidu-

ras, varias legislaturas fallidas, la repetición por poco tiempo de elecciones y la existencia también de alguna larga situación de Gobiernos en funciones.

En el pasado anterior a diciembre de 2015, los resultados electorales, bien por haber producido mayorías absolutas, bien por haber generado unas minorías próximas a la mayoría absoluta, hicieron fácil la investidura de un presidente de Gobierno. El artículo 99 CE funcionó bien, simplemente porque no tuvo que ponerse a prueba en situaciones de dificultad. A partir de ese momento, cuando aquella situación cambia, es cuando la aplicación del artículo 99 CE fracasa, pero no, a mi juicio, por defectos de ese precepto, sino por defectos de su interpretación, es decir, de la necesaria acomodación de su sentido a una realidad parlamentaria que ya no es bipartidista o cuasi bipartidista. En otros países europeos con regímenes parlamentarios es normal la existencia de parlamentos sin mayorías absolutas, o próximas a la absoluta, tan fragmentados o más que el ahora tenemos en España, y ello no ha sido obstáculo para la formación de gobiernos pactados entre diversos partidos, ya sean gobiernos de coalición, o sostenidos por pactos amplios y detallados de legislatura o menos detallados y reducidos a asuntos estatales de especial trascendencia (entre ellos los presupuestarios).

Que este tipo de actuaciones no haya sido posible en España en los últimos ocho años sólo puede comprenderse, me parece, a partir de una situación que nuestro régimen parlamentario ya venía atravesando desde más atrás, caracterizada por una excesiva polarización y un cerrado enfrentamiento entre los dos grandes partidos nacionales representativos del centro-derecha y del centro-izquierda. El consenso entre ambos, en los grandes asuntos del Estado, que hizo posible la Transición política, el nacimiento de la Constitución y su posterior desarrollo, desapareció, sin embargo, desde los primeros años de este siglo y, más aún, desde 2016. Las causas de esa desaparición son varias, y la corrupción (que por otra parte no sólo se da en España sino también, al menos, en otras naciones del sur de Europa) o la crisis económica (que con igual o menor intensidad también la han sufrido otros países), no son las únicas. También, para explicar la inexistencia de pactos, hay que acudir al efecto que en los partidos tradicionales de izquierda y de derecha han tenido la irrupción de las nuevas izquierdas y derechas populistas, a la conversión de los partidos nacionalistas en fuerzas radicalmente independentistas, o a la expansión (política y mediática) de una cultura política basada en la conversión del adversario (al que hay que tolerar y convencer) en enemigo (al que hay que expulsar o destruir). En un clima, ya extendido desde hace años, de escasa voluntad de pacto entre los dos grandes partidos nacionales, no es de extrañar que hayamos entrado en una especie de crisis de nuestro parlamentarismo.

A mi juicio, lo que debe descartarse es que esa crisis se deba también a la falta de activismo del Rey para superarla, por no haber presionado con más fuerza a los partidos nacionales para que pactasen o, ante la falta de acuerdos, no haber propuesto a un candidato independiente situado al margen de la contienda entre partidos en vista de que ellos no pactaban. Esta hipótesis, defendida por algunos políticos e incluso por algunos juristas, estimo que debe ser rechazada. En ninguna Monarquía parlamentaria, y menos aún en la nuestra, el Rey puede ser activista. Su facultad de propuesta de un candidato a la Presidencia del Gobierno no encierra, a mi juicio, pese a que algunos constitucionalistas así lo han sostenido, un poder arbitral y moderador activo, capaz de suplir, mediante la voluntad regia, la falta de acuerdo entre los grupos parlamentarios. La idea de que, en situaciones de crisis parlamentaria, la facultad regia prevista en el artículo 99 CE albergaría un auténtico poder discrecional me parece rechazable, pues, quien ejerce ese tipo poder, acaba, inevitablemente, adquiriendo responsabilidad y ello podría significar un auténtico riesgo para la propia Monarquía. Ya sabemos adónde condujeron los intentos de Gobiernos «del Rey» en la España de la Restauración.

Hoy, el correcto entendimiento de la Monarquía parlamentaria debe conducir a que, en la búsqueda de acuerdos para lograr la investidura de presidente de Gobierno, no cabe echar sobre las espaldas del Rey una decisión que sólo a los políticos corresponde adoptar. De ahí que a las consultas regias los responsables políticos de los grupos con representación parlamentaria deban acudir con los «deberes hechos». Lo que, lamentablemente, no ha venido sucediendo en los últimos años. Y ante esa ausencia de pactos, la actuación del Rey no podía haber sido otra que la que ha llevado a cabo en esas circunstancias: dada la necesidad de que no se prolongara indebidamente una situación de Gobierno en funciones, celebradas consultas sin que de ellas se desprendiera la posibilidad cierta de que hubiera un candidato con mayoría suficiente para ser investido, proponer como candidato al líder del partido ganador de las elecciones y, si éste no consigue mayoría en el Congreso, proponer entonces como candidato al líder del segundo partido más votado. En ambos casos previa disposición de ambos líderes a aceptar ese encargo.

La segunda pregunta que cabría formularse ante los problemas ya detectados es la de si determinadas reformas podrían evitar que en el futuro se reprodujese una situación así. Es cierto que desde determinados sectores se propuso como solución que, sin acudir a una reforma normativa, evitase la anomalía (incluso se llegó a decir «el absurdo») de tener que proponer a un candidato abocado al fracaso, la de que el Congreso, sin necesidad de previas votaciones de investidura, «constatase» la imposibilidad de esa investidura y

tal constatación sirviera como causa determinante de la convocatoria de nuevas elecciones. Por fortuna, esa solución no prosperó, pues hubiera supuesto un abierto quebrantamiento de lo dispuesto en el artículo 99 CE, que sólo prevé la disolución y convocatoria de nuevas elecciones si transcurre el plazo de dos meses desde la primera votación de investidura sin éxito. Además, aquella solución se sustentaba, de un lado, en un grave error de interpretación jurídica, pues en el artículo 99 CE no hay una laguna que hubiera de colmarse, y menos que hubiera de colmarse por la simple vía de inaplicar el precepto y, de otro, en un inadecuado entendimiento de lo que el parlamento significa, pues daba por supuesto que la voluntad de los grupos de la cámara estaría absolutamente predeterminada por lo que decidieran sus líderes y que el debate parlamentario no lograría cambiar nunca esa decisión.

Que ello probablemente pueda ser así no asegura que, necesariamente tenga que ser así y, sobre todo, que el Derecho deba adjurar definitivamente del «deber ser» para atenerse sólo al «ser». No es éste el lugar para prolongar esta reflexión, pero sí me permito apuntar los males que para el Derecho Constitucional en general y para la democracia representativa en particular se derivan de aceptar el axioma de que «todo lo real es racional», en el sentido, no de que es comprensible por la razón, sino de que vale como «razonable». Cuando resulta que, efectivamente, ello no es así, de manera que la patología no debe de tomarse como una realidad de la que deba partirse, sino como un mal que se debe curar.

Vuelvo al papel del Rey previsto en el artículo 99 CE. Y parto de que, por supuesto, el Rey no es una figura meramente decorativa, sino que une, a su importante función simbólica de integración política, social y territorial, otra importante función de influencia política, basada en la *auctoritas* y que se despliega, entre otras vías, por los clásicos «derechos» regios de un Monarca parlamentario de «advertir», «animar» y «ser consultado». Pero esa capacidad de actuar de la *auctoritas*, que, como decía Mommsen refiriéndose a la que podía emanar del Senado romano, supone más que un consejo, aunque menos que una orden, en lo que se refiere al artículo 99 CE precisa, para su eficaz ejercicio, de la lealtad constitucional de los líderes políticos, que incluye no sólo el deber de comparecencia de «todos» ellos en las consultas regias, sino también el deber de guardar confidencialidad de las conversaciones mantenidas con el Rey, cosas, ambas, que lamentablemente no han sucedido. En nuestros dirigentes políticos ha faltado, en general, «cultura de régimen parlamentario» y, en particular, exacto cumplimiento de las reglas no escritas que prestan su sustento a la Monarquía parlamentaria.

Ya adelanté que, en ausencia de una aceptación de las reglas políticas inherentes al régimen parlamentario, no veo que la reforma del artículo 99 CE sirva como solución segura. Es cierto que, en previsión de esa ausencia, cabría modificar su redacción para, al menos, forzar las negociaciones y, en todo caso, evitar legislaturas fallidas o pactos de gobierno no constructivos. A tales efectos se han hecho diversas propuestas: la investidura del líder del partido con más escaños en el Congreso si fracasa la segunda votación por mayoría relativa; o el sometimiento a una segunda votación entre los dos líderes con mayores apoyos parlamentarios; o el nombramiento regio de un «mediador» (a la manera belga) para que él se encargase de formar acuerdos. Ha habido algunas más y, por supuesto, pueden pensarse otras. Todas con la finalidad de asegurar la investidura de un candidato si no hay mayorías absolutas en el Congreso ni predisposición a llegar a acuerdos por parte de los grupos parlamentarios, evitando así la repetición inmediata de las elecciones. Incluso se volvió a proponer, no para evitar la celebración de nuevas elecciones, sino para evitar que hubiese un largo periodo de Gobierno en funciones, la misma solución a que antes me referí de que la disolución de las cámaras se produjera por el hecho de que, celebradas las consultas regias, el Monarca, ante la falta de acuerdos, no hubiera podido proponer candidato.

Pero todas esas propuestas de reforma del artículo 99 CE tienen, a mi juicio, determinados inconvenientes. Las que descansan en la automaticidad de la elección a favor del candidato del partido más votado, o en la votación dirimente entre los líderes de los dos partidos con mayor número de escaños, aparte de no dejar espacio para la presentación de un programa de gobierno o de complicar en exceso el procedimiento obligando a que se presenten dos, y de dejar completamente vacío el papel del Rey en la elección del presidente del Gobierno (donde ya no podría decirse ni siquiera eso tan consustancial a la Monarquía Parlamentaria de que «el Rey hace más de lo que parece hacer»), conducirían inexorablemente a un Gobierno de minoría, con los problemas de inestabilidad o de ingobernabilidad que ello suele comportar. La que descansa en que sea el Rey quien «determine» que no hay posibilidad de acuerdo (aunque sea la Cámara la que lo confirme) puede provocar un desgaste casi inevitable del Monarca. La designación regia de un «mediador», que no garantizaría por sí sola que lograse el pacto, también puede provocar ese desgaste, dada la dificultad de encontrar una persona con autoridad y neutralidad políticas indiscutibles para ese papel, aparte de que siempre habría partidos (esa es la realidad española que se nos viene impuesta) que criticarían, muy probablemente, dicha designación regia.

Por todo ello, quizás no sea tan necesario que se reforme el artículo 99 CE, sino que se extraigan de él sus potencialidades. Que no son otras, en mi opinión, que las que giran alrededor del papel que debe desempeñar la presidencia del Congreso en la preparación y desarrollo de las consultas regias. No en vano es esa presidencia la que ha de refrendar la propuesta regia de candidato a presidente del Gobierno, y tal referendo no ha de concebirse únicamente como un acto meramente formal, sino como la constatación de la participación del refrendante en la decisión que ha de tomar el refrendado. De ese modo, la presidencia del Congreso se convertiría, a lo largo de todo el proceso de propuesta de candidato, en el verdadero «mediador». Su actuación con los líderes parlamentarios, previa a la realización de las consultas regias, habría de estar encaminada a allanar el camino, a forjar los consensos necesarios para que se facilitase al Rey la posibilidad de presentar un candidato con probabilidades de ser investido. Y antes, pues, pero también a lo largo, de las consultas, sería el interlocutor privilegiado del Rey a través del cual éste podría desempeñar con mayor eficacia sus tareas de «animar» y «advertir», esto es, de contribuir con su *auctoritas* al buen fin de la investidura.

Además, y a diferencia del «mediador» belga, al tratarse de un cargo institucional, que no ha sido nombrado por el Rey, sino por el Congreso, al que representa, se evitarían los inconvenientes que una designación regia pudiera tener. Por otro lado, la libertad de conversación con el Monarca y la confidencialidad de la misma estarían mejor garantizadas en la relación Monarca-presidencia del Congreso, que en las relaciones Monarca-pluralidad de líderes políticos parlamentarios. Quizás no sería necesario regular esa función de la presidencia del Congreso en el mismo Reglamento de la Cámara, pero tampoco vendría mal, siempre que se limitase esa regulación a establecer unas reglas muy generales de procedimiento que no supusieran una intromisión sustancial en las facultades del Rey, que es materia vedada al reglamento parlamentario.

Ahora bien, condición para que la presidencia del Congreso desempeñase ese papel fundamental es que este cargo esté ocupado por una persona respetada por todos los grupos de la cámara, caracterizada por su solvencia, neutralidad y no sometimiento a instrucciones de partidos. El presidente (o presidenta) del Congreso, como el *Speaker* de la Cámara de los Comunes británica, debiera de ser, en suma, una autoridad auténticamente institucional. Creo, además, que ello, aparte de servir para la investidura de presidente del Gobierno, es lo que demanda la presidencia del Congreso, con carácter general, y no sólo con carácter especial en el caso de un Congreso políticamente muy fragmentado.

Por otro lado, la consecuencia, indeseable, de los problemas generados para la investidura, y que es la prolongación por largo tiempo de un Gobierno en funciones, no ha de considerarse exactamente como una anomalía constitucional, pero sí como una situación que no convendría propiciar, dadas las limitadas facultades de ese tipo de Gobierno para el ejercicio pleno de las funciones de dirección de la política interior y exterior del Estado que la Constitución le encomienda. No obstante, lo que sí debe subrayarse es que el control parlamentario ordinario del Gobierno no queda suspendido mientras éste se encuentra en funciones, como correctamente ha resuelto el Tribunal Constitucional.

Dicho todo lo anterior, hay que volver sobre la cuestión antes ya aludida de que nuestro modelo constitucional de régimen parlamentario no tiene como única finalidad la de investir al presidente del Gobierno, sino la de procurar la estabilidad y eficacia del Gobierno que pretende formar. Por ello, no debieran caber ni investiduras «no constructivas» ni mociones de censura «destructivas», supuestos, ambos, que, de forma lamentable, se han dado en España en los últimos años. Nuestro modelo constitucional, importado de la experiencia alemana, es el de un parlamentarismo «constructivo» orientado, como acaba de decirse, hacia la estabilidad y eficacia de la acción de gobierno. Esto es sustancial, pues la experiencia histórica nos muestra las graves consecuencias de que se derivan de Gobiernos inestables o con escasa capacidad de gobernar.

En definitiva, el parlamentarismo «constructivo» requiere, además de reglas jurídicas, unas reglas políticas, que los principales partidos deben cumplir. Si en Alemania ha habido estabilidad y gobernabilidad, más que a las previsiones constitucionales se debe al acatamiento por los grandes partidos de las reglas (políticas) no escritas del régimen parlamentario, que inducen a la celebración de pactos coherentes de gobierno con el objeto de evitar la inestabilidad y la ingobernabilidad. Allí la ausencia, en muchas ocasiones, de un partido con mayoría absoluta en el *Bundestag* no ha impedido gobiernos estables ni ha producido gobiernos incapaces de gobernar porque los grandes partidos siempre han llegado a acuerdos, instrumentados, generalmente, mediante la fórmula de gobiernos de coalición. Y en las Monarquías parlamentarias de la Europa continental ni siquiera ha habido necesidad de constitucionalizar, en todos los casos, el «parlamentarismo racionalizado», ya que cuando no hay mayorías absolutas (que es lo que allí generalmente sucede) siempre se han llegado a gobiernos de coalición o a pactos de legislatura capaces de formar gobiernos y mantenerlos.

La necesidad de que el régimen parlamentario produzca gobiernos estables y con capacidad de gobernar se basa, al menos, en dos razones: una de legitimidad de la democracia representativa, pues la inestabilidad e ingoberna-

bilidad provocaría, muy probablemente, desafección del electorado; y otra de eficacia, pues hoy, en una economía globalizada, en un Estado, como el español (podría valer para otros Estados) de indudable importancia en el ámbito internacional (no una gran potencia, por supuesto, pero si una potencia media), integrado en la Unión Europea, donde el Gobierno ha de concurrir cotidianamente a la adopción de grandes decisiones en materia política, social y económica, e incluso asediado por un importante desafío independentista, se requiere de un Gobierno estable y con capacidad de gobernar. Más aún, es que sólo por esa vía pueden cumplirse el mandato constitucional (art. 97 CE) de que el Gobierno ha de dirigir la política interior y exterior del Estado.

Y es en este punto donde veo que no acaban de cumplirse en España, en relación con la investidura del presidente del Gobierno, aquellas reglas políticas exigibles en un régimen parlamentario, pues en la última legislatura, si bien se alcanzó el acuerdo para un gobierno de coalición, en minoría, y que duró tres años, la necesidad constante de apoyos parlamentarios en el Congreso para que sacara adelante sus propuestas, y los problemas derivados de la heterogeneidad política del mismo Gobierno, no han supuesto un logro para la gobernabilidad. La última investidura, basada en unos pactos de muy difícil compresión política e incluso constitucional, no es, a mi juicio, y como se analizó más atrás en el presente trabajo, un ejemplo que debamos seguir.

Este problema no puede resolverlo por sí solo el Rey al proponer candidatos a la presidencia del Gobierno, haciendo uso de un «activismo» constitucionalmente desaconsejable que, además, no aseguraría por completo la estabilidad y la «gobernabilidad», sino que compete resolver a los propios partidos pactando candidatos a la investidura que sí reúnan apoyos suficientes y coherentes para lograr ambos objetivos. Como se ha dicho en frase gráfica, a las consultas regias han de ir los líderes políticos con «los deberes hechos».

2.3. En el ejercicio de las funciones «extraordinarias» del Rey

Ya se dijo antes que, en la Monarquía parlamentaria, un Rey neutral no es un Rey «neutralizado» y que, en consecuencia, tiene el derecho de «advertir» en relación con los asuntos «ordinarios» que requieren de su participación, pero aún más en los casos «extraordinarios» en que la Constitución corra un grave peligro. Eso último ha sucedido en relación con los acontecimientos producidos en Cataluña en otoño de 2017.

Ante aquellos hechos gravísimos de subversión del orden constitucional, el Rey actuó, cumpliendo, sin duda, con sus obligaciones y utilizando sus de-

rechos de «animar y advertir» consustanciales a la función del Monarca parlamentario. Su modélico mensaje del 3 de octubre de 2017 fue decisivo para que aquella situación se resolviese. Mediante aquella alocución, medida y exacta, el Rey no ejerció directamente el poder (lo que sería impropio en una Monarquía parlamentaria), pero sí «animó y tranquilizó» a todos los españoles, «advirtió» de la suma gravedad de lo sucedido y «recordó» a los órganos competentes del Estado su deber de actuar para poner fin a ese abierto desacato a la Constitución. Todo ello sí que entraba en su deber de lealtad a la Constitución que ésta le demanda y con el que él se había comprometido, como dije al comienzo de este trabajo, desde el mismo momento de su acceso al trono. Un Rey «constitucional» no podía actuar de otra manera.

De todos modos, es procedente señalar una diferencia capital entre esa actuación de D. Felipe VI y la anterior de su padre, D. Juan Carlos I, frente a los acontecimientos producidos el 23 de febrero de 1981. En ambos supuestos se trataba de la realización de un mismo cometido, la defensa de la Constitución, pero los medios utilizados fueron distintos, en razón de que también lo fueron las circunstancias. Entonces, frente al intento de golpe de Estado de 1981, el Rey hubo de actuar asumiendo directamente el poder ante la imposibilidad material de que actuaran los órganos competentes para ello, al encontrarse secuestrados por los golpistas tanto los Diputados como el Gobierno. En cambio, frente a la subversión constitucional producida en Cataluña y encabezada por las propias instituciones autonómicas, el Gobierno y las Cortes Generales no estaban imposibilitadas para actuar, de ahí que el Rey no tuviese que hacerlo directamente, limitándose a trasmitir a los españoles que nuestro Estado de Derecho tenía instrumentos suficientes para resolver la situación, advirtiendo además, a los órganos estatales competentes, de su obligación constitucional de utilizarlos, lo que, efectivamente, después sucedió con la aplicación del artículo 155 CE y con la actuación de los tribunales de justicia.

En el actual panorama político español no puede descartarse, lamentablemente, que se produzca en el futuro una situación que ponga nuevamente en grave riesgo la Constitución. Si ello ocurriese, tenemos los españoles la convicción de que nuestro Rey actuaría con decisión, como lo hizo el 3 de octubre de 2017, para hacerle frente. Ojalá que ello no suceda, de manera que el Rey no tenga que ejercer de modo «extraordinario» sus funciones. De la lealtad constitucional de las instituciones estatales y de los partidos sostenedores de nuestro sistema constitucional dependerá que otra situación así no se produzca y, en consecuencia, que el Rey sólo tenga que preocuparse por ejercer, con la prudencia y capacidad que lo ha venido haciendo, sus funciones «ordinarias» (y tan importantes) de vertebración institucional y de integración política y social.

V. CONCLUSIONES Y MIRADA AL FUTURO

Creo que el balance de los diez primeros años de reinado de D. Felipe VI ha sido enteramente positivo para nuestro sistema constitucional, social y democrático de Derecho. Mediante sus actuaciones ha demostrado sobradamente lo que significa ser el Rey en una Monarquía parlamentaria, cuya misión es unir, y no separar, concordar y no dividir, poner los intereses generales por encima de todo y, en definitiva, no tener otra pretensión que la de servir a todos los españoles.

Su convicción de que ni la Monarquía ni la democracia pueden subsistir sin el debido respecto a la Constitución la ha reiterado en múltiples ocasiones. Por acudir sólo a un ejemplo, basta con recordar las palabras que pronunció en su pasado mensaje navideño: «Fuera del respeto a la Constitución no hay democracia ni convivencia posibles, no hay libertad, sino imposición, no hay ley, sino arbitrariedad. Fuera de la Constitución no hay una España en paz y libertad».

En un mundo sujeto a tantos cambios, nacionales e internacionales, de carácter político, tecnológico, económico y social cómo los ya se están experimentado y cabe intuir en el futuro, los españoles creo que tenemos en nuestra Monarquía parlamentaria un buen asidero para enfrentarlos con éxito. Y esa confianza se sustenta en el modo ejemplar con el que nuestro Rey ha ejercido sus funciones en estos diez primeros años de su reinado y en la seguridad, que él nos ha dado, de que así lo seguirá haciendo en el futuro. Sin que sea necesaria, a mi juicio, ninguna reforma legal (como es, por ejemplo, la criticable pretensión de algunos de que se dicte una ley general sobre la Corona) ni constitucional (como, también, por ejemplo, la criticable pretensión de reducir la inviolabilidad del Monarca). Creo que nuestra Constitución regula plenamente el estatuto del Rey y las funciones de la Corona. Las posibles lagunas que, en casos concretos, pudieran darse, cabe resolverlas perfectamente, como hasta ahora, por reglamentos pactados con la Casa del Rey, por la costumbre y por la aplicación de las reglas no escritas que configuran en general a las Monarquías parlamentarias.

La esperanza en la fértil continuidad de nuestra Monarquía parlamentaria está reforzada además, a largo plazo, por el hecho de que contamos con una Princesa heredera, que ya ha mostrado su voluntad de seguir fielmente la senda marcada por su padre el Rey, como así lo expresó, hace pocos meses, no sólo al prestar el correspondiente juramento ante las Cortes Generales de lealtad a la Constitución, sino también al exponer, en su inmediato discurso pronunciado en el Palacio Real, que sabe perfectamente cuál es la función de un Monarca parlamentario y, por ello, el significado del compromiso que el futuro habrá de asumir.

En su persona vemos garantizada la permanencia, en España, de la Monarquía, y podemos estar seguros (por las cualidades que adornan a la Princesa heredera) de que en ese futuro que deseamos remoto (pues la vida del Rey la guarde Dios por muchos años), tendremos una Reina sólidamente formada, ejemplar en su conducta privada e institucional, celosa del cumplimiento de sus obligaciones, una auténtica Reina «constitucional» que, como su padre (y uso las mismas palabras que él tanto ha repetido), «contribuirá al mantenimiento de la democracia constitucional, de la unidad del Estado y de la nación, y de la convivencia de los españoles en paz, igualdad, progreso y libertad».

Que ese es, ha sido y será el propósito de nuestro Rey, y que en un futuro lejano también lo será de nuestra Reina, no me caben dudas. Lo que deseo, por el bien de todos los españoles, es que los dirigentes políticos coadyuven a ese propósito con responsabilidad y lealtad.

EL REFRENDO DE LOS ACTOS DE UN REY QUE NO GOBIERNA, PERO SÍ REINA, EN LA DEMOCRACIA PARLAMENTARISTA ESPAÑOLA

José Manuel Vera Santos
Universidad Rey Juan Carlos

I. INTRODUCCIÓN PERSONAL…

Cuando los coordinadores de esta obra colectiva en honor de la profesora Gómez Sánchez, de Yolanda, contactaron conmigo para auscultar mi posible participación en este «Liber amicorum», aparte del «tempus fugit» tan clásico, tan cierto, tan inexorable, vinieron a mi mente varias sensaciones.

La primera de ellas fue la relación personal, siempre cercana y permanente, de la homenajeada en mi vida, desde congresos o cursos de verano a oposiciones a cátedra. Siempre he considerado a las personas como tales, alejadas de aquellas «islas, palacios o torres» que confunden el ser con el estar y en las que no quería vivir Pedro Salinas. Y a estas horas de mi vida, incluso la profesional, uno ya puede, y debe, ser sincero. Por eso quiero dejar constancia de mi agradecimiento a Yolanda. Sobran páginas para volver a nuestro noble arte del desarrollo, tantas veces ególatra, de nuestra tarea profesoral ¡qué remedio! Pero antes quiero que quede reflejado lo verdaderamente importante.

II. … Y ACADÉMICA

Consecuencia debida de lo anteriormente escrito, debo atender, ahora sí, a la cuestión académica. Es cierto que la paleta temática de la Profesora Gó-

mez Sánchez es abundante y en la misma se encuentran materias más o menos cercanas también a mis intereses teorizantes. Por eso no tardé en ubicarme y entroncar con una temática, la referente a la Corona, que la catedrática de la UNED ha desarrollado en múltiples ocasiones, atendiendo a la misma con profusión y profundidad.

Más concretamente me voy a referir al refrendo, cuestión que, para mí, resulta esencial para entender el entramado institucional de la Monarquía parlamentaria que recoge nuestra Constitución como forma política de ese Estado social y democrático de derecho en el que disfrutamos de nuestra libertad «de antiguos y de modernos», al menos así debería ser, aunque Constant dicotomizara ambos momentos.

En palabras de la homenajeada: «A pesar de la contradicción semiótica entre "monarquía" (gobierno de uno) y "democracia" (gobierno del pueblo) la feliz mixtura de la "monarquía parlamentaria" como forma de la Jefatura del Estado (art. 1.3 CE) encontró acomodo en la Constitución española de 1978 con perfiles propios. El marco de esta Monarquía parlamentaria se despliega a lo largo del Texto constitucional pero puede delimitarse más nítidamente a partir de la definición de España como estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE) y de la adhesión del mismo a los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político; de la proclamación de la soberanía nacional residenciada en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 CE) y de la definición de un estatuto del Rey o Reina como Jefe del Estado definido en el Título II de la Constitución y en otros preceptos concordantes de la misma. El modelo de monarquía parlamentaria española, pues, podría definirse en torno a las siguientes notas: a) el Rey no es titular de la soberanía sino el pueblo; b) el Rey es el titular de un órgano constitucional, la Corona, y asume la más alta representación del Estado; c) el Monarca no es titular de ninguno de los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial pero sus funciones están imbricadas en todos ellos; d) al Rey se le atribuyen competencias y funciones que ejerce siempre de conformidad con la Constitución y la ley; y e) el Rey, en tanto Jefe del Estado, no está sujeto a responsabilidad por sus actos y todos los actos derivados de sus funciones constitucionales requieren el refrendo de quien resulte responsable de ellos» [1].

[1] Gómez Sánchez, Y., «Artículo 64», en: Pérez Tremps, P. y Saiz Arnaíz, A. (dirs.), *Comentario a la Constitución española. 40 aniversario. Libro homenaje a Luis López Guerra*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, tomo I, pp. 1061-1071 (1061-1062). Vincula el sistema monárquico con la democracia, también en base a la normativa (y casuística) europea en Gómez Sánchez, Y., «Monarquía y democracia: Hay futuro», en: *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 35, 2023, pp. 102-123 (103-104): «[…] Es más, las controversias producidas en el seno de la Unión sobre el carácter democrático de actos institucionales de algunos países nunca han tenido por objeto los actos de las jefaturas del Estado monár-

Así es: si no se entiende de manera correcta esta figura jurídica, no resulta extraño que incluso insignes colegas discrepen respecto a la capacidad regia en la propuesta de candidato a la presidencia del Gobierno «ex» artículo 99 CE; o que en la sociedad, también en la jurídica, haya voces que olviden la tan clásica como superada polémica sobre la ubicación subjetiva de la defensa de la Constitución y atribuyan al Rey cierta capacidad de veto legislativo frente a la literalidad del artículo 91 CE y la interpretación sistemática del propio texto constitucional [2].

Y es que se pueden contar con los dedos de una mano los autores que han diseccionado a fondo e intentado explicar la institución del refrendo de una manera que, alejada de teorizaciones referenciales secularmente superadas [3], se atuviesen a la realidad compleja de un refrendo, ya sí, adaptado a la Monarquía parlamentaria del siglo XXI.

A todo ello hay que unir, esta vez sí, la acertada jurisprudencia constitucional que establece la línea a seguir, como intentaré explicar, en el juego entre «una responsabilidad […] que aparece derivada del refrendo, y no a la inversa» [4].

El refrendo es la piedra angular que hace posible el desarrollo institucional y funcional de la Monarquía parlamentaria, recogida en el artículo primero de la Constitución española de 1978, y se presenta como «una de las máximas sutilezas del derecho constitucional contemporáneo» [5], si bien aparece como una institución poco estudiada por la academia.

Esta idea es la que me lleva a incidir nuevamente [6] sobre una cuestión como la del refrendo, sirviendo también de aldabonazo doctrinal que, en la medida de lo posible, saque al mismo de la silenciosa oscuridad con que se

---

quicas, que, hasta el momento, no han suscitado conflicto alguno» (p. 105). En el mismo número de la citada revista TAJADURA TEJADA, J., en: «La legitimidad funcional de la Corona como magistratura de auctoritas basada en la neutralidad y ejemplaridad» (pp. 188-209) pone el acento no solo en la legitimidad democrática sino también en la funcional de la Jefatura del Estado.

[2] *Vid.* notas 15, 18 y 30, además del apartado VII.

[3] Me refiero a la obra de CÁCERES CROSA a la que aludo en nota 7

[4] *Vid.* nota 41 y apartado VIII de este trabajo. La jurisprudencia constitucional esencial a la que me refiero se recoge en las sentencias 16/1984, de 6 de febrero, 5/1987 de 27 de enero y 8/1987 de 29 del mismo mes. Sobre todo es relevante la segunda de las enunciadas, ya que la primera apenas alude al tema y la última reitera la doctrina expuesta en la 5/1987 (FJ 3.º).

[5] SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución española de 1978*. EDERSA, Madrid, 1987, p. 246.

[6] *Vid.* VERA SANTOS, J. M., «El refrendo en la Constitución española de 1978», en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 89, 1998, pp. 309-345. Puesta al día de mis propuestas al respecto, de manera concisa, en «El refrendo en España», en: Peña González, J. (coord.), *Libro Homenaje a Íñigo Cavero Lataillade*. Tirant lo Blanch-Universidad San Pablo CEU, Valencia, 2005, pp. 489-505.

despacha en la mayoría de los casos [7], fluctuando entre unas teorías lejanas entre sí que, desde mi punto de vista, desvirtúan la realidad del refrendo patrio. Y es que no caben interpretaciones panegíricas que eleven el principio monárquico sobre el democrático, pero tampoco han de defenderse aquellas que no permitan la realidad del primero dentro del segundo, una convivencia enriquecedora que es la que nos encontramos en el ámbito de las Monarquías parlamentarias, tal y como destaca la mejor doctrina, junto a la homenajeada [8].

III. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

«La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad [9]. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65.2», indica el artículo 56.3 de nuestra Carta Magna.

---

[7] Exceptuamos de lo anterior tanto a la homenajeada como, por ejemplo, las monografías de García Canales y de González-Trevijano, los artículos de García Canales o Herrero y Rodríguez De Miñón, junto a la obra de Fernández-Fontecha y Pérez De Armiñán que citamos después. La gran mayoría de los manuales y artículos relativos al quehacer del Jefe del Estado simplifican en exceso el problema, sin prestarle la debida importancia. Y es que, como destaca García Canales, M., «El refrendo en las Monarquías (I)», en: *Revista de Estudios Políticos*, núm. 112, 1997, pp. 235-280 (235) pocas líneas doctrinales se refieren al refrendo patrio ya que, en sus propias palabras «aún cuando no se ignora del todo tan viejo uso político y tan generalizada exigencia constitucional, su sentido jurídico se desvanece y el menosprecio hacia él emerge inevitable y consecuentemente».

No debo ni quiero obviar la monografía de Cáceres Crosa, G., *El refrendo ministerial*. Madrid, 1934 que se convierte, como aquella España que cantara Ana Belén, «a veces en madre y siempre en madrasta» del posterior desarrollo doctrinal, de un quehacer académico subsiguiente que olvida que esta obra viene referida a un momento histórico concreto, y que, además cercena la institución con la adjetivación «ministerial». No se pueden pedir dotes adivinatorias al autor: la mayor amplitud del concepto, que se «abre» ante la Monarquía parlamentaria que aparece constitucionalizada en España más de cuarenta años después de la obra citada, hace que el concepto de refrendo adquiera una polisemia lógica que le ubica en la nueva organización institucional y lo aleja de castrantes adjetivos previos.

[8] *Vid.* nota 1 y 37, destacando en esta última y en el apartado de conclusiones, mi opinión al respecto.

[9] Respecto a la importante y necesaria imbricación del refrendo en el binomio irresponsabilidad-inviolabilidad, *vid.*, González Trevijano Sánchez, P. J., *El refrendo*. BOE-CEPC, Madrid, 1998 (pp. 50-60, sobre todo). También De Miguel Bárcena, J., «La Corona en España», en: Tajadura Tejada, J. (dir.), *La Jefatura del Estado parlamentario en el siglo XXI*. Athenaica, Sevilla, 2022 (pp. 89-124, en concreto p. 109). *Vid.* STC 111/2019, de 2 de octubre, respecto a la creación de una Comisión de Investigación sobre la Monarquía por el Parlamento regional catalán. En su Fundamento Jurídico 5.º, citando la STC 98/2019, alude a la conceptuación de la inviolabilidad y la irresponsabilidad regia, sobre todo en el apartado B) b). Muy recomendable la lectura de la encuesta que se encuentra en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2023, pp. 15-85 (42-55) y en la que responden Aragón Reyes, M.; Expósito Gómez, E.; De La Iglesia Chamarro, A.; Oliver Araujo, J.; Pascual Medrano, A.; Porras Ramírez, J. M., Rollnert Liern, G. y Sánchez Navarro, Á. J. Un resumen sobre la cuestión, desde la perspectiva penal, en Molina Fernández, F., «The King can do Wrong: la inviolabilidad del Rey a examen», en: De Vicente Martínez, R.; Gómez Iniesta, (et alii) (edits.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista* (vol. I). BOE, Madrid, 2021, pp. 407-430 (421-430).

Por su parte, el artículo 64 establece que «1. Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes. La propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno, y la disolución prevista en el artículo 99, serán refrendados por el Presidente del Congreso. 2. De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden» [10].

Por último, el artículo 65 recoge que: «1. El Rey recibe de los Presupuestos del Estado una cantidad global para el sostenimiento de su Familia y Casa, y distribuye libremente la misma. 2. El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa» [11].

IV. EL SUJETO REFRENDADO. ACTOS SOMETIDOS AL REFRENDO

Del artículo 64 CE, se deduce *ad pedem litterae,* el sujeto refrendado: parece, de manera incorrecta, que es el Rey [12]. Pero de una interpretación sistemática del Título II de la Constitución, más concretamente de los artículos 56, 59 y 60, no cabe sino «expandir» el sujeto refrendado, ya que se refrenda al Rey, pero como desempeñante de la Jefatura del Estado. Por tanto, es el Rey, o la persona que en su nombre ocupe la Jefatura del Estado en caso de regencia o tutela, quién se encuentra sometido a refrendo [13].

Aclarado el aspecto subjetivo, el órgano refrendado, destacando que es el Jefe del Estado quien se encuentra sometido a refrendo, surge la duda en el objeto, en si todas sus actuaciones deben ser sometidas a esta institución, sean o no actos públicos o con repercusión que afecte a sus funciones constitucionales.

---

[10] *Vid.* la tramitación constituyente en Vera Santos, «El refrendo…», *op. cit.,* pp. 315-318. No se aprobó la enmienda número 736 de Ortí Bordás, tendente a cambiar la denominación de los ministros refrendantes, adjetivándoles como «responsables» y no como «competentes», cuestión ésta que no es baladí como más adelante veremos al aludir a la jurisprudencia constitucional en el apartado VIII y en nota 40.

[11] Aunque no es objeto de esta aportación, también estoy de acuerdo con la profesora Gómez Sánchez respecto a la realidad referida al nombramiento del Jefe de la Casa de Su Majestad Gómez Sánchez, Y., «Artículo 65», en: Pérez Tremps, P. y Saiz Arnaíz, A. (dirs.), *Comentario a la Constitución española. 40 aniversario. Libro homenaje a Luis López Guerra*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, tomo I, pp. 1073-1083 (1082).

[12] Refrendo de la más alta institución que también se produce en el caso de las Repúblicas parlamentaristas, como es el caso italiano. Rollnert Liern, G., en «La Monarquía parlamentaria española en perspectiva comparada», incide en esta idea general que comparto: junto a «la dependencia del Gobierno respecto a la confianza parlamentaria» el refrendo resulta «determinante de la trasmutación de las monarquías constitucionales en meras variantes monárquicas de la Jefatura del Estado propia de los regímenes parlamentarios», en: Lapuente, V., et al., *Reinventando la tradición*. Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 33-54 (52).

[13] «El elemento subjetivo del acto refrendado es siempre el Rey, cualquiera que sea la persona física que esté actuando en nombre de él, y cualquiera que sea la situación en la que se encuentre». Fernández-Fontecha, M.; Pérez De Armiñan, A., *La Monarquía y la Constitución*. Civitas, Madrid, 1987, p. 287.

«Ex» artículo 56 CE se encuentran excluidos de refrendo los actos así expresados en el artículo 65.2, bien es cierto que, en la práctica, sí se refrenda el nombramiento y relevo de los miembros civiles y militares de la Casa y, por el contrario, no se produce un refrendo expreso de la actuación presupuestaria del Rey.

La mejor doctrina, además del sentido común y de los principios generales del Derecho, abogan, y también lo hago yo, por la exclusión de refrendo de aquellos actos que pertenezcan al ámbito de privacidad y los que provengan del ejercicio de los derechos fundamentales de la persona del Monarca [14]. Siendo defensores de lo anterior, no cabe sino indicar honradamente que, bajando a actos regios concretos, no se da coincidencia doctrinal [15].

V. LOS SUJETOS REFRENDANTES

Según indica el artículo 64.2, serán aquellos órganos que asumen la responsabilidad de los actos realizados por el Monarca. De este artículo se deriva que son sujetos tasados [16] viniéndose a referir, con carácter general, al Presidente del Gobierno, a los Ministros competentes y, excepcionalmente, en las circunstancias estrictas que la propia Constitución indica, al Presidente del Congreso de los Diputados.

Se cumple así con las coordenadas doctrinales básicas que diferencian entre refrendo por parte del poder ejecutivo y el de otras magistraturas constitucionales, pudiendo ser el primero individual (Presidente del Gobierno o un Ministro) o colectivo (Presidente del Gobierno junto a uno o varios Ministros o varios Ministros); por su parte el refrendo realizado por otras magistraturas

[14] *Ibid.*, pp. 308-311. «Una cosa es el principio de expansión de los actos sujetos a refrendo […], y otra cosa muy distinta es que aceptemos la tesis de que lo que viene a consagrar el artículo 64 de la Constitución es la sujeción de todos los actos del Rey a refrendo, incluido los actos personalísimos […] o actos ligados a derechos fundamentales del Rey y que no tienen vinculación alguna con la actividad del Estado».

[15] De la mera lectura de los manuales al uso, se observa que en determinados actos reales (como el testamentario, en el que se puede nombrar tutor vía artículo 60.1 CE), no existe consenso académico. *Vid.* Herrero y Rodríguez De Miñón, M., «Artículo 56. El Rey», en: Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*. EDERSA, Madrid, 1983, 12 vols., pp. 315-352 (333-336) donde también se alude a excepciones al refrendo como las del consentimiento matrimonial, el testamento o la abdicación. Este autor considera que se encuentran sometidos a refrendo «todos los actos del Rey […] realizados en ejercicio de competencias constitucionales», «los actos de la Corona como institución», si bien también considera que dada la vinculación vitalicia y familiar de la Corona, ciertos actos privados pueden tener relevancia pública. Sobre casuística del refrendo y la existencia de responsabilidad diferente por parte de los órganos refrendantes *vid.* apartados VI y VIII y notas 19 y 30.

[16] Así se indica expresamente en el Fundamento jurídico 2.º de la STC 5/1987 a la que aludo en la nota 40.

viene referido generalmente a situaciones en las que no estén aún nombrados el Presidente del Gobierno y los Ministros, situación que es la que encontramos en el refrendo por parte del Presidente del Congreso de los Diputados de la propuesta y nombramiento del Presidente del Gobierno y la disolución prevista en el artículo 99 CE [17].

VI. FUNCIONALIDAD MÚLTIPLE DEL REFRENDO

Debido a las limitaciones propias de una obra como la que nos encontramos, en resumen, debo destacar cinco funciones básicas que desarrolla la institución estudiada, si bien las mismas se encuentran normalmente imbricadas, no apareciendo de forma independiente o excluyente. Lo que sí resulta evidente, no lo olvidemos, es que, en cualquiera de las situaciones y vinculada a la actuación de los intervinientes, se produce una asunción de responsabilidad, sea del nivel o grado que sea [18].

La función certificante es la primigenia y la que se mantiene en regímenes presidencialistas en los que el refrendo se configura como una garantía formal de que, efectivamente, la decisión de que se trate ha sido adoptada por el Jefe del Estado, dando fe de la misma.

Como limitación formal de la voluntad del Rey se considera al refrendo una concesión graciosa del Monarca, sujeto decisor que se autolimita procedimentalmente, dando lugar a la presencia, con su firma, de un miembro del Gobierno, antes de la entrada en vigor de lo decidido.

En tercer lugar se alude igualmente al refrendo entendido como una limitación, en este caso material, de la voluntad del Monarca, siendo por ello un límite en el ámbito decisorio y asumiendo el refrendante la responsabilidad del acto.

Sin obviar su consideración como instrumento mediante el cual el sujeto refrendante se compromete a velar por el cumplimiento de la decisión regia, por último ha de destacarse la funcionalidad del refrendo como elemento de coordinación ministerial, en el caso de Gobiernos de coalición y siempre que se permita el refrendo colegiado.

---

[17] Me refiero a esta cuestión como imagen reflejada en los espejos del Callejón del Gato valleinclanesco. Frente a quienes aluden a una decisión unilateral del Presidente del Congreso de los Diputados, aparecen otros que no dudan del carácter «más que libérrimo», de prerrogativa cuasi decimonónica de la acción regia. No es eso, que diría Ortega, ni tampoco lo otro… Si el refrendo fuera bien estudiado y entendido, no se trasladaría (o quizás sí, de manera interesada) a la opinión públicas dudas sobre una cuestión, por cierto, indubitada en la práctica hasta los últimos meses. *Vid.* también notas 22 y 32.

[18] Dependiendo de cada caso concreto, como advierto en notas 30 y 40.

Pero como ya indiqué «todas estas funciones, matizadas con que, en nuestro ordenamiento constitucional, el refrendo supone siempre y en todo caso una traslación de responsabilidades en la que se aúnan, se homogeneizan las funciones citadas, apareciendo como un sustantivo al que se le adjetiva con las cinco calificaciones citadas […] pudiendo hablar en puridad de "plurifuncionalidad responsabilista" del refrendo» [19]. Y es que, en cualquier caso, cualquiera que sea la función que cumpla el refrendo, en España el mismo supone una asunción de responsabilidad por el refrendante, según leemos en el artículo 64.2 CE y se deduce de las pregonadas irresponsabilidad e inviolabilidad del Rey (art. 56.3 CE). Dicha plurifuncionalidad es la que permite la adecuación de la institución estudiada a la realidad de la Monarquía parlamentaria española, haciendo posible la defensa de la consideración de la actuación del Jefe del Estado como una de las voluntades necesarias en el refrendo, evitando tanto su anulación como su antítesis, que no es otra que la existencia de prerrogativas regias que nos acercarían peligrosamente a las Monarquías constitucionales decimonónicas [20].

VII. NATURALEZA JURÍDICA DEL REFRENDO

Aludir a la naturaleza jurídica del refrendo resulta una cuestión polémica tanto en la teoría [21] como en la concreción casuística dimanante de la práctica constitucional española [22]. Así, nos encontramos con autores que consideran el

[19] Vera Santos, «El refrendo …», *op. cit.,* p. 323.

[20] *Vid.* apartado 6 y notas 2 y 15, 30 y 37.

[21] González-Trevijano, *op. cit.,* pp. 35 y 267, donde califica al refrendo como «realidad camaleónica», como «técnica jurídica camaleónica». En las pp. 108-132 diserta sobre las diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica de la institución.

[22] A estas alturas de mi vida, me sigue resultando curiosa la resistencia de algunos colegas en «no dar su brazo a torcer» cuando la realidad de la Monarquía parlamentaria española se separa de sus construcciones teóricas. En términos periodísticos se resumiría en aquello de que «la realidad no te estropee un buen titular». Apostar por una separación ideal previa, como aquel sujeto de la cueva platónica, defendiendo postulados que no reflejan la realidad, sino que la intentan someter a juicios previos, a «pre-juicios», no parece lo más adecuado. En este caso, con ello, se posibilitan polémicas como las citadas referidas a la actuación regia en la presentación de un candidato a Presidente del Gobierno (artículo 99 CE) o el papel del Jefe del Estado en la última fase de la entrada en vigor de una ley (artículo 91 CE) tal y como destaco en nota 2 y 17. Respecto a la primera de las cuestiones, y a la luz de las situaciones prácticas vividas hasta ese momento, con especial atención a las de 2015 y 2016, se pronuncia nuestra reconocida catedrática en Gómez Sánchez, Y., «Funciones del Rey. Especial referencia a la reforma del artículo 99 de la Constitución», en: Álvarez Torres, M. y Álvarez Conde, E., *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución española*. Comares, Granada, 2017, pp. 165-181. Ya he comentado que nos encontramos ante una colega que había estudiado la Monarquía «de cabo a rabo». Aunque no se trata de realizar una disección de sus trabajos, encontramos un resumen de sus propuestas no solo teóricas sino «lege ferenda» en «La Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978: valoración y propuestas de reforma consti-

refrendo como un acto complejo frente a otros que abogan por que conjuga dos voluntades absolutamente autónomas. A más a más, entre los primeros no existe acuerdo sobre si nos hallamos ante dos voluntades concurrentes o si siempre prevalece una respecto a la otra [23]. A todo lo anterior se unen aquellos que consideran la actividad del Rey como «actos debidos» [24] estableciendo respecto a los mismos una «noluntad», una ausencia de voluntad regia que sitúa su actuación limitada a la simple validez y aplicación del acto refrendado [25].

Voy a intentar sintetizar [26] este complicado embrollo teórico de manera que resulte entendible. Al menos lo intentaré.

1. **El refrendo como acto complejo**

Los autores que abogan por considerar al refrendo como un acto complejo [27] analizan el mismo desde los puntos de vista subjetivo, objetivo y temporal.

---

tucional», en: Freixes Sanjuan, T. y Gavara De Cara, J. C., *Repensando la Constitución: ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte primera*. BOE, Madrid, 2016, pp. 73-100.

[23] García Canales, M., *La Monarquía parlamentaria española*. Tecnos, Madrid, 1991. Expresa el autor citado: «Que el refrendo se conciba desde la teoría del órgano o desde la teoría del acto y, en este último supuesto, que se le entienda como acto complejo, o como sucesión en el tiempo de dos actos diversos, cada uno conducido por una voluntad autónoma que actúa su propia competencia, no es de suyo indiferente, ni teórica ni prácticamente». Y engarzando las funciones del mismo con lo anterior: «Que se entienda como traslaticio de responsabilidad, o puramente "formal", "ritual" o "notarial" para uno de los intervinientes, quiere decir mucho respecto del espacio competencial y político que se asigna a uno de los órganos concurrentes. Que se atribuya, en fin, la unifuncionalidad responsabilista, o se vea en el refrendo una técnica jurídica polifuncional y capaz, por tanto, de cumplir diferentes cometidos, según la naturaleza de la decisión, o según los órganos intervinientes, es también una disyuntiva teórica que encierra una virtualidad práctica evidente, posibilitando el encaje jurídico de todas las formas de refrendo» (pp. 238-239).

[24] Olvidan así estos autores la posible «no acción» del Rey. Aragón Reyes, M., «La Monarquía parlamentaria», en: Aragón Reyes, M., *Dos estudios sobre la Monarquía parlamentaria española*. Civitas, Madrid, 1991, pp. 13-86 (74-75). citando a JELLINEK, dice que «a pesar de la coacción política, si el Rey negase a una ley su asentimiento real, ningún poder del mundo podría obligarlo jurídicamente. Sin el consenso de su voluntad se paralizaría toda la maquinaria legislativa».

[25] Pérez Royo, J, *Curso de derecho constitucional.* Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 446, alude al carácter de «reliquia histórica» del refrendo, careciendo la función regia de la menor importancia, siguiendo a la doctrina de Kimminich, como destaca Tajadura Tejada, J., «Ensayo de una teoría de la Jefatura del Estado parlamentario», en: Tajadura Tejada, J. (dir.), *La Jefatura del Estado parlamentario en el siglo xxi*. Athenaica, Sevilla, 2022, pp. 13-88 (19).

[26] Insisto: me remito a mi artículo de 1998 citado en nota 6 para encontrar un más detenido desarrollo argumental.

[27] Seguimos en este punto la opinión de Herrero y Rodríguez De Miñón, *op. cit.,* pp. 326-328. García Canales, M., *La Monarquía parlamentaria*…, *op. cit.,* pp. 236-237, se hace eco también de la visión de la naturaleza compleja del refrendo estableciendo que «la función regia se concreta, por tanto, en un acto complejo, previsto por el derecho objetivo a través de voluntades perfectamente individualizables y concurrentes», si bien el autor muestra sus reservas ante los casos de preponderancia de la voluntad regia.

Subjetivamente el refrendo es un acto que presenta una pluralidad de autores, de voluntades diferentes que concurren, no a formar una voluntad superior (como es el caso de la formación de la voluntad de los actos colegiados), sino que se adhieren a un fin común que no es otro que la producción del acto en sí.

Atendiendo al objeto, el refrendo se caracteriza por la unidad que alcanza lo actuado en base a la identidad de intereses, contenido y fin que comparten las voluntades concurrentes, cuya importancia en el acto final variará según cada caso, dando lugar a la clasificación del acto como simétrico (ambas voluntades juegan un papel similar en orden a la toma de decisión última) o asimétrico.

En tercer lugar, y desde el punto de vista temporal, todo acto complejo se caracteriza por la simultaneidad [28] en el concurso de actividades que lo integran, ya que, de lo contrario, nos encontraríamos ante una sucesión de actos. Es por las aludidas características objetivas, subjetivas y temporales, unidas al principio de responsabilidad [29] que conlleva el refrendo, por lo que se aboga por el carácter complejo de éste.

Según esta teoría, sistematizando la casuística constitucional española [30], atendiendo a la relevancia de las voluntades que concurren en el refrendo podemos encontrarnos:

a) Intervención prácticamente accesoria del Rey, intervención de la cual sólo depende la eficacia del acto refrendado. Así, por ejemplo, los actos regios tendentes al nombramiento y separación de los miembros del Gobierno

[28] Esta caracterización de simultaneidad resulta una presunción un tanto presocrática, relativizando a Cronos, muy similar, en sentido contraria a las aporías de Zenón. Pero al igual que, en dichas teorías, Aquiles nunca podía superar corriendo a una tortuga, y sin embargo éste lo hacía; igual que una flecha lanzada no está en movimiento y sin embargo llegaba a su final de trayecto, aludir a que las diferentes actuaciones de ambos órganos, refrendante y refrendado, son simultáneos, es decir, «que se hacen u ocurren al mismo tiempo», según la RAE, parece alejarse de la realidad.

[29] «En efecto, si el acto ministerial de refrendo fuese un acto independiente, como deberían concluir aquellos que le otorgan plena sustantividad al margen de la firma regia y de la voluntad que ésta expresa, ya lo configuraren como aprobación de la que pendiera la eficacia de ésta o como propuesta preceptiva y vinculante para la misma, la responsabilidad ministerial no iría más allá de la aprobación o de la propuesta, sin alcanzar jamás al acto regio así aprobado o determinado del cual el Rey seguiría siendo responsable. Ello es así porque ningún órgano ni sujeto puede ser responsable sino de aquello que le sea imputable directa o indirectamente. Ahora bien, es claro que el acto regio refrendado no puede ser indirectamente imputable a ningún otro órgano del Estado por la propia posición del Rey a la cabeza del mismo […]. En consecuencia, la responsabilidad ministerial en el acto regio ha de ser directa, y ello exige que haya tomado parte en él y no que se limite a posibilitarlo o darle eficacia extrínseca». Ante lo anterior sólo se observan tres posibilidades. A saber: «negar la responsabilidad ministerial, hipótesis excluida por la propia literalidad de la Constitución; construirla como responsabilidad indirecta, lo cual exigiría reconocer una dependencia del Rey respecto del Gobierno, tesis contraria a toda sistemática de la propia Constitución; y a considerar que el refrendante participe junto con el Rey en la producción del acto regio» (Herrero y Rodríguez De Miñón, *op. cit.,* pp. 328-329).

[30] *Vid.* González-Trevijano, *op. cit.,* pp. 177-215 sobre casuística de los actos principales sometidos a refrendo; las páginas siguientes recogen los actos excluidos del mismo. *Vid.* también García Canales, M., «El refrendo en las Monarquías…», *op. cit.,* pp. 256-278 y Cáceres Crosa, *op. cit.,* pp. 87-155.

a propuesta de su Presidente (arts. 62.e. y 100 CE), o la expedición de Reales Decretos (art. 62. f CE). En estos casos la intervención del Monarca no tendría prácticamente ningún significado a la hora de la iniciativa y de la decisión del acto a refrendar, lo que no quita para que la misma se considere como imprescindible para que el acto goce de validez.

b) Intervención equivalente de la voluntad regia refrendada y la voluntad refrendante. Así, los nombramientos del Presidente del Tribunal Supremo y de los Magistrados (excepto los propuestos por el Gobierno, que se encuadrarían en el apartado anterior) y Presidente del Tribunal Constitucional (arts. 123, 159 y 160 CE). En estos casos se observa una simetría entre las voluntades del órgano «Monarca» y del órgano refrendante, ya que ninguno de ellos tienen la iniciativa ni la decisión sobre el acto que se va a refrendar. No obstante lo anterior, podemos establecer una triple funcionalidad de esta equivalencia en las intervenciones. Así, destaca el autor citado, se produce un triple control, bien sea de legalidad, de concurrencia del cumplimiento de unos requisitos constitucionales, o de la oportunidad de la decisión tomada [31].

c) Actos asimétricos son aquellos en los que la intervención del Rey resulta de todo punto decisiva y la del órgano refrendante accesoria (eso sí, como requisito imprescindible de limitación formal, y para el logro de la validez del acto). Ejemplos de estos actos serían el derecho a conceder honores y distinciones (art. 62.f CE), o el artículo 99.1 CE del cual pregona que resulta «una decisión regia exclusiva, de la que el Presidente del Congreso, debidamente informado, da cuenta a la propia Cámara. La voluntad del refrendante-comunicante no llega a integrar decisión alguna, sino que se limita a transmitirla y asume la responsabilidad de acreditar el cumplimiento de unos trámites constitucionales» [32].

2. **El refrendo como acto resultante de dos voluntades autónomas**

En un intento de establecer un *tertium genus* entre posturas que abogan por dotar al Rey casi de poderes de prerrogativa o de poderes de reserva totalmente des-

[31] A través de este control de legalidad el refrendo, «tiene por objeto dar curso a una decisión de terceros ya sea procediendo a su promulgación ya atendiendo a una propuesta vinculante». Son los casos previstos en los artículos 123.2, 159 y 160 CE, referidos al nombramiento de miembros del Tribunal Supremo, y Presidente y Magistrados del Tribunal Constitucional no propuestos por el Gobierno; el control del cumplimiento de requisitos establecidos en la Constitución es el que se produce en los casos de los artículos 62 b) y 99 CE, mientras que el de oportunidad viene referido al artículo 63.3 CE sobre la declaración de guerra (Herrero y Rodríguez De Miñón, *op. cit.,* pp. 341-342).

[32] Así parece que lo pretendía la redacción del texto del Anteproyecto que establecía que el refrendo del Presidente del Congreso serviría «para autentificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Constitución para el ejercicio de esas potestades». El propio Herrero y Rodríguez De Miñón, *op. cit.,* p. 344, expresa que «cambió la redacción, pero no la intención» (*vid.* notas 17 y 22).

fasados dentro de un sistema democrático, y teorías «mecanicistas» o «planas», en terminología propia, los autores a los que nos referimos y que seguimos en este punto, abogan por que en los actos del Jefe del Estado se observa una doble presencia volitiva, voluntades a las que califican como autónomas, libres e incoercibles [33].

Así «la cuestión clave […] es el determinar si existen dos voluntades autónomas o por el contrario, si existe una voluntad autónoma, la del órgano refrendante, y una voluntad sujeta, en este caso la del Rey», pasando, una vez observada la realidad, a considerar que «existen dos voluntades autónomas, libres e incoercibles. Autónomas en cuanto que no dependen en absoluto la una de la otra, pueden darse por separado e incluso llegar a absurdos jurídicos […] respecto de actos refrendantes o actos refrendados operando en el vacío. Libres en cuanto que tanto la voluntad del Monarca como la voluntad del órgano refrendante se ejerce dentro de un ámbito de libertad predeterminado por la Ley Constitucional y, por lo tanto, no está sujeto en ningún caso a coacciones de ningún tipo. E incoercibles en cuanto […] conllevarán unas sanciones de carácter más o menos político que al final se substanciarán fundamentalmente en la dinámica de la titularidad subjetiva del oficio» [34].

Compartiendo las características objetivas, subjetivas y temporales referidas anteriormente respecto al acto complejo, no se van a predicar de éste sino antes bien de dos voluntades diferentes, preservando así la decisión que compete a cada uno de los órganos intervinientes. Se respeta así, de manera clara, la asunción de responsabilidad dimanante del acto refrendante a través de la interpretación de los artículos 64 y 56 CE [35]. Califican al refrendo como «sistema específico de coordinación de competencias entre el Monarca y el órgano refrendante», de «mecanismo equilibrador entre competencias del Rey o del Jefe del Estado y las del Gobierno de la Nación» [36].

Pero cuidado: para no dotar de un amplísimo margen de discrecionalidad a la voluntad del Monarca, los autores que defienden esta postura destacan que existen ciertos elementos que van a actuar como límites de las voluntades participantes, entre las cuales se sitúa la del Monarca. Son precisamente estos elementos objetivos, normalmente positivizados, los que hacen sustentar la existencia de atribuciones regias sin caer en la idea de la prerrogativa, institución mucho más cercana al siglo XIX que al actual [37].

---

[33] Fernández-Fontecha y Pérez De Armiñán, *op. cit.,* p. 285.
[34] *Ibid.*, pp. 278-279.
[35] *Ibid.*, p. 282.
[36] *Ibid.*, pp. 314 y 326-327.
[37] Consideran que «la actuación regia, independientemente de esas condiciones o de esos requisitos de autonomía, libertad e incoercibilidad que se predicaban de ella, no está absolutamente desligada, como pudiera ser en la Monarquía limitada o en la Monarquía constitucional incluso, de una serie de requisitos

O sea, que si bien cabe al Rey la sanción, promulgación y publicación de una ley, el artículo 91 CE le ordena imperativamente que lo haga en un plazo de quince días, por lo que el Monarca se encuentra sometido a dicho plazo, al igual que lo está a que sobrevengan las condiciones objetivas o presupuestos de hecho para poder obrar (en este caso, que se haya aprobado una ley en las Cortes Generales), además de atenerse a la finalidad establecida. Presupuestos fácticos, teleológicos y proporcionales que aparecen, pues, normativizados y que constituyen un claro exponente de que el Monarca, es un órgano constitucional más y, por ende, no es un ente «marciano», extraño constitucionalmente, desvinculado de las prescripciones de la «norma normarum» y del resto de nuestro ordenamiento a los que alude el artículo 9.1 CE.

3. **El refrendo como acto en el que se observa una única y verdadera voluntad**

Para otros autores en el refrendo encontramos una voluntad cierta, siendo calificada la otra voluntad concurrente como actividad debida y relacionalmente subordinada a la anterior. Se considera que «en todos los actos del Rey con refrendo, no existe más que una voluntad y nada más que una: en la mayor parte de los casos, la del refrendante; en algunos, la de un órgano ajeno a la del refrendado y refrendante; y en contados casos, exclusivamente la del refrendado» [38].

Si desde la óptica de su formalización los refrendos pueden clasificarse en expresos (normalmente por escrito), tácitos (presenciales) y presuntos (sólo cabe como prueba de la disconformidad con el acto regio la dimisión del órgano refrendante), dentro de los primeros y atendiendo a la voluntad prevalente en dichos actos, podemos encontrarnos con la existencia de:

a) El refrendo calificado como originario ya que «coincide totalmente […], con el refrendo que nació con la Monarquía constitucional y en el que la

legales o constitucionales impuestos por la normativa vigente. Y es que «las potestades del Rey existen y […] están limitadas, en primer lugar, por la existencia de unos presupuestos de hecho para la actuación de las mismas; en segundo lugar, por la existencia de un fin de la actuación juridico-pública del Rey, que tiene su más alta expresión en las finalidades que le atribuye la Constitución, y en tercer lugar, que la actuación del Rey en ningún caso puede sobrepasar un mínimo de proporcionalidad a la hora de adecuarse a los fines para los que están previstas dichas potestades». (*Ibid.*, pp. 288 y 292).

[38] De Esteban, J.; González-Trevijano, P. J., *Curso de Derecho Constitucional español*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992-1994, 3 vols., vol. III, pp. 84 y 86-88. Es de idéntica opinión Belda Pérez-Pedrero, E., *El poder del Rey. Alcance constitucional efectivo de las atribuciones de la Corona*. Senado, Madrid, 2003, p. 195. Muy sugerente la obra del catedrático manchego *¿Qué le falta a la Monarquía española para estar plenamente racionalizada? La Monarquía española del siglo xxi.* Aranzadi-Lex Nova, Valladolid, 2015. En p. 96 parece abogar hacia la «inexistencia de margen alguno de decisión», bien que luego establece excepciones.

voluntad unilateral del Monarca era la que decidía exclusivamente el acto: el refrendante contrafirmaba el acto genuino del Rey para endosar la responsabilidad del mismo, sin haber tenido parte en él. Tal refrendo, que denominamos así originario, constituye en la actualidad un residuo de los poderes del Monarca en la Monarquía constitucional y únicamente aparece en varios casos […]: el nombramiento de los cargos civiles y militares de la Casa del rey, en algún supuesto de la propuesta a candidato del Presidente del Gobierno, en la prohibición de matrimonios regios y en la concesión de ciertos títulos y honores. En todos estos casos, el refrendante no interviene en la confección del acto que es competencia genuina del Monarca» [39].

b) Refrendo derivado. Es aquel refrendo en el que la iniciativa del acto y la voluntad decisoria radica en el órgano refrendante. Así, por ejemplo, la firma por el Monarca de las Reales Decretos (art. 62 f. CE). Su denominación la recibe porque precisamente nos encontramos con que la participación de los órganos refrendante y refrendado se articula de manera contraria a la primigenia del refrendo.

c) Refrendo traslaticio, así denominado porque ni el órgano refrendante ni el refrendado intervienen en la iniciativa y aprobación del acto a refrendar, el cual aparece como consecuencia de la voluntad de un tercer órgano. Así ocurre con el nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional que son propuestos por el Congreso, Senado o Consejo General del Poder Judicial (art. 159 CE), o la actuación real en torno a las leyes aprobadas por las Cortes (art. 91 CE).

VIII. EFECTOS DEL REFRENDO

Según observamos en la redacción literal del artículo 56.3 CE y exceptuando lo previsto en el artículo 65.2, los actos del Monarca no refrendados carecen de validez. Por tanto, independientemente de que el refrendante participe o no en la iniciativa o en la decisión del acto, nos encontraremos ante una nulidad radical procedimental ante el incumplimiento de lo previsto constitucionalmente.

[39] De Esteban y González-Trevijano, *op. cit.,* p. 87. No por obvio podemos dejar de señalar que, en la actualidad se puede mantener este refrendo residual en virtud de la diferente correlación de fuerza existente en el binomio poder monárquico y democrático. Es decir, que aunque el modelo de actuación Rey-órgano refrendante sea similar al de las Monarquías constitucionales, al depender el Gobierno (y el Presidente del Congreso en su caso) de la voluntad popular y no de la del Monarca, siempre pueden actuar con aquella «facultad de impedir» a la que aluden los autores franceses.

Pero, lógicamente, se nos presentan como más interesantes los efectos del refrendo cuando éste se produce. Según indica el artículo 64.2 CE «de los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden» [40]. Como ya expuse, la virtualidad primera del refrendo es la asunción de la responsabilidad que el mismo conlleva.

Siendo cierto lo anterior, debido al carácter polifuncional del refrendo, la responsabilidad aludida no puede ser homogénea en todos los casos, dependiendo del binomio iniciativa-decisión, variando así desde la asunción de una responsabilidad netamente formal, certificante, a una material, que puede ser normativa o de oportunidad política.

Así parece desprenderse de la STC 5/1987 en cuyo Fundamento Jurídico 3.º podemos leer que «el refrendo resulta así […] un instituto autónomo en el proceso de formación de los actos jurídicos, en el que no aparece como elemento esencial la participación activa del refrendante en el contenido de los mismos. En el contexto constitucional la responsabilidad (en la medida en que corresponda en cada caso), aparece derivada del refrendo, y no a la inversa […]». Se observa pues una crítica insoslayable constitucionalmente a la teoría de la imputabilidad de la responsabilidad como causa del refrendo, siendo así que es este último el que atribuye en cada caso concreto la correspondiente responsabilidad.

Continúa la sentencia, refiriéndose a los actos públicos del Rey incardinados en otros poderes prescribiendo que «la autoridad refrendante se limita, con su firma, a responder de la adecuación del acto real al ordenamiento jurídico-constitucional, sin haber intervenido en la menor medida en la determinación de su contenido». De lo anterior se colige que el sujeto refrendante responde de la adecuación del acto real, tanto si en el acto decide como si no lo hace, si bien con diferente grado. Así en caso de no participar, responde únicamente de la adecuación normativo-formal [41].

---

[40] STC 5/1987 (FJ2.º): «El refrendo supone, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2.º del mismo artículo 64, la asunción de responsabilidad de los actos del Rey por las personas que los refrenden». Continúa la sentencia caracterizando al refrendo constitucionalmente con las «siguientes notas: a) Los actos del Rey deben ser siempre refrendados, con la salvedad prevista en el propio artículo 56.3. b) En ausencia de refrendo dichos actos carecen de validez. c) El refrendo debe realizarse en la forma fijada en el artículo 64. d) La autoridad refrendante en cada caso asume la responsabilidad del acto del Rey».

[41] El caso planteado es la colisión entre lo prescrito en el artículo 152.1 CE respecto al nombramiento «por el Rey» del Presidente de las CCAA, y el desarrollo que del artículo 33.3 del Estatuto de Autonomía realiza la Ley Vasca de Gobierno en su artículo 4.2. Si el primero de ellos establecía la posibilidad de que al Parlamento vasco determinase por ley la forma de elección del Presidente y sus atribuciones, esta última establece que «el Real Decreto de nombramiento de Lehendakari será refrendado por el Presidente del Parlamento vasco», figura esta, la del presidente del parlamento regional, que no se corresponde con ninguna de los órganos refrendantes que establece la Constitución española.

IX. CONCLUSIONES

1. En cuanto al sujeto refrendado, en nuestra forma política de Monarquía parlamentaria, no cabe la menor duda que es el Jefe del Estado (Rey o Regente) el que encuentra sus actos públicos sometidos a refrendo.

Pero no todos los actos del Monarca se encuentran sometidos a refrendo, siendo teóricamente excepcionados aquellos que así lo indique la Constitución, los dimanantes del ejercicio de los derechos fundamentales que como individuo corresponden también al Monarca y todos aquellos que no impliquen relevancia jurídico-pública, en fines, presupuesto de hecho o medios. La diferenciación teórica es clara, no tanto así la realidad de determinados actos cuya relevancia puede ser más pública que privada, o al contrario.

2. En lo tocante a los sujetos refrendantes, nos encontramos una norma general, consistente en que sean los miembros del Ejecutivo, destacando, como

---

La representación del Gobierno vasco a lo largo del Antecedente segundo, argumenta a) que el refrendo, como acto jurídico complejo en el que se aprecia la concurrencia de voluntades de naturaleza diferente, cumple hoy día con la principal función de realizar un traslado de la responsabilidad del órgano refrendado al refrendante; b) de ese traslado de responsabilidad, diferencia dos tipos de actos sometidos a refrendo: «los actos cuyo contenido no ha sido fijado por la voluntad del refrendante y aquellos en los que éste tiene una participación activa en su contenido, siendo por lo tanto a él imputable la responsabilidad del mismo». De este argumento, en negativa, se deduce pues que, respecto a los otros actos, no se imputa la responsabilidad, a pesar de la literalidad del artículo 64 CE; por lo anterior, en los casos de actos de contenido no fijado por la voluntad del refrendante, el refrendo se diluye y «resulta difícil comprender porque debe refrendar quien no puede asumir ningún grado de responsabilidad sobre el contenido del acto».

La representación de la administración vasca colige que la imputación de la responsabilidad (art. 64.2 CE) se convierte en elemento clave para establecer el sujeto refrendante, por lo que se concluye que «la lectura del artículo 64.1 de la Constitución debe realizarse entendiendo que son sujetos legitimados para efectuar el refrendo tanto el Presidente como los Ministros siempre y cuando el acto que refrendan entre dentro de su ámbito o esfera competencial de acuerdo con las funciones que la Constitución les atribuye. La lectura contraria […] supone transformar la institución del refrendo en una institución vacía, dado que la responsabilidad en los demás casos no puede más que extenderse al simple acto formal y no al contenido en sí del mismo».

Frente a este alegato, en el Antecedente sexto de la STC 5/1987, la Abogacía del Estado, argumenta que la función principal del refrendo es la responsabilista, pero no apoya la identificación del órgano refrendante a partir de la determinación del sujeto volitivamente responsable del acto a refrendar. Considera que, de la conjunción de los artículos constitucionales relativos al refrendo, se observa que «la responsabilidad sólo puede ser efecto de la competencia para refrendar y no […] ser la competencia para refrendar efecto de la responsabilidad». Por ello concluye argumentando que «el refrendo es una institución autónoma en el proceso de la formación de los actos jurídicos y por ello es natural que comprenda tanto los actos en los que el refrendante tiene una participación activa en su contenido como aquellos en los que este contenido no ha sido fijado por la voluntad de aquél. En uno y otro caso existe siempre la responsabilidad del refrendante, si bien ésta puede asumir un distinto contenido o extensión. En unos casos es meramente formal; en otros, alcanza también al contenido del acto».

Esta teoría sostenida por el Abogado del Estado permite, en primer lugar, la expansión fáctica del refrendo respecto de actos situados fuera de la esfera de actuación del poder Ejecutivo, por lo que la determinación del contenido del acto no viene dada por el refrendante ministerial ordinario. Lo anterior conlleva la asunción de que la responsabilidad sigue existiendo, pero graduada según la intervención del órgano refrendante en la decisión que da lugar al acto a refrendar. *Vid.* nota 4.

no podía ser de otra manera, el Presidente del Gobierno. En el caso de que el Ejecutivo no esté constituido, los actos regios se refrendan por otra magistratura constitucional, tal cual es el Presidente del Congreso de los Diputados. Pero, tal y como se observa en la STC 5/1987 (FJ 3.º), no se opta por la atribución de la imputabilidad como elemento definitorio del sujeto refrendante, ya que (FJ 2.º), los sujetos refrendantes que establece el artículo 64.1 CE son los únicos posibles para la realización correcta del refrendo.

3. Respecto a las funciones del refrendo, debo destacar tres como más importantes. A saber, la certificante de la voluntad regia, la limitadora formal y la material. Parto de la base de que, en nuestro sistema constitucional, todo refrendo conlleva asunción de responsabilidad, y que, en virtud del órgano que desarrolle la actividad inicial-determinativa del contenido material del acto a refrendar, así será la gradación de la responsabilidad del órgano refrendante. Con ello destaco la opinión de que la responsabilidad de la que hablo no se refiere única y exclusivamente a la que existe cuando se produce una limitación material del refrendante respecto al refrendado, supuesto éste ya anquilosado por el devenir histórico, sino que, aunque en diferente grado, la responsabilidad se produce siempre respecto al acto regio, si bien difiere en intensidad dependiendo del papel de los sujetos refrendante y refrendado en la iniciativa y determinación del acto. Concluyo abogando por diferentes funciones, pero siempre preñadas de responsabilidad tal y como explicaré más adelante al establecer mi propia taxonomía.

4. Atendiendo a la naturaleza jurídica del refrendo, considero que ha de dejarse al margen, por no compartirla, aquella teoría que «capitidisminuye» la actuación regia reduciéndola a meros actos debidos, olvidando, entre otros argumentos la «noluntad» del Jefe del Estado. Corresponde pues establecer la discusión sobre si el refrendo aparece como acto complejo o como acto en el que concurren dos voluntades libres y autónomas.

Creo que las voluntades de ambos sujetos partícipes en el refrendo, son libres, incoercibles y autónomas, tendentes a la consecución de un acto que responde a un fin deseado, siguiendo el procedimiento establecido, respetando límites materiales y formales y la teleología correspondiente.

No comparto, salvo que de una ficción jurídica se tratase, el carácter simultáneo en la concurrencia de ambas voluntades. La propia dicción del artículo 64 CE al hablar de que los actos «serán» refrendados, aludiendo a este hecho en tiempo futuro, como la propia realidad, establecen muros infranqueables respecto a la simultaneidad volitiva.

5. Teniendo en cuenta los elementos de iniciativa y decisión que conforman el contenido material del acto a refrendar, cabe diferenciar entre refrendos

simétricos, (o aquellos en la que la iniciativa-determinación material del acto provienen de un órgano ajeno a los intervinientes en el refrendo)[42], y de refrendos asimétricos o aquellos en los que la decisión última corresponde a uno de los sujetos participes del refrendo, prevaleciendo la decisión de uno respecto a la del otro[43]. En suma, que abogo por una clasificación material del refrendo que diferencia la ubicación de la iniciativa-decisión del acto, separando si esta recae sobre un sujeto ajeno al refrendo (son casos en los que el Rey actúa fuera del ámbito de poderes del Ejecutivo), o sobre los que en él intervienen.

6. En consonancia con lo anterior, los efectos del refrendo variarán en unos u otros casos. Si no se realiza y fuese debido, tal y como establece el Texto Constitucional, el acto carece de validez. Si se cumple con el requisito anterior, y partiendo genérica y obligadamente, de la asunción de responsabilidad, ésta ha de graduarse en virtud del principio de la iniciativa-decisión imbricado con aquel de la expansividad de los actos sujetos a refrendo. Me remito al FJ 3.º de la STC 5/1987 en el que se puede observar con claridad cómo se gradúa la responsabilidad y es que, refiriéndose a estos actos sometidos a refrendo incardinados fuera del Ejecutivo (a esta expansividad es a la que aludo), considera que «en estos supuestos la autoridad refrendante se limita, con su firma, a responder de la adecuación del acto real al ordenamiento jurídico-constitucional, sin haber intervenido en la menor medida en la determinación de su contenido».

Se desprende de lo anterior que, si se produce esa intervención, la responsabilidad se incrementará respecto a la función limitativa material del refrendo. Aplicado lo dicho a la clasificación refrendaria, aparece como obvio que en el caso de los refrendos asimétricos se realiza una traslación de responsabilidad que únicamente responde de la adecuación del acto regio a las previsiones constitucionales. Asimismo, en el caso de los refrendos simétricos nos encontramos con que se asume el principio limitativo material y no simplemente formal, ya que en cualquier caso el miembro del Ejecutivo que refrenda no depende del Monarca políticamente. Así, si la iniciativa y decisión dependen del Presidente del Gobierno o Ministros, no cabe duda alguna; pero si dependiese del Monar-

[42] Se corresponderían con los actos equivalentes de Herrero y Rodríguez De Miñón y con los denominados traslaticios de De Esteban y González-Trevijano.

[43] Me refiero a los actos regios en los que la decisión última corresponde a alguno de los sujetos participantes en el refrendo, resultando que la voluntad de alguno de ellos debe prevalecer sobre la del otro. Así encontramos, en primer lugar, refrendos en los que prevalece la iniciativa/decisión del órgano refrendante (sería el primer grupo al que alude Herrero y Rodríguez De Miñón, los casos de prevalencia del órgano refrendante de Fernández-Fontecha y Pérez De Armiñán, y los incardinados dentro del refrendo derivado por De Esteban y González-Trevijano) y, en segundo término, los refrendos en los que la iniciativa/decisión que prevalece es la del órgano refrendado. En este caso se corresponderían con los actos asimétricos de Herrero y Rodríguez De Miñón, o los clasificados como dentro del refrendo originario por De Esteban y González-Trevijano.

ca, en virtud de esa no dependencia, con no refrendar el acto regio, no asumiría tal responsabilidad y lógicamente, el acto carecería de validez.

7. Concluyo con una definición de refrendo que, asumiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, le adiciona una serie de factores que considero relevantes. Refrendo, pues, sería aquel acto del proceso formativo de la actividad jurídico-pública del Monarca en el que concurren voluntades diferentes, que supone una asunción de responsabilidad del sujeto refrendante, graduada en virtud de los principios materiales de iniciativa-decisión, junto al de ampliación del ámbito de aplicación; responsabilidad siempre necesaria y derivada del refrendo, y no a la inversa.

Definición ésta totalmente instrumental, con la que intento cerrar la argumentación que he venido desarrollando; argumentación esférica con la que se ha intentado constatar cómo las teorías pendulares (que o bien niegan la actividad regia o la elevan a cotas preparlamentaristas), deberían dejar paso a otras que admitan en su seno las diferentes funcionalidades del actual refrendo y la posible presencia activa en el mismo de la voluntad de un Monarca que así «reina pero no gobierna», como dijera Thiers hace ya casi dos siglos, en otra circunstancia histórica diferente. Y reina como Jefe de Estado que es, dentro de un régimen constitucional parlamentarista, alejándose así de los indebidos y demasiado frecuentes excesos tanto de republicanismo antidemocrático como de «realismo» casposo decimonónico, tan lamentablemente frecuentes hoy día como alejados de la realidad de una Monarquía parlamentaria moderna, del siglo XXI, como la que encarna SM El Rey Felipe VI.

Cuarenta y seis años después, conviene no olvidar que disfrutamos de una democracia consolidada, dentro de una España constitucional que tardó mucho en cristalizar, en ver la luz. Aprendamos de nuestros aciertos y no los convirtamos en errores por mor de una reescritura interesada de una historia que debe llenarnos de orgullo por lo que supuso la superación de ese goyesco duelo a garrotazos al que algunos, demasiados, quieren volver.

Recuerde el lector el cuadro citado; no se quede en el indudable enfrentamiento que queda en primer plano; advierta la desolación, el páramo convivencial, intelectual, social… vital, que enmarca la pintura y que, como fondo, como «aquello que está», lo que queda permanente, que diría Maquiavelo, resulta tremendamente demoledor.

Lo relevante es, y así debe ser, España y la libertad e igualdad de los españoles, es decir, el interés general, «lo stato». Nunca busquemos protagonistas que no lo son, ni confiemos en políticos que no merecen tal nombre.

LA MONARQUÍA VISTA DESDE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Luis Jimena Quesada
Universitat de València

I. INTRODUCCIÓN: LA INSTITUCIÓN Y LAS PERSONAS, ENTRE MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y CONSTITUCIONALIZACIÓN EUROPEA

De entrada, el hecho de que la Monarquía sea la forma de la Jefatura del Estado menos frecuente actualmente en el mundo, y también en Europa [1], no ha comportado que tanto la institución como la persona o personas que la encarnan hayan quedado exentas de contenciosos individuales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En efecto, en principio es dado pensar que la institución monárquica, como tal, no habría de generar conflictos que lleguen ante la Corte de Estrasburgo, dado que la forma de la Jefatura del Estado (sea República, sea Monarquía) configura una opción del constituyente en cada país.

[1] Una breve síntesis de los aspectos actuales más relevantes de las monarquías existentes en la Unión Europea, en LEDROIT, Valentin, «Quelles sont les 6 monarchies de l'Union européenne?», 16 de enero de 2024: https://www.touteleurope.eu/vie-politique-des-etats-membres/quelles-sont-les-6-monarchies-de-l-union-europeenne/. Más ampliamente, en el continente europeo se cuentan diez Monarquías hereditarias: el Reino de Bélgica; el Reino de Dinamarca; el Reino de España; el Gran Ducado de Luxemburgo; el Principado de Liechtenstein; el Principado de Mónaco; el Reino de Noruega; el Reino de los Países Bajos; el Reino de Suecia, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Otras dos monarquías no son hereditarias: el Estado de la Ciudad del Vaticano (Santa Sede) y el Principado de Andorra.

Por tanto, ese elemento de la identidad constitucional habría de quedar teóricamente excluido del control jurisdiccional europeo [2], debiendo entonces verse abocados los supuestos que suscitaran dicho control a la inadmisión o, en el mejor de los casos, a una resolución de fondo avalando el margen de apreciación nacional en dicho ámbito. A este respecto, es sabido que la configuración democrática de la Monarquía como institución simbólica (el poder político «significado en símbolos e insignias») [3] comporta, desde la «perspectiva constitucional nacional», que su titular (Reina o Rey) «reina, pero no gobierna»; o, en otras palabras, siendo simbólico el ejercicio de las funciones constitucionales atribuidas a la persona titular de la Monarquía, la responsabilidad por el ejercicio efectivo recaerá sobre la persona (en nuestro caso, normalmente el Ministro o Ministra competente) que proceda al refrendo.

Por ello mismo, sería prácticamente inconcebible poner en entredicho ante el TEDH a la institución monárquica por ese ejercicio constitucionalmente simbólico de sus actos debidos. En la misma línea, desde la «perspectiva constitucional europea», es justamente la configuración democrática de la Monarquía la que propicia la coherencia con los pilares del Consejo de Europa (Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos) para que un país miembro acceda y permanezca en la Organización y, consiguientemente, sea Parte Contratante del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Sucede, sin embargo, que sin perjuicio de dicha configuración democrática y de la pertenencia al Consejo de Europa, en algunos Estados miembros determinadas funciones constitucionales van impregnadas de una combinación de elementos simbólicos y de competencias efectivas [4], siendo precisamente estas últimas las que pueden plantear problemas de conculcación de los derechos reconocidos en el CEDH y sus Protocolos tras el agotamiento de los recursos internos. De manera análoga, existen supuestos en donde la frontera entre la

---

[2] La noción de identidad constitucional (igual que la de «contra-límites») se concibe corrientemente de modo positivo, en clave de sinergias con los estándares internacionales de derechos humanos, cuando justamente el estándar nacional se perfila más elevado. Sin embargo, existen posturas que utilizan dicha noción para limitar los fenómenos de la globalización e internacionalización del Derecho: con tal enfoque restrictivo, Núñez Poblete, M. A., «Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al Derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona», en: *Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 2, 2008, pp. 360-361: «Si el Derecho internacional es un límite al ejercicio de la soberanía, la identidad constitucional es un concepto que configura, o delimita, las fronteras de dicho límite y, por lo tanto, cumple una función constitucional».

[3] García Pelayo, M., «Mito y actitud mítica en el campo político», en: *Obras Completas*. Tomo III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 2729.

[4] En relación con esta cuestión, resulta interesante advertir sobre la confusión entre la cortesía que requiere la constitucionalización del símbolo y la presunta capacidad de decisión, como ha analizado Belda Pérez-Pedrero, E., «La Corona simbólica de hoy (y de mañana), con ciertas reformas», en: *Teoría&Derecho*, núm. 35, 2023, en particular, pp. 37-40.

institución monárquica y quien la personifica se perfilará tenue [5] y, en consecuencia, esa segunda dimensión personal puede dar pie a que afloren cuestiones relativas al respeto de los derechos convencionales no cubiertas por irresponsabilidad, inviolabilidad o inmunidad de las personas integrantes de la Corona.

Sobre este punto, cabe avanzarlo ya, el TEDH no ha dado pábulo a las normas nacionales (ni siquiera a las disposiciones constitucionales) que establezcan irresponsabilidad frente a posibles violaciones de los derechos consagrados en el CEDH y sus Protocolos: lo veremos, en su vertiente pasiva, con motivo de la STEDH *Wille c. Liechtenstein* de 28 de octubre de 1999 (apartado II, *infra*); y lo comprobaremos, correlativamente, en su vertiente activa, con ocasión de la STEDH *Vittorio Emanuele di Savoia c. Italia* de 24 de abril de 2003, durante cuya sustanciación se produjo incluso la reforma de la disposición constitucional controvertida (apartado III, *infra*). Lo cual implica, en cierta medida, configurar un vector de constitucionalización europea que relativiza la teoría del margen de apreciación nacional [6]; o, en otros términos, la jurisprudencia del TEDH se ha convertido en factor de transformación constitucional a escala nacional [7], habiendo llegado a tener impacto en la configuración e imagen constitucionales de la Monarquía.

En las coordenadas expuestas en este apartado primero, el bloque central del presente trabajo (apartados segundo y tercero) se ocupará de aquellas situaciones en las que la Monarquía se ha puesto en entredicho a escala estatal (dimensión pasiva) bajo el ángulo del cumplimiento del CEDH y sus Protocolos, así como de aquellos otros supuestos en los que personas pertenecientes a Casas Reales (o personas afines, nostálgicas o defensoras de la Monarquía) han ejercido la legitimación activa ante el TEDH como pretendidas víctimas de los derechos convencionales. Se pondrá colofón al estudio con unas reflexiones finales sobre el alcance oscilante del respeto institucional y la modernización de la Monarquía (apartado cuarto).

---

[5] Al comentar el apdo. 1 del artículo 56 de la Constitución Española de 1978, señala Alzaga Villaamil, Ó., *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*. Marcial Pons, Madrid, 2.ª ed. 2016, p. 296: «la palabra Rey con que se abre este apartado debe ser interpretada también en su aspecto impersonal (usualmente descrito mejor con el término "Corona"), pues esta condición de transpersonalidad es la que da pleno sentido a algunas de las afirmaciones que siguen en este apartado, y en concreto a la de predicar del mismo que "es símbolo de su unidad (la del Estado) y permanencia"».

[6] Frente a ello, se ha advertido que el Protocolo núm. 15 al CEDH ha perseguido incidir en la subsidiariedad y dar soporte a ese margen de apreciación nacional: López Guerra, L., «Los Protocolos de reforma núm. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en: *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 49, 2014, pp. 11-29.

[7] Ello a través de la eficacia general y *supra partes* de pronunciamientos paradigmáticos (*leading cases*) del TEDH que trascienden el impacto de los titulares o víctimas de los derechos y libertades convencionales, como ha estudiado García Roca, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Aranzadi, Cizur menor, 2019, particularmente pp. 175-203.

II. LA DIMENSIÓN PASIVA DE LA MONARQUÍA ANTE EL TEDH

La vertiente pasiva de la persona titular de la Monarquía ha sido objeto de litigios que han alcanzado la Corte de Estrasburgo, señaladamente en asuntos en donde han entrado en colisión las libertades informativas y el grado de crítica susceptible de ser soportado por la Corona en el plano del respeto institucional o simbólico.

Un asunto emblemático en donde el TEDH intentó fijar su posición con respecto a esa difícil conciliación de derechos e intereses en juego vino dado por la STEDH *Colombani y otros c. Francia* de 25 de junio de 2002. El caso tuvo su origen en los avatares del acercamiento entre Marruecos y la Unión Europea (UE), a propósito del análisis de la candidatura del país magrebí como socio comunitario europeo, en cuyo marco se tuvo en consideración el controvertido estudio de la producción y el tráfico de drogas en Marruecos. La controversia vino provocada por la publicación de un artículo en la portada del diario *Le Monde* (edición del 3 de noviembre de 1995) en el que se calificaba a Marruecos como primer exportador mundial de hachís y se implicaba en ello al entorno del Rey a la sazón, Hassan II.

Así las cosas, el entonces Rey de Marruecos dirigió al Ministro francés de asuntos exteriores una petición oficial para actuar penalmente contra dicho periódico. Dicha petición fue transmitida al Ministro de Justicia, que a su vez requirió la actuación del Ministerio Fiscal, tras cuya intervención el Tribunal correccional de París llamó a comparecer al director y al autor de la publicación. Ambos fueron absueltos en sentencia de 5 de julio de 1996, tras entender esa primera instancia jurisdiccional que la publicación no contenía un ataque gratuito a la institución monárquica marroquí, ni deformaba o interpretaba abusivamente los extractos del informe que habían utilizado.

Por el contrario, la Corte de Apelación de París acogió el recurso del Rey de Marruecos y del Ministerio Público, dictando Sentencia de 6 de marzo de 1997 en la que se excluía la buena fe de los encausados (demandantes ante el TEDH), los cuales fueron declarados culpables de un delito de ofensa pública a un Jefe de Estado extranjero (previsto en el artículo 36 de la Ley de 29 de julio de 1881 sobre la libertad de prensa) [8]. Dicha resolución fue a su vez confirmada por Sentencia de 20 de octubre de 1998 de la Sala de lo Penal de la Corte de Casación, agotándose con ello los recursos internos.

[8] En el párrafo 25 de la STEDH *Colombani y otros c. Francia* de 25 de junio de 2002 se hace referencia a la jurisprudencia francesa de la propia Corte de Casación con respecto a la noción de ofensa o injurias hacia un Jefe de Estado extranjero.

A continuación, sustanciado el caso ante la Corte Europea de Estrasburgo, esta parte de la premisa de que la condena a los demandantes fue una injerencia en el ejercicio de su libertad de expresión (art. 10 CEDH), procediendo entonces a su examen con arreglo al triple test verificador de la pertinencia o no de dicha restricción o limitación, a saber: si dicha injerencia estaba prevista por la ley, perseguía un fin legítimo y era necesaria en una sociedad democrática.

En cuanto a los dos primeros requisitos, el TEDH constata que las jurisdicciones nacionales competentes se habían basado en una ley vigente (el citado artículo 36 de la Ley de prensa de 1881) y que sus resoluciones estaban motivadas en un fin legítimo, como es proteger la reputación y los derechos de otros, en este caso del Monarca de Marruecos que reinaba en aquel momento (párrafo 62 de la Sentencia). Ahora bien, otra valoración alcanza el TEDH al examinar si la injerencia estaba justificada y era necesaria en una sociedad democrática, y en particular si era proporcionada a la luz de los motivos proporcionados por las autoridades nacionales; o, en otras palabras, si las autoridades nacionales habían hecho un uso correcto de su poder de apreciación al condenar a los demandantes por ofensa (párrafo 63).

Pues bien, al examinar este último requisito, el TEDH ya avanza una tensión entre el reseñado fin legítimo perseguido por la injerencia y el interés del público, en particular el público francés, de obtener información «sobre la evaluación por la Comisión Europea de un problema como el de la producción y el tráfico de drogas en Marruecos, país que había presentado su candidatura a la Unión Europea y que, en cualquier caso, mantenía estrechas relaciones con los Estados miembros, en particular con Francia» (párrafo 64). Por otra parte, el TEDH recuerda que los periodistas están sometidos a los «deberes y responsabilidades» a que alude el apartado 2 del artículo 10 CEDH, debiendo actuar de buena fe para «proporcionar informaciones exactas y dignas de crédito en el respeto de la deontología periodística» (párrafo 65).

Llegados a este punto, resulta de gran interés la ponderación realizada a renglón seguido por el TEDH. Así, de un lado, subraya que los demandantes habían sido sancionados porque el artículo había dañado la reputación y los derechos del Rey de Marruecos. No obstante, y de otro lado, el TEDH llama la atención sobre la diferencia entre el régimen común de la difamación y la acusación de ofensa (injurias) atribuida a los recurrentes, la cual «no permitía a los demandantes invocar la *exceptio veritatis*, es decir, probar la veracidad de sus alegaciones para eludir su responsabilidad penal»; por ello mismo, concluye el TEDH, «esta imposibilidad de invocar la excepción constituye una medida excesiva para proteger la reputación y los derechos de una persona, incluso en el caso de un Jefe de Estado o de Gobierno» (párrafo 66).

Con estos parámetros, el TEDH acaba considerando que la tipificación del delito de ofensa o injurias resulta atentatorio para la libertad de expresión y no responde a ninguna «necesidad social imperiosa» susceptible de justificar dicha restricción. Por lo tanto, concluye precisando que lo que atenta contra la libertad de expresión es el régimen derogatorio de protección previsto en el artículo 36 para los Jefes de Estado extranjeros, y en modo alguno el derecho de estos últimos a que los ataques a su honor o reputación, o los comentarios injuriosos proferidos contra ellos, sean castigados en las mismas condiciones jurídicas previstas para cualquier persona (párrafo 69). En suma, para el TEDH, las razones aducidas por el Estado demandando no bastaban para demostrar que la injerencia denunciada era «necesaria en una sociedad democrática»; consecuentemente, a pesar del margen de apreciación de las autoridades nacionales, el TEDH consideró que no existía una relación razonable de proporcionalidad entre las restricciones impuestas a la libertad de expresión de los demandantes y el objetivo legítimo perseguido, con violación del artículo 10 CEDH.

Por lo demás, una conclusión similar, de violación del artículo 10 CEDH, fue pronunciada en un caso análogo contra España, concretamente la STEDH *Gutiérrez Suárez* de 1 de junio de 2010, que tuvo su origen en la condena civil del demandante, por haber publicado en el periódico del que era director (*Diario 16*) declaraciones calificadas como ofensivas respecto de un Jefe de Estado (de nuevo, el Rey de Marruecos) al implicarlo en tráfico internacional de estupefacientes. A tal efecto, el TEDH no dio por buena la Providencia de inadmisión del recurso de amparo de fecha 15 de noviembre de 2006 (no publicada y, por tanto, únicamente conocida a través de la Sentencia del propio TEDH –párrafos 11 a 13–) en la que se reprochaba al periódico no haber verificado de manera adecuada el contenido de la información, no considerándola entonces veraz; frente a ello, el TEDH observó que «el artículo publicado hacía referencia a las informaciones de que disponía la periodista en el momento de su redacción, estimando que no se puede exigir a la autora de la información que conozca el resultado futuro de un proceso penal pendiente iniciado dos meses antes de que se dicte sentencia condenatoria, ni que busque informaciones policiales y judiciales que son, por su propia naturaleza, reservadas» (párrafo 37).

Conviene recordar que, de algún modo, esta línea de argumentación ya había sido vislumbrada en la STEDH *Castells c. España* de 23 de abril de 1992 en donde, si bien no se aludió directamente al Rey a la sazón, sí se planteó el alcance de las declaraciones efectuadas por el demandante en torno a la atribución de graves hechos delictivos (terrorismo) a las instituciones del Estado. Es

cierto que en esa Sentencia no se hiló tan fino por el TEDH, es decir, no entró en su razonamiento a discernir entre el delito de injurias a las instituciones y el delito de calumnias [9], siendo el primero (no susceptible de *exceptio veritatis*, a diferencia del segundo) el que se imputó «estratégicamente» al recurrente. No obstante, además de confirmarse la jurisprudencia europea acerca de la libertad de expresión como uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática que cubre tanto las informaciones e ideas inofensivas como las molestas (pues así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no hay sociedad democrática) [10], la cuestión acerca de la posibilidad de acreditar la veracidad de las declaraciones litigiosas sí estuvo en el fondo del debate [11]; y, en cualquier caso, la conclusión alcanzada por el TEDH fue asimismo de vulneración del artículo 10 CEDH.

Continuando con España, es verdad que el TEDH ha seguido manteniendo una postura laxa en cuanto a la aceptación de la crítica, más amplia con relación a personajes públicos, formulada al titular de la Monarquía. Así se confirmó en la STEDH *Otegi Mondragon c. España* de 15 de marzo de 2011, en donde realmente se entremezclaban informaciones (eventualmente susceptibles de plantear la *exceptio veritatis*) y expresiones e ideas (de índole política y más subjetivas) [12], lo que el TEDH recondujo al juego

[9] Si bien el TEDH se hizo eco de la problemática planteada por la normativa y la jurisprudencia nacionales en dicho terreno (párrafos 12 y 36), para más tarde tomar en consideración que «un intento de prueba era perfectamente concebible para muchas de estas afirmaciones [impunidad de los atentados perpetrados en el País Vasco que el recurrente denunciaba en su artículo], del mismo modo que el Sr. Castells podía razonablemente intentar demostrar su buena fe. Nadie sabe qué resultado habría obtenido el Tribunal Supremo si hubiera aceptado los ofrecimientos del demandante, pero el TEDH atribuye un peso decisivo al hecho de que los declarara inadmisibles por el delito en cuestión. Estima que tal injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión del interesado era innecesaria en una sociedad democrática» (párrafo 48).

[10] Párrafo 42 de la STEDH *Castells*, que se remite a otras previas en el mismo sentido como las SSTEDH *Handyside c. Reino Unido* de 7 de diciembre de 1976, párrafo 49, y *Observer and Guardian c. Reino Unido* de 26 de noviembre de 1991, párrafo 59.

[11] Como acertadamente estudió Freixes Sanjuán, T., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación», en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 15, 2003, p. 483: «el Asunto Castells plantea la posibilidad de exigir que se permita la prueba de veracidad en un juicio interno en el que se acusa al Sr. Castells de injurias al Gobierno por haber publicado un artículo exigiendo responsabilidades por determinados asesinatos habidos en el País Vasco durante la denominada transición a la democracia en España. El TEDH entiende que en determinadas circunstancias, y mucho más cuando se trata de la libertad de expresión e información de un político elegido por el pueblo, los límites a estos derechos deben ser entendidos en forma estricta y justificarse muy severamente, por lo que el TEDH determina que el Gobierno hubiera tenido que permitir que el Sr. Castells probara la veracidad de sus informaciones».

[12] Las declaraciones litigiosas que pronunció el demandante, en calidad de portavoz de su grupo parlamentario, con motivo de la visita en febrero de 2003 del Rey de España al País Vasco para participar junto al Presidente del Gobierno autónomo en la inauguración de una central eléctrica en la provincia de Vizcaya, se recogen en el párrafo 10 de la Sentencia. Así, tras considerar que era «patético» y una «verdadera vergüenza política» que el Presidente autonómico se hubiera prestado a dicha inauguración al lado del Monarca, se expresó en estos términos: «¿Cómo es posible que se fotografíen hoy en Bilbao con el Rey

del principio de proporcionalidad para, finalmente, concluir que hubo violación del artículo 10 CEDH [13].

Cabe hacer notar que el grado de aceptación de la crítica molesta, en el supuesto del Jefe del Estado, no únicamente se suscita con respecto a la persona del Monarca, sino más ampliamente en clave de respeto institucional a lo que simbólicamente representa dicha institución; como consecuencia, es difícil que la crítica (académica, mediática y social) a este tipo de pronunciamientos del TEDH se revele unánime en sentido favorable o desfavorable. Esta impresión parece corroborarse en la más reciente STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* de 13 de marzo de 2018, que tiene su origen en la condena (por delito de injurias a la Corona del artículo 490.3 del Código Penal) a los dos recurrentes por haber quemado una fotografía de los Reyes de España en el curso de una concentración en una plaza pública con motivo de la visita institucional del Rey a Girona en septiembre de 2007. La Sentencia de la Corte de Estrasburgo concluyó que hubo violación del artículo 10 CEDH, con una proyección asimismo benévola para los recurrentes que tal vez resulte sorprendente en otros países en donde el respeto a las instituciones y símbolos nacionales se toma más en serio sin complejos.

El pronunciamiento del TEDH merece una doble consideración. En primer término, desde una aproximación positiva, el TEDH parece estar interpelando a un debate más amplio acerca de la no aplicación de penas de prisión para delitos de opinión o cometidos mediante un ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión. En segundo lugar, en contraste, se revela más discutible que el principio de proporcionalidad pueda devenir una especie de mantra (también en la doctrina constitucionalista) para asumir posturas cómoda y falsamente progresistas; me explico: ciertos comentarios doctrinales y algunos medios de comunicación han transmitido la impresión (de mala o buena fe) según la cual el TEDH avalaría simple y llanamente quemar fotos del Rey, en lugar

---

de España, cuando el Rey de España es el mando supremo del ejército español, es decir, el responsable de los torturadores y el que ampara la tortura e impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?».

[13] STEDH *Otegi Mondragon*, párrafos 60 y 61: a pesar de que la pena privativa de libertad impuesta al recurrente fue suspendida y, con ello, alivió su situación, el TEDH entendió que ello no borraba su condena ni los efectos de cualquier inscripción en el registro de antecedentes penales, de manera que, a pesar del margen de apreciación de las autoridades nacionales, el TEDH consideró «que la condena del demandante fue desproporcionada en relación con el objetivo perseguido». La ponderación en estos supuestos es compleja, dado que el ejercicio legítimo de la libertad ideológica o de la crítica jurídica, tal como ha sido avalada por la jurisprudencia europea, tampoco puede llevarse al extremo de una reprochable conducta de deslealtad constitucional, como ha hecho notar Aragón Reyes, M., «La conservación esencial de la Monarquía parlamentaria como elemento insustituible de nuestra Constitución», en: *Teoría&Derecho*, núm. 35, 2023, p. 20.

de explicar que la Corte de Estrasburgo ni reprocha ni da luz verde apriorísticamente a semejante actitud, sino que exige un castigo proporcional (por ejemplo, sanciones pecuniarias) que no implique la privación de libertad (salvo en circunstancias excepcionales –párrafo 34–).

Aun con todo, la STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* presenta menor calado en cuanto al análisis estrictamente dogmático-jurídico del supuesto de hecho que en términos de una discutible laxitud permisiva de la incitación al odio (párrafos 41 y 42) [14], no aceptada mayoritariamente por las instancias judiciales internas (mejor situadas para ponderar el preciso contexto, como el propio TEDH ha mantenido reiteradamente acudiendo al ya reseñado margen de apreciación nacional). Desde esta óptica, en línea de principio resulta plausible que el TEDH entienda que «los discursos incompatibles con los valores proclamados y garantizados por el Convenio quedan sustraídos de la protección del artículo 10 por el artículo 17» (párrafo 41), es decir, que no quedan amparados por la libertad de expresión del artículo 10 CEDH, sino que constituyen abuso de derecho y se inscriben en la filosofía del adagio francés (atribuido a Saint-Just) «pas de liberté pour les ennemis de la liberté» recogido en el artículo 17 CEDH.

En este contexto, el reto de una difusión fidedigna y responsable de la jurisprudencia del TEDH, en esta materia y en general, no es menor para la doctrina constitucionalista y del resto de disciplinas jurídicas. Por lo demás, la laxitud del TEDH con respecto a los símbolos nacionales, haciendo primar la libertad de expresión en su colisión con el respeto institucional, ha quedado validada igualmente en la más reciente Sentencia *Fragoso Dacosta c. España* de 8 de junio de 2023. El TEDH concluyó que se había vulnerado asimismo el artículo 10 CEDH como consecuencia de la condena del demandante por un delito de injurias tras haber gritado consignas en contra de la bandera nacional en el curso de una manifestación por impago de salarios a las personas trabajadoras de una empresa de limpieza de una base militar dependiente del Ministerio de Defensa. El demandante (quien ostentaba la condición de representante sindical) había sido condenado a una multa de 1260 euros que podía ser sustituida por privación de libertad en caso de impago.

Con dicha Sentencia, el TEDH ensaya una vez más, en el análisis del caso concreto, una especie de alineamiento con respecto a la amplia o benévola juris-

[14] Una síntesis sobre la jurisprudencia del TEDH con respecto a los delitos de odio, que se sintetiza en el párrafo 41 de la STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, puede leerse en la ficha temática sobre la materia preparada por la Unidad de Prensa del propio TEDH: *Discours de haine* (https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Hate_speech_FRA)/*Hate Speech* (https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Hate_speech_ENG), noviembre de 2023.

prudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de América[15]. Con lo que, en definitiva, parece comprobarse que la dimensión pasiva de la Monarquía ante el TEDH se ha visto debilitada en una medida nada desdeñable en su consideración institucional y simbólica. Y, de hecho, en el curso del agotamiento de la vía judicial previa en España, la propia Sentencia del TEDH (párrafo 16) recuerda que el TC español (que había desestimado el recurso de amparo por una ajustada votación de seis contra cinco) había afrontado «si las sentencias impugnadas ponderaron la libertad de expresión del demandante con la protección del interés general que suponen la defensa de los símbolos del Estado».

Si esto es así bajo el ángulo institucional, con mayor razón se entiende la jurisprudencia del TEDH atinente a elementos con relevancia pública de la vida privada de titulares de la Monarquía. Buen botón de muestra lo ofrece la STEDH *Couderc y Hachette Filipacchi Associés c. Francia* de 10 de noviembre de 2015, que declaró la violación del artículo 10 CEDH como consecuencia de la condena impuesta al semanario *Paris-Match* por haber publicado informaciones que revelaban la existencia de un hijo natural del Príncipe Alberto de Mónaco. La Gran Sala alcanzó dicha conclusión por unanimidad de sus diecisiete integrantes, tras dar por bueno el razonamiento de la Sentencia previa de la Sala, de fecha 12 de junio de 2014, en donde se había argumentado que dichas informaciones tenían que ver con una «cuestión de importancia pública», al formar parte del «debate sobre el futuro de la monarquía hereditaria» (párrafos 59 y 60).

Curiosamente, esa previa Sentencia de la Sala había sido adoptada por cuatro votos frente a tres. El voto particular de los tres jueces discrepantes entendía, llevando la discusión al terreno de los conflictos entre la libertad de expresión del artículo 10 y el derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH, que «no debería negarse a un Presidente de República o a un Monarca hereditario una cierta vida privada» (párrafo 3 del voto), trayendo a colación la STEDH *Standard Verlags GmbH c. Austria* (núm. 2) de 4 de junio de 2009, en la que se había concluido que no hubo violación del artículo 10 CEDH con relación a la condena al periódico *Der Standard* a indemnizar al ex Presidente federal austríaco por un artículo de prensa sobre su vida conyugal.

Por el contrario, la Sentencia *Couderc y Hachette Filipacchi Associés c. Francia* de la Gran Sala incidió en «el rol simbólico de la Monarquía hereditaria», y en que «en dicha Monarquía el Príncipe encarna la unidad de la na-

[15] Climent Gallart, J., «La jurisprudencia estadounidense sobre el lenguaje simbólico en relación con las banderas y su acogimiento por el TEDH», en: *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 28, 2015, p. 327.

ción», de forma que «algunos acontecimientos que afectan a los miembros de la familia principesca, aunque pertenezcan a la vida privada, participan igualmente de la historia contemporánea». Así sucedería, añadió el TEDH, con el nacimiento de un hijo, aunque sea natural, «tanto más cuanto que en la fecha de los hechos litigiosos ese hijo parece ser el único descendiente del Príncipe. En efecto, en una monarquía constitucional hereditaria, la persona del Príncipe y su linaje también atestiguan la continuidad del Estado» (párrafo 112). Así las cosas, cabe comprobar que el debilitamiento de la consideración institucional y simbólica de la Monarquía va a la par del mayor grado de crítica que han de soportar, también en su esfera privada (indisociable a veces del interés público y general), las personas que la encarnan.

III. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA MONARQUÍA ANTE EL TEDH

No parece concebible que el TEDH pueda erigirse en una especie de «superjurisdicción constitucional» continental competente para mediar en conflictos entre órganos constitucionales de un Estado miembro [16]; tampoco cuando la institución monárquica se sienta eventualmente agraviada por la acción de otras instituciones. Ahora bien, sobre esto último, resulta interesante retomar la cita de la STEDH *Vittorio Emanuele di Savoia c. Italia* de 24 de abril de 2003, que tuvo su origen en la demanda formulada por un descendiente masculino del último Rey de Italia (de la Casa de Saboya) contra la disposición constitucional que le prohibía la entrada y estancia en territorio italiano, privándole asimismo de derechos electorales [17] (invocaba a tal efecto, básicamente, los derechos reconocidos en el artículo 3.2 del Protocolo núm. 4 y el artículo 3 del Protocolo núm. 1, respectivamente).

El caso es que, con la aprobación de la Ley Constitucional núm. 1 de 23 de octubre de 2002 (entrada en vigor el 10 de noviembre de 2002) mediante la que se derogaban las disposiciones constitucionales litigiosas, el TEDH deci-

[16] Ello sin perjuicio de casos muy relevantes como la STEDH *Baka c. Hungría* de 23 de junio de 2016. La Sentencia cuenta con un interesante voto particular concurrente o concordante común de los Jueces Pinto de Albuquerque y Dedov que incluye un apartado rubricado «El Tribunal [TEDH] como Tribunal Constitucional Europeo», en donde sostienen que «el Consejo de Europa constituye un orden jurídico autónomo», en cuyo marco el CEDH «tiene un efecto directo, supraconstitucional, sobre los órdenes jurídicos internos respectivos de los Estados miembros del Consejo de Europa», de tal suerte que el propio CEDH tendría un «papel transformador como medio de realización de una unión más estrecha entre los Estados europeos y de desarrollo de los derechos humanos y las libertades fundamentales en toda Europa» (párrafo 23).

[17] Párrafos 1 y 2 de la XIII.ª de las Disposiciones transitorias y finales de la Constitución italiana aprobada el 22 de diciembre de 1947.

dió archivar el asunto. Dicha conclusión la alcanzó, con apoyo en el artículo 37.1 CEDH, tras tomar nota de la carta dirigida por el demandante al Consejo de Ministros el 8 de julio de 2002 (en donde aquel afirmaba la intención de retirar la demanda una vez que fuera adoptada la mencionada ley constitucional), así como del hecho de que las disposiciones constitucionales originarias ya no tenían efecto en Derecho interno y de que no había ningún motivo particular que afectara al respeto de los derechos convencionales que justificara la continuación del examen de la demanda.

Reseñado lo precedente, supongamos ahora la hipótesis de que el Rey de España se negara (por motivos ideológicos, religiosos, políticos u otros) a sancionar una ley aprobada por las Cortes Generales y, pese a ello, la andadura de la ley continuara con su publicación en el Boletín Oficial del Estado (tras decisión del Gobierno a tal efecto) y su entrada en vigor; y supongamos que se planteara un conflicto de atribuciones, un conflicto competencial u otro planteamiento de presunta inconstitucionalidad por haberse publicado dicha ley sin el concurso del debido acto monárquico; y asumamos, como cierre interno de dicho episodio, que la Jurisdicción Constitucional avalara que se haya prescindido de dicho acto regio.

Evidentemente, no se atisba viable *ratione personae* el planteamiento de una demanda individual para defender las prerrogativas reales, pues: a) carecerían de legitimación activa las personas públicas intervinientes en ese conflicto entre órganos constitucionales o en otro tipo de proceso constitucional; b) no parece en la hipótesis mencionada que la persona del Rey pueda disociarse de su estatuto constitucional para reclamar a título individual como víctima de una violación de derechos convencionales a la luz del artículo 1 CEDH; c) y tampoco cabe vislumbrar que prospere una *actio popularis* por una asociación o grupo de personas simpatizantes o nostálgicos de la institución monárquica.

Desde este último punto de vista, resulta de interés mencionar la decisión de 16 de octubre de 1995 dictada por la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos (como es sabido, desaparecida con la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 al CEDH) en el caso *ACREP c. Portugal*, mediante la que se declaró la inadmisibilidad de la demanda interpuesta por la asociación demandante, la cual pretendía una especie de promoción restauradora de la Casa Real de Braganza. La recurrente denunciaba una violación del artículo 11 CEDH por la disolución de dicha asociación decretada por las autoridades judiciales portuguesas. Sin embargo, en la *ratio decidendi*, la Comisión dio por buenos los motivos expuestos por las jurisdicciones internas (en particular por el Tribunal Supremo portugués en su Sentencia de 6 de octubre de 1993) a la vista de los objetivos de la asociación demandante definidos en su Estatuto, de ma-

nera que estimó que la disolución litigiosa venía avalada por el margen de apreciación del que disponen los Estados en la materia y podía considerarse como necesaria en una sociedad democrática [18].

Desde una perspectiva diversa, cabe traer a colación la STEDH (Gran Sala) *ex Rey de Grecia y otros c. Grecia* de 28 de noviembre de 2002 (confirmatoria de la previa Sentencia de Sala de 23 de noviembre de 2000), que tuvo su origen en la demanda formulada por el antiguo monarca griego Constantino II y ocho miembros de su familia alegando la violación del derecho de propiedad del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al CEDH provocada por la Ley 2215/1994 de 16 de abril de 1994 que preveía la expropiación de los bienes privados de los demandantes sin indemnización alguna, mediante la nacionalización de los bienes muebles e inmuebles de la antigua dinastía.

Antes de someter el asunto a Estrasburgo, los recurrentes habían agotado los recursos judiciales nacionales ante la Corte de Casación (cuya sentencia de 30 de abril de 1996 había considerado que la confiscación había sido contraria a la Constitución helénica), así como ante el Consejo de Estado y la Corte Suprema Especial (ambas jurisdicciones revocaron el pronunciamiento de casación y confirmaron en fechas 25 de junio de 1996 y 25 de junio de 1997 que la decisión confiscatoria era conforme a la Norma Fundamental griega). En este punto, es cierto que el TEDH partió del margen de apreciación nacional destacando que la noción de «utilidad pública» en que se basaba la medida confiscatoria era susceptible de una mejor ponderación por parte de las autoridades nacionales, gracias a un conocimiento directo de su sociedad y de sus necesidades, que una jurisdicción internacional.

Y, en tal dirección, la Corte de Estrasburgo entendió que la decisión de adoptar leyes sobre privación de propiedad implica un examen de cuestiones políticas, económicas y sociales en donde el legislador dispone de una gran laxitud para evaluar esos imperativos de «utilidad pública» (y *a fortiori* –señala el TEDH en el párrafo 87 de la Sentencia– para cambios del sistema constitucional de un país tan radicales como la transición de la monarquía a la república), salvo si esa operación se revela manifiestamente desprovista de base razonable. Fue precisamente esta salvedad la que condujo al TEDH a entender que la ausencia de toda indemnización por la confiscación de los bienes de los demandantes rompía, en detrimento de ellos, el justo equilibrio que debe esta-

[18] En su argumentación, la Comisión Europea de Derechos Humanos tomaba nota de esos objetivos de la asociación definidos en su estatuto, en el sentido de atribuirse la facultad de conceder medallas y otros títulos honoríficos y nobiliarios que «son en general de la competencia exclusiva de los Estados. Por otra parte, ella [la asociación] desea hacerlo en el marco de la Constitución monárquica de 1838, sin tomar en consideración la Constitución actualmente en vigor en Portugal».

blecerse entre la protección de la propiedad y las exigencias del interés general (párrafo 99 de la Sentencia), considerando desproporcionada la injerencia (el TEDH reprochó la ausencia de discernimiento entre los bienes adquiridos por los recurrentes con sus propios fondos –los cuales constituían básicamente el objeto del litigio– y los adquiridos por sus funciones reales) [19].

Para cerrar el presente epígrafe, reviste interés seguir un paralelismo con la reflexión que puso colofón al anterior, en torno a la compleja escisión entre la esfera privada y la faceta institucional de la Monarquía. Bajo tal prisma, los asuntos que han sido objeto de estudio en el epígrafe precedente y que ponían en tensión las libertades informativas por un lado y, por otro, la vida privada de integrantes de la institución monárquica, admiten el doble juego de la dimensión pasiva de la Monarquía cuando los recurrentes en Estrasburgo invocan la violación del artículo 10 CEDH y, correlativamente, de la legitimación activa de los miembros de la familia dinástica ante el TEDH alegando la violación del artículo 8 CEDH.

Este último enfoque es precisamente el que se encuentra en el origen de diversos asuntos formulados contra Alemania por la familia dinástica de Mónaco. El primero de ellos se resolvió mediante la STEDH *Von Hannover c. Alemania* de 24 de junio de 2004, que tiene su origen en la demanda interpuesta por la Princesa Carolina de Mónaco, con objeto de prohibir la publicación en diversas revistas alemanas de fotos de ella misma y su familia o entorno cercano. En el marco del agotamiento de los recursos internos, el Tribunal Constitucional Federal Alemán había acogido parcialmente su recurso de amparo con relación a la publicación de las fotos en las que la Princesa aparecía

[19] Un asunto que guarda cierta semejanza, pero con solución (procedimental) diversa, se resolvió mediante la Decisión de 29 de septiembre de 2022 dictada en el asunto *Fundación del Rey Pedro I Karađorđević c. Serbia* (demanda núm. 51211/16), mediante que la demandante (fundación creada en 1914 –operativa hasta 1941 y reestablecida en 1993 tras la caída del régimen comunista– por testamento del citado Monarca de Serbia) denunciaba la privación de la propiedad de la fundación, a saber, de la finca agrícola de Oplenac, cerca de Topola, consistente principalmente en tierras agrícolas y viñedos, con base en el Decreto de 27 de marzo de 1947 que confiscaba todas las propiedades pertenecientes a la familia real. El TEDH declaró la inadmisión *ratione temporis* de la demanda, por referirse a una confiscación de bienes producida durante el régimen comunista cuando todavía Serbia no era Parte Contratante del CEDH o de su Protocolo núm. 1 que reconoce el derecho de propiedad. De igual manera, cabe mencionar la STEDH *Príncipe Hans-Adam II de Liechtenstein c. Alemania* de 12 de julio de 2001, que tiene su origen en la demanda del soberano del Principado alegado la violación del derecho de acceso efectivo a un tribunal para interponer una acción de restitución de un cuadro (una pintura de Pieter van Leer, titulada «Escena romana: horno de caliza») confiscado en 1946 por la ex Checoslovaquia cuando se encontraba en uno de los castillos de la familia en el territorio de la actual República Checa. Con posterioridad, en 1991, la ciudad alemana de Colonia recibió en préstamo para una exposición el citado cuadro, circunstancia que aprovechó el demandante para iniciar un procedimiento judicial ante las jurisdicciones alemanas. El TEDH declaró que no hubo violación del derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH), como tampoco del derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo núm. 1) ni del derecho a la no discriminación (art. 14 CEDH).

con sus hijos menores; al contrario, había rechazado que la publicación de las otras fotos vulnerara el derecho a su vida privada, haciendo prevalecer la libertad de prensa, aplicando los criterios existentes en Derecho alemán sobre la consideración de la demandante como «personalidad absoluta de la historia contemporánea», a tenor de la cual se hacía acreedora de una protección de su vida privada incluso fuera de su domicilio, pero únicamente si se encontraba en un lugar aislado, al abrigo del público (párrafo 54 de la STEDH).

A la vista de tales criterios, el TEDH consideró que el referente al aislamiento espacial, por claro que pueda parecer en teoría, en la práctica se perfila demasiado vago y, por consiguiente, el solo hecho de calificar a la recurrente como personalidad «absoluta» de la historia contemporánea no bastaba para justificar la intrusión en su vida privada (párrafo 75). Con ello en mente, el TEDH entendió que el «elemento determinante» para ponderar el juego de los derechos en conflicto residía en la contribución que las fotos y los artículos publicados podían aportar a un debate de interés general (párrafo 76): la conclusión a este respecto es negativa para el TEDH, considerando que debe prevalecer la vida privada de la demandante, pese al eventual interés del público y el comercial de las revistas, así como a la notoriedad de la demandante (párrafo 77). Por todo ello, el TEDH considera que «los criterios definidos por las jurisdicciones internas no eras suficientes para asegurar una protección efectiva de la vida privada de la demandante» (párrafo 78), como tampoco había sido satisfactorio el uso del margen de apreciación nacional por parte de las jurisdicciones alemanas (que «no han establecido un justo equilibrio entre los intereses en liza»), declarándose entonces la violación del artículo 8 CEDH (párrafos 79-80).

Cabe afirmar que las sentencias ulteriores del TEDH han sido de signo contrario (no violación del artículo 8 CEDH), lo cual seguramente sea objeto de una lectura en clave de «contra-límites» desde la perspectiva de las jurisdicciones ordinarias y la jurisdicción constitucional germanas, mientras que para el TEDH ello respondería a la asunción de la jurisprudencia europea por parte de las jurisdicciones nacionales. Así es como se entendió por el TEDH en la Sentencia *Von Hannover c. Alemania* (núm. 2) de 7 de febrero de 2012 (párrafos 124-126): los demandantes (la Princesa Carolina von Hannover y el Príncipe Ernest August von Hannover) alegaban la violación del artículo 8 CEDH como consecuencia del rechazo de los tribunales alemanes de prohibir la publicación de nuevas fotos de ellos; en esta ocasión, como se decía, el TEDH declaró que no hubo violación del artículo 8 CEDH, dando prevalencia al margen de apreciación nacional y entendiendo que las jurisdicciones nacionales habían ponderado correctamente los intereses divergentes y respetado las obligaciones positivas impuestas por dicha disposición convencional.

En fin, ese misma conclusión se alcanzó en la STEDH *Von Hannover c. Alemania* (núm. 3) de 19 de septiembre de 2013 (interpuesta por la Princesa Carolina de Mónaco alegando la violación del artículo 8 CEDH por la nueva negativa de los tribunales alemanes de no publicar más fotos de ella con su marido), así como en la STEDH *Ernst August von Hannover c. Alemania* de 19 de febrero de 2015 (el recurrente había alegado la violación del artículo 8 CEDH por la utilización no consentida de su nombre en una publicidad humorística sobre cigarros en donde se aludía a diversos altercados en los que se vio envuelto aquél).

IV. CONSIDERACIONES FINALES: ENTRE EL RESPETO INSTITUCIONAL Y LA MODERNIZACIÓN DE LA MONARQUÍA

Llegados a este punto, la primera conclusión que se desprende del acercamiento a los asuntos tratados por el TEDH es que la institución monárquica está sometida en estas últimas décadas a mayor grado de crítica y erosión institucional, desde una doble vertiente pasiva y activa. En tal escenario, el papel del propio TEDH cuando se enfrenta a asuntos que implican a la Monarquía no es sencillo, pues se mueve en una tenue frontera entre: de un lado, el respeto institucional debido a una institución «antigua» o «arcaica», pero validada constitucionalmente por el pueblo, y, de otro lado, la sana crítica al entramado institucional de cada Estado miembro del Consejo de Europa que, precisamente por su pertenencia a la Organización, debe respetar sus pilares básicos (Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos).

En congruencia con lo anterior, el respeto institucional a la Monarquía viene en principio avalado por la jurisprudencia europea sobre el margen de apreciación nacional. Dicho lo cual, el TEDH se muestra más estricto con las medidas sancionadoras (sobre todo, penales) de la eventual falta de respeto (sobre todo, bajo la lupa del test de la proporcionalidad) que con las actitudes o conductas irrespetuosas con la institución monárquica (que la Corte de Estrasburgo, en una línea análoga a la del Tribunal Supremo estadounidense, no suele encajar en el discurso del odio o la llamada a la violencia, sino más bien en una inconfesada creciente falta de educación en determinados sectores de la sociedad que acaba siendo considerada como inocua) [20].

[20] Una excepción a esa posición del TEDH, en la que en cierta medida se atempera la inocuidad por la falta de respeto institucional, puede verse en la Decisión *Rivadulla Duró c. España*, mediante la que se inadmitió la demanda (núm. 27925/21) formulada por un rapero que había sido condenado penalmente en España como consecuencia de la publicación de diversos tweets en la red social (entonces) Twitter y de una canción ofensiva sobre el Rey Emérito Juan Carlos I y la Monarquía, así como tweets de apoyo al grupo terrorista GRAPO.

Otra cuestión radica en que, en el tránsito de la monarquía absoluta hacia la monarquía parlamentaria democrática, pasando por la monarquía constitucional limitada, el TEDH se haya mostrado crítico, bajo su lógico examen a la luz de las disposiciones del CEDH y sus Protocolos, con determinadas actuaciones que, aun siendo residuales o excepcionales, son susceptibles de rememorar en algún supuesto la categoría de la monarquía constitucional limitada. Y, en tales supuestos, el TEDH no ha aceptado espacios de inmunidad absoluta de la institución monárquica (sin perjuicio de la inmunidad de los Jefes de Estado en ejercicio o en activo) [21], como tampoco los ha aceptado con carácter general con relación a la institución parlamentaria [22].

Una ilustración de ello la ofrece la importante STEDH *Wille c. Liechtenstein* de 28 de octubre de 1999, en el que se concluyó la violación de la libertad de expresión del artículo 10 CEDH y del derecho a un recurso efectivo del artículo 13 CEDH, como consecuencia de la declaración del Soberano del Principado de no confirmar en su puesto al Presidente del Tribunal Administrativo, por razón de las opiniones expresadas en público por este último en relación con las competencias de la Corte Constitucional de dicho país. Es interesante recalcar que el TEDH recuerda (párrafo 23 de la Sentencia) la caracterización del Principado de Liechtenstein como «una Monarquía Constitucional hereditaria, basada en la democracia parlamentaria; el poder del Estado pertenece al príncipe y al pueblo, y emana tanto del uno como del otro, que deben ejercerlo conforme a las disposiciones de la Constitución (art. 2 de la Constitución de 24 de octubre de 1921)» [23].

Al hilo de dicha caracterización, el TEDH recuerda asimismo que «la responsabilidad de un Estado en virtud del Convenio puede quedar comprometida

---

[21] Sobre esta cuestión particular puede leerse la Decisión de la Gran Sala de fecha 4 de octubre de 2006 sobre la admisión de la demanda núm. 76642/01, formulada por la *Asociación «SOS Atentados, SOS terrorismo» y Béatrix de Boëry c. Francia* y que tenía su origen, además de en las querellas contra oficiales de los servicios secretos libios, frente al Jefe del Estado libio (el Coronel Mouammar Kadhafi), por el atentado terrorista de 19 de septiembre de 1989 contra un avión de la compañía francesa UTA que causó la muerte de 170 personas.

[22] Avalando la inmunidad parlamentaria absoluta, véase la STEDH *A. c. Reino Unido* de 17 de diciembre de 2002 (no violación de los derechos invocados: artículos 6, 8, 13 y 14 CEDH). En contraste, léase la STEDH *Cordova c. Italia* (núm. 2) de 30 de enero de 2003, en la que se declaró la violación del artículo 6 CEDH al rechazarse el recurso del demandante en el ámbito nacional para denunciar por difamación a un diputado por el hecho de la inmunidad parlamentaria de este último (garantía establecida en el artículo 68.1 de la Constitución italiana).

[23] Como ha afirmado Gstöhl, H., «La Cour d'État de la Principauté du Liechtenstein», en: *Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 8 (Dossier: «Principautés européennes»), julio 2000: «El movimiento constitucional fue el resultado de una reforma monárquica, no de un movimiento democrático ni de una revolución, y el texto final de la Constitución de 1921, actualmente en vigor, representa un compromiso político histórico» (https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-cour-d-etat-de-la-principaute-du-liechtenstein).

por los actos de todos sus órganos, agentes y funcionarios. Como ocurre generalmente en Derecho internacional, el rango de estas personas es irrelevante, ya que los actos de las personas que actúan a título oficial son en cualquier caso imputables al Estado. En particular, las obligaciones del Estado en virtud del Convenio pueden ser incumplidas por cualquier persona que ejerza una función oficial que le haya sido confiada» (párrafo 46). Por lo tanto, la medida controvertida «emanaba de un órgano que era competente para actuar como lo hizo y cuyas acciones comprometían la responsabilidad de Liechtenstein como Estado en virtud del Convenio. Así, ha habido un atentado al derecho del demandante a ejercer su libertad de expresión puesto que el Príncipe, al criticar el contenido del discurso del demandante, había dado a conocer su intención de sancionarle por haber expresado libremente su opinión» (párrafo 50), no estando justificada ni ser necesaria dicha injerencia en una sociedad democrática y, por todo ello, no estando cubierta por el margen de apreciación (párrafos 56 y 70). Por añadidura, «el Gobierno no ha acreditado la existencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, desde la instauración de dicha jurisdicción en 1925, de decisión alguna que admita un recurso dirigido contra el Príncipe. Luego, no ha demostrado que tal recurso hubiera sido efectivo» (párrafo 77).

Ciertamente, este asunto sugiere que la propia Monarquía está necesitada de una adaptación a los tiempos que corren, incluso haciendo ostensibles (a través de la web de la Casa Real, con sus correspondientes enlaces de actividades y agendas, transparencia, etc.) las actividades de la persona titular y de los miembros de la familia real [24]. Como ilustración de esa pretensión de modernización, con interés por el respeto de los derechos humanos y los valores democráticos europeos [25], puede mencionarse la visita del Príncipe heredero Alois de Liechtenstein a la sede del TEDH el 18 de abril de 2024 [26], con motivo de la cual parece querer mostrar inquietud en su formación y sensibilidad hacia esas materias (una Europa democrática y de los derechos humanos) [27]. Esas mate-

[24] Véase Goméz Sánchez, Y., «Monarquía en democracia: hay futuro», en: *Teoría&Derecho*, núm. 35, 2023, p. 116: dicha autora destaca «la importancia de los cambios implantados en la Casa de S. M. el Rey para que, en cuanto órgano de relevancia constitucional de apoyo a las funciones constitucionales del Jefe del Estado, se organice y funcione de acuerdo con los principios de transparencia, control y responsabilidad que las sociedades democráticas actuales exigen».

[25] Con tal espíritu, al referirse a los argumentos de los partidarios de mantener la Monarquía parlamentaria en España, señala Oliver Araujo, J., «La Monarquía en España: ¿Déficit democrático o pieza esencial del régimen del 78?», en: *Teoría&Derecho*, núm. 35, 2023, p. 151: «Saber quién va a ocupar la jefatura del Estado desde su niñez puede permitir darle la mejor educación e inculcarle los mejores valores éticos y democráticos».

[26] Véase: https://www.echr.coe.int/fr/w/visit-by-h.s.h.-hereditary-prince-alois-of-liechtenstein (francés), https://www.echr.coe.int/w/visit-by-h.s.h.-hereditary-prince-alois-of-liechtenstein (inglés).

[27] Como antecedente de diplomacia institucional *a la inversa*, cabe mencionar que el entonces Presidente (luxemburgués) del TEDH, Dean Spielmann, decidió acudir a una audiencia con el Gran Duque de

rias implican otros tantos retos o desafíos en los que la Monarquía puede percibirse como útil, incluso en clave de integración europea [28].

Con análoga filosofía, se ha intentado poner justamente el énfasis en la modernización de la Monarquía parlamentaria a través de su comprensión e incluso su reconocimiento por su contribución a la herencia cultural europea, poniendo el acento más en la noción de deber que en la de poder. Y, con tal enfoque de apertura, se destacan dos movimientos: uno, de legitimación de la Monarquía mediante la deliberación; el otro, a través de su racionalización, participando simbólicamente de una novedosa concepción de la separación de poderes [29].

En la misma línea, en fin, en el caso de España se ha observado que, ya incluso unos años antes de la muerte de Franco, comenzaron a utilizarse conceptos acuñados por la ciencia política anglosajona como «desarrollo político» y «modernización». Así, tras la asunción de la Corona por parte de Juan Carlos I y el proceso de transición democrática marcado por la aprobación de la Constitución de 1978 y la consiguiente legitimidad constitucional-democrática de la Monarquía, «la aceptación de España, de la Constitución y del Rey en todo el mundo fue muy rápida» y «cuando hoy circulan sobre nuestro texto fundamental no ya juicios adversos, sino totalmente descalificadores, me resisto a creer que todos los organismos internacionales y supranacionales favorables al mismo se pusieron de acuerdo en equivocarse» [30].

Luxemburgo (4 de julio de 2014) con motivo de su visita oficial al país. Véase: https://monarchie.lu/fr/actualites/audience-du-president-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme.

[28] Así lo entiende, cuando se interroga acerca de la utilidad hoy en día de las Monarquías europeas, Labbé, M., «À quoi servent encore les Monarchies européennes?», 18 de marzo de 2018: https://www.taurillon.org/a-quoi-servent-encore-les-monarchies-europeennes?lang=fr: «La Monarquía sigue firmemente arraigada en la mente de la ciudadanía, ya que la opinión pública sigue siendo favorable a este sistema político. La imagen del monarca está intrínsecamente ligada a la idea de unidad nacional, en particular durante las crisis económicas, militares o terroristas. Al margen de su condición minoritaria en la Unión, no se entendería no reconocer el papel que las Monarquías han desempeñado en el proceso de integración europea. Es cierto que en los albores de la integración europea, cuando en 1948 se firmó el Tratado de Bruselas que dio lugar a la creación de la Unión Occidental (más tarde Unión Europea Occidental), sólo Francia representaba el modelo republicano en esta primera organización, que agrupaba también al Reino Unido y a los países del Benelux».

[29] Véase, con dicho enfoque, Leroy, P., *La tradition constitutionnelle de la monarchie parlementaire en Europe*. L'Harmattan, Paris, 2021.

[30] Torres Del Moral, A., «De la Monarquía vigilada a la Monarquía parlamentaria», en: *Teoría&Derecho*, núm. 35, 2023, pp. 218 y 227: al abordar esa reacción rápida y positiva, el citado autor recuerda «además de la incorporación al Consejo de Europa, que se había producido en 1977, España ingresó en la OTAN (1982) y en la CEE (1986). Al Rey se le concedió el Premio Carlomagno (1982) y Felipe González recibió el mismo galardón en 1984, cuando era Presidente del Gobierno». Con una prospección análoga, véase Requejo Pagés, J. L., «El futuro de la Monarquía en el seno de la Unión Europea» (capítulo décimo), en: Punset Blanco, Ramón (dir.), *La función constitucional del Rey. Teoría y práctica*. Editorial Reus, Madrid, 2024.

ALGUNAS NOTAS SOBRE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA [1]

Göran Rollnert Liern
Universidad de Valencia

I. LA INVIOLABILIDAD E IRRESPONSABILIDAD DE LOS MONARCAS

Todas las constituciones de las monarquías europeas proclaman la inmunidad civil y penal del Rey, señala Robert Hazell en un estudio comparado publicado en 2020 [2], aunque otros autores han matizado que en los Países Bajos [3] y en Suecia [4] la inmunidad no se extiende al ámbito civil.

---

[1] Este trabajo se enmarca en el Proyecto «Las monarquías europeas en perspectiva comparada» (referencia PID2022-137651NB-I00) subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, 2024-2026, investigadores principales Antonia Martínez Rodríguez y Antonio Garrido Rubia (Universidad de Murcia).

[2] Hazell, R., «Monarchy in the Constitutional Texts», en: Hazell, R. y Morris, B., *The Role of Monarchy in Modern Democracy: European Monarchies Compared*, Hart Publishing, London, 2020, pp. 15 y 20-21. Disponible en: eBook Collection (EBSCOhost), último acceso 18 de junio de 2024.

[3] De Miguel Bárcena, J. y Tajadura Tejada, J., *La inviolabilidad del Jefe del Estado. El ordenamiento español y el derecho comparado*. REMCO, Documento de trabajo 01/2024, enero 2024, p. 47. Disponible en: https://remco.es/wp-content/uploads/2024/02/Trabajo-2024.01-Tajadura-De-Miguel.pdf, último acceso 18 de junio de 2024. Estos autores señalan la contradicción de que el Jefe del Estado de los Países Bajos pueda ser juzgado por la Corte Penal Internacional cuando el artículo 42 de la Constitución impide que el monarca pueda ser juzgado penalmente por sus actos públicos y privados por los tribunales nacionales, calificándolo de mutación constitucional.

[4] Para la doctrina sueca mayoritaria se trata de una inmunidad exclusivamente penal sin que se extienda al ámbito civil: Nyman, O., «Some Basic Features of Swedish Constitutional Law», en: Strömholm, Stig. (ed.), *An Introduction to Swedish Law*, Springer, Dordrecht, 1981, p. 62; y Nergelius, J., *Constitutional Law in Sweden*, 2.ª ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rhijn, 2015, p. 42. En sentido contrario, extendiendo la inmunidad al ámbito civil, Bull, T., «Institutions and Division of Powers», en:

Como es sabido, el artículo 56.3 de la Constitución española declara que «la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad». El concepto de «inviolabilidad», en la medida que implica la ausencia de responsabilidad, podemos considerarlo como equivalente al término inmunidad que es el comúnmente utilizado en el Derecho Comparado.

La inviolabilidad del Rey se configura en España como una inviolabilidad absoluta que impide su enjuiciamiento por cualquier jurisdicción y que abarca tanto sus actos jurídico-públicos como sus actos privados. Esta es la interpretación de la inviolabilidad que ha prevalecido en los tribunales españoles y que se refleja en el Preámbulo de la reforma de 2014 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [5] que atribuye a las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Supremo la competencia para la tramitación y enjuiciamiento de las acciones civiles y penales dirigidas contra el Rey después de una eventual abdicación (art. 55 bis). Y este mismo Preámbulo parece considerar también la inviolabilidad del monarca como perpetua al extenderla a «todos los actos realizados por el Rey o la Reina durante el tiempo en que ostentare la jefatura del Estado, cualquiera que fuere su naturaleza» que quedan «exentos de responsabilidad».

Esta configuración de la inviolabilidad como absoluta y perpetua supone un quebrantamiento constitucional (Sánchez Ferriz [6]) dispuesto por la propia norma fundamental, es decir, es la propia Constitución la que exime al Jefe del Estado de su sometimiento al principio constitucional de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), exención que es exclusivamente personal por cuanto, en realidad, cuando el Rey actúa en ejercicio de sus funciones constitucionales hay responsabilidad pero se traslada al órgano refrendante y, en el caso de un acto privado del Rey, no habría responsabilidad personal pero sí responsabilidad administrativa subsidiaria de la Casa del Rey.

Krunke, Helle y Thorarersen, Björg. (eds.), *The Nordic Constitutions. A Comparative and Contextual Study*, Hart, Oxford, 2018, p. 46.

[5] «Todos los actos realizados por el Rey o la Reina durante el tiempo en que ostentare la jefatura del Estado, cualquiera que fuere su naturaleza, quedan amparados por la inviolabilidad y están exentos de responsabilidad. Por el contrario, los que realizare después de haber abdicado quedarán sometidos, en su caso, al control jurisdiccional» (Preámbulo, IV, Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio, complementaria de la Ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

[6] Sánchez Ferriz, R., define el quebrantamiento de la Constitución como «un supuesto cuyo uso, en principio, no puede negarse al legislador constituyente, pero que sólo puede aceptarse con un carácter muy excepcional. En este supuesto el constituyente "quebranta" una norma establecida por él mismo, es decir, mantiene su validez general, a pero haciendo una excepción para un caso concreto. Ello es aceptable sólo a condición de que tal excepción sea ordenada desde el primer momento y por tanto con carácter constitucional o, si la necesidad surgiera posteriormente, a condición de que se señale visiblemente en el texto constitucional» (Sánchez Ferriz, R., y Rollnert Liern, G., *El Estado Constitucional*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 146 y, en el mismo sentido, p. 354).

Como ya he señalado en alguna ocasión [7], el fundamento material de esta inviolabilidad absoluta y perpetua se encuentra en la condición de símbolo viviente del Estado que concurre en el Rey, en cuanto Jefe de Estado vitalicio y en tanto no abdique de la Corona. Como encarnación simbólica del Estado, no puede ser sometido a enjuiciamiento ante ninguna jurisdicción, por más que esto repugne al principio de responsabilidad de los poderes públicos. Pero es que el Rey no es un poder público sino la institución que representa al Estado como sujeto unitario titular de todos los poderes. Esta me parece la interpretación de la inviolabilidad del Rey más ajustada a la naturaleza vitalicia que define la magistratura monárquica y a su definición constitucional como símbolo de la unidad del Estado.

A mi juicio, la actual redacción del artículo 56.3 de la Constitución no permite limitar la inviolabilidad a los actos que el Rey lleve a cabo en ejercicio de sus funciones constitucionales [8]: primero, porque el artículo refiere la inviolabilidad a «la persona del Rey» sin distinguir entre las actividades privadas y públicas de esa persona inviolable; y, en segundo lugar, porque la inviolabilidad solo cobra su sentido para cubrir los actos personales del Rey (De Miguel

---

[7] Rollnert Liern, G., en: Aragón Reyes, M.; Expósito Gómez, E.; De La Iglesia Chamarro, A.; Oliver Araujo, J.; Pascual Medrano, A.; Porras Ramírez, J. M.; Rollnert Liern, G.; y Sánchez Navarro, Á. J., «Encuesta sobre la Corona», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, 51, 2023 (Ejemplar dedicado a: Encuesta sobre la Corona), p. 52.

[8] Una interpretación del artículo 56.3 en este sentido no sería sino una mutación constitucional y no dejaría de serlo por el hecho de que se plasmase en una reforma pactada de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prevea el enjuiciamiento de los actos privados del monarca (Ruiz Robledo, A., «El pacto del palacio real: modernizar la inviolabilidad del Rey», en el blog *Asociación de Constitucionalistas de España.* Disponible en: https://www.acoes.es/el-pacto-del-palacio-real-modernizar-la-inviolabilidad-del-rey, último acceso 18 de junio de 2024); tampoco creo posible dar carta de naturaleza a dicha interpretación en una eventual Ley de la Corona que sería, en mi opinión, inconstitucional. Me adhiero a este respecto a las tesis de que la Corona es una materia sujeta a «reserva de Constitución» (Aragón Reyes, M., «Sobre la inviolabilidad del Rey», en: *Iustel. Diario del Derecho*, edición de 16 de junio de 2022. Disponible en: https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1223546, último acceso 18 de junio de 2024) y regularla mediante ley implicaría una «sustitución constitucional» al reformar tácitamente la Constitución eludiendo la rigidez del procedimiento establecido (García, E., «¿Es constitucional una ley de la Corona?», en: *Diario de Sevilla*, 6 de enero de 2021. Disponible en: https://www.europasur.es/opinion/tribuna/Constitucional-ley-Corona_0_1535546518.html, último acceso 18 de junio de 2024). La monarquía parlamentaria es un elemento fundamental del pacto constitucional de 1978 que configuró la Corona como una magistratura independiente de los poderes del Estado. Solo el constituyente –originario o constituido– puede determinar los aspectos esenciales de su régimen jurídico. Su estatuto y el alcance de sus competencias no pueden quedar al albur de las mayorías parlamentarias. La remisión del artículo 57.5 a una ley orgánica es a los solos efectos de las abdicaciones, renuncias y dudas de hecho o de derecho sobre la sucesión y no habilita para un desarrollo legislativo general del Título II, tanto más si se pretende utilizar esa vía para interpretar restrictivamente sus facultades o el ámbito de la inviolabilidad del Rey. Y correríamos el riesgo de caer en la ingenuidad si admitiéramos que las pretensiones bien intencionadas de dotar de certeza y concreción a la institución puedan llevar a sentar el precedente de que las Cortes Generales puedan sortear las mayorías cualificadas del artículo 168 para capitidisminuir la posición de la Jefatura del Estado.

y Tajadura [9]) siendo innecesaria para eximirle de responsabilidad por los actos realizados como Jefe del Estado por cuanto el responsable será siempre el órgano refrendante: ¿para qué declararlo inviolable si el Rey no es responsable de los actos refrendados?

II. TRANSPARENCIA, EJEMPLARIDAD Y VIDA PRIVADA

La contrapartida a la inviolabilidad absoluta del Rey es la exigencia de ejemplaridad en todos los ámbitos de su vida, incluyendo su ámbito privado, si es que existe porque, a mi juicio, es muy dudoso que pueda tener vida privada –en el sentido de reservada al escrutinio público– quien es Jefe del Estado por su pertenencia a una familia en cuyo seno se transmite hereditariamente la titularidad de la institución. En el caso de España, Felipe VI ha sido plenamente consciente de que su legitimidad legal y racional (en sentido weberiano) derivada de la Constitución necesita reforzarse mediante la legitimidad de ejercicio y en su discurso de proclamación ante las Cortes Generales en junio de 2014, después de afirmar que «comienza el reinado de un Rey constitucional» y referirse a sus funciones constitucionales, señaló que «la Corona debe […] observar una conducta íntegra, honesta y transparente» para merecer «autoridad moral» y actuar como referente de «ejemplaridad [10]». Desde estas coordenadas ha de interpretarse el proceso de reformas [11] que

[9] De Miguel Bárcena, J. y Tajadura Tejada, J., «Inviolabilidad del Rey», en: *El Mundo,* 29 de abril de 2022.

[10] Sigo esencialmente en este punto mis respuestas a la encuesta ya citada: Rollnert Liern, *op. cit.,* nota 7, pp. 72, 73 y 53.

[11] Cabe señalar en este sentido la aprobación de los criterios de actuación de los miembros de la Familia Real y de las actividades de la Casa de S. M. el Rey en julio de 2014 –que preveían una auditoría externa anual de las cuentas de la Casa por la Intervención General del Estado y su publicación–, el Código de Conducta del Personal de la Casa en diciembre de 2014, la Normativa sobre regalos a favor de los miembros de la Familia Real en enero de 2015 y las Instrucciones de Contratación en abril de 2015; así como la revocación del título de Duquesa de Palma de Mallorca a la Infanta Cristina en junio de 2015, la renuncia a la herencia de D. Juan Carlos en abril de 2019, la retirada a este de la asignación presupuestaria en marzo de 2020 y la decisión de hacer público su patrimonio en abril de 2022.

Podrá discutirse acerca de la efectividad de alguna de estas medidas o del ritmo de los cambios pero los avances hacia una mayor transparencia, publicidad y rendición de cuentas no parecen cuestionables. Como ha señalado Cazorla Prieto, la gestión económica de la Corona es un ámbito muy relevante desde el punto de vista de su legitimación funcional, y, en este sentido, cabe destacar que el citado Real Decreto 297/2022 prevé una auditoría externa por el Tribunal de Cuentas mediante un Convenio de Colaboración firmado en junio de 2022. Siguiendo al mismo autor, cabría dar un paso más modificando la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado para hacer posible que el Rey haga declaración de bienes y derechos patrimoniales, profundizando así en la ejemplaridad personal exigible al titular de la institución y haciendo visible el proceso de aproximación progresiva de la Corona al funcionamiento de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de salva-

comenzó en la Casa Real ya en julio de 2014 y que ha tenido su traslación normativa en el Real Decreto 297/2022, de 26 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo, sobre reestructuración de la Casa de Su Majestad el Rey.

Siendo que el Rey goza de inmunidad jurisdiccional por sus actos públicos y por sus actos privados, la única salida constitucional para depurar la responsabilidad del monarca por una conducta personal contraria al ordenamiento jurídico–si se trata de una conducta como Jefe de Estado responde el refrendante– o impropia de los estándares de ejemplaridad exigibles a la institución es la abdicación. Y, precisamente por ello, una concepción de la inviolabilidad temporalmente acotada a su permanencia en el trono, esto es, que posibilite que el Rey saliente, que ya ha abdicado, pueda ser perseguido y encausado por actuaciones desarrolladas durante su reinado sería contraproducente al incentivar su permanencia en el Trono para eludir el enjuiciamiento, erosionando así la credibilidad y legitimidad de la institución, como ya han señalado De Miguel y Tajadura [12].

Ahora bien, de la misma forma no comparto la interpretación de la inviolabilidad llevada a cabo por el Tribunal Constitucional en las SSTC 98/2019, de 17 de julio y 111/2019, de 2 de octubre, tan exorbitada que entiende que esa inviolabilidad impide «cualquier tipo de censura o control de sus actos». Si bien coincido en que la actuación del Rey no puede dar lugar a la exigencia de responsabilidad política alguna por las Cortes Generales (ni por los Parlamentos autonómicos que carecen de toda competencia al respecto), sería contradictorio considerar que la única forma de exigir responsabilidad al Rey es mediante la presión social y política para la abdicación y, al mismo tiempo, negar la posibilidad de que una comisión parlamentaria investigue sus actuaciones aunque su dictamen no pueda ir más allá de contribuir a que la opinión pública ejerza un cierto control político difuso [13]. El Rey no es el Gobierno y no cabe, por tanto, que se someta a los procedimientos de control o exigencia de responsabilidad política por parte de las Cortes, pero su actuación tiene un evidente interés público que la puede hacer merecedora de examen y debate

guardar su necesaria independencia respecto de posibles injerencias del gobierno de turno (Zarzalejos, J. A., «Entrevista con Luis María Cazorla: "La ley de la Corona no es necesaria, pero sí que el Rey declare sus bienes"», en: *El Confidencial*, 23 de enero de 2022. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/2022-01-23/ley-corona-no-necesaria-pero-si-rey-declare-bienes_3362347, último acceso 24 de junio de 2024.

[12] De Miguel Bárcena y Tajadura Tejada, *op. cit.,* nota 3, pp. 19 y 39.

[13] García Majado, P., «El Jefe del Estado ante su control difuso», en: *Teoría y derecho: Revista de pensamiento jurídico*, 31, 2021 (Ejemplar dedicado a: Inviolabilidades, inmunidades y aforamientos), pp. 30-49.

parlamentario [14] y, por el mismo motivo, las Cortes Generales deben poder examinar la actuación, privada o pública, del Rey mediante el ejercicio de sus competencias constitucionales y reglamentarias aunque en ningún caso puedan producirse consecuencias sancionatorias para el monarca; sin duda, estas actuaciones parlamentarias pueden dar lugar a un juicio reprobatorio a modo de sanción política pero el carácter vitalicio del oficio conlleva inevitablemente la servidumbre del escrutinio constante del ejercicio virtuoso de la función constitucional y del decoro y dignidad de los comportamientos personales.

Sin embargo, en la Constitución española hay un artículo, el 59.2, que ha dado lugar a especulaciones doctrinales sobre la posibilidad de deponer temporalmente al Rey abriendo paso a una Regencia. El presupuesto habilitante de esa Regencia es que «el Rey se inhabilitare para el ejercicio de su autoridad y la imposibilidad fuere reconocida por las Cortes Generales». En opinión de algunos autores [15] este artículo permitiría a las Cortes Generales inhabilitar al Rey, no por incapacidad física o mental, sino como forma de exigirle responsabilidad política por los actos privados irregulares que no podrían ser enjuiciados por la justicia; a mi juicio, sería una interpretación forzada que daría lugar a una mutación constitucional contradictoria con el carácter vitalicio del oficio de Rey.

Otras monarquías tienen una previsión similar. Por ejemplo, los artículos 35 y 37 de la Constitución de los Países Bajos contempla que los Estados Generales, en sesión conjunta y a iniciativa del Gobierno, puedan declarar inhabilitado al Rey para el ejercicio de la autoridad real actuando la Regencia hasta que por ley se declare que vuelve a estar habilitado y reasuma el

[14] Presno Linera, M., «Sobre la decisión de la Mesa del Congreso en relación con la "creación de una Comisión de investigación sobre el uso de tarjetas de crédito opacas por parte del Rey emérito, con posterioridad a su abdicación, con cargo a fondos procedentes del extranjero"», en el blog *El derecho y el revés*, 14 de enero de 2021. Disponible en: https://presnolinera.wordpress.com/2021/01/14/sobre-la-decision-de-la-mesa-del-congreso-en-relacion-con-la-creacion-de-una-comision-de-investigacion-sobre-el-uso-de-tarjetas-de-credito-opacas-por-parte-del-rey-emerito-con-posterioridad-a-su-ab/, último acceso 18 de junio de 2024.

[15] Bastida Freijedo, F., «¿Un Pacto por la reducción de la inviolabilidad regia?», en el blog *Asociación de Constitucionalistas de España*. Disponible en: https://www.acoes.es/un-pacto-por-la-reduccion-de-la-inviolabilidad-regia/, último acceso 24 de junio de 2024. *Vid.* al respecto Cidoncha Martín, A., *Neutralidad y Jefatura del Estado*, J. M., Bosch Editor, Vallirana, 2023, p. 175. La tesis de la inhabilitación del Rey en caso de negativa a sancionar una ley fue inicialmente defendida por Aragón Reyes, M., en 1980 rectificando posteriormente su posición (Rollnert Liern, G., *La Jefatura del Estado: símbolo e integración política en la Constitución vigente*, Mínim, Valencia, 2002, pp. 120 a 121, nota 23). Recientemente Aragón Reyes ha reiterado su opinión contraria a una inhabilitación del monarca por incumplimiento de sus obligaciones constitucionales en «Encuesta sobre la Corona», *op. cit.,* nota 7, pp. 43 y 21-22. Defendiendo con diversos matices la posibilidad de inhabilitar al Rey por motivos políticos las respuestas a esa misma encuesta de Expósito Gómez, E., Oliver Araujo, J. y Pascual Medrano, A., (pp. 45, 46, 48, 49 y 50).

ejercicio de la autoridad real [16]. La Constitución de Bélgica también establece en su artículo 93 que, constatada por los ministros que el Rey se encuentra en imposibilidad de reinar, las cámaras, en sesión conjunta, proveerán a la tutela y a la Regencia [17].

En ninguno de los tres casos (España, Países Bajos y Bélgica) se especifican las posibles causas de inhabilitación, incapacitación o imposibilidad para reinar y en todos ellos la consecuencia es una Regencia transitoria por lo que resulta difícil entender que estos procedimientos puedan utilizarse para destronar a un monarca por conducta indigna o deshonrosa o por causas políticas relacionadas con el ejercicio inadecuado de sus funciones constitucionales.

Distinto es, en cambio, lo que ocurre en Suecia y, sobre todo, en Luxemburgo. El Instrumento de Gobierno sueco dispone en el artículo 4 del Capítulo V que «si durante seis meses consecutivos el Rey o Reina que es jefe del Estado hubiera estado impedido de desempeñar sus funciones, o no ha cumplido sus funciones, el Gobierno notificará el asunto al *Riksdag* [Parlamento]. El *Riksdag* decide si considerará que el Rey o Reina han abdicado [18]». En este caso, la consecuencia no es una regencia interina en tanto dure la situación inhabilitante, sino una abdicación definitiva e irreversible transcurridos seis meses (durante los cuales habrá actuado un Regente). El supuesto de que el Parlamento pueda considerar que el Rey ha abdicado en el caso de que no haya podido desempeñar sus funciones (*has failed to perform his duties* en la traducción inglesa oficial del Parlamento sueco) plantea la cuestión de si esa imposibilidad de cumplir sus deberes podría interpretarse como una valoración política negativa acerca de su actuación –es decir, que a criterio del Parlamento no haya desempeñado adecuadamente sus funciones, en cuyo caso

[16] «La Constitución del Reino de los Países Bajos 2018», Ministerio del Interior y de Relaciones del Reino, febrero de 2019. Disponible en: https://www.government.nl/binaries/government/documenten/reports/2019/02/28/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands/WEB_119406_Grondwet_Koninkrijk_SPAANS.pdf, último acceso 24 de junio de 2024.

[17] «La Constitution coordonnée du 17 février 1994 (mise à jour le 2 mai 2019)». Disponible en: https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/19398, último acceso 24 de junio de 2024. Este artículo se ha aplicado en dos ocasiones: la primera en 1944 al estar Leopoldo III prisionero en Alemania y nombrarse Regente a su hermano Carlos [*vid.* al respecto Sánchez Navarro, Á. J., «La Corona en Bélgica», en: Tajadura Tejada, Javier (ed.), *La jefatura del Estado parlamentario en el siglo xxi*, Athenaica, Sevilla, 2022, pp. 159 a 161] y la segunda, más conocida, en 1990 como solución de compromiso ante la negativa del Rey Balduino a sancionar la ley de despenalización del aborto por motivos de conciencia. El Consejo de Ministros, ejerciendo la prerrogativa real. sancionó la ley sobre el aborto el 3 de abril de 1990 y, dos días después, tanto la Cámara de Representantes como el Senado levantaron la declaración sobre la *impossibilité de régner* de Balduino (Pironnet, Q., «Constitutional Functions in Belgium» en: Hazell, R. y Morris, B., *op. cit.,* nota 2, p. 46).

[18] «The Instrument of Government». Disponible en: https://www.riksdagen.se/globalassets/05.-sa-fungerar-riksdagen/demokrati/the-instrument-of-government-2023-eng.pdf, último acceso 24 de junio de 2024.

cabría hablar de una responsabilidad política del monarca– o se trata simplemente de la constatación parlamentaria de una incapacidad material de llevarlas a cabo y no de un juicio de valor acerca de la gestión del Rey [19].

Tajadura y De Miguel consideran que este artículo de la Constitución sueca introduce un mecanismo de responsabilidad política o de inhabilitación política que permitiría su destitución por causa de indignidad [20], lo que contrasta, por resultar contradictorio, con la exclusión del Rey del proceso de formación del gobierno. Sin embargo, para Wenander, no existe en Suecia ninguna forma de control político ni jurídico de los actos del Rey que goza de inmunidad tanto por sus actos oficiales como por sus actuaciones privadas [21].

Por lo que se refiere a Luxemburgo, en 2008 la negativa del Gran Duque Henri a sancionar la ley que legalizaba la eutanasia provocó una crisis constitucional que se resolvió reformando la Constitución para suprimir la sanción de las leyes por el Gran Duque y limitar su participación a la preceptiva promulgación de las mismas [22]. La crisis tuvo como consecuencia que la Cámara de Diputados promoviera en 2009 una reforma completa de la antigua Constitución de 1868 para revisar en profundidad la regulación de la monarquía, inclinándose inicialmente el proyecto por adoptar el modelo sueco despojando al Gran Duque de casi todas sus competencias para residenciarlas en el Gobierno. En dicho proyecto se introdujo la posibilidad de que, en caso de incumplimiento de sus atribuciones constitucionales, la Cámara de Diputados, a petición del Gobierno, oído el dictamen del Consejo de Estado, decida por mayoría cualificada (de dos tercios, artículo 71) que debe tener por abdicado al Gran Duque. Aunque la Cámara cambió de criterio –según Heuchsling, por presiones del Consejo de Estado [23]– y descartó el modelo sueco, se mantuvo, no obstante, la nueva norma de responsabilidad del monarca en el actual artículo 60 del nuevo texto constitucional que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2023 [24]. Así, pues, tras la reforma de 2023 parece claro que la Constitución

---

[19] Rollnert Liern, G., «La singularidad de la monarquía sueca en el contexto europeo: el Rey como símbolo estático del Estado», en: *Revista de Derecho Político*, 99, 2017, p. 210, nota 33.

[20] De Miguel Bárcena y Tajadura Tejada, *op. cit.,* nota 3, pp. 3, 9, 48 y 52.

[21] Wenander, H., «The King and Public Power in the Minimalist Monarchy of Sweden», en: Hazell, R. y Morris, B., *op. cit.,* nota 2, p. 34.

[22] *Vid.* al respecto Rollnert Liern, G., «El poder de reserva del Rey: experiencias comparadas», en: Punset Blanco, R., *La función constitucional del Rey: teoría y práctica*, Editorial Reus, Madrid, 2024, pp. 286-288.

[23] Heuschling, L., «Luxembourg: Grand Duke Henri's Refusal, in 2008, to Sign the Bill Legalizing Euthanasia», en: Hazell y Morris, *op. cit.,* nota 2, p. 56.

[24] «Version consolidée applicable au 1 de julio de 2023: Constitution du Grand-Duché de Luxembourg». Disponible en: https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/constitution/1868/10/17/n1/consolide/2023070, último acceso 25 de junio de 2024.

luxemburguesa ha previsto un procedimiento de exigencia de responsabilidad política al Gran Duque con la abdicación como sanción en caso de «incumplimiento», término este mucho menos ambiguo (en cuanto a la imputabilidad de la responsabilidad personalmente al monarca y no a circunstancias externas) que los utilizados en los otros textos constitucionales examinados (inhabilitación, incapacidad, imposibilidad, etc.).

III. EL REY, LAS FUERZAS ARMADAS Y LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Por lo que se refiere a las Fuerzas Armadas, en todas las monarquías europeas el Rey ostenta el más alto rango de las Fuerzas Armadas y ello determina que los príncipes herederos reciban algún tipo de formación militar aunque de diversa naturaleza y duración [25].

En Bélgica, Noruega, el Reino Unido y España la Constitución atribuye además al Rey el mando supremo honorífico de las Fuerzas Armadas [26], a diferencia de Dinamarca, los Países Bajos –es el Gobierno quien ejerce la autoridad suprema sobre las Fuerzas Armadas– y Suecia, aunque en este último caso se ha defendido que lo ostenta aún sin reconocimiento constitucional formal [27]. En Luxemburgo la reforma constitucional de julio de 2023 ha suprimido el mando del Rey sobre las Fuerzas Armadas aunque mantiene su título de comandante del Ejército precisando que ejerce el mando inherente a tal rango bajo la responsabilidad del Gobierno.

La declaración de guerra y la firma de la paz es una competencia formal del Rey en Noruega, Luxemburgo, el Reino Unido y España y la Constitución

[25] Hepsworth, O., «Constraints on the Monarchy. Education, Training and Career Choices of Heirs Apparent», en: Hazell y Morris, *op. cit.,* nota 2, pp. 207 y 210. En el caso de España, el artículo 2 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, dispone que «el Príncipe de Asturias podrá desarrollar la carrera militar y tener los empleos militares que, mediante Real Decreto, determine el Gobierno, que queda facultado para establecer un régimen propio y diferenciado teniendo en cuenta las exigencias de su alta representación y su condición de heredero de la Corona de España», previsión cumplida por el Real Decreto 173/2023, de 14 de marzo, por el que se regula la formación y carrera militar de Su Alteza Real la Princesa de Asturias, doña Leonor de Borbón y Ortiz.

[26] Hazell, R., «Day-to-Day Political Functions of the Monarchy. Introduction» en: Hazell y Morris, *op. cit.,* nota 2, pp. 64-65.

[27] Wenander, H., «Political Functions of the Monarchy in Sweden», en: Hazell y Morris, *op. cit.,* nota 2, p. 87. Según Bergman, la atribución del máximo rango militar fue una concesión obtenida por los conservadores del Partido Moderado en el marco del Compromiso de Torekov alcanzado con el Partido Social Demócrata, el Partido de Centro y los Liberales en 1971 acerca de los poderes del Rey en el nuevo Instrumento de Gobierno que se estaba discutiendo en la Comisión Permanente sobre las Leyes Fundamentales nombrada en 1966 (Bergman, T., «Multiple Goals and Constitutional Design: How the Swedish King Lost His Formal Powers», en: *Statsvetenskaplig tidskrift*, 95, 1992, pp. 224 y 226).

danesa somete a la aprobación parlamentaria el empleo de la fuerza militar por el Rey, salvo las medidas defensivas contra un ataque extranjero que serán sometidas al Parlamento *a posteriori*.

Así, según el artículo 62 h) de la Constitución española, corresponde al Rey el mando supremo de las Fuerzas Armadas, declarar la guerra y hacer la paz, previa autorización de las Cortes Generales (art. 63.3) y conferir los empleos militares [artículo 62 f)]. Este mando supremo –que se traduce en la atribución al Rey del empleo militar de Capitán General del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, como máximo rango militar (art. 2.1 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar [28])– no es, sin embargo, un mando operativo en la medida que, según el artículo 97 CE y la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional (arts. 3, 5-7 y 12), es el Gobierno quien dirige la Administración militar y la defensa del Estado y el Rey, aunque ostente el máximo rango, no está en la cadena de mando de las Fuerzas Armadas que culmina en el JEMAD (Jefe de Estado Mayor de la Defensa) como mando operativo bajo la dependencia política del Ministro de Defensa sujeto, a su vez, a la autoridad última del Presidente del Gobierno. Sí corresponde al Rey la presidencia del Consejo de Defensa Nacional, como órgano colegiado, coordinador, asesor y consultivo del Presidente del Gobierno en materia de defensa, cuando el mismo se reúna en pleno para informar al Rey a propuesta del Presidente del Gobierno (art. 8 de la Ley de Defensa Nacional), siendo presidido por el Presidente del Gobierno en sus reuniones ordinarias en pleno o en consejo ejecutivo.

Se trata, por tanto, de un mando eminente, simbólico y honorífico –aunque un sector doctrinal lo discute y le dota de contenido efectivo en circunstancias extraordinarias [29]– como se desprende del artículo 1 del Real Decreto 913/2002, de 6 de septiembre, sobre representación institucional de las Fuerzas Armadas, que le confiere «la más alta representación institucional» de las mismas en su condición de «mando supremo». Y es también coherente con la proyección representativa y no efectiva de este mando supremo que se le atribuya la competencia para conferir el primer empleo militar de cada escala de oficiales o de suboficiales con el refrendo del Ministro de Defensa (art. 76.2 de la Ley de la Carrera Militar).

---

[28] Se ratificó así el máximo rango militar que le fue conferido, con arreglo a las Leyes Fundamentales, por el Decreto-ley 16/1975, de 20 de noviembre, del Consejo de Regencia por el que se promueve al empleo de Capitán General de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire a S. A. R. el Príncipe de España.

[29] *Vid.* la síntesis de posiciones doctrinales en Rollnert Liern, G., *El arbitraje y moderación regios en la Constitución Española*, Universidad de Valencia, Valencia, 2004, pp. 175-176, nota 28.

El protagonismo del Rey en las relaciones internacionales es también compartido en las monarquías europeas, correspondiéndole al soberano como Jefe del Estado la ratificación de los tratados internacionales, siempre por decisión del Gobierno y con la aprobación del Parlamento en los tratados más relevantes. Cabe señalar que en virtud del artículo 7.2 a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 se considera que todo Jefe de Estado representa a su Estado «sin tener que presentar plenos poderes [30]» para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado.

Suecia presenta algunas particularidades en este aspecto por cuanto su soberano, aunque preside el Comité de Asuntos Extranjeros del *Riksdag*, carece constitucionalmente de competencias para la ratificación de tratados internacionales, la acreditación de representantes diplomáticos y la declaración de la guerra y de la paz, estando incluso obligado a consultar al Primer Ministro antes de viajar al extranjero (única mención en el Instrumento de Gobierno). Sin embargo, hasta el año 2003 los tratados internacionales los ratificaba el Ministro de Asuntos Exteriores «en el nombre de su Majestad el Rey de Suecia» que figuraba como la Alta Parte Contratante, aunque el Rey no tuviera una atribución constitucional formal [31]; a partir del año 2003, cambió la práctica y empezó a ratificarlos el Ministro de Asuntos Exteriores «en nombre del Gobierno de Suecia» que es la Alta Parte Contratante desde esa fecha, siendo el único caso en la Unión Europea en el que no es parte contratante el Jefe del Estado. No obstante, por convención constitucional y por aplicación de las reglas del Derecho Internacional Público, se le considera supremo representante de Suecia en las relaciones internacionales y, como tal, recibe las credenciales de los embajadores extranjeros en una audiencia en el Palacio Real, firma las credenciales de los embajadores suecos, realiza viajes de Estado y actúa como anfitrión en las visitas de los Jefes de Estado extranjero [32].

---

[30] En virtud del artículo 10.2 a) de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, el Rey, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación no necesitan plenos poderes o plenipotencia para ejecutar en representación de España cualquier acto internacional relativo a un tratado y, en particular, para negociar, adoptar y autenticar su texto, así como para manifestar el consentimiento de España en obligarse por el tratado, siendo el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación en nombre del Rey quien firma los plenos poderes en favor de otras personas (art. 10.1).

[31] *Ius omnimodae representationis* que el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* define como la «capacidad general de representación inherente al jefe del Estado, al jefe del Gobierno y al ministro de Asuntos Exteriores por lo que respecta a la celebración de los tratados internacionales» (disponible en: https://dpej.rae.es/lema/ius-omnimodae-representationis, último acceso 25 de junio de 2024).

[32] Rollnert Liern, G., «La Corona en las democracias escandinavas», en: Tajadura Tejada, *op. cit.,* nota 17, pp. 255-256.

La Constitución española, después de definir al Rey como símbolo de la unidad y permanencia del Estado, afirma que «asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales» (art. 56.1) y le atribuye competencias concretas como la de acreditar a los embajadores y otros representantes diplomáticos y recibir la acreditación de los representantes extranjeros en España, manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados [cuya negociación y firma requiere acuerdo del Consejo de Ministros –artículo 5.1 d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno– y distinta intervención de las Cortes en función del tipo de tratados, artículos 93 y 94] y, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz (art. 63). Todo ello teniendo en cuenta que la dirección de la política exterior corresponde al Gobierno (art. 97 CE y 1.1 de la Ley del Gobierno) y que son actos que requieren el preceptivo refrendo.

La función de alta representación de España en las relaciones internacionales se atribuye al Rey con carácter general y «especialmente con las naciones de su comunidad histórica» entendiendo Herrero Rodríguez De Miñón que coexistirían así en este artículo una representación internacional de carácter jurídico conforme al Derecho Internacional [33] y el reconocimiento de la vinculación de la Corona con la comunidad histórica hispánica, de naturaleza simbólico-política [34].

Este último inciso tiene su origen en la enmienda núm. 886 presentada por el Senador Ricardo De La Cierva, posterior Ministro de Cultura en el primer gobierno de Adolfo Suárez, que proponía añadir a las competencias del Rey enumeradas en el actual artículo 62 (art. 57 del proyecto de Constitución), la de «velar por la conservación y fortalecimiento de los vínculos espirituales, culturales y de especial convivencia entre España y las naciones de su comunidad histórica [35]», aduciendo como justificación de la enmienda que es una misión que la Corona asumió desde el primer momento del reinado de Juan

[33] En el mismo sentido, para Rodríguez-Zapata, la competencia del Rey para vincular internacionalmente a España no trae causa de la expresa atribución de la representación internacional por el artículo 56.1 CE sino de una norma de Derecho Internacional de general aceptación que atribuye el *ius rapresentationis* a cualquier Jefe del Estado, tenga o no reconocidas competencias al respecto en el derecho interno. Y, puesto que el fundamento de esa normatividad internacional, son las especiales prerrogativas de que goza todo Jefe del Estado en consideración a la dignidad del Estado al que simboliza, la representación internacional del Estado otorgada por el Derecho Internacional y reiterada por la Constitución, pese a ser una representación jurídica que opera en el mundo del Derecho y produce efectos jurídico-internacionales, no dejaría de ser una manifestación simbólica de la dignidad estatal (Rodríguez-Zapata Pérez, J., *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1987. p. 79).

[34] Herrero Rodríguez De Miñón, M., «Artículo 56. El Rey», en: Alzaga Villaamil, Óscar (dir.), *Comentarios a las Leyes Políticas*, t. V, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, pp. 85-88.

[35] *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Vol. III, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, pp. 88-89.

Carlos I y que no solamente le reconocieron sino que le pidieron expresamente que ejerza los presidentes de varios países americanos en sus discursos durante los viajes del Rey entre mayo y octubre de 1976 a la República Dominicana, Estados Unidos, Colombia y Venezuela [36] y afirmando en su posterior intervención ante el Pleno que se trata de «funciones simbólicas representativas y suprapolíticas [37]».

La enmienda se incorporó al dictamen de la Comisión de Constitución del Senado pasando a incluirse en la enumeración de competencias del Rey [artículo 61 h) que se corresponde con el actual artículo 62 [38]]. Se debatió en el Pleno [39] mostrándose contrario a la misma el Senador socialista Fernando Morán (posteriormente Ministro de Asuntos Exteriores en el primer gobierno de Felipe González) que criticó la enmienda por considerar que con dicha «tutela» (término no empleado en la enmienda y «cuidadosamente excluido», según el enmendante De La Cierva [40]) se proponía «un exceso de las competencias del Rey» que «podría ser interpretada por los países latinoamericanos como un paternalismo o un imperialismo cultural y aún político» y «conferiría al Rey el embrión de un *domaine reservé* en la política internacional, porque solamente se puede velar algo aunque sea de tipo espiritual, a través de los medios políticos», desarrollando el primer argumento al afirmar que, aunque comulga en los mismos ideales de fraternidad con los pueblos de América, «podría ser considerado, efectivamente, como una definición excesiva que unas Cortes Constituyentes atribuyesen al Rey de España ciertas competencias, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de Britania, donde la Reina no tiene ninguna competencia derivada de la Constitución inglesa respecto a la Commonwealth; sino que las tiene derivadas de un Acta de la Commonwealth, la del Estatuto de Westminster de 1931, que, por el contrario, condiciona la Ley de Sucesión en la Corona inglesa. Si un día los Presidentes de las Repúblicas de América y los Parlamentos decidiesen hacer del Soberano español o del Presidente de la República Española la cabeza de esta comunidad no habría ningún temor en interferir en los asuntos internos de ellos; pero si nosotros, que hemos sido elegidos exclusivamente por el pueblo español, se lo con-

[36] Se refirió expresamente al enmendante a los discursos del Rey y de los respectivos presidentes de las naciones visitadas recogidos en *Mensaje a América*, Editora Nacional, Madrid, 1977.

[37] *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Vol. IV, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, p. 3100.

[38] *Ibid.*, pp. 3099, 3101 y 3102.

[39] Para el Senador SÁNCHEZ AGESTA, L., de esta forma se convertía al Rey en «símbolo de una política exterior que trate de estrechar los vínculos espirituales, culturales y de especial convivencia de las naciones de la comunidad histórica» (*ibid.,* p. 3568).

[40] *Ibid.*, p. 3100.

ferimos, mucho me temo que podría ser interpretado como una interferencia, no deseable, en los asuntos internos de otros países [41]».

Aunque la enmienda resultó aprobada en el Pleno del Senado, en el dictamen de la Comisión Mixta no se recogió en su literalidad sino incorporando el inciso «especialmente con las naciones de su comunidad histórica» al actual artículo 56 al final de la referencia a la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales [42]. Se acogió así una expresión que recuerda el término «comunidad hispánica de naciones» utilizado posteriormente por Julián Marías [43] quien, como Senador por designación real, intervino también en la discusión en el Pleno con relación a una enmienda –que resultó rechazada– que proponía atribuir al Rey la competencia para dirigir mensajes a las Cortes Generales vinculándola «a la función social de reinar, y a esa presidencia ideal de una comunidad hispánica que reconoce su figura como elemento valioso de cooperación internacional y especialmente en el campo de la cultura [44]».

Esta referencia a la especial representación del Rey en el ámbito de las naciones históricamente entroncadas con España plantea la cuestión de hasta qué punto puede entenderse que confiere al Rey una cierta autonomía de acción para promover las relaciones con Hispanoamérica en un plano cultural e histórico, mediante actos que, aunque no necesiten de un refrendo formal, parece lógico que requieran la aquiescencia del Gobierno [45]. En todo caso, el inciso en

---

[41] *Ibid.*, pp. 3099, 3101 y 3102.

[42] *Ibid.,* p. 5365. Esta redacción final ha sido criticada por García Escudero y García Martínez por considerarlo una «aguada versión que dejó la Comisión Mixta de la interesante innovación que había hecho el Senado a propuesta de Ricardo de la Cierva» (García Escudero, J. M. y García Martínez, M. A., *La Constitución día a día. Los grandes temas de la Constitución de 1978 en el debate parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1998, p. 49). Estos autores se hacen también eco de la crítica de Gómez Llorente, F., según el cual «no se entiende bien cómo quien ostenta la más alta representación del Estado en todas las relaciones internacionales puede tenerla de una manera especial cuando esas relaciones tienen lugar entre el Estado español y una o varias de las naciones de su (es decir, del Estado) comunidad histórica, ni es posible determinar cuál es esa comunidad. Es probable que los redactores pensaran en la integrada por los países de nuestra lengua, pero ¿cómo podría afirmarse que no formamos parte también de la comunidad europea, o que esta pertenencia es sólo cosa del presente, sin raíces en la historia?» (*loc. cit.*).

[43] Marías, J., *La Corona y la Comunidad Hispánica de Naciones*, Asociación Francisco López de Gomara, Madrid, 1992.

[44] *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Vol. III, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, p. 3567.

[45] En este sentido Menéndez Rexach defiende que cabe reconocer al Rey «una cierta iniciativa (no concretada en actos jurídicos) para promover e impulsar las relaciones con otros países, en especial 'con las naciones de su comunidad histórica', como dice la propia Constitución, aunque es impensable que el Rey tome iniciativas en este ámbito sin el conocimiento y el acuerdo del Gobierno» (Menéndez Rexach, Á., *La Jefatura del Estado en el Derecho Público español*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1979, p. 435).

cuestión proporciona, cuanto menos, una cobertura constitucional al protagonismo esencial que podría corresponder a la Corona si la realidad cultural de la Hispanidad avanzara en el futuro hacia alguna forma de integración en un bloque geopolítico hispánico. En la práctica, se ha concretado hasta la fecha en la institucionalización de la Comunidad Iberoamericana de Naciones en 1991 –impulsada embrionariamente por Juan Carlos I ya desde 1976 y 1977– integrada por 22 países, incluyendo Andorra, Brasil y Portugal, en la que el Rey de España participa en pie de igualdad con los demás Jefes de Estado [46].

[46] *Vid.* al respecto Powell Solanes, C., «La monarquía en la acción exterior del Estado: el caso español», en: VVAA, *Reiventando la tradición. Las monarquías parlamentarias en el siglo* xxi, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 121-123.

EL REY, ÁRBITRO Y MODERADOR DE LAS INSTITUCIONES [1]

Agustín Sánchez de Vega García
Universidad de Salamanca

I. INTRODUCCIÓN

Plantearse la figura del Rey como poder moderador provoca la duda inicial en el constitucionalista de si acaso pudiéramos estar en presencia del aspecto más político y menos jurídico del ámbito de poder de uno de los órganos principales de nuestro sistema constitucional: la jefatura del Estado. El reconocimiento constitucional del Rey como jefe del Estado implica integrar de antemano dos conceptos contradictorios entre sí, como son el principio democrático y el carácter simbólico-hereditario que define a la Corona. El Rey es símbolo de la «unidad y permanencia» del Estado (art. 56.1 CE). Como símbolo, su figura resulta inviolable y «no está sujeta a responsabilidad» (art. 56.3 CE); responsabilidad que se transfiere mediante el «refrendo» (art. 64 CE), vaciando así de poder político efectivo a la Corona. Desde la realidad constitucional, sin embargo, le corresponde moderar y arbitrar el funcionamiento regular de las instituciones. Lo que, de una parte, es tanto como atribuirle una función expresa, sin contenido preciso, unida a un fin funcional: «el regular funcionamiento de las instituciones» (art. 56.1 CE), de la que parece traslucir-

[1] Participar en el *liber amicorum* de la profesora Yolanda Gómez Sánchez constituye una oportunidad para reconocer su brillante currículum y una innegable vocación de servicio público. Destaca en ella el incesante trabajo y la integridad para expresar su pensamiento en los grandes temas del Derecho Constitucional. A la Corona ha dedicado páginas llenas de una preocupación profunda, que ha sabido expresar de manera muy solvente y apegada a la realidad constitucional.

se algún espacio político; y de otro, y en relación directa con esta, asignarle la potestad expresa de proponer candidato a presidente del Gobierno ante el Congreso (arts. 62.g y 99 CE).

Algunas consideraciones previas pueden facilitar comprender lo que la Constitución pretende, sin descuidar su texto, integrando el plano jurídico-constitucional y el plano político, necesarios ambos para el entendimiento del Rey como poder moderador.

II. ALGUNAS PREMISAS

1. **La realidad constitucional**

H. Heller y K. Hesse expresaron de forma conocida cómo la confrontación entre realidad jurídica y realidad política suele quedar disuelta en una verdad más amplia que engloba por igual elementos fácticos y componentes normativos: la realidad constitucional. Ambos mantendrán que las normas jurídicas son, en ocasiones, insuficientes para regular la distribución del poder político [2].

El condicionamiento mutuo de la realidad política y la jurídica parece el substrato que ayuda a entender y explicar el poder del Rey; una realidad que abarca el carácter simbólico de su existencia y de su posición preeminente (símbolo de la unidad, permanencia y representación del Estado) y el ejercicio de un poder que, partiendo de tal simbolismo, tiene como objetivo el funcionamiento regular de las instituciones. De tal posición y de las facultades y acciones que se derivan de tal poder no pueden sino desprenderse implicaciones y consecuencias políticas, que expresan la voluntad de la organización estatal y la personificación del Estado-comunidad. El poder moderador pertenece a esa aurea de *auctoritas* del Rey que legítimamente reconoce la Constitución, y que, en consecuencia, permite plantearse si comporta un contenido y un alcance constitucional, frente al reverso que es el puro y simple simbolismo decorativo.

Las demás funciones del Rey son jurídicas: actos debidos, ceremoniales o representativos. No son propiamente facultades, sino deberes *a priori* incoercibles, aunque en el caso del Rey la amenaza de la abdicación fuerza a considerarlas *de facto* como verdaderas obligaciones. De su ejercicio se derivan efectos jurídicos y se identifican con la idea del Estado-persona jurídica, pues dotan de unidad al ordenamiento.

---

[2] Lucas Verdú, P., *El sentimiento constitucional*. Ed. Reus, Madrid, 1985, pp. 144 ss.

2. **La Corona y la forma de gobierno**

En segundo término, en virtud del principio democrático, la monarquía se encuadra en una de las categorías de las «formas de gobierno» (la parlamentaria) [3], en la que el órgano jefatura del Estado está ocupado por el Rey, cuya titularidad ostenta de forma vitalicia y trasmite por orden hereditario. La diferencia entre monarquía y república bajo el régimen de una Constitución democrático-parlamentaria está en un nuevo planteamiento de los poderes del órgano, que en mucho las asemeja y en poco se distinguen. Como dice M. Aragón, «tan legítima y valiosa es la una como la otra» [4]; y de lo que no cabe duda es que una y otra son formas en que puede configurarse la jefatura del Estado democrático-parlamentario.

En nuestra Constitución, el órgano supremo de la estructura estatal (la jefatura del Estado) se institucionaliza como Corona; y el Rey es el titular que la individualiza. A estos efectos, es significativo que para la doctrina inglesa «la Corona es lo permanente» [5], porque se identifica con la continuidad del Estado. Y lo que la Corona hace es heredar al Rey mediante la sucesión, «cuyos sujetos pasajeros son los monarcas sucesivos, de modo que es certera la conocida afirmación de que no es el Rey el que hereda la Corona de España, sino esta última al primero» [6].

El Rey es el titular del órgano que representa la continuidad y la permanencia del Estado, con proyección indeterminada en el tiempo, alejado de disputas de partido y de los mandatos de otros órganos. *Tempo* del Rey, que le permite superar el mandato de los órganos de dirección política; y *tempo* de la Corona que, como institución, predispone a entenderla e interpretarla con perspectiva intergeneracional. Lo particular de la monarquía del 78 es que se juridifica y se parlamentariza, como órgano, en una Constitución normativa y rígida, con indicación de la posición de autoridad preeminente de la jefatura del Estado a la que no se atribuyen poderes efectivos de decisión política. Carencia de poder de mandato que no impide, sin embargo, que la Constitución reconozca al Rey funciones de *auctoritas* como poder moderador de las instituciones democráticas.

---

[3] *Vid.* Mortati, C., *Le forme di governo*. Cedam, Padua, 1973.

[4] Aragón Reyes, M., «La Monarquía Parlamentaria», en Pendás, Benigno (dir.), *España constitucional 1978-2018. Trayectorias y Perspectivas-I*. CEPC, Madrid, 2018, pp. 635 ss.

[5] Marshall, G., *Teoría constitucional*. Espasa-Calpe, Madrid, 1982, pp. 35 ss.

[6] Lucas Verdú, P., «La Corona, elemento de la Constitución sustancial española», en Lucas Verdú, Pablo (dir.), *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Universidad Complutense, Madrid, 1983, p. 267.

3. **La Monarquía como forma política del Estado**

Por este y otros motivos, en algunos sistemas constitucionales se prefiere a la Corona para representar de manera permanente al Estado, por el valor histórico, por la proyección indeterminada en el tiempo y por la lejanía de las disputas de partido. Se prefiere esta configuración porque tal función resulta acorde con la condición neutral de personificar la integridad política, territorial y social con la continuidad histórica, presente y futura. Función integradora de la unidad del Estado, que comporta una especial relevancia político-constitucional. Por ello, es posible explicar que la Monarquía sea la propia forma política del Estado; para subrayar que en ella se concentra la «fuerza evocativa histórica y simbólica» [7] de unidad intergeneracional y organizativa del Estado. Es una fórmula de refuerzo querido por el constituyente para la jefatura del Estado. No es una mera «configuración contingente», sino «la manifestación dignificada y dignificante del Estado» [8] que resuelve de antemano el problema de optar entre monarquía y república [9].

Es precisamente en este contexto en el que la forma política del Estado encuentra su mejor explicación. La «forma política» es una fórmula de refundición y refundación. Racionalización democrática y monarquía parlamentaria se funden en el texto de la Constitución, fruto de la decisión constituyente, con el pueblo como titular único de la soberanía y la Corona como órgano constituido en cuanto jefatura del Estado sujeto a la Constitución; lo que hace concitar en la forma política del Estado, legalidad, nueva legitimidad, democracia, Monarquía y Constitución. En la búsqueda de un sentido jurídico-constitucional, más allá de la abstracción y coincidencia del proceso constituyente [10], quizá sea el profesor Aragón quien mejor haya explicado el sentido de tal expresión. El artículo 1.3 de la Constitución distingue dos enunciados separables: a) la forma jurídica de gobierno es la monarquía parlamentaria, de la que se derivan las funciones jurídicas expresas; b) la forma política del Estado es la mo-

---

[7] De La Iglesia Chamarro, A., *Desafíos de la monarquía parlamentaria*. Marcial Pons, ed., Madrid, 2019, p. 44.

[8] Rodríguez-Zapata, J., *Sanción, promulgación y publicación de las leyes*. Tecnos, Madrid, 1987, p. 76.

[9] Su constitucionalización como forma política del Estado se explica, junto a otras razones, por el papel determinante del Rey Juan Carlos como «motor» (Areilza) o «piloto» (Powell) de la transición constituyente. Posición abiertamente firme y proclive a la transformación democrática de España: proceso poco común, más bien heterodoxo y de una astucia destacable: es la propia Monarquía, por voluntad del Rey y por la vía de los hechos, la que se somete al principio democrático y queda sujeta al propio ordenamiento constitucional (art. 9.1 CE).

[10] *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas), núm. 59, de 5 de mayo de 1978, pp. 2018 ss.

narquía, de la que se extraen funciones latentes y políticas [11]. En este último ámbito, sin poderes políticos efectivos de mandato y en buena medida refractario al Derecho, se encierran las funciones políticas de consejo, instancia y advertencia de la monarquía parlamentaria que derivan del valor simbólico, neutral (alejado de la política activa) y de la representación e integración de la unidad, permanencia y buen funcionamiento de las instituciones.

Hoy las Constituciones europeas que articulan jefaturas de Estado monárquicas no son sospechosas de su carácter democrático. Como apunta la profesora Gómez Sánchez, la compatibilidad entre democracia y monarquía es incontestable desde el punto de vista del Derecho europeo, no solo porque no afecta al plano de sus fundamentos y de sus actividades, sino tampoco al de los mecanismos de prevención y sanción de las vulneraciones por los Estados miembros de los valores comunes [12]. Argumento que se refuerza en la complejidad institucional interna, internacional o supranacional, explicada desde el constitucionalismo multinivel, en el que la forma monárquica no impide el funcionamiento democrático de los Estados constitucionales [13]. La realidad constitucional ofrece argumentos sólidos para defender, por tanto, la monarquía parlamentaria como forma política del Estado [14], más aún en momentos de democracia polarizada.

4. **El poder neutral o la jefatura del Estado**

La idea del poder neutral de Benjamín Constant (tomando como modelo la realidad británica) es la que mejor sirve para explicar doctrinalmente la atribución a la jefatura del Estado de la función moderadora. Es precisamente esta idea de poder neutral la que se configura histórica y políticamente como poder moderador en los textos constitucionales modernos, que hoy se aplica tanto a la jefatura de Estado monárquica como republicana [15]. La explicación de Cons-

[11] Aragón Reyes, M., «La Monarquía parlamentaria», en Pedrieri, E. y García De Enterría, E. (ed.), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*. Civitas, Madrid, 1981, pp. 425 ss.

[12] Gómez Sánchez, Y.: «Monarquía en democracia: hay futuro», en *Teoría y Derecho*, 35, 2023, p. 105.

[13] Gómez Sánchez, Y., *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales.* Sanz y Torres, Madrid, 2023, p. 45.

[14] *Vid.* Rivero, Á., «¿Por qué las monarquías producen mejores democracias?». *Red de Estudios de las Monarquías Contemporáneas*, 2024 (www.remco.es/category/publicaciones).

[15] La configuración neutral de la posición y funciones del jefe del Estado democrático-parlamentario es común a las Constituciones actuales. Lo que distingue a la jefatura monárquica de la republicana es que una Corona neutral en el marco de la Constitución democrática facilita al Rey erigirse como órgano *super partes,* frente al presidente republicano que requiere un mayor esfuerzo de contención para actuar y ser

tant no puede alejarse de la realidad fáctica a que responde su *pouvoir neutre*, pues la neutralidad se introduce, dice P. de Vega, «por la fuerza de las cosas, y porque es una condición indispensable y un resultado necesario de la lógica del Estado Constitucional» [16]. La función moderadora del jefe del Estado responde a la realidad más auténtica del poder por su carácter invisible, y remite al de las facultades no explícitas, al carácter taumatúrgico del mismo.

La explicación de Constant de que la monarquía constitucional convierte al jefe del Estado en un poder neutral y de equilibrio está presente en textos como el del 78, que retiene para el Rey fuerza simbólica de unidad, permanencia y representativa del Estado, y función de moderador del funcionamiento regular de las instituciones [17].

III. EL REY, ÁRBITRO Y MODERADOR: LEGITIMIDAD Y NEUTRALIDAD

La jefatura de Estado monárquica es, por tanto, uno de los perfiles definitorios de la democracia del 78; una «parte sustancial» del pacto constitucional [18]. En consecuencia, los actos del titular de la Corona son también esenciales para dicho sistema organizado de funciones y competencias en que se basan los sistemas democráticos [19]. En el nuestro se centran, como hemos dicho ya, en una potestad expresa y concreta (la propuesta de candidato a presidente del Gobierno ante el Congreso), y en la función de moderar el funcionamiento regular de las instituciones que la Constitución deja abierta sin concretar su significado.

La previsión de un poder moderador en el Estado Constitucional plantea el problema de su legitimidad, de su regulación y de los límites de sus faculta-

observado como neutral, por su procedencia previa de la política. La experiencia italiana confirma que, en la práctica, la neutralidad de la función moderadora exige del presidente republicano un sobreesfuerzo de catarsis y exfoliación partidista superior al de la Corona. El presidente Napolitano lo confesaba en 2009, con toda honestidad, al referirse a la presidencia de la República: «La aproximación partidista, natural en quien hace política, es algo de lo que debe despojarse en nombre de una visión más amplia» (www. Quirinale.it/elementi/Continua/Discorsi). La capacidad de neutralidad, interrelación, moderación e integradora de la Corona es *a priori* superior a la que procede de la política activa del presidente republicano. *Vid.* Tajadura Tejada, J., «¿Monarquía o república? (sobre "Entre la Segunda y la Tercera República", de Alejandro Nieto, y "Cuarenta años de monarquía en España", de Joan Oliver)», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* 43, 2023, pp. 365 ss.

[16] De Vega, P., «El poder moderador», en *Revista de Estudios Políticos*, 116, 2002, p. 16.

[17] Sobre el significado del «poder neutro» de B. Constant, *vid.* De Vega García, P., «El poder moderador», en *Cuestiones Constitucionales*, 7, 2002, pp. 215 ss.

[18] STC 98/2019, de 17 de julio, f.j. 3.a); ponente: A. Narváez.

[19] Gómez Sánchez, Y., «Monarquía…», *op. cit.,* nota 12, p. 107.

des. La única legitimidad posible de la Corona es la que tiene su origen en la Constitución. Desde esta perspectiva democrática, la Corona se legitima también por la utilidad y el acierto de las funciones de integración y moderación que desde la neutralidad política cumple al servicio de la democracia.

1. **Legitimidad jurídico-constitucional de origen**

Su encuadre jurídico-constitucional es complejo en la lógica del Estado Constitucional, pues por definición los poderes constituidos han de quedar regulados por la Constitución en cuanto a sus funciones, competencias y límites. Y, sin embargo, el poder moderador, aun siendo un poder constituido, está establecido en la Constitución, pero no regulado; seguramente porque resultaría imposible la definición y previsión de todas las modalidades o perfiles con que puede expresarse. El poder moderador es un poder simbólico de integración política, territorial y social, y un poder de influencia, basado en la *auctoritas*, que esencialmente se compone de una serie de actividades y acciones informales, no secretas pero sí discretas, cuyo intento de regulación «no cumpliría ni siquiera la prevención de los excesos en que pudiera recaer el titular de la Corona» [20], y muy probablemente quedaría desbordado por la realidad de los hechos.

En la regulación constitucional de la Corona, la lógica del Derecho público se difumina y la atribución del poder moderador quiebra desde la óptica de los presupuestos democráticos, para ser necesariamente explicado desde perspectivas que pertenecen más al fenómeno del poder y de la política constitucional. A su vez, es precisamente la previsión constitucional del mismo y la imprecisión de sus facultades concretas lo que le da legitimidad jurídico-formal y le permite expresarse y ejercerse como tal.

Se ha reiterado que la presencia de un poder moderador en la Constitución española, atribuido a la Corona, solo puede explicarse desde la concepción de la *auctoritas* [21]; como valor moral añadido, como valor de convicción, en el que bajo tal expresión se deslizan poderes de integración e influencia política en los engranajes constitucionales para el mejor funcionamiento del Estado. La neutralidad es un componente esencial de la *auctoritas*. No identificarse con ningún partido o grupo social o económico es una suerte de neutra-

[20] Díaz-Revorio, F. J., «La monarquía parlamentaria, entre la historia y la Constitución», en *Pensamiento Constitucional*, 20, 2015, p. 82.

[21] *Vid.* STC 98/2019, ya citada; nota 18.

lidad intrínseca al poder moderador. Como igualmente lo es que la voluntad del Rey no pueda imponerse a los órganos de dirección política. El Rey no tiene poderes inherentes expresos, ni poderes implícitos, ni reserva de poder, ni poderes paralizantes, aunque «la autoridad y la influencia de la institución pueda ser muy útil a la hora de resolver situaciones políticas delicadas» [22], por el valor institucional que aporta. O sea que algo latente, informal, durmiente o elástico (capaz de mostrarse con mayor o menor intensidad, o de ocultarse), debe haber en el poder moderador. En cualquier caso, las acciones en que se concreta deben estar inescindiblemente unidas y ser estrictamente necesarias al objeto simbólico de la unidad y permanencia del Estado que prescribe la Constitución (función integradora), junto al fin funcional que remarca: el funcionamiento regular de las instituciones (función de influencia).

2. **Valor simbólico y posición del poder moderador**

El valor de símbolo del Rey y la singular importancia que tiene para la estructura del Estado no pueden ser regulados por el Derecho [23]. El ordenamiento es incapaz de abarcar las potestades de un poder simbólico; debe reconocer tal valor simbólico como poder supremo o jefe del Estado, pero no puede pretender regular los infinitos matices en que puede manifestarse ese poder de *auctoritas*. De esta manera, la Constitución hace que la monarquía parlamentaria sea compatible y funcional a la democracia, y que por su carácter central sea útil para el tiempo de desafíos constitucionales del siglo XXI. Un centro de poder simbólico e integrador sustraído a la disputa política, que pueda generar un punto de aproximación y encuentro político, con efecto directo sobre el funcionamiento regular de las instituciones y también calmante frente a la fragmentación, la polarización o el bloqueo institucional propiciados por posiciones extremas o contrarias a la Constitución. Es una labor de integración querida y reforzada por el constituyente, lo que eleva su posición y hace que cualquier reforma que le afecte requiera un altísimo nivel de consenso (art. 168 CE).

El carácter supremo, neutral y simbólico de su posición le convierte en «la principal magistratura de *auctoritas* de nuestro Estado constitucional» [24]. Sus funciones se sitúan en el ámbito del compromiso y de la práctica constitu-

---

[22] TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español*. Universidad Complutense, Madrid, 1998, p. 530.

[23] GARCÍA-PELAYO, M., *Los mitos políticos*. Alianza, Madrid, 1980.

[24] TAJADURA TEJADA, J., «La legitimidad de la Corona como magistratura de *auctoritas* basada en la neutralidad y la ejemplaridad», en *Teoría y Derecho*, 35, 2023, p. 200.

cional. La previsión del Rey con escasas potestades, como es el caso del Rey constitucional español, es compatible con las prácticas aplicativas de la Constitución, con las convenciones y con acciones discretas y concretas de influencia, advertencia, sugerencia (en la consabida afirmación de Bagehot). E implica reconocer que bajo la fórmula constitucional de poder moderador supremo (por tratarse de la jefatura del Estado) se pueden contener facultades latentes, actividades y acciones que no tienen fácil traducción a términos jurídico-formales. En cualquier caso, son zonas etéreas y ocultas del poder, que pueden dotar al jefe del Estado de una plusvalía política y de un factor de legitimidad añadido a su reconocimiento formal.

De manera que el plano jurídico-constitucional de regulación de la figura del Rey no puede ser contemplado con el mismo enfoque que el del resto de los poderes y órganos estatales. Al poder moderador no le queda otro espacio más que el de un poder por definición sustraído a los avatares de la política, con funciones separadas del nivel de los partidos y elevado por encima de las pugnas partidistas. Neutralidad que es, por tanto, su característica esencial y no comporta solo una posición simbólico-decorativa. Tal posición de *auctoritas* no admite marginación ni neutralización, sino que se consigue precisamente por su neutralidad política, por el respeto al pluralismo político, por no estar inserto en él, y por su único vínculo con la Constitución [25].

3. **Su vínculo con la Constitución**

En la lógica del Estado Constitucional, lo que la Constitución hace es, de una parte, reconocer esa naturaleza simbólica del jefe del Estado como poder supremo, mediante la atribución de la función moderadora; y de otra, respetando tal simbolismo como poder supremo, deja en sus manos un poder abierto, sin definir facultades concretas. Sólo así es posible configurar una institución con la *auctoritas* suficiente como para expresar en cada momento histórico el simbolismo integrador de la unidad, la permanencia y la representación del Estado mediante el ejercicio del poder moderador. Y solo de este modo puede hacerse compatible la monarquía parlamentaria en el anclaje de una Constitución normativa y rígida, porque en ella el poder moderador del Rey se construye sobre el principio democrático y por su vínculo con la *ratio* y el *telos* constitucional. El elemento simbólico queda unido al fin funcional del equilibrio y

[25] Lavilla, L., «La Monarquía Parlamentaria como forma política del Estado Español», en *Asamblea: Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 5, 2001, p. 5.

la armonía del regular funcionamiento de las instituciones `dentro´ de la Constitución y conforme a los principios constitucionales.

Así lo acredita el acto de juramento del Rey, en el que explícita e implícitamente se compromete a «guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas» (art. 61.1. CE). Lo que constituye, pues, el acto formal de compromiso y lealtad constitucional, que es expresión de sujeción al ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) y al sistema democrático; y lo hace ante las Cortes reunidas conjuntamente, en cuanto sede de la representación de la soberanía popular y de la representación territorial. No se trata de un simple acto formal; es una manifestación expresa e inquebrantable de comprometerse a cumplir la Constitución y a defender el sistema constitucional en su conjunto. Su neutralidad está, por tanto, objetiva y dogmáticamente vinculada al fin y a la razón de ser constitucional. Y su ejercicio no es intrascendente: los actos del Rey conforman la voluntad estatal; su confluencia tiene carácter esencial para la actividad del Estado [26].

De suerte tal que, para el poder moderador, la Constitución es un límite y un complejo de fines vinculantes, a los cuales ha de responder, directa y positivamente, el ejercicio de su función. El Rey no puede tener fines contrarios o fuera de la Constitución, y ha de comportarse en todo momento dentro de esta, pues se ha comprometido a defenderla. La diferencia con la política, con la mayoría partidista o con los órganos que la representan, es palpable: estos pueden pretender otros fines políticos, no constitucionales o al margen, e incluso contrarios a la propia Constitución.

IV. EL EJERCICIO DEL PODER MODERADOR: LA LEGITIMIDAD COTIDIANA

Así las cosas, la Constitución no es solo fuente de legitimidad originaria de la Corona, sino también del ejercicio del poder moderador, que es el único mecanismo políticamente «vaporoso y etéreo» [27] dispuesto constitucionalmente para el Estado a fin de cumplir los compromisos y objetivos constitucionales. El ejercicio de las funciones de integración e influencia está directamente relacionado con las condiciones de equilibrio político e institucional. De ma-

[26] Gómez Sánchez, Y., «Monarquía…», *op. cit.,* nota 12, p. 109.

[27] De Vega García, P., «El poder moderador», en *Revista de Estudios Políticos*, ob. *cit.* nota 16, p. 18.

nera que el ejercicio de la moderación por el Rey depende del contexto político, estable o inestable, y del mayor o menor compromiso de la política con el funcionamiento de las instituciones democráticas. El consenso entre las fuerzas políticas proporciona estabilidad a la Corona en el ejercicio de sus funciones y reforzamiento del equilibrio institucional, frente a las fuerzas contrarias al sistema constitucional. Por ello resulta tan importante que los partidos constitucionalistas comprendan y respeten las funciones del Rey en cuanto poder moderador.

Que la Corona se muestre como magistratura apartidista, neutral y vinculada a los principios y fines constitucionales, es un buen punto de partida para la *auctoritas* democrática y el ejercicio legítimo del poder moderador. Esta se logra día a día y deriva de la astucia, la audacia y la prudencia de la personalidad del Rey; del respeto, del prestigio y del reconocimiento social intachable; de la receptividad y la lealtad de las fuerzas políticas; del conocimiento, formación e información adquiridos y de la exteriorización de los éxitos. La autoridad de la Corona ha de provocar la receptividad de su consejo en defensa del Estado constitucional y el consecuente efecto moderador de integración constitucional. Para ello, la personalidad del Rey y el conocimiento a fondo de los asuntos de Estado actuales y de los previsibles acontecimientos futuros, es un requisito esencial que le permite adquirir la autoridad necesaria para sustanciar su influencia, y además que esta sea «síntesis de voluntades, más que aplicar un criterio personal» [28].

1. **La personalidad del Rey**

La *auctoritas* es, pues, constitutiva de la figura del jefe del Estado y tiene origen constitucional; pero también se gana, se mantiene, se ejerce. Y en ello hay una parte de componente personal, que fluye de las cualidades individuales, del comportamiento, del esfuerzo y de la trayectoria del Rey, y del reconocimiento de la ciudadanía [29]. Es decir, en buena medida, el ejercicio del poder moderador se asienta en las propias facultades y virtudes personales, naturales y adquiridas, que son ajenas al mundo del Derecho. Como dijera Balckstone,

[28] Fernández Campo, S, «El poder moderador», (Conferencia dictada en la Academia de Ciencias Morales y Políticas). *Actas de la sesión de 27 de febrero de 2007*, p. 370.

[29] El intenso esfuerzo del Rey Felipe VI por renovar y modernizar la Corona, mediante la aplicación de los principios de transparencia, rendición de cuentas y buen gobierno, y el sometimiento de sus cuentas a la auditoría del Tribunal de Cuentas, conecta a la Casa Real con las señas europeas de identidad democrática y exterioriza ante la sociedad el sentimiento constitucional que une a la Corona con el principio democrático.

las funciones dividen al Rey en sus dos capacidades, la personal y la política [30]. En el plano político-institucional, por exigencia constitucional, no puede estar aislado de los problemas o quedar al margen de la gravedad de las situaciones; ni mucho menos ser ajeno al correcto funcionamiento de las instituciones democráticas, porque precisamente lo contrario es lo que prevé el mandato constitucional recibido (art. 62.g CE). La moderación neutral del correcto funcionamiento institucional exige tal proceso previo de información, entendimiento y comprensión de las dificultades del Estado, con amplitud y profundidad.

Y en el aspecto personal, requiere de especiales cualidades para ser Rey respetado y con autoridad; que, como se sabe, han sido identificadas por consejeros de reyes, en la «virtud, oportunidad y fortuna» (*El Príncipe*), o en la «prudencia, moderación y acierto» (Gracián). Como poder simbólico racionalizado, sus cualidades refuerzan la posición de *auctoritas* simbólica, funcional e institucional. Hay en la jefatura del Estado un aspecto que políticamente no puede despreciarse: el impulso psicológico de la condición humana a identificarse (en términos de Hobbes) con el «poder», con el supuestamente «poder superior» o «poder de supremacía», en cuanto representación simbólica del Estado. Condición que parece acrecentarse por ser la Corona un órgano alejado del juego político partidista, y cuyo papel de personificación de la sociedad refiere los procesos internos de la personalidad al objeto de asegurar la estabilidad individual y del conjunto de los ciudadanos.

Las cualidades personales, la ocupación del cargo, la percepción de los otros poderes y de la ciudadanía; todo ello identifica al poder y al potencial poder en sí (transformado en el caso de la Corona en capacidad de integración e influencia). Y se obtiene de un sentimiento general de autoridad, como fundamento psíquico y social de la operatividad y utilidad cotidiana de ser receptivo y de encontrar receptividad en los consejos, así como del éxito político [31].

---

[30] MARSHALL, G., *op. cit.,* nota 5, p. 40.

[31] A lo largo de estos años, la Corona ha sido instrumento de moderación e influencia en distintos momentos en que el alcance de su función exigía acciones sobresalientes, provocadas por la anormalidad institucional. A veces, la solución fáctica deducida de la acción moderadora del Rey es reconstruida jurídicamente *a posteriori*, como sucedió en 1981. Su *auctoritas* permitió justificar el ejercicio del poder de influencia ordenado al objetivo de la pervivencia de la democracia y del funcionamiento ordinario de las instituciones. En otras ocasiones los perfiles de la función moderadora han tenido forma de discursos meditados, como el pronunciado en la reunión del Consejo de Ministros que el Rey Juan Carlos presidió (agosto de 1983) o el de proclamación de Felipe VI (2014); otras son acciones provocadas por la Corona, en forma de sugerencia activa, como el cruce de audiencias (2007) entre Rajoy y Zapatero, para estimular una acción conjunta contra el «Plan Ibarretxe», o para suscitar la renovación del Tribunal Constitucional, etc. La acción moderadora, en ocasiones, también se ha anticipado a la decisión política en forma de mensaje (2017), siendo refrendado con posterioridad por los actos del Gobierno, reconociendo el acierto del Rey. Las formas en que el poder moderador se manifiesta tienen el componente fáctico-político de la mayor utilidad posible para su tiempo, revestido con la personalidad del Rey.

Ocupar la jefatura del Estado implica el refuerzo personal de una función que representa al Estado en todos los órdenes, frente a otros órganos que, en virtud del diseño constitucional pueden tener la tentación de suplantarla y de arrogarse una representación de la organización estatal que no les corresponde.

2. **El «reservorio» de auctoritas**

Se refiere esta característica a aquel aval de continuidad histórica fáctica que procede de un pasado evolutivo de fortuna, virtudes y aciertos, del que nuestra Corona fue inalcanzable en otros momentos. Hoy es deficitaria y todos los días ha de forjarse como justificación de su existencia [32]. La *auctoritas* del Rey es un patrimonio lábil. Su reservorio nutre también de legitimidad al ejercicio del poder moderador, porque aporta respaldo social y político cotidiano. La Corona queda sometida, diariamente, a demostrar y exteriorizar su influencia, prestigio y autoridad; a sustentarse en altos niveles de utilidad, acierto y aceptación socio-política. Con la particularidad de que la confianza de la sociedad se difumina por hechos cuya significación política puede ser aparentemente nimia. Y mejora con intervenciones que reafirman su posición neutral como jefatura del Estado, en defensa de la Constitución y del objetivo del funcionamiento regular de las instituciones.

Por ello, aunque la Corona ha superado con éxito los acontecimientos de los últimos años (reinstauración, brillantez política durante varios lustros, deterioro, abdicación y sucesión), las cicatrices son visibles en el espectro político y en el respaldo ciudadano. También las dudas y el ejemplo de la clase política influyen determinantemente, apartando al ciudadano de la querencia por la Constitución y la Corona. Cuando ello se produce, el Rey se ve abocado a intensificar su utilidad para este tiempo, ante el eventual desapego al sentimiento constitucional de la política y de la sociedad.

3. **La elasticidad del poder moderador**

La función moderadora del Rey tiene, por tanto, un carácter latente y su alcance depende de factores exógenos al propio reflejo constitucional, que la dotan de una característica particular: su elasticidad. Cuando los mecanismos

[32] García López, E., «Reserva de Constitución y Monarquía», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 52, 2023, p. 291.

del sistema funcionan en torno a un sentimiento común, amplio y difuso de los valores, principios y fines constitucionales, estas condiciones subsisten y se desenvuelven en un espontáneo juego de las fuerzas políticas. En momentos de normalidad institucional («funcionamiento regular de las instituciones»), el poder moderador está en reposo; se desenvuelve también con normalidad.

Si en cambio estas condiciones no existen o se dan de modo que se ponga en peligro el funcionamiento institucional regular, entonces es necesaria la articulación de mecanismos de unidad, integración o armonía política a fin de favorecer el funcionamiento ordinario de las instituciones democráticas. De manera que una situación fáctica (política) que impida –o provoque irregularidades– en el normal funcionamiento institucional, puede justificar que el poder moderador active su particular acción de desbloqueo, de sugerencia, de incitación o de impulso, con el objetivo de que los poderes políticos adopten las soluciones que pongan fin a la situación irregular. El detonante es la irregularidad institucional, que legitima que la acción del poder moderador se ejerza con mayor intensidad, si bien con el límite prohibido de la arbitrariedad (art. 9.3 CE).

Por supuesto, no corresponde al Rey participar ni de lejos en el proceso político democrático, abierto al pluralismo de partidos y opciones ideológicas, ni tampoco invadir la esfera de la dirección política de la mayoría, ni de la dirección política del gobierno. Pero tampoco le es propio quedar aislado, ni ser un mero espectador de la realidad política y de su repercusión en el funcionamiento de las instituciones. Su posición de *auctoritas* neutral le legitima para ejercitar esa función latente y elástica, que consiste en un poder de influencia, de advertencia, de consejo, de escuchar y ser escuchado, que es también poder de integración y mediación no sometido a ninguna suerte de autorización.

La lectura más acorde con el texto constitucional y más extendida doctrinalmente es la de que el Rey no guarda poderes implícitos, pero sí un cierto ámbito de acción propia. Es la posición de un Rey neutral, ni neutro ni neutralizado por el simbolismo; un Rey inserto en la realidad constitucional, vinculado a la Constitución y a los objetivos constitucionales, capaz de entender e interpretar las exigencias constitucionales de funcionamiento regular de las instituciones democráticas. Precisamente tal vínculo con la Constitución le permite tener criterio, animando a la coincidencia, al acuerdo y a la armonía del correcto funcionamiento institucional. Para el poder moderador, la Constitución se presenta como un complejo de fines vinculantes por la rigidez del sistema, deducibles de sus preceptos, a los cuales responde el ejercicio de su función, directa y positivamente. La profesora Gómez Sánchez, lo ha expresa-

do nítidamente: «solo es posible hablar de neutralidad regia si esta incluye la defensa de la Constitución y del sistema constitucional» [33].

Tal poder moderador está compuesto por un complejo heterogéneo de poderes en el ámbito constitucional, etéreo, informal e incluso enigmático. Un haz de facultades no expresas que puede abarcar desde actitudes aparentemente simbólicas hasta el ejercicio de acciones sugerentes y de persuasión. Pueden preceder a la adopción de las medidas concretas de los órganos de dirección política, o ser posteriores a la decisión tomada, con el fin de valorar su operatividad constitucional. De ahí su particularidad y su difícil entendimiento y ejercicio. Se expresa en actos y comportamientos sin forma jurídica, sin momento y sin contenido predefinidos, tomados en libertad en cuanto al sí, al cuándo y al cómo, como una especie de «giroscopio constitucional» [34] que asigna la capacidad de alinear el funcionamiento regular de las instituciones con la convivencia democrática. En ellos se entremezclan presencias y ausencias, palabras y silencios, situaciones de hecho y de derecho, conversaciones, contactos, encuentros, discursos, mensajes, gestos, expresiones, etc. Es decir, toda una panoplia de acciones informales, no revestidas de forma jurídica; etéreas y ocultas en la penumbra del poder, que son imposibles de reconducir o restringir a comportamientos jurídicamente formalizados y «por tanto sin constancia jurídica autónoma: actos que no son contemplados por las fuentes vigentes» [35].

El poder moderador, entonces, está llamado a esa función de mantenimiento de la unidad y la estabilidad del marco constitucional, en torno a los valores que constituyen e integran el fundamento de la democracia (función de integración simbólica). El papel del Rey es siempre de defensa de la Constitución, que en una democracia tensionada se refuerza, se ensancha y se abren espacios de especial incidencia política que el jefe del Estado puede reivindicar; en suma, el ejercicio de la función moderadora tiene como objeto la reclamación constante de los valores tendencialmente unificantes e integradores de una democracia pluralista con el fin del funcionamiento regular de las instituciones (función de influencia política), que en un contexto político disgregante es susceptible de manifestarse más intensamente.

De lo hasta aquí expuesto, si bien las facultades y acciones del poder moderador no aparecen determinadas por la Constitución, la cuestión es si es posible aproximarse a un marco en el que puedan madurar prácticas, conven-

---

[33] Gómez Sánchez, Y., «Monarquía…», *op. cit.* nota 12, p. 109.

[34] Furno, E., *Il Presidente della Repubblica al tempo delle crisi.* Scientifica, Nápoles, 2021, p. 118.

[35] Dogliani, M., *Indirizzo político. Riflessioni su regole e regolarità nel Diritto costituzionale.* Jovene, Nápoles, 1985, pp. 203-204.

ciones, e incluso costumbres, que sugieran la integridad del sistema de valores constitucionales, promuevan la coherencia de la política constitucional y reclamen el respeto por los principios de una democracia pluralista. Un modelo de condiciones de partida, en forma de vectores de articulación del poder moderador del Rey, podría producirse: a) cuando el contraste entre mayoría y oposición esté comprometido tan profundamente que se ponga en riesgo la estabilidad del sistema constitucional; b) en momentos en que el pluralismo de partidos haga imposible la agregación de una mayoría constitucional en torno a la composición y al funcionamiento regular u ordinario de las instituciones constitucionales; c) al transferirse a la ciudadanía graves sentimientos de desafección hacia las instituciones democráticas [36].

En estos términos, la función de arbitraje y moderación es susceptible de una elasticidad de ejercicio, complicada de precisar *a priori* en términos políticos y menos aún de recubrir su contenido y alcance con formalidad jurídica. Por ello, la afirmación inicial de que el constitucionalista se topa con un ámbito de poder difícilmente aprehensible en términos jurídico-formales que ha de ser comprendida desde otras ópticas, es acertada. Y, en cierto modo, viene a confirmar que el Rey está implicado en la política constitucional desde los presupuestos, valores y principios constitucionales. En fin, la *auctoritas* del Rey, vinculada a la Constitución, no es intrascendente sino esencial para conservar la democracia parlamentaria. Y la neutralidad no consiste en tratar de convertir a la Corona en una «estatua de sal», sino en reconocer el espacio del poder moderador en su doble función: de integración y de influencia.

V. EL PODER ARBITRAL: ¿CRITERIO DEL REY O SIMBOLISMO?

Pero volvamos atrás. El Rey carece de «potestades de supremacía para dictar decisiones vinculantes» [37], con la única excepción de la *potestas* concreta de proponer un candidato a presidente del Gobierno ante el Congreso (art. 99 CE). Es decir, entre ambos preceptos (el citado y el artículo 56.1 CE) hay una relación funcional directa. Como se ha dicho, hay «una conexión especialmente intensa entre la función genérica (arbitrar y moderar el funcionamiento re-

[36] *Vid.* la formulación de Baldassarre, A., sobre la *moral suasion* del presidente republicano («Il capo dello Stato», en Amato, G. y Barberà, A., (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*. Il Mulino. Bolonia, 1984, pp. 533 ss.).

[37] STC 98/2019, f. j. 3 a); ya citada en nota 18.

gular de las instituciones) y la competencia concreta» (de proponer candidato) [38]. La regulación constitucional del procedimiento tiene alguna semejanza con los procedimientos arbitrales; en concreto con una suerte de «arbitraje de propuesta de candidato», entre el Congreso y el Gobierno, sobre todo cuando la composición de la cámara tiene dificultades para componer una mayoría de investidura. Tal arbitraje deriva del encargo expreso que le atribuye la Constitución y del juego de «los tiempos» en que el procedimiento ha de producirse. La facultad comprende ejercer la iniciativa, formular la propuesta e instar a la cámara a que manifieste su voluntad expresa de investidura o implícita de convocatoria de nuevas elecciones; pues de no respaldar la propuesta –o las «sucesivas propuestas»–, transcurridos dos meses desde la primera votación, el Rey «disolverá las cámaras y convocará nuevas elecciones» (art. 99.5 CE).

1. **Discrecionalidad y realidad política**

Su ejercicio pone al Rey en contacto directo con la realidad política, que la Constitución le obliga a traducir en el acto jurídico-constitucional de propuesta. Por tanto, la realidad constitucional se configura con un mandato jurídico de la Constitución para con el Rey («propondrá») junto a los requisitos que establece, y la realidad fáctica que imponen los resultados electorales traducidos a escaños en el Congreso. La Constitución confía al Rey, por su carácter neutral como jefe del Estado, la emisión y el acierto del encargo, que obviamente se anuda a la realidad política como una directriz del juicio de convicción del Rey. Por tal motivo, la situación política puede complicar la acción del Rey en general, si el contexto es de polarización, fragmentación disgregante de mayorías, o de bloqueo; lo que confirma la naturaleza elástica de la potestad, susceptible de ser adaptada mediante las habilidades personales del Rey a las dificultades del contexto político en que se enmarca. Contexto que también puede condicionar los tiempos del Rey, pues el ejercicio de la potestad se inicia el día en que se conoce la composición del Congreso y termina en el momento en que evacúa su propuesta y es aceptada por la cámara.

Del artículo 99 de la Constitución se deduce que, a los efectos de formular la propuesta, el Rey ha de cumplir dos requisitos: consultar previamente

[38] Revenga Sánchez, M., «La funcionalidad del artículo 99 de la Constitución ante el caso de un resultado electoral fragmentado: ¿mejorar su aplicación o proponer su reforma?», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 109, 2017, p. 105.

con los representantes de las fuerzas políticas del Congreso, y formular la propuesta a través del presidente de la cámara, que asume un papel constitucional en el procedimiento. Se intuye, *in primis*, el protagonismo jurídico-formal del Rey en las fases de consulta y propuesta. Pero este aparente margen de discrecionalidad está políticamente limitado y condicionado: por una parte, porque la propuesta de candidato traslada al Congreso la decisión de investidura, en cuanto órgano legitimado para tomarla; o para no tomarla, en cuyo caso el Rey queda obligado a la convocatoria automática de elecciones, pasados dos meses desde la primera votación de investidura; por otra, porque la propuesta puede venir «construida» por los grupos políticos o deducirse de las consultas; y en fin, porque las consultas pueden no ilustrar suficientemente al Rey, de manera que no consiga concluir una propuesta, o incluso que, seleccionado el candidato para ser propuesto, decline el ofrecimiento del Rey [39], llegándose a no encontrar solución política.

Todo el procedimiento está orientado a conseguir la investidura, pero la solución puede trascender a su propia efectividad jurídico-política, e incluso a la voluntad del Rey. Y en tal periodo se suscitan incógnitas sobre algunos aspectos que el texto constitucional ha dejado abiertos, como elementos indeterminados de la función general de árbitro y moderador del funcionamiento regular de las instituciones. Principalmente las dudas se refieren a las consultas, a cómo forma el Rey su criterio para seleccionar un candidato y a la obligación de proponerlo ante el Congreso; cuestiones que se han resuelto, con efectividad constitucional, mediante convenciones, prácticas y costumbres, que han servido para integrar el alcance de la *potestas* del Rey.

2. **Consultas y convicción del Rey**

La fase inicial de consultas tiene carácter obligatorio para el Rey y cumple la finalidad funcional de que este llegue a formar criterio sobre el respaldo

[39] El candidato seleccionado por el Rey ha de aceptar expresamente la propuesta; aceptación que se hace pública y se oficializa en el Boletín Oficial de las Cortes. Mientras tanto, o la voluntad de la persona seleccionada no se ha manifestado, o bien el encargo ha sido rechazado. En 2016, la renuncia de Mariano Rajoy llevó a la Corona a explicar mediante un *Comunicado* este hecho singular y los motivos que le habían llevado a una segunda convocatoria de consultas, que culminó en la propuesta de Pedro Sánchez, también infructuosa. Tras la tercera ronda de consultas, procedió a la convocatoria electoral. Una valoración crítica sobre la situación política suscitada ante la triple ronda, puede verse en Gomez Sánchez, Y., «La Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978: valoración y propuestas de reforma constitucional», en Freixes San Juan, T. y Gavara De Cara, J. C. (coords.), *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reformas y comunicación dialógica. Parte primera*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 92 ss.

político del candidato que ha de proponer al Congreso. Así pues, en el proceso de convicción regia convergen el elemento fáctico (la composición del Congreso) y el elemento fundante (las consultas y los principios constitucionales), que confluyen en la propuesta.

Tienen carácter informativo y preparatorio del criterio del Rey y de la propuesta. El requisito jurídico-político consistente en reunirse para escuchar a los representantes de los grupos, expresa la exigencia jurídica del acto propio de estar obligado a consultar, a que está sujeto constitucionalmente el Rey. Todos ellos tienen derecho a expresar su posición ante él. Y, en consecuencia, la acción de `ir a consultas´ de los representantes se configura como facultad de la que pueden desistir. En este caso, no contribuirán en persona o de manera presencial a confeccionar el criterio del Rey, pues a este le será difícil conocer, o suponer implícita o tácitamente, cuál habría de ser la posición de los no asistentes a las consultas, a salvo de sus declaraciones o actos, o de los medios de comunicación. Su ausencia en la ronda de consultas es una descortesía reprochable, que solo puede ser suplida por la función de mandatario o informante que el presidente del Congreso puede asumir respecto de quienes no asisten a tal procedimiento de escucha; confirmándose así la pulcra observancia de las previsiones constitucionales que requiere el respeto al pluralismo político, y ratificando que se ha tenido presente el parecer de todos los grupos políticos a los efectos de la propuesta [40]. El procedimiento tiene una virtualidad legitimadora de la función arbitral del Rey. Sirve a que todos los puntos de vista políticos sean escuchados y así la decisión regia responda a una justificación plenamente razonada.

La competencia del Rey se concreta en impulsar la iniciativa e instar al Congreso a manifestar su opinión sobre el candidato propuesto. Lo que aboca a la cámara, en el fondo, a decidir si quiere investidura y gobierno, o elecciones generales. La propuesta se expresa –y debe ser interpretada y entendida– como voluntad de Constitución. No solo por el papel neutral e integrador que esta ha atribuido al Rey, sino por el consecuente ejercicio de la competencia cuya conclusión se impone por la fuerza de la Constitución al entramado par-

[40] Confirma Landelino Lavilla, presidente del Congreso en los primeros años de democracia, que de este modo «la prescripción constitucional no quedaba en forma alguna desatendida si la representación de algún grupo político se negaba o expresaba algún tipo de reserva o de resistencia pasiva a corresponder a la invitación de participar en las consultas» (LAVILLA, L., *op. cit.,* p. 10, nota 25). Lo que iniciaba las prácticas para el pleno funcionamiento del sistema constitucional. Los sucesivos contactos del Rey y los grupos con representación parlamentaria han dado lugar, en ocasiones, al rechazo de alguno de ellos; pero ha dejado dos usos útiles al respecto: al Rey corresponde determinar el inicio de las consultas y el calendario de las convocatorias; y al presidente del Congreso, confeccionar la lista de quienes serán llamados en audiencia.

tidista, para después quedar sometida al Congreso, que reviste de legitimidad a la persona propuesta mediante la votación de investidura. En la práctica, en consecuencia, el Rey dispone de escaso margen de discrecionalidad para formar su criterio, que tornaría en arbitrariedad si no supiera discernir, casi por aritmética constitucional, los apoyos con que pueden contar los eventuales candidatos presentados por los grupos.

En todo caso, la realidad parlamentaria del Congreso condiciona y orienta al Rey a seleccionar al candidato con más opciones de ser elegido por la cámara. Los electores del presidente del Gobierno son los diputados, y en consecuencia el Rey debe acomodar la propuesta a la voluntad anticipada por estos a través de las consultas. Y ello ha de deducirlo por convicción, que deriva de las posiciones de las partes políticas en dicha ronda de entrevistas. Tal operación de formar criterio, o viene resuelta por los acuerdos previos de los grupos, o debe aproximarse a ella mediante un cómputo en el que el marco son los resultados electorales obtenidos por cada formación política, convertidos a escaños en el Congreso; y deducidas las posibles combinaciones de las conversaciones mantenidas, por propia reflexión o con el consuno del presidente de la cámara (en esa tarea de mandatario o informante de posiciones políticas), ha de llegar a la convicción razonada y razonable de que el candidato que va a proponer es el que previsiblemente va a obtener mayoría de votos en la sesión de investidura (tanto en primera votación como en la segunda). En consecuencia, en tal operación resultan determinantes los principios del funcionamiento democrático-parlamentario. Es decir, el principio de proporcionalidad política (correlación mayoría/minorías del Congreso) y razonabilidad de la propuesta, fundada en la neutralidad del Rey [41].

Si tal deducción coincide con el ganador de las elecciones que tiene mayoría absoluta de escaños, a este es sin duda al que ha de proponer. Lo mismo que si el candidato le viene políticamente pactado de forma expresa, o el acuerdo lo deduce implícitamente de las posiciones de las partes; si

[41] A los efectos de explicar las conclusiones de la Corona al respecto, Felipe VI ha inaugurado un modelo de relaciones con la sociedad y los actores políticos basado en *Comunicados de la Casa de Su Majestad*, en los que exterioriza la toma de posición de la Corona acerca del procedimiento de consultas y propuesta. Lo que ha introducido un elemento nuevo, y acertado, de conocimiento público y justificación de los sucesivos actos de impulso para la articulación del artículo 99. Se inauguró en 2016, como una surte de acta pública de notoriedad y transparencia. El último de ellos ha servido para explicar los argumentos de su decisión sobre la propuesta de candidato-2023 (Legislatura XV). Fue, como señaló M. Aragón, una propuesta convencional, neutral y no arbitraria. Proponer en primer lugar al candidato (Núñez Feijóo), que había obtenido mayor número de escaños en el Congreso, no habiendo en ese momento otra alternativa con mayoría suficiente, suponía reiterar una práctica que se había iniciado ya en la XI Legislatura. Véase el comentario del profesor Aragón al *Comunicado* (Diario *El Mundo*, de 25 de agosto de 2023).

cumple las mayorías exigidas (aunque otro haya obtenido más escaños), su nombre deberá ser el que contenga la propuesta. Sin embargo, el juicio de convicción puede ser más complejo, si deduce que ninguno alcanza las mayorías exigidas; entonces la discrecionalidad del Rey puede poner en dificultad su conclusión si no se inclina por el que menor rechazo suscite y pueda conseguir la mayoría simple.

En otro orden de ideas, el papel del Rey lleva a la doctrina a plantearse, por ejemplo, si puede o no involucrarse en la negociación política mediando entre los grupos, o es un mero espectador de las posiciones de las partes. Obviamente, el Rey debe limitarse a seleccionar un candidato de entre los presentados durante las consultas (resultado de su proceso neutral de convicción), que este acepte su ofrecimiento y proponerlo al Congreso. No le corresponde al Rey ni su preselección ni un juicio de oportunidad o de conveniencia sobre la persona [42]. Su *potestas* ha de llevarle a impulsar y proponer la solución que, de manera imparcial y no arbitraria, favorezca el regular funcionamiento institucional. Sí le es propio, entonces, animar a la consecución de acuerdos, advertir sobre las consecuencias de su falta, o plantear sugerencias, para llegar a concluir que la persona que propone cumple el fin funcional para el que está constitucionalmente previsto el procedimiento.

La obligación constitucional del Rey es arbitrar, en todo caso, una solución –que resultará más compleja en momentos de fragmentación o de bloqueo– porque es la garantía constitucional, como poder moderador, del funcionamiento regular de las instituciones. Y en este entramado, le compete, en consecuencia, entender el momento e interpretarlo al compás del resultado político. De conformidad con ello, la *potestas* se corresponde con ejercer la iniciativa de las consultas, con formarse un criterio y con comunicar el nombre del candidato propuesto, a fin de promover su investidura; y si esto no se produce, le compete finalizar el procedimiento con la disolución parlamentaria y convocatoria electoral. Ambas soluciones encuentran fundamento como fines funcionales del funcionamiento regular de las instituciones, aunque obviamente la primera es la deseable. Y como hemos advertido, la exigencia de proporcionalidad y razonabilidad de la propuesta, no arbitraria, neutral y suficientemente argumentada, será un componente esencial no solo del juicio de convicción y del razonamiento de la propuesta, sino del acierto del Rey en ejercicio de esta potestad constitucional.

---

[42] Torres Del Moral, A., «La posición del Rey en el procedimiento de investidura del presidente del Gobierno», en Aranda Álvarez, E (coord.), *Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 29 ss.

3. **La propuesta: el Rey y el presidente del Congreso**

De esta suerte, ante una realidad política de claras mayorías en el Congreso no se plantean grandes problemas, por la facilidad de evacuar la propuesta. Pero cuando tal realidad se torna en dificultad para lograrlas, por causa de la fragmentación, por imposibilidad, o por bloqueo, entonces se abren «espacios de duda» [43] en la articulación del propio procedimiento, en la decisión regia y en el papel del otro protagonista: el presidente del Congreso. Tales aspectos dudosos pueden ser resueltos, ante la ausencia de un pacto previo de las mayorías exigidas, con carácter subsidiario, mediante las convenciones, costumbres y prácticas del Rey que la realidad constitucional ha ido –e irá– modelando.

Al presidente del Congreso corresponde el refrendo del acto de propuesta del Rey y, por tanto, su responsabilidad. Al margen de ello, su labor de introductor, mediador, o incluso de transmisor de la posición de los grupos consultantes, hace que ambas figuras (Rey y presidente del Congreso) integren la función política, mezcla de interlocución y armonía, sin sustituir el protagonismo del Congreso en el proceso (por ser el órgano elector del presidente del Gobierno) y, dentro de él como actores del momento, los grupos políticos a través de sus representantes. También le es propio trasladar a la cámara la propuesta del Rey, sin que el mensaje requiera motivación alguna (art. 170 RCD). Pero no le corresponde soslayar el proceso de convicción del Rey, que solo a él compete por mandato constitucional y que ha de venir guiado por la lealtad institucional a los acuerdos de los grupos políticos, el respeto al procedimiento constitucional y el estar orientado a dar estabilidad a la política y a la función de gobierno (en cuanto funcionamiento regular de las instituciones democráticas). El contraste entre la regularidad del procedimiento y la razonabilidad y proporcionalidad de la propuesta corresponde al presidente del Congreso, que puede dudar de refrendar el acto regio si no tuviera fundamento constitucional; es decir, si fuese un acto no adecuado a la *ratio* del artículo 99, «incompatible con la composición del Congreso y totalmente inviable derivar de la misma la investidura parlamentaria» [44].

En cualquier caso, no parece corresponder al Rey una estricta función simbólico-decorativa «carente de contenido» [45], o de «simple vehículo trans-

[43] De La Iglesia Chamarro, *op. cit.,* nota 7, p. 77.

[44] Vintró Castells, J., «Artículo 99. El procedimiento para el nombramiento del presidente del Gobierno», en Casas Baamonde, E. y Rodríguez-Piñero, M., *Comentarios a la Constitución española*, Volters Kluwert, Madrid, 2008, p. 1659.

[45] Porras Ramírez, J. M., «La Corona y la propuesta de candidato a presidente del Gobierno: nuevas prácticas y viejas normas», *Teoría y Realidad Constitucional*, 40, 2017, p. 229.

misor del acuerdo tomado por los grupos políticos» [46]; una especie de *potestas* vacía que le aboque a traspasar la decisión de la propuesta *in integrum* al presidente del Congreso. Tampoco es, por lo dicho, una voluntad libre de promover candidaturas arbitrarias. Es a la voluntad del Rey a quien corresponde la propuesta, por mandato constitucional, de la que ha de hacerse responsable el presidente del Congreso, también por mandato constitucional, cuya conducta ha de ser de comprobación de la adecuada actuación del Rey a los principios, preceptos, prácticas y convenciones constitucionales. Solo así se dará impulso a la investidura y a la constitución de un nuevo gobierno, y cumplimiento a la función arbitral y neutral de un Rey con *auctoritas*.

La práctica ha llevado al Rey Felipe a reconocer y confirmar que el ejercicio de esa *potestas* soporta restricciones implícitas, procedentes de los principios constitucionales que orientan su criterio, y explícitas, derivadas de la realidad política. De la serie de propuestas hechas, sobre todo a partir de la efímera Legislatura XI.ª, puede extraerse una convención constitucional en cuanto al orden de propuesta, según la cual habría de prevalecer: primero, el acuerdo de las fuerzas parlamentarias (expreso o deducido de las consultas) que represente una mayoría suficiente para la investidura; ese pacto político previo tiene, para el Rey, el significado de un mandato. Segundo, a falta de este, la preferencia por el candidato que haya obtenido mayor número de escaños. Tercero, el candidato que aritméticamente deduzca el Rey que va a tener mayor respaldo y que genere menor rechazo del Congreso. Y cuarto, la proscripción de la arbitrariedad, que debiera impedir propuestas con el único sentido de cumplir las exigencias del artículo 99, para iniciar el cómputo del plazo (proponer un candidato) o de tramitar sucesivas propuestas. En situaciones límite, de bloqueo absoluto, el Estado de Derecho debe articular o llevar a concluir otras soluciones acordes con este principio constitucional [47].

---

[46] Requejo Pagés, J. L., «Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 70, 2004, p. 80.

[47] Una propuesta arbitraria utilizada para justificar el cumplimiento de la condición jurídico-formal de iniciar la cuenta atrás del plazo, restaría legitimidad al procedimiento escrupuloso que ha de regir el proceso de investidura y a la posición y función de *auctoritas* del Rey. A la misma conclusión debiera llegarse con respecto a la exigencia de tramitación de «sucesivas propuestas», si la arbitrariedad o la absoluta imposibilidad condicionaran la decisión regia. De otro modo, habría que reconocer el incumplimiento de la Constitución en las Legislaturas XI y XIII, al fracasar la investidura propuesta y no ser tramitadas sucesivas propuestas; omisión que, tratada con acierto, no impidió al Rey la convocatoria automática de elecciones generales por el transcurso de los consabidos dos meses. Se entendió acreditado suficientemente el intento reiterado de ponerla en práctica y la imposibilidad radical de hacerla efectiva sin incurrir en arbitrariedad manifiesta, llegándose a la conclusión de que la obligación había quedado implícitamente cumplida; así, en la práctica, resultó de los citados procesos de investidura.

En fin, la integración de la realidad política y la realidad jurídica en una verdad más amplia, la realidad constitucional es fuente de entendimiento útil para explicar el contenido y el alcance del poder moderador y arbitral del Rey en la Constitución del 78.

EL RECURSO DE AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA PRÁCTICA

PEDRO TENORIO SÁNCHEZ
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. INTRODUCCIÓN

Contiene este trabajo orientaciones teóricas y prácticas acerca del recurso de amparo especialmente dirigidas a los alumnos del Máster de la Abogacía.

En otros lugares he trabajado acerca del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional desde lo que se suele considerar un punto de vista científico jurídico. Pero hace ya años que vengo colaborando también en un Máster para la Abogacía. En este marco, he tenido que concretar y resumir aquellos aspectos del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que conviene que conozcan todos los alumnos de dicho Máster.

En este trabajo me refiero a algunas de estas cuestiones.

II. OBSERVACIONES PRELIMINARES

La primera consideración que quiero hacer se refiere a algo muy sabido, cuyo alcance no es siempre advertido. Se trata de que los derechos fundamentales protegidos por recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no se aplican solamente en ese procedimiento, sino también en el amparo judicial ordinario y en todo tipo de procesos.

Que se apliquen en todo tipo de procesos es de gran relevancia, porque supone que para agotar debidamente la vía judicial previa al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional conviene que en cualquier proceso en que intervengamos, denunciemos la vulneración de cualquier derecho fundamental tan pronto como se produzca. No solamente citando el derecho fundamental o refiriéndonos sucintamente a la vulneración, sino, y esto es lo que quiero aquí destacar, exponiendo ante el órgano judicial el embrión del futuro recurso de amparo que estamos dispuestos a presentar en caso de que dicho órgano no remedie la vulneración.

En efecto, es frecuente invocar ante la jurisdicción ordinaria los derechos fundamentales, pero no se hace con la suficiente precisión ni aduciendo concreta jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Esto es desaprovechar una buena oportunidad. Debemos tener en cuenta que nuestra queja relativa a la vulneración del derecho fundamental es más fácil que prospere ante la jurisdicción ordinaria que ante el Tribunal Constitucional, si consideramos que ante la jurisdicción ordinaria no tenemos que cumplir un requisito de fondo del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional: la «especial trascendencia constitucional».

Ciertamente referirnos a esta última no es un requisito de la invocación del derecho fundamental ante la jurisdicción ordinaria, pero su esbozo no dejará indiferente al órgano judicial, que puede temer ver una de sus resoluciones señalada en una sentencia del Tribunal Constitucional.

Una segunda consideración es que hay que matizar una idea muy difundida entre los abogados: la de que es muy difícil conseguir no ya la estimación, sino la admisión de un recurso de amparo [1]. No le falta razón a esta afirmación si tenemos en cuenta que basta con consultar las Memorias que todos los años publica nuestro Tribunal Constitucional para constatar que prácticamente el 99 % de los recursos de amparo que se presentan son inadmitidos.

Ahora bien, cuando esto se resalta (y en consecuencia se renuncia a la vía del amparo ante el Tribunal Constitucional), se pierden de vista una serie de ideas que queremos destacar aquí. En primer lugar, una inadmisión de un recurso de amparo es muchas veces más bien una desestimación, aunque sea sucintamente motivada. Queremos decir con esto que la decisión sobre la admisión que toma el Tribunal Constitucional no se basa solamente en algunos requisitos formales, como ocurre en otros procesos, sino que el Tribunal Constitucional entra, en el trámite de admisión, en el fondo del asunto, (si bien a su vez esto debe matizarse, porque el fondo de una demanda de amparo consta no

[1] No es extraordinario que el Tribunal Constitucional estime un recurso de amparo a un abogado de oficio. El año 2023 el Colegio de Abogados de Madrid premió a un abogado de oficio que había conseguido que prosperaran seis recursos de amparo suyos.

solamente de la denuncia de la vulneración de un derecho fundamental, sino también de la existencia de «especial trascendencia constitucional»). Dicho con otras palabras: aunque una inadmisión normalmente se haga por medio de una providencia prácticamente no motivada, la decisión se ha tomado estudiando el caso no solo en sus requisitos procesales, sino en su contenido material. En segundo lugar, es muy conocido el elevado porcentaje de inadmisiones que acuerda el Tribunal Constitucional, pero que sepamos es también muy elevado el porcentaje de inadmisiones del Tribunal Supremo y sin embargo es muy común considerar que no se ha acabado un asunto si no se ha expuesto ante este último Tribunal. En tercer lugar, las Memorias del Tribunal Constitucional nos permiten concluir que prácticamente la mitad de las inadmisiones que acuerda dicho Tribunal son consecuencia de una defectuosa preparación del recurso. En efecto, podemos constatar que en la última Memoria del Tribunal Constitucional publicada consta que el 44 % de las inadmisiones se acordaron por insuficiente justificación de la «especial trascendencia constitucional». Tal vez ello sea en parte resultado de una actitud muy severa del Tribunal con los abogados al calificar como tal la causa de la inadmisión, pero parece claro que es una indicación para que se cumpla con mayor precisión y extensión este requisito. Esto no es arbitrario, sino que es una vía para exigir una mayor atención a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

Una tercera consideración que queremos realizar es que ciertamente el requisito de la «especial trascendencia constitucional» es antipático para los abogados, y es una medicina pensada para el médico más que para el enfermo, pero es algo que no es exclusivo del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La Ley de Enjuiciamiento Civil [2], la de Enjuiciamiento Criminal [3] y la de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [4] establecen como requisito del recurso de casación el interés casacional objetivo, y el Convenio Europeo de Derechos Humanos [5] establece también como requisito de los recursos ante el Tribunal Europeo que concurra un perjuicio importante.

III. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL RECURSO DE AMPARO

1. Como es sabido, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional es un procedimiento que protege solamente los derechos fundamentales y liber-

[2] Artículo 477.
[3] Artículo 889.
[4] Artículo 88.2.
[5] Artículo 35.3 CEDH.

tades públicas reconocidos en los artículos 14 a 29 de nuestra Constitución. En este punto vamos a hacer dos observaciones. Por una parte, es de destacar que no tiene protección mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional el derecho de propiedad, toda vez que está reconocido en el artículo 33 de nuestra Constitución. Esto es interesante porque podemos encontrar a un ciudadano que quiera que protejamos sus derechos no ante nuestro Tribunal Constitucional, sino directamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [6]. En ese caso, podemos extraer de las posibles vulneraciones de derechos solamente las relativas al derecho de propiedad, y no tendremos que agotar los recursos internos presentando recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, sino que, una vez concluida la intervención de la jurisdicción ordinaria, podremos plantear nuestra queja directamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero en nuestro recurso ante este último Tribunal no podremos plantear ninguna de las quejas que hubiera sido necesario plantear ante el Tribunal Constitucional para agotar los recursos internos.

La segunda observación que quisiéramos hacer consiste en destacar que aunque el número de derechos fundamentales y libertades públicas es un elenco cerrado, es decir, nuestra Constitución no tiene una cláusula abierta que permita a la jurisprudencia constitucional reconocer más derechos fundamentales de los expresamente reconocidos en nuestra Constitución, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido algún derecho fundamental enlazándolo o poniéndolo en conexión con alguno de los derechos expresamente reconocidos por el texto constitucional. Por poner un ejemplo, es el caso del principio *non bis in idem* [7].

2. Conviene también tener en cuenta que el recurso de amparo protege solamente los derechos reconocidos por nuestro texto constitucional, no siendo posible la protección de un derecho reconocido tan solo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Es decir, aunque en virtud del artículo 10 de nuestra Constitución el Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene gran importancia en la interpretación de los derechos reconocidos por nuestra Constitución, no cabe que dicho Convenio o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos amplíen el elenco de derechos susceptibles de ser protegidos por recurso de amparo ante nuestro Tribunal Constitucional.

---

[6] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con base en el artículo 1 del Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) protege la propiedad de personas físicas y de personas jurídicas (SSTEDH de 24 de octubre de 1986, caso *Agosi c. Reino Unido* y de 8 de julio de 1986, caso *Lithgow y otros c. Reino Unido*, entre otras).

[7] Nuestro Tribunal Constitucional lo considera implícitamente reconocido por el artículo 25 CE desde la STC 2/1981, de 30 de enero.

3. Asimismo, tiene interés destacar que el recurso de amparo protege solamente contra actos de las autoridades españolas, no contra actos de autoridades de la Unión Europea [8]. Pero sí se pueden impugnar en el recurso de amparo actos españoles que convaliden actos extranjeros [9].

4. Tienen legitimación para interponer recurso de amparo tanto las personas físicas como las personas jurídicas [10]. El Tribunal Constitucional ha declarado que las personas jurídicas tienen los derechos fundamentales conformes a su naturaleza.

5. Tiene gran importancia práctica para el ejercicio de la abogacía la regulación de la suspensión de la ejecución de las resoluciones judiciales firmes. Hay que subrayar que la interposición del recurso de amparo no suspende la ejecución la resolución judicial recurrida, si bien en el recurso de amparo se puede solicitar la suspensión. El artículo 56 de la LOTC regula la cuestión. El Tribunal Constitucional, si se admite el recurso de amparo, puede abrir pieza separada de suspensión, dando un plazo de 3 días al recurrente para alegar lo que convenga a su derecho en relación con la suspensión. Solo se concede la suspensión cuando el no concederla suponga que el amparo pierde su finalidad. Siempre que el derecho fundamental reconocido puede quedar satisfecho decretando una obligación de carácter económico se niega la suspensión. Excepcionalmente (pero puede solicitarse), el Tribunal Constitucional concede la suspensión cautelarísima, es decir, simultáneamente a la admisión del recurso de amparo, sin abrir pieza de suspensión [11]. Por tanto, las resoluciones judiciales que recurramos en amparo deberán ser ejecutadas. No obstante, en la práctica, los abogados que interponen recurso de amparo ponen este extremo en conocimiento del órgano judicial que dictó la resolución recurrida, con el objeto de que no la ejecute hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie

[8] Nuestro Tribunal Constitucional no puede controlar actos de entes públicos no españoles y en particular de autoridades de la Unión Europea: STC 64/1991, de 22 de marzo.

[9] El Tribunal Constitucional puede controlar actos de los poderes públicos españoles que vengan a reconocer, homologar o dar validez a resoluciones de poderes públicos extranjeros, como en el caso de la extradición o el «exequatur» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FFJJ 5 a 7). Las resoluciones judiciales españolas en materia de extradición pasiva son revisables desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), puesto en relación con el derecho a la libertad personal (art. 17 CE). El Tribunal Constitucional ha otorgado amparo en supuestos en que se había concedido extradición (STC 32/2003, de 13 de febrero) cuando el recurrente aporte indicios de que en el país del solicitante de amparo peligra su vida o integridad física.

[10] Pueden recurrir en amparo tanto a las personas físicas como las jurídicas (STC 189/1993, de 14 de junio). Incluso las personas jurídico-públicas tienen legitimación para recurrir en amparo (STC 99/1989, de 5 de junio).

[11] En este sentido, pueden encontrarse supuestos de medidas cautelares decididas por providencia en el momento de la admisión del recurso, en los siguientes supuestos: AATC 18/2012, de 30 de enero; 19/2012, de 30 de enero; 115/2012, de 4 de junio; 149/2012, de 16 de julio; 150/2012, de 16 de julio; 151/2012, de 16 de julio; 174/2013, de 9 de septiembre; y 119/2015, de 6 de julio.

sobre la admisión. Los órganos judiciales no suelen posponer la ejecución de resoluciones cuando se trata de casos de relevancia mediática.

6. Con relativa frecuencia, los abogados no habituados redactar recursos de amparo preguntan a los que están especializados en dicho recurso cómo agotar la vía judicial previa, pensando que se trata de un detalle meramente formal y de fácil solución. Sin embargo, la cuestión del agotamiento de la vía judicial previa es bastante difícil. El Tribunal Constitucional ha hecho esfuerzos considerables para aliviar la dificultad. Así por ejemplo, es jurisprudencia consolidada que si el incidente de nulidad de actuaciones previo al recurso de amparo es desestimado (no inadmitido) no cabe considerarlo luego manifiestamente improcedente por parte del Tribunal Constitucional (SSTC 66/2011, de 16 de mayo, FJ 2 y 74/2013, de 8 de abril, FJ 1). A ello debemos añadir que, habida cuenta de la orientación antiformalista de nuestro Tribunal Constitucional, si la resolución de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones entra en el fondo, podremos intentar sostener que, materialmente, es una desestimación (aun cuando el órgano judicial pueda calificarlo como inadmisión).

Pero el Tribunal Constitucional es bastante exigente; si la vía judicial previa no está agotada, el Tribunal Constitucional considerará el recurso de amparo prematuro; si el recurrente gozaba de alguna posibilidad de recurso y no la ha ejercido, el Tribunal considerará que no ha agotado la vía judicial previa; si se presentan más recursos ante la jurisdicción ordinaria de los que claramente se derivan de la ley, el Tribunal Constitucional calculará el plazo para presentar el recurso de amparo desde la notificación de la resolución que debía de haberse recurrido en amparo, porque considerará que se ha alargado indebidamente la vía judicial previa, con lo que el recurso normalmente resultará extemporáneo; la dificultad del problema no se puede resolver interponiendo *ad cautelam* recurso ante la jurisdicción ordinaria y recurso de amparo, pues en tal caso el Tribunal Constitucional considerará el recurso de amparo prematuro.

A todo ello hay que añadir que los recursos que claramente proceden de la ley dependen de la estrategia procesal que se adopte [12]. En suma, la cuestión del agotamiento de la vía judicial previa, no es un pequeño detalle, sino, podríamos decir, intentando cuantificar la tercera parte o la mitad del recurso de amparo.

[12] No es necesario promover incidente de nulidad de actuaciones previo al recurso de amparo si queda salvaguardado el principio de subsidiariedad del recurso de amparo: STC 11/2013, de 28 de enero, FJ 2.

7. En cambio, el Tribunal Constitucional no es muy exigente con el requisito de la invocación del derecho fundamental, siguiendo en este punto una orientación que podríamos llamar «espiritualista». No es necesario que se califique correctamente el derecho fundamental vulnerado, ni que se cite el precepto exacto de la Constitución, sino que es suficiente someter el hecho en que se fundamenta la queja al análisis del órgano judicial, dándole la oportunidad de reparar la lesión [13].

IV. REQUISITOS DE FONDO DE LA DEMANDA DE AMPARO

Conviene subrayar que en la actualidad el fondo de una demanda de amparo está constituido por dos elementos de la misma importancia: vulneración de un derecho fundamental protegido en amparo y especial trascendencia constitucional. Este último requisito, como es sabido, fue introducido por la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007 y desarrollado por la STC 155/2009. Ha sido aplicado con cierta timidez por el Tribunal Constitucional durante algún tiempo, pero cada vez lo aplica más enérgicamente. Así por ejemplo, hubo un periodo de tiempo en que el Tribunal admitía recursos que le parecía que cumplían el requisito aunque el motivo de especial trascendencia constitucional no fuera el alegado por el recurrente. En la actualidad, el Tribunal solamente se plantea para la admisión del recurso de amparo si concurre o no el motivo de especial trascendencia constitucional alegado por la parte.

Se trata de un requisito que desde los orígenes ha señalado el Tribunal que, aunque esté relacionado con la vulneración del derecho fundamental, es diferente de la misma, y debe ser objeto de un suficiente desarrollo en la demanda de amparo. El Tribunal ha distinguido entre diferentes causas de inadmisión en este ámbito. Por un lado, la falta de especial trascendencia constitucional, y por otro, la insuficiente justificación. En la actualidad, pasados más de 15 años desde la reforma de 2007, más del 40 % de los recursos de amparo que se inadmiten adolecen de insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional. La demanda de amparo debe tener una parte importante de la misma destinada a argumentar la concurrencia de este requisito. Desde 2018, el Tribunal examina la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo antes que la vulneración del derecho fundamental.

[13] SSTC 95/1983, de 14 de noviembre, FJ 1 y 132/2006, de 27 de abril, FJ 2.

V. CUESTIONES COMUNES A LAS DIFERENTES RAMAS JURÍDICAS

1. En este epígrafe vamos a referirnos a una serie de conceptos e institutos jurídicos de interés para todas las ramas jurídicas en relación con el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

2. Todo lo que se profundice en el derecho a la tutela judicial efectiva es poco si tenemos en cuenta el porcentaje elevadísimo de recursos de amparo que invocan este derecho fundamental. Vamos a referirnos a algunos aspectos de él.

2.1 Es de interés señalar que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a no padecer resoluciones judiciales o sentencias incongruentes. Nos referimos a la incongruencia en sentido técnico, a la falta de coherencia entre las pretensiones planteadas en un proceso y el fallo de la sentencia correspondiente [14]. Puede ser que no se de respuesta a una pretensión o que se conteste a algo que no se planteó. Más discutible es si puede hablarse de incongruencia cuando lo que ocurre es que el órgano judicial no da contestación a una alegación esencial (no a una pretensión) [15]. Ahora bien, si no se contesta a una alegación esencial, ya se llame incongruencia, ya se llame falta de motivación, lo cierto es que podemos entender que la resolución judicial ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución.

2.2 Si el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se presenta en conexión con otro derecho fundamental, el deber de motivación es más riguroso. En relación con la cuestión de la motivación es muy interesante conocer el principio de proporcionalidad. Las resoluciones judiciales, en la medida en que establezcan limitaciones de derechos fundamentales, deben respetar el principio de proporcionalidad, reflejando dicho respeto en la motivación. De los tres requisitos que se suelen reconocer como elementos del mismo (es decir, la idoneidad o aptitud de la medida, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto), el esencial es el de la necesidad. Es decir, las resoluciones judiciales que acuerden una limitación de un derecho fundamental deben motivar que esa limitación persigue una finalidad que no se puede conseguir mediante una limitación más moderada. El principio de proporcio-

[14] Sobre el concepto de incongruencia son interesantes, por ejemplo, las SSTC 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3 y 20/1982, de 5 de mayo.

[15] Intentando distinguir entre incongruencia y motivación defectuosa, cabe sostener que una sentencia que no contesta en su fundamentación jurídica a una alegación de la demanda que, de ser atendida, podría haber determinado un fallo distinto, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por defectuosa motivación: STC 126/2013, de 3 de junio.

nalidad es aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por nuestro Tribunal Constitucional. Se desprende de varios artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos [16] y está expresamente reconocido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Entre nosotros, se aplica en el ámbito de los derechos fundamentales y del derecho de propiedad [17] y es aplicable para controlar tanto actos administrativos [18] como judiciales [19] y legislativos [20].

2.3 Vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva las resoluciones judiciales que son manifiestamente irrazonables, arbitrarias, o incursas en error patente. En este punto debemos comentar que la irrazonabilidad prohibida por el derecho a la tutela judicial efectiva no es una sofisticada irrazonabilidad jurídica, sino una irrazonabilidad lógica, reconocible prácticamente por cualquier persona y desde luego por cualquier jurista, sin necesidad de un alto grado de especialización en la materia en cuestión. También es interesante puntualizar que el concepto de error patente ha sido muy precisado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de manera que cuando se pretenda denunciar un error patente, habrá que desgranar que se cumplen todos los requisitos enumerados por la jurisprudencia, que son comunes para todas las materias. Para justificar que una resolución se basa en un error que técnicamente se pueda calificar como error patente, es decir, error que hace que la resolución no sea fundada en Derecho, sino vulneradora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), debemos argumentar que se trata de un error fáctico (no jurídico), que es inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, que es determinante (fundamento único o básico) de la decisión y que produce efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano.

2.4 También deriva del derecho a la tutela judicial efectiva el principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes [21].

2.5 Debemos asimismo señalar en este ámbito que hay muchas sentencias del Tribunal Constitucional que reconocen la vulneración del artículo 24 CE por notificaciones defectuosas o por haber puesto en conocimiento de algún interesado la existencia de un procedimiento a través de edictos indebida-

[16] Artículos 8.1, 9.2, 10.2 y 11.2 CEDH.
[17] STC 6/1991, de 15 de enero.
[18] STC 66/1995, de 8 de mayo.
[19] STC 207/1996, de 16 de diciembre.
[20] STC 55/1996, de 8 de marzo.
[21] STC 123/2011, de 14 de julio.

mente. A pesar de que en este ámbito es antigua la jurisprudencia, se siguen dictando sentencias sobre la materia [22].

3. Nuestro Tribunal Constitucional ha precisado cuidadosamente el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, que es un derecho aplicable en todos los procesos y a todas las partes del proceso. Pero los precisos requisitos que lo rodean impiden que se pueda usar como táctica proponer muchas pruebas o pruebas difíciles de tramitar para que la resolución judicial quede artificiosamente viciada.

4. En el ámbito del derecho penal es muy frecuente la invocación de la presunción de inocencia [23]. Se comprende que así sea. Porque pocas personas reconocen su culpabilidad y por lo tanto sus abogados se esmeran en invocar este principio. Además, resulta un poco descarado reconocerse autor y culpable de un delito y defender que no se debe ser castigado por algún pretexto más o menos formal, por ejemplo, por prescripción. Sin embargo, hay que comprender que el Tribunal Constitucional pocas veces reconoce la vulneración de la presunción de inocencia cuando ello supone entrometerse en la función de la jurisdicción ordinaria, que ha oído a las partes y a los testigos y ha examinado la prueba con inmediación. El Tribunal Constitucional respeta la valoración de la prueba que hace la jurisdicción ordinaria.

5. Es interesante recordar que en el ámbito del Derecho Administrativo, las garantías que establece el artículo 25.2 CE para el proceso penal, han de observarse con ciertos matices en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador (STC 89/1995, de 6 de junio, por todas).

Es de señalar la existencia de un plazo distinto para recurrir en amparo las vulneraciones de derechos fundamentales cometidas por actos de las administraciones públicas y las vulneraciones en que hayan incurrido resoluciones judiciales. Las de resoluciones judiciales se tienen que recurrir en amparo en el plazo de 30 días desde la notificación de la última resolución recaída en la vía judicial previa [24], mientras que las de actos administrativos se han de recurrir en amparo en el plazo de 20 días desde la notificación de la última resolución recaída la vía judicial previa [25]. Esta diferencia de los plazos no es deliberada, sino que parece haberse producido como consecuencia de una reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de manera inadvertida por el le-

[22] Por ejemplo, STC 21/2024, de 12 de febrero.

[23] Es interesante recordar que la presunción de inocencia no se aplica ni en el proceso civil ni respecto de las condenas civiles en los procesos penales (SSTC 257/1993, de 20 de julio, FJ2 y 367/1993, de 13 de diciembre, FJ 2).

[24] Artículo 44 LOTC.

[25] Artículo 43 LOTC.

gislador [26]. También en relación con este punto es de destacar que si en un mismo recurso de amparo denunciamos tanto vulneraciones de derechos fundamentales cometidas por actos administrativos, como vulneraciones cometidas por resoluciones judiciales, el plazo para el correspondiente recurso de amparo será de 30 días [27].

6. En años relativamente recientes se han producido algunas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que condenaron a nuestro país por haber investigado insuficientemente las denuncias de los detenidos sobre malos tratos y torturas. Y como consecuencia de ello se han producido también sentencias de nuestro Tribunal Constitucional en este ámbito. Pero además este principio se ha extendido a alguna otra materia, como la denuncia de la llamada violencia de género.

El *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, ciertamente, exige una investigación eficaz y suficiente «en todos los casos del artículo 3 CEDH, esto es, de tortura o trato inhumano o degradante», entendiendo por tal no sólo la que procede de los agentes del Estado, sino también de particulares, encontrándose en este último supuesto los casos de violencia sobre la mujer cuando ésta alcanza un mínimo de gravedad [28].

«La investigación eficaz es», sin embargo, «una mera faceta del deber general de tramitación diligente que el TEDH impone» en todos los procedimientos en que se conoce de daños a la integridad física. En estos asuntos, y específicamente en aquéllos en que se conocía de actos de violencia, más o menos graves, contra la mujer, los Estados –dice el Tribunal– tienen la obligación positiva de proteger a quienes se encuentran bajo el riesgo inmediato y conocido de sufrir un daño a la vida o a la integridad, protección que exige, al amparo del artículo 2 (derecho a la vida), del artículo 3 (trato inhumano), del artículo 8 (que consagra el derecho a la vida privada, una de cuyas manifestaciones es el derecho a la integridad física y moral de los individuos) o del artículo 13 CEDH (en el que se recoge el derecho a un recurso nacional «efectivo» para la protección de los derechos reconocidos en el Convenio), una diligente y pronta tramitación procedimental, esto es, no sólo realizar una investigación eficaz de lo sucedido y sus responsables en el sentido que para la tortura policial viene entendiéndolo nuestro Tribunal Constitucional, sino,

[26] Es curioso indicar en la página web del Tribunal tenemos la posibilidad de utilizar una calculadora de plazos.

[27] AATC 172 y 175 de 2009.

[28] SSTEDH de 9 de mayo de 2009, asunto *Opuz c. Turquía*, § 158 y 159, referido al maltrato ocasionado por el cónyuge; STEDH de 4 de diciembre de 2003, asunto *M. C. c. Bulgaria*, §148 a 153, relativo a las violaciones sexuales; STEDH de 1 de febrero de 2011, asunto *Ebcin c. Turquía*, §35 a 40, en un caso de agresión mediante ácido a una profesora.

además y sobre todo, la de «alcanzar la decisión pertinente sobre el fondo con la debida diligencia y celeridad, de suerte que la protección prestada pueda considerarse efectiva»; el TEDH exige que el procedimiento, en la regulación normativa «y en la práctica, se presente como disuasorio» de actos contra la integridad física y moral, disuasión que se consigue a través de la debida aplicación del procedimiento legalmente establecido para ello. Procedimiento que debe incluir además, particularmente en las vulneraciones del derecho a la vida y a la prohibición del trato inhumano, «la indemnización del daño moral», la cual no debe resultar impedida por las autoridades [29] «o la reparación económica del daño» [30].

Estas sentencias europeas podrían «dar ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar su doctrina» acerca del contraamparo, admitiendo integrar en el fallo del recurso la obligación de los órganos judiciales ordinarios de investigar los hechos con diligencia y eficacia, aun previa anulación de una sentencia absolutoria, todo ello en la línea ya abierta en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el ámbito de la tortura en el ámbito policial [31], sobre trato inhumano o degradante en el ámbito castrense [32] y sobre violencia de género [33].

[29] STEDH de 31 de mayo de 2007, asunto *Kontrova c. Eslovaquia*, §64 y 66; STEDH de 15 de septiembre de 2009, asunto *E. S. y otros c. Eslovaquia*, §34.

[30] STEDH de 2 de junio de 2009, asunto *Codarcea c. Rumanía*, en materia de negligencia médica.

[31] SSTC 123/2008, de 20 de octubre y 34/2008, de 25 de febrero.

[32] STC 106/2011, de 20 de junio.

[33] STC 167/2015, de 20 de julio.

EL IMPRESCINDIBLE PAPEL DEL RÉGIMEN ELECTORAL EN LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA ESPAÑOLA

CARLOS VIDAL PRADO [1]
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. GARANTÍAS ELECTORALES Y LEGITIMIDAD DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO

Un elemento esencial para dotar de credibilidad y legitimidad a un sistema democrático es el propio origen de la legitimación democrática y popular, es decir, la celebración de elecciones libres, limpias y transparentes, en las que se vean garantizados los derechos políticos de la ciudadanía, el derecho de participación política activa y pasiva, en condiciones de igualdad. En este sentido, es imprescindible retornar recurrentemente a las opiniones que, de modo pionero, expuso ya Mackenzie en 1958, que concluía: «no existirán elecciones libres en la práctica, si no se dispone de una administración competente, de un poder judicial independiente del gobierno que inspire una confianza absoluta de rectitud inflexible ante la coacción o los intereses particulares, y de una opinión pública enérgica capaz de reprimir todo intento de violencia y de corrupción» [2]. Son cuestiones a las que durante mucho tiempo no se prestó atención. Será en los años noventa cuando distintos países americanos refuercen la Administración electoral y desarrollen sistemas robustos de Justicia

[1] Vocal de la Junta Electoral Central.
[2] Cfr. MACKENZIE, W., J. M., *Free Elections. An elementary textbook*. London, George Allen & Unwin Ltd., 1958.

Electoral, cosa que en Europa todavía no ha recibido la atención que merece por parte del legislador.

El conjunto de garantías descansa sobre diferentes elementos que confluyen en el proceso electoral:

A) el propio sistema electoral, que debe ofrecer confianza a la ciudadanía, pues ha de percibirlo como un mecanismo justo y equilibrado de traducción de votos en escaños;

B) la organización electoral en sentido amplio, en la que en el caso español están implicados los diferentes niveles de gobierno (central, autonómico y local);

C) en particular, la Administración electoral (en lo que se refiere a todos los órganos administrativos directamente implicados en el proceso electoral);

D) el llamado «Sistema de Justicia Electoral» (denominación que, aunque es más propia de América Latina, se puede aplicar también a nuestro país), es decir, los órganos encargados de prevenir y resolver los conflictos electorales;

E) por último, el elemento en el que deben confluir todos los demás: la confianza en que el resultado electoral no puede ser manipulado. A pesar de las «noticias falsas» y los «bulos» que muchos se esfuerzan en propagar, no ha habido nunca un cuestionamiento del resultado electoral en nuestro país que haya podido basarse en evidencias constatables.

En un momento de deterioro institucional generalizado, que se ha convertido en un grave problema de nuestros regímenes políticos democráticos, me parece que una de las instituciones clave es la del régimen electoral y, con él, todos los elementos que forman parte de este, pero singularmente el de las instituciones que conforman la Administración electoral y, por tanto, las que garantizan la celebración de elecciones libres, transparentes y democráticas.

El régimen electoral es, pues, un elemento esencial para la estabilidad de nuestro sistema político y de las instituciones que lo sustentan. En nuestro caso, la Transición Política fue ante todo un proceso de institucionalización democrática que se abrió paso, bien mediante la creación de instituciones de nueva planta, bien reformando las existentes. La Ley para la Reforma Política 1/1977, de 4 de enero puso las bases para de la construcción de un régimen electoral que en España se convirtió en la clave del advenimiento de la democracia. Como es sobradamente conocido, las breves disposiciones de esa Ley se desarrollaron en el Decreto Ley de Normas Electorales de 20 de marzo de 1977. Y, en lo que se refiere a los elementos básicos del sistema electoral, la LOREG de 1985 los mantuvo y siguen sin modificarse.

El objetivo principal de las nuevas normas electorales en los inicios de la transición política era el de diseñar «una Administración Electoral autónoma e independiente como garantía primaria de las elecciones libres» [3], siendo conscientes los responsables políticos de aquel momento de que la única manera de conseguir el respaldo de la oposición al franquismo era dar pasos en esta dirección. Por eso podríamos decir que estamos ante una nueva institucionalidad electoral, que significativamente se definió mediante ley antes de la puesta en marcha del proceso de elaboración de la Constitución.

Asimismo, importa señalar que el consenso con el que se construyó el régimen electoral español fue crucial para dotarlo de la credibilidad social que hizo posible el éxito de la transición a la democracia. Por eso es esencial que cualquier reforma del sistema se haga con el acuerdo de los principales partidos; no basta la mayoría absoluta (aunque sea suficiente técnicamente), sino que se requieren mayorías más cualificadas.

La creación de una Administración electoral supervisada y dirigida, en todo momento, por las juntas electorales y, en última instancia, por la JEC, supuso una novedad institucional absoluta. Aunque las juntas heredaban parcialmente el nombre de autoridades electorales anteriores en la historia constitucional española, no tenían precedentes en lo que se refiere a sus composición y funciones, de manera que se abría una página inédita en nuestra política presidida por la autonomía e independencia de criterio de estas juntas [4]. La composición mayoritariamente judicial de estas juntas pretendía garantizar dicha autonomía e independencia, y la labor realizada por ellas en los primeros años contribuyó a confirmar este objetivo [5].

Todo ello permitió algo que parecía imposible en aquel momento en nuestro país, que la ciudadanía española (y sobre todo la oposición a un gobierno que procedía del franquismo) viera factible un proceso electoral limpio, en el que los resultados tradujeran lealmente el sentir social sin fraudes ni

---

[3] Arnaldo Alcubilla, E., «La Administración electoral española. Naturaleza y competencias de la JEC», en: *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 40, 1994, p. 77. Sobre la judicialización de las juntas electorales, *vid.* también Rallo Lombarte, A., *Garantías electorales y Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 216 ss.

[4] Esto se ha subrayado desde el principio por la doctrina. Así, por ejemplo, Solozábal Echavarría, J. J., «Una visión institucional del proceso electoral», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, p. 73. Arnaldo Alcubilla, E., *El carácter dinámico del régimen electoral español*. CEPC, Madrid, 2002, p. 90.

[5] Cfr. Cazorla Prieto, L. M., «Comentario al artículo 9», en: Cazorla Prieto, L. M. (dir.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*. Civitas, Madrid, 1986, p. 120. Pascua Mateo, F., *La Administración Electoral*. INAP, Madrid, 2007, p. 84. Arnaldo Alcubilla, *op. cit.,* nota 4, p. 92. Fernández de Casadevante Mayordomo, P., *La Junta Electoral Central. La libertad de expresión y el derecho a la información en periodo electoral*. CEPC, Madrid, 2014, p. 100.

falsificaciones, algo que nuestro imaginario colectivo negaba como un imposible metafísico.

Sobre la base de esta realidad institucional se ha levantado un régimen electoral que cumple sobradamente con todas las exigencias democráticas y que debe mucho al funcionamiento de las juntas electorales.

II. ¿ES NECESARIO REFORMAR EL SISTEMA ELECTORAL?

Sobre la necesidad de modificar el sistema electoral, tanto en lo referido a la fórmula (d'Hondt) como a otros elementos (circunscripción, barrera electoral, tipo de listas, etc.) se ha hablado casi desde que los primeros años de democracia. Muchos hemos escrito sobre la necesidad de mejorar la proporcionalidad del sistema, para acercarlo más a lo que exige la Constitución: esto podría lograrse, dentro del marco constitucional, en las elecciones al Congreso, básicamente de tres modos: ampliando el número de diputados hasta los 400, reduciendo el mínimo de diputados por provincia a 1 (y no a 2), modificando la fórmula electoral. Asimismo, podría mirarse el modelo del sistema electoral alemán para incorporar alguno de sus elementos, incrementando la proporcionalidad y permitiendo mayor margen de elección al votante.

Se ha hablado también de reformas que requerirían reforma constitucional, como la de cambiar la fórmula proporcional por la mayoritaria, establecer una prima de mayoría con determinadas condiciones, o la previsión de que gobierne la lista más votada.

Otras reformas podrían necesitar también reforma constitucional, en función de cómo se planteen: por ejemplo, el cambio en la barrera electoral, bien aumentándola, bien aplicándola a nivel nacional y no provincial. Esto afectaría, sin duda, a la proporcionalidad, y podría contradecir lo previsto en la Constitución.

Sin embargo, a la vista de lo ocurrido en los últimos años y la fragmentación política en la que estamos sumidos, no perece que las voces que defienden la proporcionalidad para mejorar la representatividad en el Congreso sigan teniendo el mismo vigor: no es una reforma que nuestro sistema político necesite. Al contrario, hay que pensar más bien en mecanismos que contribuyan a la estabilidad política. El sistema electoral debe servir para integrar, y no para desintegrar, como parece suceder cada vez que surgen organizaciones políticas localistas.

Lo que sí se puede afirmar es que el debate público sobre la cuestión es excesivamente simplista, y no se afronta con rigor. Así, se habla alegremente

de las primas de mayoría sin tener en cuenta que requerirían una reforma constitucional, como también sería necesaria la reforma para utilizar alguna circunscripción diferente a la provincial, incluso una complementaria para los restos nacionales. Algo parecido ocurre con las propuestas de que se garantice la formación de el gobierno a la lista más votada, lo cual contradice los fundamentos de nuestro sistema parlamentario (solo podría tener encaje constitucional en el caso de los alcaldes).

No creo, sin embargo, que la mayoría de estas reformas contribuyesen en este momento a mejorar los niveles de confianza de la ciudadanía en el sistema y a favorecer la estabilidad política. Más bien al contrario. Además, probablemente no producirían el resultado perseguido, especialmente cuando se busca reducir o eliminar la representación de los partidos separatistas o nacionalistas. Pienso que sucedería algo parecido a Italia, es decir, que se pondrían de acuerdo antes de las elecciones, en lugar de hacerlo después, pero seguirían condicionando la política nacional. Algo parecido a lo que ocurre en las elecciones europeas.

Como ya he dicho, además, una reforma electoral que introdujese una barrera electoral a nivel nacional en las elecciones al Congreso de los Diputados no sólo podría ser inconstitucional al poner en riesgo la proporcionalidad del sistema. Si el objetivo es reducir el peso de los partidos minoritarios localistas en el Congreso, esta reforma no puede plantearse sin reforzar el papel del Senado, lo cual la convierte en todavía más complicada.

En definitiva, aunque podrían afrontarse diferentes reformas del sistema, incluso sin afectar a la Constitución, no me parece que en este momento sean convenientes, al menos en el ámbito nacional. Cuestión diferente son las elecciones autonómicas o, incluso, las locales, en las que, como he dicho, podría buscarse reforzar la posición de la persona que ostente la alcaldía, con mecanismos de elección directa que podrían habilitarse sin necesidad de reformar la Constitución.

Por el contrario, hay ámbitos en los que se pueden dar pasos adelante y que sí reforzarían la solidez y credibilidad del régimen electoral. Me refiero a cuestiones de procedimiento electoral, como la tramitación de las candidaturas, las listas, el desarrollo de la votación, el recuento de votos, el archivo y publicidad de las actas de votación. Son aspectos en los que las nuevas tecnologías deberían ayudar a reducir plazos y a avanzar en garantías y en transparencia. Por ejemplo, las actas de votación deberían escanearse y publicarse en la web del Ministerio del Interior, de modo que, como sucede en muchos países ya, cualquier ciudadano/a pueda tener la posibilidad de comprobar en tiempo real el resultado del recuento de cada mesa electoral, con-

tribuyendo así a la transparencia y a poder eliminar los posibles errores de transcripción en el recuento provisional.

De igual manera, deberían publicarse todos los acuerdos de las juntas electorales, no solamente de la Central y las autonómicas (como ocurre ahora), sino de las provinciales y las de zona. En general, habría que revisar la publicidad y la transparencia de todas las decisiones que se toman en el ámbito del control y garantías de los procesos electorales. La aplicación de la nueva legislación y normativa en este ámbito está obligando a un esfuerzo notable por parte de la Administración electoral, que afronta estas obligaciones con una escasez de medios total. No será posible llevar a cabo toda esta tarea si no se dota de más medios, humanos y materiales, a las juntas electorales, especialmente a la Central.

III. LA NECESIDAD DE REFORZAR LAS JUNTAS ELECTORALES

La permanencia y la estabilidad son rasgos importantes de una institución. Las únicas juntas electorales permanentes son la Central y las autonómicas. Pero lo cierto es que las amplias competencias de la JEC, también fuera de los periodos electorales, la distinguen de las otras, que solamente tienen competencia para las elecciones territoriales de su Comunidad.

La JEC, como cúspide de la Administración electoral española es peculiar, compleja, no encuadrable en el ámbito del Poder Ejecutivo, ni en el Legislativo o el Judicial. Durante los periodos electorales y en general en materia de elecciones (por ejemplo, para apreciar la conocida como incompatibilidad sobrevenida, que en realidad es la pérdida sobrevenida de la capacidad de sufragio pasivo), goza de una posición de supremacía sobre todos los actores intervinientes en las operaciones electorales e incluso sobre todas las restantes Administraciones Públicas. Se trata de una Administración independiente, «judicializada» en su composición, especializada y jerarquizada.

Aunque estrictamente hablando la «Justicia electoral» en España estaría encomendada a las jurisdicciones ordinaria (contencioso-administrativa) y constitucional (recurso de amparo electoral), no cabe duda de que las decisiones de las juntas electorales (en última instancia, la Central) son muy relevantes y las que resuelven, en primera instancia, los conflictos. Son, por tanto, el primer órgano que se encarga de garantizar los derechos jurídico-electorales, si bien sus decisiones pueden ser revisadas posteriormente tanto en vía ordinaria como constitucional.

1. **Permanencia, estabilidad y continuidad**

La JEC mantiene continuidad en el tiempo por encima de las personas que la conforman o la han conformado. A diferencia de otras instituciones, su éxito no se identifica con una u otra persona, su logro radica en el (casi) anonimato de sus componentes, de cara a la opinión pública, y en el funcionamiento de la institución. Sin embargo, al estar vinculada esta permanencia a la duración de las legislaturas, en los últimos años hemos asistido a mandatos más breves de las sucesivas composiciones de la Junta, lo que contradice la pretensión de nuestra ley electoral de dotar al órgano de estabilidad y continuidad.

Hasta 2015 no había planteado problemas esta vinculación del mandato a la legislatura. Pero entre diciembre de 2015 y noviembre de 2019 se celebraron en España nada menos que cuatro elecciones generales, consecuencia de un grado de inestabilidad política hasta ese momento no experimentado en nuestro país. Esto tendría que haber supuesto cuatro renovaciones de la JEC. Sin embargo, solamente se produjeron tres. La duración del mandato fue muy irregular, en algún caso de más de cuatro años a lo largo de tres legislaturas, en otros de escasos diez meses y de menos de dos años.

Esta irregularidad en la duración del mandato de las sucesivas composiciones de la Junta revela que no se está respondiendo a la pretensión de permanencia y estabilidad que parece disponer la LOREG. Es especialmente lamentable que en algún caso no haya llegado al año, pues los primeros meses de funcionamiento son claves para alcanzar una buena coordinación en un órgano colegiado. Quizá, en estos nuevos tiempos de fragmentación, multipartidismo y oscilaciones políticas, sería bueno plantearse si no convendría modificar la actual regulación, sin vincular el mandato a la duración de la legislatura, sino estableciendo un periodo de 4 o 5 años, de modo similar a lo que sucede con órganos constitucionales como el Tribunal de Cuentas, el Consejo General de Poder Judicial o el mismo Tribunal Constitucional.

2. **El estatus de los miembros de la Junta**

Además, en lo que se refiere al estatus de sus miembros, se produce una diferencia entre los vocales académicos y los de procedencia judicial. Estos últimos gozan de fuero especial, y en caso de exigencia de responsabilidades derivadas del ejercicio de sus funciones, será siempre el Tribunal Supremo ante quien deba sustanciarse cualquier reclamación. Pero en el caso de los cinco miembros catedráticos, carecen de aforamiento, por lo que ya se ha dado

el caso de la presentación de una querella contra dos miembros académicos de la JEC, que puede corresponder por turno a cualquier juez/a de Primera Instancia de Madrid. Me parece que esto debería revisarse.

El sistema de provisión mixta de las juntas (que, por cierto, existe en algunos países latinoamericanos, como Brasil en su Tribunal Superior Electoral) y su obrar por consenso en la inmensa mayoría de las ocasiones permite que sus acuerdos se impongan con autoridad no contestada y, como regla general, no recurrida ante los tribunales. Y. cuando ha habido recursos, los tribunales han avalado casi de modo unánime las decisiones de las Juntas electorales. Esto es especialmente relevante en el caso de la JEC.

Otro elemento que ha contribuido a acentuar la *auctoritas* de los órganos de resolución de conflictos electorales ha sido su dominio de los acontecimientos. Con su correcto proceder, las juntas electorales (y, en su caso, los órganos jurisdiccionales que han revisado sus decisiones) han venido marcando el ritmo de las elecciones, administrando eficientemente los procesos electorales. Solo en los últimos tiempos, y con algunos problemas causados por los avances tecnológicos, la influencia de las redes sociales o el papel de las grandes empresas tecnológicas se ha percibido quizá un desajuste, por la escasez de medios que las juntas tienen, singularmente la JEC, para resolver los nuevos problemas generados.

3. **La escasez de instrumentos para hacer frente a nuevos desafíos**

Esta cuestión es especialmente relevante, porque afecta al principio de igualdad de armas en el proceso electoral. Se trata de un reto que se está afrontando mucho mejor en algunos países latinoamericanos, en los que los tribunales electorales tienen departamentos especializados en nuevas tecnologías que les permiten actuar en este tipo de casos. En general, en Europa están poco desarrollados y dotados con pocos medios los órganos independientes encargados de velar por la limpieza del proceso electoral, y me parece que deberíamos fijarnos en algunos países latinoamericanos, que en este aspecto (al menos desde el punto de vista formal) nos llevan la delantera.

La JEC ha tenido que requerir en varios supuestos a plataformas como Google, Facebook y Twitter, al haberse planteado diversas denuncias, como las relativas a restricciones en el uso de Facebook y WhatsApp, la propaganda pagada por particulares en Facebook y la suspensión de cuentas de Twitter del partido político VOX. En muchas de las situaciones, lo que se produjeron fueron incumplimientos de los códigos internos de las plataformas, motivo por el

cual se suspendió el servicio a los usuarios, en este supuesto partidos políticos o candidatos. Los informes de las plataformas tecnológicas que la Junta recibió tras los correspondientes requerimientos eran muy completos. Pero contenían especificaciones muy técnicas, cuyo análisis, evaluación e interpretación requeriría contar con personal especializado del que la autoridad electoral carece, y tampoco está previsto legal o reglamentariamente que pueda acudir a expertos externos que puedan asesorarla.

Algo parecido cabe decir en lo que se refiere a la desinformación, las noticias falsas y seguridad en los sistemas informáticos del proceso electoral. Ha sido el Ministerio del Interior, responsable de la infraestructura de las elecciones, o el de Presidencia quienes han asumido un rol que, en mi opinión, debería ejercer la JEC, como administración independiente o, cuando menos, debería supervisarlo. Las diversas comisiones y grupos de expertos que se han ido creando por el Gobierno deberían constituirse en órganos asesores de la Junta, al menos en los periodos electorales, de manera que, cuando sea necesario, se pueda recurrir a ellos y no se tomen decisiones que puedan afectar al proceso electoral al margen de la Junta. Son cuestiones que, en mi opinión, deberían también incorporarse a la ley electoral, que tendría que contemplar la regulación básica de estos supuestos, dotando a las juntas electorales de instrumentos jurídicos adecuados para hacer frente a estos problemas.

La propia Junta Electoral, en el Acuerdo JEC 146/2021, de 25 de febrero, sobre la suspensión por parte de Twitter del perfil del partido político VOX, reclamó al legislador este cambio, exigencia reforzada por el Tribunal Supremo que, en el Fundamento Jurídico 5 (apartado 10) de la STS 735/2022, de 22 de febrero, que confirmó el Acuerdo de la JEC, reclamó esta regulación legal de las posibles actuaciones de las plataformas digitales en las redes sociales [6] y de las propias competencias de la Junta en este tipo de conflictos, que ahora mismo brillan por su ausencia en la legislación. Pues bien, la advertencia del órgano electoral se realizó en febrero de 2021, el Tribunal Supremo la reforzó en febrero de 2022, pero por ahora el legislador ha hecho caso omiso.

Por último, tampoco tiene la JEC la posibilidad de abrir una investigación en la que utilizar peritos informáticos o técnicos que puedan verificar que la información aportada por los denunciantes, los denunciados y las propias em-

[6] «Por razón de lo expuesto se desestima la demanda, no sin dejar constancia de lo insatisfactorio que, tanto en lo procedimental como en lo material, es el escaso tratamiento legal de ese poder censor que se reservan contractualmente las redes sociales, erigidas hoy día en medios de difusión masiva de todo tipo de contenidos, también políticos, con un poder e influencia manifiestos en tiempos electorales. E insatisfactoria es, también por su escasez, la regulación de la potestad de control atribuida a la Administración electoral».

presas tecnológicas, es adecuada, coherente, completa y responde a la realidad. Por eso creo necesario dotar al organismo de medios humanos y materiales que permitan llevar a cabo peritajes de este estilo. No es este el único campo en el que ocurre. Por ejemplo, también se plantean problemas similares a la hora de analizar técnicamente las encuestas realizadas por empresas privadas o por el propio Centro de Investigaciones Sociológicas, pues para analizar en profundidad la información técnica, los microdatos de la encuesta, la documentación complementaria, etc., se requieren conocimientos y experiencia profesional en la materia, de la cual no se cuenta en la actualidad en la JEC.

IV. BREVES CONCLUSIONES

He intentado plasmar en estas líneas cómo nuestro régimen electoral continúa siendo un elemento fundamental para sostener la credibilidad de nuestro sistema democrático, a pesar de las dificultades con las que se ha encontrado a lo largo de sus largos años de vigencia. Me he querido centrar en dos aspectos principales:

a) algunos rasgos del sistema electoral, que en mi opinión no requiere reformas sustanciales en este momento, pues no parecen urgentes, y

b) otros elementos referidos al papel de los órganos de garantía de los procesos electorales, singularmente las juntas electorales, entre los que sí me parece que debería afrontarse algún proceso de refuerzo, tanto desde el punto de vista normativo, dotándole de más instrumentos y competencias, como del punto de vista de los recursos disponibles, facilitando su tarea de manera que la pueda seguir ejerciendo con autonomía e independencia.

Si no se abordan estas reformas, acabaremos teniendo un problema de legitimidad y credibilidad, pues es imprescindible hacer frente a algunos retos que ya tenemos sobre la mesa desde hace unos años. Así, deben combatirse riesgos como las posibilidades de influencia en los procesos electorales mediante actuaciones de desinformación y perfilado de votantes en las campañas electorales, la manipulación tecnológica de personas y máquinas, la injerencia (en muchos casos extranjera) en los diferentes procesos que rodean a la votación, especialmente en la recopilación de los resultados, las actuaciones de las plataformas tecnológicas que condicionan la libertad de expresión y comunicación de las y los usuarios, etc.

Sería un error pensar, en este caso, que lo que ha funcionado bien no conviene tocarlo. Porque estamos en un momento en el que, por desgracia, no

parece suficiente con lo que tenemos. Y si se avanza en este camino, todo lo que tenga que ver con el proceso electoral no puede depender solamente del Poder Ejecutivo (ni siquiera el Legislativo) sino que debe estar en manos de una (o varias) autoridad independiente.

LA RECUPERACIÓN DEL CONSENSO Y LA BÚSQUEDA DEL BIEN COMÚN EN LA ACTUAL ESPAÑA CONSTITUCIONAL

David Ortega Gutiérrez
Universidad Rey Juan Carlos

I. INTRODUCCIÓN

Parece poco discutible que la vida política española ha entrado en esta XV Legislatura en una preocupante situación de parálisis o bloqueo que perjudica muy seriamente a la vida cotidiana de los españoles. No es necesario demostrar, estimo, que la polarización y el enfrentamiento constante entre los dos bloques en que parece se ha dividido la clase política española [1], en nada nos beneficia y es un sinsentido de dinámica política en la que todas las partes pierden.

En el presente artículo identifico una serie de obstáculos trasversales y de profundo calado que sufre la realidad política española. Obstáculos que nos impiden avanzar, que paralizan los necesarios cambios y reformas estructurales e institucionales que la vida pública de más de 48 millones de personas precisa, especialmente la de los más jóvenes.

Evidentemente el primer paso es descubrir los obstáculos que impiden el progreso. Pero los obstáculos, una vez identificados y arrostrados para su superación, dejan de serlo y se convierten en retos. Un reto según la RAE es una «citación al desafío», un objetivo difícil, complicado, pero que normalmente proporciona un profundo bienestar cuando se ha logrado superar.

[1] De un lado, el Gobierno del PSOE y Sumar, junto con los independentistas; del otro, el PP y Vox.

A continuación, propongo siete retos cuya paulatina consecución mejorarán, muy considerablemente, nuestra vida política e institucional:

II. UNA PREOCUPANTE AUSENCIA DE MADUREZ DEMOCRÁTICA

La creciente falta de madurez democrática y de sentido institucional de quienes han gobernado España, especialmente en estas últimas dos décadas, la he podido constatar en algunos casos concretos por mí estudiados, referidos al gobierno del poder judicial [2], de la corporación de RTVE [3] o a nuestra irracional organización municipal [4]. En este sentido, nuestra democracia está yendo a peor. Los datos del *Democracy Index* de *The Economist*, en los que bajamos por primera vez (año 2021) de «democracia plena» a «democracia defectuosa» [5], aunque en el año 2022 y también en el 2023 volvimos a ser democracia plena, así lo demuestran. Probablemente no sea una realidad exclusiva de España, Europa o Norteamérica [6] no están mucho mejor, pero sus democracias –y también sus economías– son bastante más sólidas, la nuestra tiene menor «músculo» democrático y económico. Sin duda pagaremos, ya lo estamos haciendo, por fallar en los asuntos importantes, que son los del Estado. La gestión del mismo es muy mejorable: ése es uno de los grandes retos de nuestra España constitucional. Como dice con su habitual ironía Ángel Pérez (Izquierda Unida): «España necesita un PSC: Partido del Sentido Común», no le falta razón. La política de la inmediatez y el cortoplacismo, unida a una democracia excesivamente partitocrática, suponen, entre otras cosas, la progresiva debilidad e ineficiencia del Estado. Es ineludible tener una hoja de ruta clara y concreta sobre la evolución de nuestro Estado en, al menos, una década. La propia reorganización municipal, antes citada, precisa como mínimo de ese plazo.

---

[2] Ver Ortega Gutiérrez, D., «Elección del Consejo General del Poder Judicial: un análisis panorámico», en *Revista de Derecho Político*, núm. 114, mayo-agosto 2022, pp. 13-45.

[3] Ver Ortega Gutiérrez, D., «El tortuoso desarrollo normativo del artículo 20.3 de la Constitución española. El control político sobre RTVE», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 51, 2023, pp. 283-316.

[4] Ver Ortega Gutiérrez, D., «Fusión obligatoria de municipios en España: una asignatura pendiente en la gobernanza local», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 62, enero de 2023, pp. 1-35.

[5] Ver: https://media2-col.corriereobjects.it/pdf/2022/esteri/eiu-democracy-index-2021.pdf

[6] A España le pasó lo mismo que a Francia y a Chile.

III. LA PÉRDIDA DEL INTERÉS GENERAL COMO REFERENCIA POLÍTICA INELUDIBLE

La única justificación que tiene el quehacer político es el bien común o el interés general. Esto no es discutible y es un principio esencial de la política desde sus inicios. En el caso de España, es el interés general de más de 48 millones de españoles[7]. Decía Bertrand Russell, que a veces lo importante en la vida es muy simple. Y es verdad. La simplicidad[8] es una virtud, no algo peyorativo como a veces se plantea. La clave de nuestra vida pública gira en torno a un PSOE y a un PP más maduros, más sensatos, más éticos, en fin, más cívicamente responsables. La capacidad de llegar a acuerdos es una obligación política. De hecho, el CIS de enero de 2024 apunta que cerca del 90 % de los españoles reclama la necesidad de acuerdos entre el PSOE y el PP[9]. Es una cuestión que afecta a estos dos partidos y principalmente a sus líderes. Lamentablemente, la trágica experiencia de las inundaciones en Valencia el 29 de octubre de 2024, nos obliga a realizar una profunda reflexión sobre la eficacia y funcionalidad del Estado y la rendición de cuentas de los diferentes responsables políticos por su acción/inacción y descoordinación. Ortega y Gasset solía hablar de lo importante que es «estar a la altura de los tiempos». Dos personas con mucho poder y gran responsabilidad son los líderes del PSOE y del PP, sus decisiones buenas o malas y también las relaciones entre ellos, sin duda, influyen en la mejor o peor vida de muchos millones de personas. ¿Cómo sería nuestra vida pública si hubiera una relación de colaboración institucional entre ellos? Ambos partidos deben mejorar su papel tanto en el Gobierno y, lo que también es importante, en la oposición. Particularmente en la XIV y en esta XV Legislatura el PSOE no ha elegido unos buenos compañeros de viaje para el interés general del conjunto de los españoles. Su error más grave ha sido –por el momento– liderar la aprobación de la Ley de Amnistía en mayo de 2024, en mi opinión una Ley claramente inconstitucional y enormemente dañina para la calidad de nuestro Estado social y democrático de Derecho, especialmente en cuanto a la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el principio de igualdad (art. 14 CE). Respecto del PP, debe replantearse los efectos úl-

---

[7] La cifra es del Instituto Nacional de Estadística (INE) de 1 de enero de 2024: https://www.ine.es/dyngs/Prensa/ECP4T23.htm#:~: text=La%20poblaci%C3 % B3n%20residente%20en%20Espa%C3 % B1a,1 % 20de%20enero%20de%202024.

[8] La simplicidad no es el sinónimo de simpleza, en importante medida es su antónimo. Al respecto es magnífico el libro de José Luis Suárez Rodríguez. Ver Suárez Rodríguez, J. L., *Elogio de la simplicidad*, Apis, Madrid, 1992. Lo simple es lo necesario o «es necesario lo que es simple» apunta en su página 19-20 citando la *Metafísica* de Aristóteles.

[9] Ver *La Vanguardia* de 18 de enero de 2024: https://www.lavanguardia.com/nacional/20240118/9500753/cerca-90-espanoles-cree-hay-crispacion-reclama-acuerdos-psoe-pp-agenciaslv20240118.html

timos de una oposición excesivamente radical, el caso de la no renovación de los vocales del CGPJ desde diciembre de 2018, por fin ya efectuada el 23 de julio de 2024, es constitucionalmente inadmisible. Por cierto, tan inadmisible como las limitaciones de las funciones del CGPJ reguladas en el artículo 122.2 CE.

Ya he mentado mis trabajos en los que analizo cómo han actuado ambos partidos en el caso del gobierno de RTVE, en la batalla por el control del gobierno del CGPJ e igualmente en el irracional número de municipios de España. No estoy hablando de un tema menor, creo que podemos afirmar que la viabilidad del Estado español está en juego y el Estado y sus servicios públicos se están resintiendo desde hace ya algunos años, baste como botón de muestra el caso de la sanidad en España, donde los médicos de urgencias reclaman al PSOE y al PP un pacto de Estado [10]. Más de lo mismo. Podíamos también apuntar otros asuntos de Estado de máxima relevancia, como el enormemente dañino baile de leyes educativas o de «partido» [11] en estos 40 años o, ser prácticamente la única Constitución del planeta que no puede reformarse por la incapacidad de sus líderes para ponerse de acuerdo. Las tres únicas reformas abordadas [12] lo fueron básicamente por venir impuestas desde la Unión Europea, las dos primeras, y la reciente sobre el artículo 49 CE. En fin, la corrupción que apuntaba *The Economist* como uno de los principales problemas de la democracia española, requiere un trabajo monográfico más extenso.

IV. EL EXCESIVO Y DESPROPORCIONADO PROTAGONISMO DEL NACIONALISMO

En descargo del PSOE y del PP podríamos reconocer que los partidos nacionalistas no han dado muchas facilidades y es cierto. Pero ello no les exime de su responsabilidad y también de sus «complejos» frente al nacionalismo [13]. Es materia de otro estudio analizar en exclusiva cómo ha afectado el

[10] «La Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias (Semes) solicitó este martes al Gobierno la elaboración, negociación y firma de un Pacto de Estado por la Sanidad Pública 'tras valorar la actual y crítica situación por la que atraviesa el Sistema Nacional de Salud'». Ver https://www.lavanguardia.com/vida/20221115/8607679/medicos-urgencias-solicitan-gobierno-pacto-sanidad-publica.html

[11] Digo de *partido* porque al igual que con la Constituciones del siglo XIX español, se cambiaban cuando el otro partido político llegaba al poder. Algo evidentemente nefasto para dos realidades que precisan de acuerdos y estabilidad: educación y política.

[12] Años 1992 y 2011, que afectaron a los artículos 13.2 y 135 CE, respectivamente. La primera reforma vino marcada por el Tratado de Maastricht, la segunda como contrapartida para el rescate de la deuda de las cajas de ahorro españolas. El artículo 49 CE se modifica el 15 de febrero de 2024.

[13] Como con frecuencia afirmaban los diferentes líderes del centro político español como Rosa Díez (ver https://www.elmundo.es/elmundo/2012/10/13/paisvasco/1350130391.html) o Albert Rivera (ver

nacionalismo al desarrollo del bien común y del interés general de los 48 millones de españoles. Pero considero que se puede afirmar que el interés general de esos millones de personas importa poco o nada al nacionalismo. Es más, para los proyectos nacionalistas es bueno un Estado español débil e ineficaz, mientras el nacionalismo fortalece su Estado, por el momento, autonómico. Cada paso del nacionalismo en estos cuarenta años ha ido en ese sentido con una perseverancia titánica. En ningún momento han dado un paso atrás para aumentar su poder autonómico, financiero y competencial.

Me parece verdaderamente acertado en este sentido el libro de Jorge de Esteban, *Jaque al Estado*, donde el autor avisa de los peligros para el interés general del desarrollo autonómico que se daba ya hace más de veinte años. El tiempo solo ha venido a darle la razón en la consolidación de un Estado español más debilitado para ofrecer sus servicios públicos a los españoles frente a un Estado autonómico que ha olvidado su racionalidad y eficiencia general, en favor de un nacionalismo que lo ha «capitalizado» para sus propios intereses, lejos del bien común que también debe presidirlo y que es su razón de ser.

Así, De Esteban afirma en relación con el nacionalismo que «no se trata de movimientos de masas, surgidos espontáneamente de la mayoría de la población de las pretendidas naciones, sino que son reivindicaciones de una clase política regional con ambiciones propias, que tratan de hacer pasar como aspiraciones universales de sus respectivos pueblos, lo que, en todo caso, no es más que la concreción de unos deseos minoritarios, al menos en su origen» [14]. Para más adelante concluir con una afirmación verdaderamente importante, que entiendo que hoy se comprenderá mejor que cuando se editó el libro en el año 2000, respecto de la necesaria defensa del Estado: «todo intento de darle jaque, intentando debilitarlo, representa sin duda alguna un evidente retroceso en la lucha por la democracia y la solidaridad» [15].

No puedo estar más de acuerdo con el autor, la solidaridad y la democracia es lo que pone en juego el nacionalismo. Solidaridad y democracia en España que no van a defender los nacionalistas y que sí tienen que defender quienes deben representar el interés general y el bien común de los españoles: en teoría, los partidos políticos de ámbito nacional y especialmente aquellos que tienen responsabilidades de gobierno.

---

https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/politica/Ciudadanos-PP-PSOE-Cataluna-renuncia-ron/20150911205736078613.html).

[14] Ver De Esteban, J., *Jaque al Estado*, Libertarias/Prodhufi, Madrid, 2000, p. 230.

[15] *Ibid.*, p. 390.

Por lo demás, es bueno medir el peso real del nacionalismo independentista que se da en Cataluña y País Vasco. Si tomamos el resultado de las últimas elecciones generales de 23 de julio de 2023, los datos son los siguientes:

ERC 7 escaños, 466.020 votos, el 1,89 % de votos emitidos;
JUNTS 7 escaños, 395.429 votos, el 1,60 % ;
EH Bildu 6 escaños, 335.129 votos, el 1,36 % ;
EAJ-PNV 5 escaños, 277.289 votos, el 1,12 % ;

En total: 25 escaños de los 350 que tiene el Congreso de los Diputados, 1.473.867 sufragios de un cuerpo electoral de 37.469.458 votantes y el 6,97 % de los votos emitidos. Podemos afirmar en términos democráticos, que menos del 7 % de los votantes marcan al 93 % restante -nada más y nada menos-, entre otras muchas cuestiones, la organización territorial del Estado. Algo debería reflexionar el PSOE y la izquierda en general respecto de su bloque de alianzas de gobierno, pues como con buen criterio señala nuevamente Ángel Pérez, no se entiende que gente de izquierdas esté a favor de la «privatización del territorio» [16], que en última instancia defiende el nacionalismo. A lo que yo añadiría y «la ruptura de la igualdad», una seña tradicional del pensamiento de izquierdas.

La ya mencionada Ley de Amnistía, aprobada el 30 de mayo de 2024 por el Congreso de los Diputados con la oposición del Senado (superada conforme al artículo 90.2 CE), es una consecuencia evidente de ese excesivo peso del nacionalismo en nuestra política nacional, además de romper nuestro entramado institucional en pedazos. El Parlamento español, de la mano del independentismo, está adoptando una posición peligrosamente próxima a la del Parlamento catalán en 2017. Un poder constituido legítimo, el Parlamento español, aprueba una ley sustantivamente ilegítima, la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. Ley ilegítima que interesa al independentismo, pues debilita a España como Estado social y democrático de Derecho, de ahí la alegría del independentismo en el Congreso de los Diputados el día de su aprobación, amén de pasar algunos de delincuentes a víctimas. España como Estado de Derecho y democrático da un importante paso atrás. El PSOE, siempre crítico con la posibilidad de la Ley de Amnistía hasta el 23 de julio de 2023, accede a ella para seguir en el Gobierno de España, resultante de las elecciones generales de ese citado día.

[16] Las dos citas de Ángel Pérez son fruto de conversaciones de café con el autor y lógicamente cuentan con su consentimiento.

Sumar, Junts, ERC, Bildu y PNV están claramente lejos del régimen de la Constitución de 1978. En este sentido es sintomático su constante ataque al poder judicial y, por ello, al no discutible, en democracia, principio de separación de poderes. El futuro democrático de España se juega en el PSOE de Pedro Sánchez. Por el momento está en manos del independentismo y la extrema izquierda de Sumar, ha promovido la amnistía y veremos cómo evoluciona su respeto al poder judicial. El PP no hace el juego al independentismo, pero en su debe tiene la necesidad de VOX, algo que tampoco beneficia a la democracia española. Al final, el PSOE y el PP han caído en manos del radicalismo y el populismo de izquierdas y de derechas, respectivamente. Esto es verdaderamente perjudicial para nuestra calidad democrática. Al PSOE se suma su cercanía al nacionalismo independentista. La competencia electoral española ha pasado de centrípeta a centrífuga, teniendo nuevamente el nacionalismo independentista una posición de privilegio decisional en el Gobierno de España. Todo ello sumado a la ausencia de un centro político con peso y a la imposibilidad de un entendimiento entre el PP y el PSOE para las grandes cuestiones de Estado, nos da un panorama político complejo y difícil para el interés general de los españoles y el sostenimiento del régimen de la Constitución de 1978.

La situación es realmente preocupante. No creo que el PP adopte los postulados de VOX, no lo ha hecho en las Comunidades Autónomas donde gobierna con ellos, al menos, en temas relevantes o estructurales. Pero no sé si el PSOE asumirá los postulados de Sumar y el nacionalismo independentista. Si es así, la aprobación de la Ley de Amnistía es verdaderamente preocupante, entraremos en un régimen desconocido, alejado de modelos propios de la socialdemocracia europea y lamentablemente próximos a latitudes más caribeñas.

V. FALTA DE UN CENTRO LIBERAL EQUILIBRADOR Y FACILITADOR DE LOS NECESARIOS ACUERDOS

La idea de un centro político liberal y con peso en el panorama político nacional es determinante, principalmente para dar alternativa al PSOE y al PP frente al nacionalismo. Nuevamente ambos no han tenido la necesaria madurez para percibir esta necesidad estratégica de interés general. Adolfo Suarez, Rosa Diez y Albert Rivera lo intentaron como líderes respectivos del CDS, UPyD y Ciudadanos. Amén de los errores propios, que conozco bien en el caso

de UPyD [17], creo que ha habido una cortedad de miras en ambos partidos –PSOE y PP– respecto de la necesidad estratégica de un centro político moderno y hacedor de puentes entre las eternas dos Españas, de izquierdas y de derechas. Es el modelo que tienen y no funciona mal en otros países europeos, como Alemania o los Países Bajos.

Respecto de los errores propios de los partidos de centro liberal, considero grave el de Ciudadanos y su líder Albert Rivera en el políticamente inestable año 2019. Como nos recuerda José Antonio Zarzalejos: «Ciudadanos nació […] sobre todo, para rectificar el paradigma de la gobernación de los nacionalismos vascos y catalán que tanto con los Gobiernos del PSOE como con los del PP han sido fuerzas bisagra para componer las mayorías necesarias que no alcanzaban por sí mismos los dos grandes partidos» [18]. Pedro Sánchez y Albert Rivera no estuvieron en 2019 a la altura histórica de las circunstancias, para perjuicio del interés general y bien común de los españoles. El nacionalismo una vez más pudo disfrutar de su posición de sobrerrepresentación política, gracias a la torpeza del PSOE y Ciudadanos, en este caso. Tiene razón Zarzalejos cuando habla de la «exorbitante fuerza de las minorías nacionalistas e independentistas» y del histórico error de Albert Rivera [19], que a la postre motivo la debacle política del partido naranja.

Al menos encuentro cuatro grandes beneficios para la política española de la presencia, hoy casi inexistente, de un centro político liberal con peso específico, bien por lo que propone, bien por lo que evita:

a) Si comenzamos con lo que evita el centro político, su valor puede ser importante, pues nos puede curar o, al menos amortiguar, de uno de los principales y tradicionales males de la política española: su marcado radicalismo y extremismo, especialmente de las *agotadoras* dos Españas. Solo este motivo ya hace muy recomendable su presencia. La historia política española es bien conocida por todos, especialmente la del siglo xx. Ya sabemos qué tal nos ha ido cuando el extremismo y el radicalismo han entrado en nuestras instituciones. Podemos afirmar, es importante hacerlo, que a España le ha ido muy mal a todos los niveles (convivencia social y política, progreso económico, estabilidad institucional, calidad de vida, etc.), cuando nuestra vida pública se ha extremado y radicalizado. Y lo contrario, en la moderación y en la política

[17] Hay dos libros interesantes al respecto, tuve el honor de presentar ambos. Ver Maneiro, G., *No apto para fanáticos*, Letrame, Madrid, 2019. Jerez, F., *Engaños y desengaños de un partido emergente: el caso de UPyD*, Guante blanco, Madrid, 2016.

[18] Ver Zarzalejos, J. A., *Felipe VI. Un Rey en la adversidad*, Planeta, Barcelona, 2021, p. 227.

[19] *Ibid.*, p. 227 y 228. Específicamente señala el autor «el fraude político –incluso moral– de dimensión histórica» de Rivera.

centrada y transversal, España ha progresado de verdad y ha vivido sus mejores años políticos, económicos y sociales.

b) La realidad presente que vive España y Europa, también Estados Unidos, de populismos de izquierdas y derechas nacientes de la crisis económica y financiera de 2008, hace más necesaria si cabe la presencia neutralizadora y estabilizadora del centro político. El sistema de partidos español hasta el año 2014/15 se ha caracterizado por una bastante sana competencia centrípeta, las elecciones generales se solían ganar en el centro y en la moderación. Así le pasó al PSOE del Presidente González y al PP del Presidente Aznar, ambos centraron sus partidos ideológicamente hablando. Hoy ocurre lamentablemente lo contrario, la competencia se ha vuelto centrífuga, los extremos (Podemos/Sumar a la izquierda y Vox a la derecha) han tensado y radicalizado el discurso y la vida política. Se ha vuelto más visceral, más de enfrentamiento, hemos regresado nuevamente a la intolerancia y quien parece pagar estos nuevos vientos es el centro político y la moderación, mientras el radicalismo, el discurso simplista de las bajas pasiones (odio y rencor principalmente) aparece en la vida política española [20], cuando antes de 2014 no existía o, al menos, no en el grado presente.

c) En esta nueva dinámica de bloques, pierde sin duda la política de Estado, de los grandes acuerdos y transformaciones que los españoles, de izquierdas y de derechas, necesitamos y exigimos. El infantilismo y el discurso simplón reinan en nuestra política. El extremismo saca lo peor de nosotros mismos; la moderación y la política de «pactos o puentes» es la única que nos ha hecho progresar. La transición política de la dictadura a la democracia y el consenso de la Constitución de 1978, hoy no sería posible. Fue la política centrada y moderada la que trajo la democracia a España, con protagonismo especial del olvidado Adolfo Suárez. Su Centro Democrático y Social, como lo debió ser UPyD o Ciudadanos, era el proyecto esencial que España necesita y que la miopía de los dirigentes del PSOE y del PP nunca vieron ni entendieron.

d) La realidad es bastante clara. El PP y el PSOE o van de la mano de un partido nacional centrado o van de la mano del radicalismo o del nacionalismo, no sé qué es peor. No hay más. Dudo que vuelvan los tiempos de las mayorías absolutas, por lo demás, para mí nada deseables. Que desaparezca el

[20] Por apuntar algún ejemplo, especialmente lamentables y virulentas fueron las intervenciones en el Congreso de los Diputados de representantes de ambos partidos (Podemos y Vox) en la última semana del mes de noviembre de 2022, que obligó a la Presidenta del Congreso a llamar al orden a sus señorías en múltiples ocasiones. La diputada de Podemos y ministra de igualdad, Irene Montero, llegó a acusar al principal partido de la oposición (PP) de promover la «cultura de la violación». A su vez, la diputada de Vox, Carla Toscano, atribuyó a la ministra Montero como único mérito para estar en política, el «haber estudiado en profundidad» a su pareja, Pablo Iglesias, exvicepresidente del Gobierno.

centro político es malo para el futuro de la democracia española, significa que nos hemos vuelto a radicalizar, que somos menos tolerantes, que vuelven los extremos de derechas y de izquierdas, con su intransigencia y su intolerancia. Algo evidentemente muy negativo para afrontar los necesarios retos estructurales que en este artículo planteo.

VI. NECESIDAD DE UNA PRENSA MENOS PROSELITISTA CON LOS PARTIDOS Y QUE PRESIONE E INFORME SOBRE LOS ASUNTOS VERDADERAMENTE IMPORTANTES. RIGOR EN EL DEBATE PÚBLICO

En esta encrucijada que vive el proyecto político de España, es esencial el papel de la prensa, de los medios de comunicación social, especialmente su independencia y distancia ideológica o política, dentro lógicamente de su línea editorial. No puede haber prensa o medios de comunicación de partido. Este es un principio no discutible. Lamentablemente la prensa no tiene la independencia económica y, por lo tanto, profesional, que tenía hace treinta años. Los medios ya no son tanto contrapoder frente al poder político como en aquel tiempo, y eso se nota. Salvo honrosas y muy meritorias excepciones, tenemos un claro problema de independencia y de información imparcial. Siempre he defendido el papel esencial de buenos periodistas en un sistema verdaderamente democrático, pues no tengo dudas que son los ojos de la democracia [21]. De esta problemática escriben dos exdirectores [22] de dos de los periódicos más influyentes de España, *El País* y *El Mundo*: Antonio Caño en su libro con el poco tibio título de *Digan la verdad* [23] y David Jiménez con *El Director* [24] y el tampoco tibio subtítulo «Secretos e intrigas de la prensa».

El «rigor en el debate público» me parece uno de los principales retos que tenemos actualmente en la calidad de la democracia española. Ni formal, ni materialmente, se plantean y se analizan los problemas reales y prioritarios de los ciudadanos de España, salvo honrosas excepciones. Los principales responsables en generar un debate público de calidad son básicamente los líderes políticos e institucionales y los líderes mediáticos o periodistas, además de un mayor empuje de las fuentes de conocimiento, especialmente de la universi-

[21] Me remito a lo expresado en mi libro Ortega, D., *Retos de la libertad de información*, Dykinson, Madrid, 2017, en especial el capítulo 4 «Ética periodística, autorregulación e independencia», pp. 77-99.

[22] Curiosamente ambos comparten el haber sido durante bastantes años corresponsales de guerra.

[23] Ver Caño, A., *Digan la verdad*, La esfera de los libros, Madrid, 2022.

[24] Ver Jiménez García, D., *El Director*, Madrid, Libros del K. O., Madrid, 2019.

dad. Estoy firmemente persuadido que el derecho a la información (art. 20.1.d CE) y el derecho a la educación (art. 27 CE) son los dos derechos fundamentales estructurales para el disfrute del resto de derechos fundamentales como el derecho al voto (art. 23 CE), el derecho a la libertad de pensamiento (art. 16.1 CE), el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE) o el derecho de reunión (art. 21 CE) y, en última instancia, el derecho a la dignidad (art. 10.1 CE)[25]. Me preocupa enormemente el bajísimo nivel de nuestros debates públicos en el Congreso de los Diputados o en el Senado, en campaña electoral o, en general, en la discusión política cotidiana. Hemos aceptado lo inaceptable y así, es muy difícil avanzar en los serios problemas que tenemos. No hay mucha escucha, racionalidad, análisis o rigor en los datos y en los argumentos. El relato y la ideología han sustituido al análisis racional y coherente. Lo emocional ha sustituido a lo racional y eso en política es nefasto.

Sin un debate público riguroso no puede haber rendición de cuentas de los gobernantes y eso conlleva un deterioro lento, pero sin pausa, de nuestro entramado democrático institucional. Ningún partido político está por encima de nuestras instituciones democráticas. La independencia de la prensa y de los medios de los partidos políticos es vital, no habrá rigor en el debate público sin periodistas independientes. Los periodistas de partido hacen un daño enorme al rigor en el debate público, hay que criticar al poder político si lo hace mal.

Voy a dar solo un dato que ejemplifica la ausencia de lo importante en nuestro debate público: en septiembre de 2023 un informe del BBVA indica que «la deuda de las comunidades autónomas alcanza su máximo histórico a finales de 2022, un 23,9 % del PIB»[26]. Supera los 316.000 millones de euros. En el año 2007 la deuda era de 61.960 millones, el 5,8 % PIB. La Comunidad Autónoma que actualmente acumula más deuda es Cataluña, con un 26,6 % del total. Según el diario *El Mundo*, tenemos las regiones más endeudadas de Europa y las segundas del planeta, solo detrás de Canadá[27].

Si tuviéramos un debate público riguroso, insisto en la palabra «rigor», sin duda que este asunto debiera de capitalizar una parte importante de nuestra discusión pública, cómo gestionamos nuestros recursos públicos y qué futuro nos espera con esta tendencia. Sin embargo, ningún análisis público y relevante se hace sobre ello. Estamos en otras cuestiones absurdas, que en nada mejo-

[25] Estas conexiones internas entre derechos fundamentales las estudio en el siguiente artículo: Ortega Gutiérrez, D., «El triple carácter del derecho a la información», en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 8, 2003, pp. 313-322.

[26] Ver https://www.bbva.com/es/economia-y-finanzas/la-deuda-de-las-comunidades-autonomas-alcanzo-su-maximo-historico-a-finales-de-2022-un-239-del-pib/

[27] Ver https://www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2024/06/04/665e00b021efa0105a8b458e.html

ran nuestra calidad de vida diaria y nuestros servicios públicos como la sanidad, educación, justicia, transportes, vivienda, gestión de recursos básicos como el agua, etc. O entre todos contribuimos a cambiar esta falta de rigor en el debate público, o realmente lo vamos a pagar caro e indefectiblemente viviremos cada vez peor.

VII. APRENDER MÁS DE EUROPA

Me parece un tema capital. No vamos a idealizar a Europa, que como toda realidad política y humana tiene sus deficiencias y límites, pero es difícil negar el enorme efecto positivo que ha tenido para la política y democracia española el contexto europeo. No tengo dudas de que debemos aprender más de Europa y de alguno de sus países en concreto: su mayor cultura cívica, sentido de lo público, rendición de cuentas de sus élites políticas, su pragmatismo y carácter menos ideologizado –que les permite tener una utilísima cultura del acuerdo y del consenso político–, su mayor respeto por el cumplimiento de la norma y el sentido del deber público… Europa es un buen modelo a seguir, pero que no seguimos. Me parece que todos los españoles vemos con envidia sana la calidad e independencia informativa de la BBC británica, por poner un ejemplo conocido.

Nos sobra espíritu y pasión, nos falta más ciencia y lógica. Lo de la España de izquierdas y de derechas va a acabar con nosotros. Nos sobra mucha arbitrariedad, nos falta mayor rigor analítico de planteamiento y sobre todo de resultados. Me parecen ilustrativas las siguientes líneas de Ortega y Gasset escritas en septiembre de 1909, en su controversia con Unamuno sobre España y Europa. Como se sabe, Ortega era un decidido defensor de la necesidad vital de europeizar España. Creo que el Unamuno [28] de 1936 daría la razón a Ortega: «Poco a poco va aumentando el número de los que quisiéramos que las querellas personalistas cedieran en España la liza a las discusiones más honestas y

[28] En diciembre de 1906, Unamuno escribía sobre el espíritu europeo lo siguiente: «"Basta –dirá algún lector lógico y europeo moderno,– ya te tengo cogido; tú mismo confiesas que tus afirmaciones carecen de base, que son arbitrarias, que no pueden probarse, y a tales afirmaciones no se les debe hacer caso." Y yo le diré a ese pobre lector lógico, europeo y moderno, enamorado, de seguro, de la ciencia y de la vida, que el que una afirmación sea arbitraria y no pueda probarse con razones lógicas, ni quiere decir que carezca de fundamento, ni menos que sea falsa. Y, sobre todo, eso no quiere decir que la tal afirmación no sea excitadora y animadora del espíritu, corroboradora de su vida íntima, de esa vida íntima que es muy otra cosa que la vida de que está enamorado el lector lógico y cientificista». Ver De Unamuno, M., «Sobre la europeización (arbitrariedades)», en *La España Moderna*, núm. 216, año 18, diciembre de 1906, pp. 64-83. Como decía en el texto, tres décadas después Unamuno sí defendería en la Universidad de Salamanca menos excitación del espíritu y más lector lógico y cientificista.

virtuosas sobre la verdad verdadera. En el naufragio de la vida nacional, naufragio en el agua turbia de las pasiones, clamamos serenamente un grito nuevo: ¡Salvémonos en las cosas! La moral, la ciencia, el arte, la religión, la política han dejado de ser para nosotros cuestiones personales; nuestro campo del honor es ahora el conocido campo de Montiel de la lógica, de la responsabilidad intelectual. Pensando en esto, he preferido las observaciones técnicas de mi grande amigo Américo Castro a toda mi prosa indignada. Merced a ellas puedo afirmar que en esta ocasión D. Miguel de Unamuno, energúmeno español, ha faltado a la verdad. Y no es la primera vez que hemos pensado si el matiz rojo y encendido de las torres salmantinas les vendrá de que las piedras aquellas venerables se ruborizan oyendo lo que Unamuno dice cuando a la tarde pasea entre ellas. Y sin embargo, un gran dolor nos sobrecoge ante los yerros de tan fuerte máquina espiritual, una melancolía honda…» [29].

VIII. LA RESIGNACIÓN PUEDE SER EL FRACASO DE NUESTRA DEMOCRACIA

¿Pueden ser las cosas de otra forma?, ¿otra España es posible? Para mí esta es la pregunta relevante. No estamos condenados a la falta de entendimiento en las cuestiones de Estado, otros países de nuestro entorno sí disfrutan de ese entendimiento o acuerdo institucional ¿por qué nosotros no?

Desde lo concreto, he intentado reflejar en este artículo las causas –obstáculos– que pienso nos impiden evolucionar. Respecto de la posibilidad de otro tipo de política para España, tuve el honor de dirigir en el año 2009 un curso de verano en la Universidad Rey Juan Carlos con el arriesgado título *La otra España posible* [30] con ponentes tan destacados como Álvaro Rodríguez Bereijo, José Varela Ortega, Javier Sádaba, Joaquín Leguina, Rosa Díez, José Antonio Zarzalejos, Enric Juliana, José Manuel Diego Carcedo, Nicolás Redondo, José Bono, María Dolores de Cospedal…

Me entristece profundamente el fracaso político de UPyD, partido en el que me involucré profundamente [31]. Ciertamente en esos años, del 2007

[29] Ver Ortega y Gasset, J., «Unamuno y Europa, fábula», en el periódico *El Imparcial*, 27 de septiembre de 1909: https://www.filosofia.org/hem/dep/imp/9090927.htm La controversia se inicia por una carta que días antes publica Unamuno en ABC refiriéndose a Ortega como un «papanata que está bajo la fascinación de esos *europeos*».

[30] El mismo se desarrolló en el campus de Aranjuez de la URJC los días 13 a 17 de julio del 2009.

[31] Fui miembro de su Consejo de Dirección desde noviembre de 2009 hasta diciembre de 2015, además de concejal-portavoz del grupo municipal de UPyD en el Ayuntamiento de Madrid, entre junio de 2011 y junio de 2015.

al 2015, sí había en España unas importantes ganas de cambio y de hacer política de otra forma. Es obligatorio citar los acontecimientos del 15 de mayo de 2011 que se iniciaron en la Puerta del Sol de Madrid, por personas de muy diferentes ideologías y posiciones políticas. Hoy poco o nada queda de ese espíritu cívico de cambio y compromiso del entonces denominado *15M*. Me puedo equivocar, pero creo que volveremos a un cierto bipartidismo del PSOE y del PP. Solo espero que ambos partidos políticos hayan aprendido algo en estos años de responsabilidad política y sentido de Estado. Nos va mucho en ello, entre otras cosas, el mantenimiento del propio Estado del Bienestar y sus diferentes retos a nivel sanitario, educativo, laboral –con la tasa de paro juvenil más alta de la Unión Europea y el crucial tema de las pensiones y su viabilidad futura–, industrial, energético-medio ambiental, territorial/fiscal y sus consabidas asimetrías, entre otros retos relevantes.

Todo ello pasa por una firme y sólida defensa de nuestras instituciones democráticas, de los diferentes poderes constitucionales, especialmente de aquellos que controlan al poder que siempre tiende a expandirse más allá de sus límites constitucionales: el poder ejecutivo. Así ha sucedido con los ejecutivos tanto del PSOE como del PP.

Lo que ahora más me preocupa son las nuevas generaciones, el futuro, nuestros hijos. Tenemos una responsabilidad con ellos. Cada cual tiene que cumplir su papel, políticos, periodistas, médicos, profesores… La sociedad civil española tiene que dar un decidido paso adelante, la política española afecta lógicamente a nuestras vidas, no tiene sentido mirar hacia otro lado. Recuerdo la discusión que se atribuye a Giner de los Ríos y Joaquín Costa sobre la regeneración de España, el último hablaba de la necesidad de líderes, el primero de la necesidad de un pueblo. Ambos tenían razón.

EL MINISTERIO FISCAL EN ESPAÑA DESPROVISTO DEL MONOPOLIO DEL PODER DE ACUSAR

M.ª Josefa Ridaura Martínez
Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN

El Ministerio Fiscal tiene encomendada una función primordial que es la de ejercer la acción penal en nombre del Estado; respondiendo, así, a la concepción de esta acción como una función pública y del Fiscal como sujeto representativo de los intereses públicos [1]. Es verdad que, de acuerdo con el artículo 124 de la Constitución española de 1978, éste tiene encomendadas otras misiones como la de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. Pero, si hay un rasgo definitorio del Ministerio Público es, precisamente, ser el que promueve ius puniendi del Estado mediante el ejercicio de la acción penal.

Estamos en un tema de relevancia constitucional ya que, como ha expresado Luís María Diez-Picazo, el modo en que un ordenamiento regula el ejercicio de la acción penal no debe abordarse solo como una cuestión técnica, pues encierra un problema constitucional en el sentido más profundo del término, ya que «afecta a lo más profundo de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos», y, además, «entraña un problema de reparto de atribuciones y control del poder» [2].

---

[1] Armenta Deu, T., Principio acusatorio y derecho penal, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 42 ss.
[2] Diez-Picazo, L. M., *El poder de acusar*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 11, 12 y 32.

Partiendo de estas consideraciones, en este trabajo realizaré un breve análisis del ejercicio de la acción penal en España centrándome en un aspecto concreto: la titularidad compartida de la misma. Destacaré cómo, pese a que en nuestro ordenamiento el Ministerio Fiscal es el que ejerce la acción penal en nombre del Estado, sin embargo, y a diferencia de otros ordenamientos, no tiene el monopolio sobre la misma. En efecto, el ejercicio de la acción penal ha correspondido históricamente, y sigue correspondiendo hoy, al Ministerio Público, pero éste la comparte con la acusación particular y también con la acusación popular (particularidad propia de nuestro ordenamiento). Los tres actores son de ámbito estatal; y cada uno de ellos ejerce la acción representando unos intereses: el Ministerio Fiscal el interés público, la acusación particular los intereses propios; y la popular los intereses generales. Aunque no es momento de adentrarme en las diferencias entre intereses públicos y generales.

Pero, recientemente –en 2021– ha entrado en este escenario un nuevo actor; en esta ocasión de carácter supranacional: la Fiscalía Europea. Un órgano de carácter supranacional, que irrumpe tras la creación de un nuevo proceso penal español [3], con la función promover el ius puniendi en relación con los delitos contra los presupuestos de la Unión Europea. Y lo hace en concurrencia con el Ministerio Público y con la acusación particular; ya que la legislación española ha excluido en este caso la acción popular y en los demás Estados ésta no está reconocida. Una acusación que hasta ahora era triangular y que pasa a ser cuadrilateral, abocando a uno de los cambios más innovadores en relación con el poder de acusar, que trasciende las fronteras estatales. El *ius puniendi* ya no se promueve sólo dentro del Estado.

II. EL MINISTERIO FISCAL EN ESPAÑA COMO ACUSADOR PUBLICO

1. Históricamente, el Ministerio Fiscal ha sido el que ha ejercido la acción penal en nombre del Estado; pero una aproximación al tema nos conduce a constatar que no ha sido siempre así [4], sino que la consideración del Fiscal como acusador público debe situarse en un contexto y en un momento determinado: el de las revoluciones liberales. En efecto, el Ministerio Fiscal presen-

[3] Lorca Navarrete, A. M., *Análisis crítico de la Fiscalía Europea*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2023.

[4] Gómez Sánchez, Y., «El Fiscal en los inicios del constitucionalismo español», *Revista de Derecho Político*, 83, enero-abril 2012, p. 356. Estudio en el que realiza un pormenorizado análisis de su evolución histórica.

ta una configuración particular en su evolución histórica [5] pues, inicialmente, nació como una figura cuyas funciones no estaban centradas en el ámbito penal, sino que los primeros precedentes lo sitúan como defensor de los bienes y derechos del Rey, en combinación con la defensa de los intereses de determinados sectores de la población. Paulatinamente, se produjo una desvinculación de la defensa de intereses estrictamente patrimoniales del rey ampliándose sus funciones hasta alcanzar el ámbito judicial. Aun así, predominó la tendencia –en determinados períodos históricos– de conferirle funciones mixtas en el marco de la administración de justicia y también de la política; de hecho, eran tan amplias y dispersas que participaba, incluso, en la elaboración de proyectos legislativos. Así pues, como ha subrayado Yolanda Gómez, durante el Siglo XVIII «nunca fue un instituto totalmente ajeno al devenir político» [6].

En todo caso, siempre se mantuvo una vinculación del Ministerio Fiscal con el Gobierno, ya que los constantes vaivenes a los que se vio sometida esta figura no consiguieron apuntalar su independencia. En efecto, esta dependencia fue una de las notas características más definitorias de la evolución del Ministerio Fiscal [7], encontrándose su explicación en la resistencia de la Monarquía a ceder todo a un poder judicial independiente sin reservarse una instancia a través de la que ejercer competencias [8].

Téngase en cuenta que la acusación penal hasta el momento revolucionario había sido realizada por los comisarios del rey. De hecho, durante el Antiguo Régimen, en España regía el principio inquisitivo, pero se reconocía, al mismo tiempo, que el proceso pudiera iniciarse tanto de oficio como a instancia de parte, aunque los comisarios reales podían actuar como acusadores en la medida en que el rey tuviera interés en la causa.

Tendremos que esperar al triunfo de los ideales revolucionarios liberales del siglo XVIII para encontrar el verdadero embrión del Ministerio Fiscal contemporáneo, situándose en el momento en el que quiebra el principio de las monarquías absolutas y el fiscal deja de servir los intereses del Rey para pasar a ser el servidor de los intereses públicos de la comunidad [9].

Constituye un paso importante en el reconocimiento positivo de esta figura el Decreto CLII de 17 de abril de 1812, por el que se crea el Tribunal Supremo, ya que integraba dos fiscales. Pero, fue el Reglamento Provisional para la

---

[5] *Ibid.*, pp. 337-358.
[6] *Ibid.*, p. 346.
[7] *Ibid.*, p. 356.
[8] *Ibid.*, p. 356.
[9] MARTÍNEZ DALMAU, R., *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 39, 42 y 44.

Administración de Justicia, aprobado por Real Decreto de 26 de septiembre de 1835, el eslabón decisivo que creó el Ministerio Público, ordenando la obligatoriedad de la acción penal en todas las causas donde se ventilasen delitos públicos. En su Capítulo VI y último titulado *De los fiscales y de los promotores fiscales* les consideraba defensores de la causa pública y de la Real Jurisdicción ordinaria, y les encargaba promover la persecución y castigo de los delitos que perjudicasen a la sociedad (art. 101).

2. Las leyes de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y, sobre todo, la de 1882, consagraron el ejercicio de la acusación pública por el Ministerio Fiscal, confiriéndole carácter obligatorio (art. 105 Lecrim).

Esta función del Ministerio Fiscal como acusador público se corresponde con la idea de que la represión criminal es una función pública, de modo que siendo la sociedad la perjudicada por la comisión de un delito, el representante público debe ejercer la acción penal. Es cierto que la titularidad de la acción penal ha estado sujeta a oscilaciones históricas, pues, por ejemplo, en el Derecho Romano imperó el principio acusatorio, de modo que era el ciudadano el que tenía la acción de acusar (*quivis ex populo*). Sin embargo, cuando se forjó la idea de que el derecho penal a era una misión del Estado, se instauró el principio inquisitivo, hasta que el pensamiento racionalista de la Ilustración condujo a la vuelta del principio acusatorio, aunque en España se adoptó la modalidad mixta o formal, ya que el Estado seguía manteniendo el derecho a perseguir los delitos, pero compartía la acción con otros sujetos [10].

Asentado en nuestro ordenamiento el principio acusatorio mixto, la defensa del interés público, representado por el principio de autoridad, corresponde al Ministerio Fiscal [11].

III. UN MINISTERIO FISCAL QUE COMPARTE LA ACCION PENAL CON ACTORES ESTATALES Y SUPRANACIONALES

A diferencia de otros ordenamientos [12] en que la acción penal, corresponde, en exclusiva, al Ministerio Público, en España, como hemos subrayado, éste no goza del monopolio del poder de acusar. En efecto, partiendo de que la

[10] Grande Marlaska Gómez, F., «La acción popular-la acusación particular», *Cuadernos penales José María Lidón*, 7250, 2010, p. 237.

[11] STC 129/2001, de 4 de junio, FJ. 6.

[12] Un estudio acerca del Fiscal como autoridad judicial en la jurisprudencia europea puede verse en Fernandez Le Gal, A., «Estado de derecho, independencia judicial y autonomía del Ministerio Fiscal. Hacia un modelo europeo de fiscal», en *Estudios de Deusto*, vol, 70/1, enero-junio 2022, pp. 111-140.

acción penal en España es pública (art. 101 LeCrim), puede ejercerse por cualquier ciudadano, salvo aquellos que no tengan el goce de la plenitud de los derechos civiles; o bien que hayan sido condenados dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querella calumniosas (art. 102 LeCrim). Pero tanto, esta norma, como el artículo 124 CE, como el artículo 3 del Estatuto de Ministerio Fiscal reafirman que es función del Ministerio Público interponer las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda. En consecuencia, corresponde al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción en relación con los delitos públicos. Los delitos privados sólo son perseguibles a instancia de parte, y en relación con los delitos semipúblicos la intervención del Ministerio Fiscal dependerá siempre de la existencia de denuncia por parte de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, salvo que el ofendido sea menor o persona con discapacidad, en cuyo caso intervendrá directamente. Eso si, para el Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción es obligatoria; ya que ha de ejercerse siempre y cuando se tengan indicios racionales de la comisión de un delito.

Junto a esta nota de obligatoriedad, ha de destacarse también que el Ministerio Público nunca ha gozado en nuestro proceso penal de exclusividad en el ejercicio de dicha acción, ya que la ha compartido con dos actores más: la acusación particular y la acusación popular, y ahora también con la Fiscalía europea.

1. La comparte con la acusación particular que corresponde al ofendido o al perjudicado por el delito, en defensa de intereses particulares al amparo del artículo 24.1 CE, que regula el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; de modo que si el que ejercita la acción es el titular de un interés legítimo y personal, lo que está ejercitando es un derecho fundamental (STC 62/1983, de 11 de julio).

Una acusación particular que corresponde al ofendido por el delito (arts. 109 bis y 110 Lecrim), y que en el caso de los delitos privados (injurias y calumnias) el afectado actúa como acusador privado.

Dicha legitimación se diferencia con nitidez respecto de la que tiene el Ministerio Público, quien inicia el proceso y tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la

satisfacción del interés social [13]. Pero se diferencia, sobre todo, porque el acusador particular/privado actúa en defensa de sus derechos, mientras que el Ministerio Público lo hace en defensa de los intereses públicos. La concurrencia se produce entre acusador particular y Ministerio Fiscal; pero no entre este último y el acusador privado, ya que su actuación se circunscribe a delitos privados.

También se diferencia de la tercera legitimación en liza (la popular), ya que la del ofendido o perjudicado por los hechos delictivos se confiere tanto a los españoles como a los extranjeros; mientras que son solo los ciudadanos españoles los que pueden ejercer la acción popular con independencia de su vinculación o afectación por los hechos delictivos [14]. Además, el acusador popular, para comparecer en la causa, deberá interponer necesariamente querella; mientras que el acusador particular puede personarse, bien por la presentación de una querella, bien a través de denuncia, bien por medio del ofrecimiento de acciones. Adviértase, también, que sólo en el caso de la acción popular se exige la prestación de fianza. Y, en todo caso, mientras que la acusación particular es manifestación de un derecho fundamental, la popular no lo es, pues se trata de un derecho constitucional de configuración legal [15]. Pero, la diferencia esencial entre el acusador particular y el popular reside en su fundamento: el actor particular es el perjudicado u ofendido que actúa en defensa de un interés propio; mientras que el actor popular lo hace en defensa de un interés general.

2. La comparte, también, con la acusación popular, que goza de sólida raigambre en nuestra historia constitucional [16]; si bien estuvo ordenada, inicialmente, a la exigencia de responsabilidad de jueces y magistrados por los delitos cometidos en el ejercicio de su cargo; o bien de autoridades y agentes y funcionarios en el marco de la detención. En efecto, puede apreciarse su trayectoria a lo largo de los distintos textos constitucionales:

La Constitución de 1812 la contemplaba frente al soborno, el cohecho y la prevaricación de los Magistrados y Jueces (art. 255). Y, unos años más tarde,

---

[13] Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

[14] Gutierrez-Alviz y Armario, F. y Moreno Catena, V., «Comentario al Artículo 125», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Dir. Alzaga Villaamil, Óscar, vol. IX, Madrid, Edersa, 1997, p. 573.

[15] He sostenido esta configuración en Ridaura Martinez, M.ª J., «La acción popular: ¿uso o abuso de un derecho?», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 50, 2022, pp. 219-246.

[16] La acción popular aparece, ya, en el Derecho romano para la protección y restauración del bien común, y se reconoce en el Código de las Siete Partidas del siglo xiii. La actio quivis ex populo «era una tipología de acción popular romana que atribuía el poder de acusar…a cualquier ciudadano romano porque se consideraba que la infracción criminal cometida, además de dañar la esfera personal del ofendido, quebrantaba la paz pública de la comunidad y, por lo tanto, cualquier ciudadano de ésta tenía un motivo para instar su persecución» Jiménez Cardona, N., «La acción popular en el sistema procesal español», en *Revista chilena de derecho y ciencia política*, Vol. 5, 2, 2014, p. 49. Armenta Deu, T., «La acción popular: claves de una reforma que conviene ponderar», *Justicia*, 1, 2017.

el Decreto de 22 de octubre de 1820 la extendió a los delitos de subversión y sedición (art. 32). La Constitución de 1869 en su artículo 98 preveía la acción popular para «todo español» contra los jueces y magistrados por los delitos que cometieren en el ejercicio de su cargo. Esta previsión constitucional se interrumpió hasta el texto constitucional de 1931, cuyo artículo 29 contemplaba la acción pública para perseguir las infracciones cometidas por las autoridades en el marco de la detención. Pero, esta previsión aparecía regulada en el título de los derechos, ya que estaba enmarcada en el proceso de la detención. En este texto se interrumpió, pues, la acción popular, que no se reguló tampoco en las Leyes Fundamentales, hasta la aprobación de la Constitución de 1978.

La ausencia de la ordenación de la acción popular en los textos de 1834, 1837 y 1845 se podría explicar, quizás, por diferentes razones; no todas de perfil ideológico: ciertamente, la acción popular no estaba contemplada en el Estatuto Real de 1834, en consonancia con la filosofía propia del mismo; de hecho, adviértase que no es propiamente una Constitución, pues el poder constituyente no le corresponde al pueblo, al residir la soberanía en el monarca, cuyos poderes pretendía reforzar. Desde esta concepción, es difícil que pudiera pensarse en prever mecanismos de esta naturaleza. Por su parte, en relación con la Constitución de 1837 –texto transaccional entre liberales, progresistas y moderados– quizás se explique la exclusión de la acción popular por la parquedad y brevedad del mismo (77 artículos), más que por la voluntad de no regularla. Y, finalmente, la Constitución de 1845 operó tal jibarización de derechos que afectó a la participación en el ámbito judicial, desapareciendo, incluso, el jurado; así pues, es entendible que tampoco se fuera sensible al reconocimiento de la acción popular.

Ahora bien, que no estuviera prevista en los textos constitucionales no significa que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no fuera de aplicación, ya que desde 1882 [17] ha venido contemplando que la todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular (art. 270). Se trata, pues, de una figura que cuenta con fuerte arraigo en el ordenamiento español, pese a que no está prevista en ningún otro país europeo, aunque sí que lo está Iberoamérica, pero en determinados procesos, generalmente constitucionales [18].

[17] Si bien se contempló ya en la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872; que tuvo como inspirador a Eugenio Montero de los Ríos, tomando como referencia las instituciones inglesas.

[18] En Iberoamérica encontramos Estados que permiten querellarse en delitos de acción pública a personas que no tienen la condición de víctima u ofendido y determinadas asociaciones si el delito afecta a sus intereses colectivos; aunque los delitos de acción pública en los que puede intervenir cualquier ciudadano o persona varían dependiendo del Estado, Alvarez Suarez, L., «La acción popular como instru-

La Constitución española de 1978 apuesta por su regulación en el artículo 125. Y, con carácter general, es la Ley Orgánica del Poder Judicial la que prevé que los ciudadanos de nacionalidad española puedan ejercitar la acción popular en los casos y formas establecidos por la Ley (art. 19); quedando restringida, como es obvio, a delitos públicos o semipúblicos. Tras su ordenación constitucional como un derecho a participar en la Administración de Justicia, cabe realizar una serie de consideraciones:

Primera. Al igual que la acción pública del Ministerio Fiscal, la acción popular busca promover la defensa del interés general, frente a la defensa de los intereses particulares que corresponde al ofendido. En efecto, el actor popular no alega la vulneración de un derecho propio, sino que actúa en defensa del interés general. Así lo ha remarcado, igualmente, el Tribunal Constitucional cuando ha afirmado que en el caso de la acción popular se actúa en defensa de un interés común o general [19]. Plantear una querella, vía acción popular, en un caso de corrupción o malversación implica que al actor popular le preocupa el uso fraudulento del dinero público y la actuación fraudulenta de los responsables políticos. Esta es la justificación de la acción popular, que engarza también con la consideración del delito como una lesión social.

Segunda. Lo que parece claro es que la acción ejercida por el Ministerio Fiscal es independiente de la acción popular, por lo que como ha indicado el Tribunal Supremo esta última no es «ni adhesiva ni vicarial» del Ministerio público [20]. Así lo ha advertido Giménez García subrayando que no hay equiparación entre acción popular y la acción pública que ejercita el Ministerio Fiscal [21]. Además, existen diferencias entre una y otra, ya que mientras que para los ciudadanos es un derecho de configuración legal a participar en la Administración de Justicia para la defensa del interés general, para el Ministerio Fiscal es un deber [22]. La acusación pública no es discrecional, ya que también el artículo 105 LeCrim establece que los funcionarios del Ministerio Fiscal

---

mento de acceso a la justicia en el derecho comparado», en *Derechos y Obligaciones en el Estado de Derecho*, Actas del III Coloquio binacional México-España, Universidad de Oviedo, 2017.

[19] Sentencias 62/1983, de 11 de julio; 47/1985, de 29 de octubre. Y como afirmó Pedro Cruz Villalón en el voto particular que formuló en la 154/1997, de 29 de septiembre, la acción popular, como instituto garantizado por la Constitución, supone el "desempeño privado de la función pública de acusar" al margen y más allá de toda ofensa personal, pretendiendo el mero restablecimiento del ordenamiento jurídico perturbado por la comisión del delito.

[20] STS de 30 de mayo de 2003.

[21] Giménez García, J., «Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 23, 2009, p. 329.

[22] Gonzalez Cussac, J. L., «La acción popular y la acción particular. Experiencia aplicativa y aspectos sustantivos», Ponencia presentada en Curso "La acción popular y la acusación particular. Examen

tendrán la obligación de ejercitar todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada; esto es su intervención es obligatoria en los delitos públicos. Acción que está sujeta a controles de diverso orden.

Tercera. Así pues, la diferencia entre actor particular y el Ministerio Público es nítida: el primero defiende intereses legítimos que le son propios, y el Ministerio defiende intereses públicos. Pero entre la acción que plantea el actor popular y el Ministerio Fiscal hay concurrencia de intereses: ambos defiendes intereses generales.

Por ello, se plantea sistemáticamente la drástica reducción de la acción popular. En efecto, algunas voces han planteado la inutilidad de la acción popular habida cuenta de la función del Ministerio Fiscal en la defensa pública de la legalidad penal, por lo que se ha visto como innecesaria. Sus detractores entienden que la confluencia de diversas acciones en la defensa de intereses generales es innecesaria; máxime si se toma como referencia el Derecho Comparado. Tal y como sostiene Ibañez, «Si el Ministerio Fiscal nace para garantizar la existencia necesaria de un actor penal por así requerirlo el sistema acusatorio ante la posibilidad de que no siempre lo hubiera, cabe también plantearse por qué la LECrim. admite junto al fiscal la acción popular, pues, si ambas coinciden en sus pretensiones huelga una de ellas y si no coinciden es que alguna de las dos estará equivocada y dará como resultado un entorpecimiento de la justicia exacta, rápida y justa» [23].

Me he venido manifestando a favor de la pervivencia de la acción popular (con matizaciones); por ello no comparto el argumento de su innecesaridad. Ahora bien, considero que la concurrencia entre Ministerio Fiscal y actor popular se puede sostener siempre y cuando este último se ejerza por ciudadanos y por personas jurídico-privadas, a las que se les ha venido reconociendo la titularidad del derecho siempre que se trate de la persecución de delitos que afecten a intereses vinculados con el objeto de la persona jurídica en cuestión: por ejemplo, las asociaciones de víctimas del terrorismo en los procesos por delitos de esta índole; las asociaciones de consumidores en relación con los delitos previstos en los artículos 281 ss. CP; las asociaciones ecologistas en relación con los delitos contra el medio ambiente (arts. 325 ss. y 332 ss. CP).

---

constitucional, experiencia aplicativa y posibles reformas". Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia. Madrid, 30 y 31 de octubre de 2017, p. 3.

[23] Ibañez y García Velasco, M., «Independencia y autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal», en *Revista de Derecho Procesal*, 1967, p. 105.

Sin embargo, creo que la solución debería ser distinta en el caso de las personas jurídico-públicas. Y es que, siendo el Ministerio Fiscal un actor público para la defensa de los intereses públicos ¿en qué medida es necesaria la concurrencia entre dos actores públicos en el mismo espacio? Pensemos que en los demás casos la concurrencia en la acción se produce entre Ministerio Público y particulares o personas jurídico-privadas. Mientras que en el caso que cuestionamos se produce entre dos actores públicos para la defensa de intereses públicos; de ahí que debatamos abiertamente el reconocimiento de la acción popular a las personas jurídico-públicas, a las que sólo debería reconocérsele en casos excepcionales [24].

Cuarta. También se ha estigmatizado la acción popular por considerarla como un instrumento fundamentado en la desconfianza hacia el Ministerio Público. Es este un argumento, que, sin ser el principal, no es descartable. Ciertamente, la configuración del Ministerio público en nuestro ordenamiento –con fuerte dependencia del Poder Ejecutivo– ahonda en los temores de falta de imparcialidad de la Fiscalía General del Estado. Temores que no son ni generalizados ni generalizables, pero que tienen su fundamento; y que persistirán en tanto en cuanto no se modifique el régimen del Ministerio Público. Y es que la practica ha evidenciado que gracias a la acción popular ha sido posible la persecución de un significativo número de acciones criminales imputables a sujetos públicos, que de no ser por esta actuación hubieran quedado impunes [25], de modo que «los actores populares han suplido con acierto la inactividad de quien genuinamente debe ser acusador, el Ministerio Fiscal» [26].

En consecuencia, no sostengo –claro está– que el único fundamento de la acción popular resida en la desconfianza hacia el Ministerio Fiscal, con la finalidad exclusiva de su control, pero comparto la idea de que la incorporación de la acción popular a nuestro ordenamiento es una elocuente manifestación de una sana desconfianza en el poder, «en este caso frente al Fiscal» [27]; y, por tanto, puede operar como un contrapeso no tanto de la fiscalía en general, sino

[24] Pese a que el Tribunal Constitucional en la Sentencia 311/2006, de 23 de octubre cambia su orientación reconociendo que la Generalitat Valenciana –a la que se le había denegado la personación en el ejercicio de la acción popular– entendiendo que dicha denegación supuso una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Y ello a diferencia de la línea mantenida en la Sentencia 129/2001 en la que negó la legitimación al Gobierno Vasco para interponer la acción popular.

[25] De La Oliva, A., "/http://andresdelaoliva.blogspot.com.es/2010/09/.

[26] Benítez De Lugo Guillén, J. M., «A vueltas con la acción popular», *El siglo de Europa,* 1097, 16 febrero de 2015.

[27] Voto particular que formula el Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 1045/2007 de fecha 17 de diciembre. Que sustenta este argumento ante la «universal exposición y permeabilidad del Ministerio Público a los sugestiones y contingencias en acto, en perjuicio de la (que debería ser) exclusiva sujeción a la legalidad.

de la figura del/la fiscal general del Estado. La posibilidad de que haya varios acusadores implica, por definición, la posibilidad de controles recíprocos entre ellos [28].

En todo caso, ello no entra en conflicto con la idea central de la complementariedad entre acción popular y acción pública.

3. La comparte con la Fiscalía europea, pues desde el año 2017, en el marco de la Unión Europea, contamos con un nuevo actor, ya que el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017, estableció una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. El texto entró en vigor el 20 de noviembre de 2017, y la Fiscalía inició su funcionamiento el 1 de junio de 2021 [29].

Esta Fiscalía es un órgano independiente de la Unión Europea, cuya creación ya estaba prevista en el artículo 86 del Tratado de Funcionamiento para combatir las infracciones que perjudicasen los intereses financieros de la Unión. Es verdad que su creación, a partir de Eurojust, ya se preveía polémica, pues tal y como refleja la redacción del precepto, permitía su creación al Consejo, mediante reglamentos adoptados con arreglo a un procedimiento legislativo especial, requiriendo la unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. Pero, adviértase cómo el mismo precepto ofrecía una salida ante la ausencia de dicha unanimidad, para que al menos nueve Estados miembros pudieran establecer una cooperación reforzada (de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea). Y, puesto que no se consiguió la unanimidad en el Consejo, esta ha sido, finalmente, la vía que ha permitido la aprobación del Reglamento para la creación de la Fiscalía.

Los años transcurridos entre su previsión y su creación evidencian las dificultades que ha debido sortear hasta su puesta en funcionamiento. Por un lado, porque la creación de una Fiscalía Europea no fue recibida con entusiasmo por todos los Estados miembros, ya que algunos de ellos temían una pérdida de soberanía [30]. Sólo la cooperación reforzada permitió, finalmente, la apro-

---

[28] Diez-Picazo, L. M.ª, *El Poder de Acusar*, ob. cit. pp. 156-157.

[29] Modificándose la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que introduce un nuevo artículo 541 bis con la siguiente redacción: «La Fiscalía Europea será responsable de investigar y ejercer la acción penal ante el órgano de enjuiciamiento competente en primera instancia y vía de recurso contra los autores y demás partícipes en los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión Europea en los que, con arreglo al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, ejerza de forma efectiva su competencia.»

[30] Kühn Baca, W. M., «La Fiscalía Europea: La protección de los intereses financieros de la UE como proyecto de integración supranacional», *Rev. secr. Trib. perm. revis.* 2023, año11, 20, e496, p. 4. Y, mientras que Dinamarca goza de una cláusula de exclusión permanente de las medidas de la UE relativas a la justicia penal, Irlanda, Hungría, Polonia y Suecia pueden adherirse en cualquier momento, p. 5.

bación del Reglamento. Pero, adviértase que dicha cooperación implica que no todos los Estados participan en su aplicación; de hecho, solo veintidós Estados miembros lo hacen (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chequia, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Rumanía). Por el contrario, quedan fuera Dinamarca, Hungría, Polonia y Suecia. Por otro lado, a tales dificultades se añadieron las derivadas de la necesaria implementación interna por parte de los Estados, así como la propia de la UE.

Evidentemente, la preocupación por la protección penal de los intereses financieros de la Unión ha venido siendo una constante, convirtiéndose en el motor para la aprobación de este órgano. De hecho, las altas pérdidas ocasionadas por el elevado fraude fiscal, así como las disfuncionalidades generadas por no contar con una Fiscalía propia han propiciado su aprobación y puesta en funcionamiento. Pensemos que previamente el ejercicio de la acción penal por infracciones contra dichos intereses recaía exclusivamente en las autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea; pero constituía un problema el hecho de que sus competencias tenían como límites las fronteras nacionales. A su vez, «los órganos de la UE que precedieron a la Fiscalía Europea en este ámbito –la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol) y la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Judicial Penal (Eurojust)– no podían iniciar diligencias de investigación penal ni incoar procedimientos penales en los Estados miembros». [31] Y, tal y como expone Lorca Navarrete, la instalación de la Fiscalía «a escala de la Unión» surge «de la desconfianza o, también, de la sospecha, sin duda acreditada», de que el ejercicio de la acción penal por infracciones contra los intereses de la UE al recaer exclusivamente en las autoridades de los Estados miembros no siempre es suficiente para lograr el objetivo [32].

Sin entrar de lleno en el tratamiento de la Fiscalía Europea, que no es el objeto de este trabajo, cabe hacer una serie de consideraciones al respecto:

a) El Reglamento ha conseguido crear un órgano independiente: independencia que se pretende convertir en uno de los pilares sobre los que se asienta [33]. Su función es investigar los delitos contra el presupuesto de la Unión:

[31] https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eppo/#why

[32] Lorca Navarrete, A. M., ob. cit, nota 3, p. 7, tal y como se desprende del Reglamento.

[33] Recuérdese que la Comisión de Venecia ha reconocido que existen distintas tradiciones por lo que se refiere a la designación del cargo de fiscal general (o puestos similares de alto rango de la Fiscalía). Sin embargo, ha subrayado que la confianza pública exige un equilibrio adecuado entre el requisito de legitimidad democrática de dichos nombramientos y el requisito de despolitización. CDL-AD (2015) 039,

fraude, corrupción, blanqueo de dinero o fraude transfronterizo del IVA por encima de los diez millones de euros); correspondiéndole, asimismo, ejercer la acción penal y solicitar la apertura de juicio. Son los delitos establecidos en la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal (la denominada Directiva PIF), así como a los delitos que están indisociablemente vinculados con ellos [34].

b) Es, pues, un ente acusador supranacional: el primer y único órgano supranacional de ejercicio de la acción p**en**al, pero que opera complejamente, ya que se apoya, en gran medida, en el Derecho nacional para alcanzar sus objetivos [35].

En efecto, estructuralmente tiene dos niveles: un nivel central conformado por el/la Fiscal General Europeo/a (que es el jefe/a de la Fiscalía Europea en su conjunto), el Colegio de Fiscales Europeo y las Salas Permanentes. El nivel descentralizado está integrado por los Fiscales europeos delegados, establecidos en los Estados miembros.

c) Atendiendo a esta estructura, el Reglamento establece un sistema de competencias compartidas entre la Fiscalía Europea y las autoridades nacionales encargadas de combatir las infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión. Por tanto, son los Fiscales europeos delegados los que ejercen su competencia en relación con las infracciones que perjudiquen a di-

---

Dictamen conjunto de la Comisión de Venecia, el Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE) y la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE (OSCE/OIDDH), sobre el proyecto de enmiendas a la Ley de la Fiscalía de Georgia, apartado 19; CDL-AD (2017) 028, Polonia – Dictamen sobre la Ley del Ministerio Fiscal, apartado 33. Véase también CDL-PI (2022) 023, Recopilación de dictámenes e informes de la Comisión de Venecia relativos a los fiscales.

[34] Tras la aprobación del Reglamento, se ha procedido a la modificación del Código Penal español para contemplar la acusación de la Fiscalía europea en relación con las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: a) De los delitos contra la Hacienda de la Unión no referidos a impuestos directos nacionales, tipificados en los artículos 305, 305 bis y 306. En el supuesto de ingresos procedentes de los recursos propios del impuesto sobre el valor añadido, los Fiscales europeos delegados solo serán competentes cuando los hechos estén relacionados con el territorio de dos o más Estados miembros y supongan, como mínimo, un perjuicio total de 10 millones de euros. b) De la defraudación de subvenciones y ayudas europeas prevista en el artículo 308. c) Del delito de blanqueo de capitales que afecten a bienes procedentes de los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión; de los delitos de cohecho cuando perjudiquen o puedan perjudicar a los intereses financieros de la Unión y del delito de malversación cuando perjudique de cualquier manera los intereses financieros de la Unión. Asimismo, de los delitos tipificados en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, cuando afecten a los intereses financieros de la Unión. d) Del delito relativo a la participación en una organización criminal tipificado en el artículo 570 bis, cuya actividad principal sea la comisión de alguno de los delitos previstos en los apartados anteriores.

[35] Luparia Donatim, L. y Della Torre, J., «Perfiles de la acción penal (y de la inacción) en el sistema de la Fiscalía Europea», *Revista Asociación de Profesores de Derecho Procesal de Las Universidades Españolas,* 7, 2023, pp. 1 y 14.

chos intereses, de modo que asumen el papel que antes correspondía a las autoridades nacionales.

d) De esta configuración deriva una interposición de la acción compleja por varias razones:

1.ª Porque la decisión de acusar, o no, debe adoptarse por la Sala Permanente competente, atendiendo a una propuesta de decisión del Fiscal europeo delegado, de forma que existe una estrategia común (europea) para el ejercicio de la acción penal.

2.ª La Fiscalía Europea debe ejercer sus funciones en lo que respecta a la acción penal ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros. El Reglamento exige que la Fiscalía Europea ejerza la acción penal, lo cual incluye la elección del Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales serán competentes para conocer del asunto. De este modo, su competencia debe definirse por referencia al Derecho penal de los Estados miembros, en el que se tipifican los actos u omisiones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión y se determinan las sanciones aplicables mediante la incorporación de la correspondiente legislación europea, en particular la Directiva (UE) 2017/1371, en los sistemas jurídicos nacionales [36].

Del mismo modo, las autoridades nacionales deben informar sin dilación a la Fiscalía Europea de toda conducta que pueda constituir un delito incluido en el ámbito de competencia de la Fiscalía Europea. Y es que entre las autoridades requeridas y los Fiscales europeos delegados se desarrollará de acuerdo con el deber de colaboración leal y cooperación activa entre las instituciones nacionales y la Fiscalía Europea.

3.ª Porque –como ha puesto de manifiesto Andrea Planchadell– [37] la ordenación de la Fiscalía Europea plantea una serie de conflictos competenciales entre ésta y las autoridades nacionales que pueden restar eficacia a la lucha contra el fraude en el seno de la Unión [38]. Aunque, como ha señalado Antonio Zarate (Fiscal delegado) el Reglamento y la legislación española recogen la competencia de la Fiscalía Europea como prevalente frente a los órganos de

[36] *Vid.* La clarificación en los Considerandos del Reglamento.

[37] Planchadell-Gargallo, A., «La Fiscalía Europea en España, una cuestión de competencia», en *La Fiscalía Europea ante la delincuencia económica y financiera*, Coímbra, 2023, pp. 205 ss.

[38] La Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio introduce un nuevo artículo veintiuno bis Modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en el que se establecen previsiones acerca de los posibles conflictos que se planteen «En caso de discrepancias entre la Fiscalía Europea y la Fiscalía española sobre las atribuciones a las que se refiere el artículo 25.6 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, decidirá definitivamente la persona titular de la Fiscalía General del Estado tras oír a la Junta de Fiscales de Sala, en los términos previstos en el artículo quince de la presente Ley.»

investigación nacionales, por lo que se produciría este conflicto en relación con las materias de competencia exclusiva de la Unión ya que ésta define de manera autónoma y definitiva a través del derecho de avocación; aunque los conflictos son más previsibles en otros supuestos, por lo que no se descartan [39].

4.ª Porque la Fiscalía europea investiga, mientras que en España el fiscal no lo hace [40]. En consecuencia, ha debido adecuarse nuestra normativa interna, aprobándose la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Esta norma es la que ha completado las disposiciones del Reglamento, regulando un procedimiento especial para la investigación por parte de los Fiscales europeos delegados de aquellos delitos cuyo conocimiento les corresponde en virtud de la norma europea.

Es el artículo 114 de este texto normativo el que regula el ejercicio de la acción penal, de modo que si el Fiscal europeo delegado estima necesaria la apertura del juicio oral, lo solicitará al Juez de garantías formulando el correspondiente escrito de acusación. Y es que, la Ley incorpora una nueva figura: el Juez de Garantías, que asume las funciones de control jurisdiccional, sobre todo para velar por la garantía de los derechos fundamentales.

e) Cabe apuntar que en el marco de la Fiscalía europea se permite la acusación particular, pero la misma Ley Orgánica excluye la acusación popular. Tema que me parece cuestionable, en línea con lo sostenido en este trabajo; máxime si la Fiscalía Europea puede no ser tan independiente como se pretende.

En síntesis, he intentado recalcar –aunque de modo muy breve– la confluencia en nuestro ordenamiento de diversos actores, algunos ya históricos, otro de nueva creación como es la Fiscalía Europea. Todos comparten el ejercicio de la acción penal en nuestro ordenamiento; aun respondiendo cada uno de ellos a la defensa de unos intereses y ámbitos competenciales diferenciados. Pero que, en todo caso, ahondan en la consideración de que el Ministerio Fiscal en España no cuenta con el monopolio del poder de acusar.

---

[39] Podrían producirse en artículo 25 del Reglamento, pero su estudio escapa del objeto de este trabajo. «La Fiscalía Europea cumple un año en España», *La Ley* 27 de octubre de 2022. Entrevista a los fiscales delegados españoles disponible en https://diariolaley.laleynext.es/dll/2022/11/03/la-fiscalia-europea-cumple-un-ano-en-espana.

[40] Un estudio más minucioso acerca de esta difícil articulación lo realiza Lorca Navarrete, ob. cit. Notas 3 y 32, pp. 11 a 13.

LA NECESIDAD DE TRANSPARENCIA Y LA REGULACIÓN DE LOS LOBBIES: UN DEBATE PERMANENTE EN NUESTRA DEMOCRACIA [1]

M.ª Isabel Álvarez Vélez
Universidad Pontificia Comillas

I. LOBBIES, DERECHOS DE PARTICIPACIÓN E INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA

El estudio de los lobbies o grupos de interés ha sido uno de los asuntos más frecuentes en la ciencia política, pero también se ha tratado en estudios relacionados con la democracia. Entre estos últimos destaca la relación de las actividades de los lobbies con la corrupción y su actuación en relación con asuntos sobre los que suele existir un halo de ocultismo, o lo que es lo mismo poca transparencia.

Ya en los trámites de elaboración de la Constitución de 1978, tal cuestión estuvo presente en la redacción del artículo 77, en la regulación del derecho de petición ante las Cámaras. En un primer momento, la propuesta supuso incluir un nuevo artículo entre el 70 y el 71 del anteproyecto de Constitución, precepto en el que se regulaba el derecho de petición y en el que se añadían dos párrafos:

«3. Las Comisiones podrán recibir delegaciones de grupos legítimos de intereses, en sesiones que siempre tendrán carácter público.

[1] Sirva el presente capítulo con todo afecto como mi homenaje a Yolanda Gómez, que a lo largo de su dilatada carrera profesional y académica ha trabajado y vivido para implantar y desarrollar los principios de la transparencia y el buen gobierno en nuestro sistema democrático.

4. Una ley orgánica establecerá un sistema de control y registro para los grupos de intereses que actúen de modo permanente».

La iniciativa, bien es sabido, no salió adelante y desde entonces se han iniciado diversos intentos de regular los lobbies. A la par se procedió a regular la Ley de transparencia separando ambas cuestiones que no cabe duda deberían ir de la mano. Y así nos encontramos en 2024 sin una regulación de los lobbies y con una Ley de transparencia que más de diez años después presenta graves carencias.

El escándalo que salpicó el Parlamento Europeo en diciembre de 2022 por la presunta comisión de actos de corrupción, blanqueo de capitales y participación en una organización delictiva por diputados, antiguos diputados y personal del Parlamento Europeo ha supuesto el estrepitoso fracaso de los mecanismos internos de supervisión y alerta. Asimismo, en el Parlamento Europeo se pretende hacer una revisión de los trámites legislativos de la Eurocámara para evitar las presiones o las influencias indebidas en la actividad de los eurodiputados.

Estas situaciones vuelven a poner el foco de atención en el asunto que queremos tratar en las siguientes páginas: la necesidad de que se cree una auténtica cultura de la transparencia y de que se acometa ya en España una regulación adecuada de los lobbies. El tema tiene relación tanto con la calidad de la democracia como sobre la forma en la que se toman las decisiones políticas y de ahí la relevancia del asunto.

Evidentemente, transparencia supone un incremento en la información que transmiten los poderes públicos y, por ende, un incremento también en los controles. Se traduce así la transparencia en un complicado sistema de redes en el que todos controlan a todos y todos les piden y les rinden cuentas a todos. Y aquí está la gran polémica en este tema. El ciudadano puede acabar saturado de información, es tanta la información que se recibe que no es posible asimilarla, y finalmente se acaba perdiendo el sentido de lo importante. De hecho, se define transparencia como «la disponibilidad y capacidad por parte de los actores externos e internos a las operaciones del Estado para acceder y diseminar información relevante para la evaluación de las instituciones, tanto en términos de normas y procedimientos, como en impactos» [2].

No cabe duda, sin embargo, de la importancia de la información y de la participación ciudadana. En las sociedades actuales, ciertamente complejas se

[2] Bauhr, M. y Grimes, M., «Indignation or resignation: The implications of transparency for societal accountability», en: *Governance*, 27 (2), 2014, pp. 4-5. Disponible en: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/gove.12033 (última consulta 5 de junio de 2024).

ha generalizado la idea de que la democracia conlleva que los ciudadanos, bien por sí mismos, bien a través de los medios de comunicación social, puedan conocer cómo actúan los poderes públicos y, de ese modo, poder de alguna manera controlarles, descubrir un mal funcionamiento y ayudar a mejorar la calidad de la gestión pública. Nuestra Constitución de 1978 reconoce a los ciudadanos como derecho fundamental en el artículo 20.1 d) CE el derecho a la información y en el artículo 23.1 CE el derecho a participar en los asuntos públicos. Como señalaba nuestra homenajeada, «la regulación de la transparencia en la actividad pública, aun con los necesarios límites, permite una específica forma de interrelación entre ciudadanía y poder público, que fortalece tanto a las instituciones como el papel de ciudadanos y ciudadanas en el marco de una democracia real», pues «se trata de una forma de concebir la acción de gobierno y de administración de lo público que sitúa a la ciudadanía en el centro de los procesos y abre con ella un diálogo a través de la transparencia y el acceso a la información pública» [3].

La libertad de información pertenece a los derechos fundamentales históricamente reconocidos a lo largo del siglo XVIII y posteriormente a lo largo del constitucionalismo del siglo XIX. En nuestros textos históricos aparece desde la Constitución de Cádiz, dotándole de mayor o menor relevancia en función del reconocimiento constitucional y de las garantías que se reconozcan en su ejercicio. Actualmente, la importancia de la libertad de expresión y del entramado de derechos que la integran, entre ellos la libertad de información, supera su significado como un derecho fundamental individual, puesto que constituye una libertad con una gran trascendencia institucional, pues en este sentido, se vincula a la existencia de un sistema democrático y además al principio de soberanía nacional.

En este sentido, sí es posible que en nuestro sistema se haya dado una «excesiva» importancia al derecho a la información, pues incluso el Tribunal Constitucional ha señalado: «el derecho de información, junto con el de libre expresión, garantiza la existencia de una opinión pública libre, condición necesaria a su vez para el recto ejercicio de todos los demás derechos en que se fundamenta el sistema político democrático» [4]. En definitiva, el derecho a la información tiene como contrapartida el deber de informar y forma parte esencial de una sociedad democrática. Y para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de manera responsable en los asuntos públi-

[3] GOMEZ SÁNCHEZ, Y., «Presentación», en: BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J. (coord.), *La reforma de la regulación de transparencia y buen gobierno en España*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, p. 17.

[4] STC 168/1986, de 22 de diciembre, F. J. 3.

cos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas. El derecho a la información entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político [5]. La libertad de información recogida en el artículo 20 CE tiene una clara vertiente colectiva, no es sólo un derecho individual, por lo que es relevante «su función de libertad suministradora de los soportes necesarios para el ejercicio de otras libertades, como presupuesto de la opinión, el debate y la crítica, necesarios para asegurar el funcionamiento limpio de las instituciones democráticas» [6].

La STC 104/1986, de 17 de julio, se considera un hito fundamental en la evolución de la jurisprudencia, al iniciar una nueva tendencia, en la que se pone de manifiesto por primera vez que las libertades de expresión e información no son «sólo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública y libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, valor fundamental y requisito del funcionamiento del Estado democrático». Por ello, sí se debe considerar que la libertad de información es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político. Y con este sentido ha establecido el Tribunal que con la libertad de información «no sólo se protege un interés individual, sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático» [7].

En lo que se refiere a la participación ciudadana, que es otro de los derechos fundamentales relacionado claramente con la transparencia, el artículo 23.1 CE señala: «los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal». En palabas del Tribunal Constitucional «la expresión "asuntos públicos" resulta aparentemente vaga y, a primera vista, podría llevar a una interpretación extensiva del ámbito tutelado por el derecho que incluyera cualquier participación en asuntos cuyo interés transcienda el ámbito de lo privado. Esta interpretación literalista de la expresión no es, desde luego, la única posible, y no parece tampoco la más adecuada cuando se examina el precepto en su conjunto y se conecta con otras normas constitucionales» [8].

---

[5] *Vid.* entre otras la STC 159/1986, de 16 de diciembre.

[6] Muñoz Machado, S., *Libertad de prensa y procesos por difamación.* Editorial Ariel, Barcelona, 1987, p. 151.

[7] STC 68/2008, de 23 de junio, F. J. 3.

[8] STC 119/1995, de 17 de julio, F. J. 2.

Desde el presupuesto de que la democracia representativa constituye un elemento necesario del actual Estado democrático, se ha pasado con demasiada frecuencia a una descalificación de la democracia directa como imposible democracia de identidad, y a una pérdida de la obligada concepción dialéctica entre el concepto de democracia como proceso de representación y la idea de la misma como optimización de la participación. Pero, en todo caso, muchas de las propuestas tendentes a articular una mayor participación ciudadana en los asuntos públicos caen en esa trampa perfeccionista que oculta políticamente lo poco meditado de las ideas y que acaba por convertir al ciudadano democrático en simple cliente del mercado político monopolizado por los partidos [9].

La incapacidad de los cauces tradicionales para fomentar la participación política de los ciudadanos en las democracias modernas, ha llevado de esta suerte a que no falten las voces incluso que proclamen las posibilidades de la revolución cibernética como panacea salvadora de la democracia [10]. En este sentido el papel destinado a las nuevas tecnologías sería la mejora de la propia democracia representativa, promoviendo la eliminación del déficit de información y reforzando el sistema político mediante un uso más eficiente del procesamiento de la información, así como incrementar sus niveles de transparencia [11].

II. UNA DÉCADA DE LA APROBACIÓN DE LA LEY DE TRANSPARENCIA: OPORTUNIDAD DESAPROVECHADA PARA REGULAR LOS LOBBIES

Señala Guichot que «desde principio de siglo ha existido una auténtica eclosión y se ha generalizado la aprobación de leyes de transparencia y acceso a la información pública en los países de Europa occidental que aún carecían de ella, entre ellos, Reino Unido y Alemania» [12]. Y así ha sido. La mayor parte de los países de nuestro entorno tienen Leyes, más completas y actualizadas

[9] Cascajo Castro, J. L., «El Estado democrático: materiales para un léxico constitucional español», en: *Revista Española de Derecho Constitucional,* 69, septiembre-diciembre 2003, pp. 1257 y 128.

[10] Rubio Núñez, R., «Internet en la participación política», en: *Revista de Derecho Político,* 109, 2000, p. 285.

[11] Se trataría de estimular, a través de las TIC, lo que Pardo Esteve denomina, siguiendo a Bennett, democracia como conversación (*conversational approach*). *Vid.* Pardo Esteve, J., «Una conversación optimista sobre la democracia en las sociedades complejas», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 70, enero-abril 2004, pp. 377 y 378. *Vid.* también Bennett, R. W., *Talking it through: Puzzles of American Democracy*. Cornell University Press, Nueva York, 2003.

[12] Guichot Reina, E., «Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas», en: *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, 170, 2011, pp. 8 y 9.

que la que tenemos en España, pues incluso están adaptadas a las nuevas tecnologías de la información.

Frente a este hecho, en España la regulación en relación al acceso de los ciudadanos a los documentos públicos se contenía en un único artículo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que resultaba absolutamente deficitario, puesto que los ciudadanos sólo podían solicitar información sobre un determinado tipo y número de documentos y no se permitían solicitudes en las que se formulaba una pregunta concreta. Por ello, con este precepto predominaba la arbitrariedad en el acceso a la información pública, pues la indefinición en la Ley suponía que la decisión de permitir el acceso quedara condicionada a la práctica diaria de la Administración a quien se formulaba la solicitud, lo que suponía con frecuencia que se interpretaran de manera amplia las excepciones que limitaban el acceso a la información.

También con la tramitación de la Ley se reabrió el debate acerca de las influencias que reciben los poderes públicos en la toma de decisiones. De alguna manera con anterioridad, en 2008, la cuestión se había suscitado a raíz del «Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español», en el que se señalaba que «una cuestión que no plantea de modo frontal la consulta del Gobierno, pero que emerge sin remedio al abordar las suscitadas, radica en la intervención que, en el proceso normativo y decisorio comunitario, tienen los grupos representativos de intereses sociales y el diálogo social» y continuaba en la misma línea refiriéndose que «la idea de que la democracia participativa supone un complemento funcional de la democracia representativa» [13].

Bien se ha señalado que «la opacidad es propia de las Dictaduras, cuyo objetivo es hacer transparente la vida de los ciudadanos para controlarla todo lo que pueden y opaca la actuación del poder público para que los ciudadanos no puedan reaccionar frente a las arbitrariedades en el ejercicio del poder». De ahí que la transparencia supone que en una democracia los «poderes públicos deben convertirse en casas de cristal en las que la comunicación con los ciudadanos sea fluida y fructífera a los efectos señalados, es decir, para que ambos, se beneficien de una información mutua que redunde en la citada eficiencia en el proceso de toma de sus decisiones» [14].

---

[13] Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español, 14 de febrero de 2008, pp. 125 y 127.

[14] Alonso Timón, A., «El principio de transparencia como elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de Derecho», en: *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 27, 2012, p. 29.

Sin embargo, este debate sigue de plena actualidad como consecuencia del proceso más o menos generalizado de necesidad de revisión y mejora de nuestro sistema democrático, en el que el principio de transparencia y la lucha contra la corrupción constituyen ya objetivos indiscutibles. En este contexto y en el concreto de aprobación de la Ley de transparencia la regulación de los lobbies sigue ocupando espacio destacado [15].

La aprobación por parte de las Cortes Generales de la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno* ha intentado desde su aprobación modificar el actuar de los poderes

[15] Efectivamente, durante la tramitación del Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno en el Senado se presentaron tres enmiendas en relación con este tema. Así la enmienda núm. 52 conjunta de don Jesús Enrique Iglesias Fernández y de don José Manuel Mariscal Cifuentes, ambos del Grupo Parlamentario Mixto (BOCG, Senado, núm. 248, de 11 de octubre de 2013, pp. 40 y 41) y la enmienda núm. 122 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (BOCG, Senado, núm. 248, de 11 de octubre de 2013, p. 72) pretendían añadir una Disposición adicional nueva en los siguientes términos: «El Gobierno en el plazo de tres meses a partir de la publicación de la presente ley, presentará ante el Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley de Regulación de los grupos de interés o lobbies, que entre otras cuestiones regule la creación de un registro de lobbies, la regulación de mecanismos de control y transparencia de su actividad, así como la descripción de infracciones y su correspondiente régimen sancionador». La justificación, idéntica en los dos casos hacía referencia a «la transparencia en la actuación de los lobbies, entendidos como grupos de presión que defienden intereses particulares y no generales».

Por su parte, el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado Convergència i Unió presentó la enmienda núm. 199 (BOCG, Senado, núm. 248, de 11 de octubre de 2013, p. 104) con la que se pretendía añadir una nueva disposición adicional sobre el establecimiento de un Registro General de Intereses: «1. El Consejo de Ministros aprobará, mediante Real Decreto, el establecimiento de un Registro General de Intereses, siguiendo la normativa europea al respecto. El Real Decreto definirá la figura de los grupos de interés y establecerá el mecanismo para el registro voluntario de intereses de los grupos de interés. Además, aprobará un código de conducta que defina el comportamiento que deben seguir, los representantes de los grupos de interés inscritos, en su relación con las personas comprendidas en el ámbito del Título II de esta ley. El Registro de Grupos de Interés dependerá del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. 2. El Gobierno promoverá la publicidad de las relaciones entre los altos cargos del Gobierno y los grupos de interés, registrados o no en el Registro General. 3. Asimismo, el Gobierno impulsará la extensión de este Registro General de Intereses al resto de las instituciones del Estado con interlocución con grupos de interés, en especial, en las Cortes Generales del Estado y a través de sus propios reglamentos parlamentarios». Como justificación de la enmienda se aducía que «se debe normalizar la relación de los grupos de interés, también conocidos como lobbies, y los poderes públicos, a través de la ley de transparencia con el ánimo de dotar un marco regulatorio que ampare jurídicamente la creciente participación de los grupos de interés en el desarrollo normativo realizado por las Administraciones Públicas». Las tres enmiendas serían rechazadas.

La Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña regula en su Título IV el Registro de los grupos de interés, entendiendo por tal en el artículo 47: «a) Las personas y organizaciones que, independientemente de su forma o estatuto jurídico, en interés de otras personas u organizaciones realizan actividades susceptibles de influir en la elaboración de leyes, normas con rango de ley o disposiciones generales o en la elaboración y aplicación de las políticas públicas. b) Las plataformas, redes u otras formas de actividad colectiva que, a pesar de no tener personalidad jurídica, constituyen de facto una fuente de influencia organizada y realizan actividades incluidas en el ámbito de aplicación del Registro».

Sobre los lobbies *vid.* Álvarez Vélez, M.ª I., «¿Deberían estar regulados los lobbies en España?», en: *Cuadernos de Pensamiento Político*, vol. 42, abril-junio de 2014, pp. 151-174 y Álvarez Vélez, M.ª I. y De Montalvo Jääskeläinen, F., «Los lobbies en el marco de la Unión Europea: Una reflexión a propósito de su regulación en España», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, 33, 2014, pp. 353-375.

públicos y que de ese actuar estuvieran informados todos los ciudadanos, exigencia claramente vinculada al Estado de democrático de Derecho. La Ley consta de cuarenta artículos agrupados en cuatro Títulos. Con las previsiones de la Ley 19/2013 se pretende incrementar y reforzar la transparencia en la actividad pública a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas en materia de información institucional, organizativa y de planificación. No cabe ninguna duda que una de las finalidades de la norma era la de recuperar la confianza en las instituciones, conocer su actividad, conocer el destino de los fondos públicos, para que a partir de ese conocimiento los ciudadanos puedan ejercer un control continuo para exigir resultados con eficacia y efectividad. Así es, pues al hablar de transparencia se hace referencia a controlar al gobierno y a los poderes públicos por parte de la ciudadanía y de la sociedad civil y que ese control se convierta en uno de los fundamentos de la democracia representativa. La transparencia tiene un fundamento constitucional: «el principio general de que todo aquello que afecte al Estado debe ser público; es decir, de conocimiento general y universal» [16].

En la exposición de motivos se señala: «Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos». El Preámbulo señala el objeto de la Ley: «ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento» (art. 1). Así, en ninguno de los preceptos de la Ley se define lo que se considera la transparencia, puesto que la regulación tiende a establecer, sin definirla, los medios para alcanzarla.

El Título I denominado «Transparencia de la actividad pública» está dividido a su vez en tres Capítulos. El Capítulo I regula el ámbito subjetivo de aplicación puesto que la obligación de transparencia afecta a los poderes públicos en general (esto es «Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local», como a los «organismos

[16] Villaverde Menéndez, I., «El marco constitucional de la transparencia», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 116, 2019, p. 172.

autónomos, Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales»), señalándose expresamente algunos órganos constitucionales como el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social, lista a la que durante la tramitación del Proyecto de Ley en el Congreso se añadieron también la Casa de su Majestad el Rey [17], los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las organizaciones empresariales [18]. Todos estos sujetos quedan obligados por la Ley, tal como se establece en el Capítulo II del Título I, a la publicación de forma periódica y actualizada de información, cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública.

El Capítulo III regula el derecho de acceso a la información pública, cuyos titulares serán todas las personas, entendiendo por información pública, tal como señala el artículo 13, «los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones». Es complicado en este punto entender lo que se considera documento a efectos de la Ley, ya que no se define. Siguiendo a Barrero, «el documento es el objeto de cualquier naturaleza que exterioriza un pensamiento humano a través de la escritura o de cualquier otro signo» [19]. En cualquier caso, se pretende que el ciudadano adquiera información de cualquier actividad del poder público. En la Ley se limita el acceso a la información cuando conlleve o suponga un perjuicio para la seguridad y la defensa nacional, la prevención de delitos o el secreto profesional, y la norma también fija como límites «los intereses económicos o comerciales, la política económica y monetaria, la protección del medio ambiente o la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión».

---

[17] Señala Yolanda Gómez que «desde el último periodo del reinado de Juan Carlos I, la Casa ha implantado progresivamente nuevas medidas de control y transparencia de los fondos asignados para el mantenimiento de la Familia Real y la Casa, práctica que se ha mantenido y ampliado en el reinado de Felipe VI, tanto en lo que se refiere al control económico–financiero interno como a la difusión pública del presupuesto»: Gómez Sánchez, Y., «La casa de S. M. el Rey durante el reinado de Don Juan Carlos I», en: *Hidalguía. La revista de genealogía, nobleza y armas,* 382, 2019 (Ejemplar dedicado a: S. M. el Rey Don Juan Carlos: una vida al servicio de España), pp. 639-640.

[18] Sobre el ámbito subjetivo de la Ley *vid.* De La Nuez Sánchez-Cascado, Elisa y Tarín Quirós, Carlota (coords.), *Transparencia y Buen Gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2014, pp. 91-142.

[19] Barrero Rodríguez, C., «El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva», en: Guillot Reina, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013 de 9 de diciembre*. Tecnos, Madrid, 2014, p. 22.

El Título II de la Ley recoge los principios éticos y de actuación que deben regir la labor de los «miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales», incluyendo el régimen sancionador que les resulta de aplicación. La mayor parte de estos principios éticos ya estaban incluidos en el «Acuerdo por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado», en cuyo cuarto punto se señala que «anualmente el Consejo de Ministros conocerá un informe elevado por el Ministro de Administraciones Públicas, sobre los eventuales incumplimientos de los principios éticos y de conducta con el fin de analizar los procedimientos y actuaciones que pueden posibilitar su trasgresión y proponer las medidas que se estimen convenientes para asegurar la objetividad de las decisiones de la Administración y de las instituciones públicas» [20].

En este Título se incluyen las infracciones y sanciones en materia de conflicto de intereses, en materia de gestión económico-presupuestaria así como las infracciones disciplinarias y también se regula el órgano competente y el procedimiento para imponer dichas sanciones [21]. Entre las sanciones que se prevén destaca la destitución en el cargo público que ocupe el infractor, la no percepción de pensión indemnizatoria, la obligación de restituir las cantidades indebidamente percibidas y la obligación de indemnizar a la Hacienda Pública. También se recoge en la Ley la previsión de que los autores de infracciones muy graves no puedan ser nombrados para ocupar determinados cargos públicos durante un periodo de entre cinco y diez años.

Finalmente, el Título III de la Ley crea y regula el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que como se señala en el Preámbulo pretende ser «un órgano independiente al que se le otorgan competencias de promoción de la cultura de transparencia en la actividad de la Administración Pública, de control del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, así como de garantía del derecho de acceso a la información pública y de la observancia de las disposiciones de Buen Gobierno». El Consejo de Transparencia y Buen

[20] *BOE* núm. 56, de 7 de marzo de 2005. Por otra parte, la *Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración General del Estado*, prevé las incompatibilidades de los altos cargos, estableciendo limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese en el cargo, lo que suele ser recogido en una legislación sobre lobbies. *Vid.* Meseguer Yebra, J. y García Mexía, P., «El proyecto de ley de los conflictos de intereses de altos cargos: entre el silencio sobre las cesantías y el fin de las dietas por asistencia a Consejos de Administración», en: *Revista de las Cortes Generales*, 61, 2004, pp. 127-154.

[21] *Vid.* la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado (núm. 295, de 10 de diciembre de 2013).

Gobierno estará compuesto por la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno y por un Presidente. Formarán parte de la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno: un Diputado, un Senador, un representante del Tribunal de Cuentas, un representante del Defensor del Pueblo, un representante de la Agencia Española de Protección de Datos, un representante de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal [22].

Aun cuando debe ser un órgano independiente, creo que adolece de un notable déficit de independencia. En primer lugar, el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno es nombrado por el Gobierno, y aunque su refrendo se confiere al Congreso de los Diputados y se exige mayoría absoluta, hubiera sido conveniente de cara a asegurar un adecuado nivel de consenso, que su nombramiento debiera aprobarse por una mayoría parlamentaria cualificada, quizá dos tercios. En segundo lugar, porque se crea una Comisión de Transparencia sin que se especifique ni la manera en la que serán elegidos sus miembros, ni las competencias que se le encomiendan, por lo que será el Consejo de Ministros el que «aprobará mediante Real Decreto el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en el que se establecerá su organización, estructura, funcionamiento, así como todos los aspectos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones» [23].

El avance en la transparencia con esta Ley no cabe ninguna duda de que puede denominarse como exitoso. Convendría haberla desarrollado reglamentariamente, cosa que no ha sido posible a pesar de varios intentos [24].

En el IV Plan de Gobierno Abierto de España (2022-2024) se detalla el compromiso del Gobierno en relación a tres actuaciones fundamentales consistentes en la aprobación del Reglamento de la Ley de transparencia, el impulso de la ratificación por España del Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos y la reforma de la Ley de transparencia. En este último punto se señala: «el alcance de esta reforma deberá perfilarse en los procesos de consulta y audiencia pública, si bien se considera necesario profundizar en las cuestiones más demandadas por la ciudadanía tales como la

[22] Para respetar al máximo las competencias autonómicas, expresamente se prevé que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno sólo tendrá competencias en aquellas Comunidades Autónomas con las que haya firmado Convenio al efecto, quedando, en otro caso, en manos del órgano autonómico que haya sido designado las competencias que a nivel estatal asume el Consejo.

[23] El Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno fue aprobado por Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre (*BOE* núm. 268, de 5 de noviembre de 2014).

[24] Sierra Rodríguez, J., «Enfoques ante una reforma de la Ley de Transparencia. Especial referencia a la transparencia informativa del Gobierno», en: *Revista Española de la Transparencia,* 14, 2022, pp. 39-40.

ampliación de las obligaciones de publicidad activa, las máximas garantías en el ejercicio del derecho de acceso y en la actividad de los órganos garantes y el impulso de la participación ciudadana en los asuntos públicos» [25]. El Consejo de Ministros aprobó en noviembre de 2022 el *Anteproyecto de Ley de Transparencia y de Integridad en las Actividades de los Grupos de Interés*, que inició el trámite de información pública y del que trataremos más adelante [26]. Se planteaba la reforma de la Ley 19/2013 con el objetivo de «profundizar en las cuestiones más demandadas por la ciudadanía tales como las obligaciones de publicidad activa, las máximas garantías en el derecho de acceso, la actividad de los órganos garantes y el impulso de la participación ciudadana en los asuntos públicos, para adaptar la Ley de transparencia actual al contexto nacional e internacional en la materia e introducir mejoras de acuerdo con las necesidades detectadas durante sus años de vigencia» [27].

III. LOS INTENTOS INFRUCTUOSOS DE REGULACIÓN DE LOS LOBBIES

Como ya hemos venido señalando, ciertamente, el deseo de influir en las decisiones de carácter público por parte de los individuos o de los grupos es algo consustancial a la vida pública. Tener interés en los asuntos públicos y, en concreto, en la normativa que afecte a unas personas o a un grupo es algo natural. Hablamos así de lobbies en las actuaciones gubernamentales, pero también sobre los lobbies parlamentarios. La frontera entre lo que debe estar permitido en el acceso al poder público y lo que da lugar a actividad sospechosa, es lo que hace de la transparencia materia sobre la que hay que estar muy pendientes en cualquier democracia.

El debate acerca de la conveniencia de introducir en nuestro sistema jurídico una regulación de los lobbies y su actividad no es novedoso, sino que puede apreciarse que el mismo ha estado presente desde los inicios de nuestra democracia, pues ya como vimos en los debates constitucionales se abordó el tema. Sin embargo, durante los años sucesivos las discusiones se han acrecen-

[25] Puede consultarse en https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr: d306cd62-cc0f-40a1-9be8-fe24eeeee10d/IVPlanGobiernoAbierto-ES_2020-2024.pdf (última consulta 5 de junio de 2024).

[26] El Anteproyecto se sometió al trámite de consulta pública: https://mpt.gob.es/dam/es/portal/ministerio/participacion_proyectos/consulta_previa/proyectos/2021/2021-05-29_1/Nota-resumen-APL-Grupos-Interes.pdf (última consulta 5 de junio de 2024).

[27] Toda la información sobre los trabajos para la reforma de la Ley 19/2013 pueden consultarse en https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Gobierno-abierto/Grupo-Trabajo-de-Reforma-Ley-de-Transparencia.html (última consulta 5 de junio de 2024).

tado como consecuencia del impulso de la implementación en nuestro sistema político de los principios de transparencia y rendición de cuentas que no sólo en España, sino en todas las democracias de nuestro entorno como iniciativas para superar la desafección que los ciudadanos parecen mostrar hacia el sistema político.

Hace ya años el Consejo de Estado también en su informe acerca de la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español (2008), que anteriormente citábamos, señalaba que «la mejor consecución de los objetivos perceptibles en la consulta del Gobierno requiere tener en cuenta no solo la existencia de grupos de intereses, grupos de presión o lobbies, considerados en abstracto, sino también sus distintas clases y múltiples formas» [28]. De este modo, el propio Consejo de Estado parece proponer la conveniencia de regular o, al menos, abordar el fenómeno de los lobbies con una pretensión que no ha de quedar ceñida a nuestras fronteras nacionales, sino que ello habrá de llevarse a cabo como una propuesta de impulso de favorecer la influencia de los intereses nacionales en el ámbito comunitario.

Son varias ya las ocasiones en las que se ha debatido sobre una regulación de los lobbies. En todos estos intentos ha existido el ánimo de que la actividad de los lobbies sea pública y transparente, cuestión fundamental para evitar los riesgos de corrupción y se ha pensado que ello se podría conseguir principalmente a través de dos instrumentos: la regulación de su actividad a través del registro de grupos de interés con carácter obligatorio y la publicación de la agenda, no solo de los altos cargos, sino también de los mandos a nivel de subdirección. En la mayor parte de los intentos a los que vamos a hacer referencia se ha intentado abordar, sin éxito de momento, el Registro de los lobbies [29].

Las primeras iniciativas al respecto fueron las presentadas por el grupo parlamentario del Centro Democrático y Social (CDS), dos en 1992 y una tercera en 1993. En los tres casos eran proposiciones no de ley en la que se proponía regular dicha figura («sobre la regulación de los grupos de interés»). En el primero, se regulaba la creación de un Registro de los grupos de interés, el segundo artículo emplazaba a que Gobierno y Congreso establecieran las condiciones de los grupos para acceder a esos registros y, el tercer artículo, preveía la elaboración de un Código deontológico que «enmarque el funcionamiento de estos Grupos de Interés en su relación con los miembros del Gobier-

[28] Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español, 14 de febrero de 2008, p. 126.

[29] Todos estos intentos pueden verse en Rubio Núñez, R., «La nueva ola de regulación de los grupos de presión parlamentarios», en: *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales,* Vol. 21, 2, 2018, pp. 404-406.

no, Autoridades de la Administración Central y miembros de la Cámara». A esta Proposición se presentó una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, que será la que finalmente se aprobó el 23 de febrero de 1993 con el siguiente texto: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a estudiar la conveniencia de establecer un Registro Público de Grupos de Interés y, en su caso, remitir a la Cámara el Proyecto de Ley correspondiente, en el que se establezcan las condiciones para acceder a este Registro así como el marco de funcionamiento de los Grupos de Interés en su relación con los poderes públicos y la Administración».

Una cuarta propuesta fue la presentada también como proposición no de Ley ante el Pleno por Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds el 10 de abril de 2008, en la que se solicitaba la creación de una Comisión de Control y Fiscalización del Lobby en el Congreso de los Diputados y se instaba al Gobierno a presentar en el plazo de seis meses un proyecto de Ley de Registro y Control de Lobbies cuya finalidad sería regular la actividad de promoción, defensa o representación de intereses de personas y/u organizaciones públicas o privadas, ejercida por personas naturales o jurídicas con el objeto de influir en las decisiones a adoptar por el Gobierno. Dicha iniciativa establecía como principios básicos que el Registro fuera gestionado por el Congreso de los Diputados, siendo obligatoria la inscripción de los lobbies en él para poder ejercer como tales. También deberá elaborarse un código de conducta común para todos los miembros de los lobbies, exigiéndose que declaren el interés o los intereses que representan. Así mismo se elaborará un sistema de control y sanciones en caso de irregularidades o violación del código de conducta y se impulsarán medidas administrativas y/o legislativas necesarias para la publicación de los beneficiarios de las subvenciones concedidas por la Administración General del Estado. La Proposición ante el Pleno sería rechazada.

En enero de 2012 se presentaron dos Proposiciones no de Ley, una en Pleno y otra en Comisión, «para la creación de un registro de lobbies o grupos de intereses» presentadas por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural. Ambas Proposiciones no prosperaron [30].

En septiembre de 2016 se presentó por el Grupo mixto una Proposición de reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados para la creación del Registro de los Grupos de Interés o Lobbies, que tampoco tuvo éxito pues caducó por la disolución de la Cámara [31]. En marzo de 2017 se planteó también

[30] La Proposición no de Ley ante el Pleno puede consultarse en BOCG. Congreso de los Diputados, núm. D-33 de 10 de febrero de 2012, p. 9. Por su parte la Proposición no de Ley ante la Comisión puede verse en BOCG. Congreso de los Diputados, núm. D-34 de 13 de febrero 2012, p. 22.

[31] BOCG. Congreso de los Diputados, núm. B-36-1 de 15 de abril de 2016, p. 1.

una proposición similar del Partido Popular para la reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados con la finalidad de incorporar dos artículos en los que se crearía un «Registro público de carácter obligatorio en el que deben inscribirse los representantes de Grupos de interés que mantengan encuentros con los Diputados». Esta proposición fue sometida a debate de totalidad y la proposición pasó a Comisión, pero caducó también al producirse la disolución de la Cámara [32].

En el Informe sobre el Estado de Derecho de 2022, en el que la Comisión Europea formula recomendaciones específicas a los Estados miembros se insta a España, entre otras recomendaciones, a que «continúe las labores necesarias para presentar una iniciativa legislativa sobre los grupos de presión, con especial atención a la creación de un registro público obligatorio de dichos grupos», indicando la Comisión que «se espera que el proyecto de ley abarque, entre otros aspectos, los relacionados con la definición de grupos de interés; los deberes y las obligaciones de los miembros y representantes de estos grupos; un código de conducta aplicable a los miembros de los grupos de presión; limitaciones de las "puertas giratorias" entre altos funcionarios y grupos de interés, y sanciones. La aprobación de este proyecto de ley vendría a complementar otras medidas positivas ya aprobadas por las Cortes, como la publicación de los contactos de los diputados con terceros» [33].

Siguiendo estas recomendaciones, se tramitó como decíamos antes el Anteproyecto de Ley de Transparencia e Integridad en las Actividades de los Grupos de Interés, aprobado en Consejo de Ministros en noviembre de 2022. Entre los objetivos de la norma se señalaban:

– Definición de los grupos y colectivos afectados por esta norma.

– Establecimiento de normas de publicidad y registro.

– Definición de los deberes y obligaciones de los integrantes de estos grupos.

– Limitaciones de las puertas giratorias entre altos cargos y empleados públicos, por un lado, y los grupos de interés, por otro.

– Establecimiento de un código de conducta.

– Atribución de la gestión de este Registro a la Oficina de Conflictos de Intereses, dadas las competencias de esta Dirección General en relación con el control de los conflictos de intereses de altos cargos y empleados públicos.

---

[32] BOCG. Congreso de los Diputados, núm. B-28-1 de 09 de septiembre de 2016, p. 1.

[33] Informe sobre el Estado de Derecho en 2022, Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España, Luxemburgo, 13 de julio de 2022, pp. 4 y 17.

Pendiente queda pues en el ámbito estatal que se regulen los lobbies. Es cierto que en el ámbito autonómico si se han producido regulaciones al respecto, en las que no vamos a entrar. En cualquier caso, sólo señalar que se trata de regulaciones de los registros de grupos de interés y en algunos casos regulando su actividad a través de normas sobre transparencia [34].

Muy importante y casi ya urgente una regulación que abarque al menos el registro de los lobbies. Como señala Rubio que sea un registro «público, accesible (a través de medios electrónicos) y gratuito» y que su contenido incluya unos mínimos «a) una relación, ordenada por categorías, de personas, así como la sede de su organización; b) la información que deben suministrar en relación con las actividades que realizan, con su ámbito de interés y con sus fuentes financiación, así como los fondos públicos recibidos; c) un código de conducta común» [35].

Cierto es también que no solo es relevante el registro. Algunas regulaciones autonómicas lo tienen y no se ha resuelto con ello las dudas que suscita la actividad de *lobby*. Así, «lo importante es que el registro de grupos de interés propio, que se establece para garantizar los principios de transparencia y buen gobierno, no se confunda por el legislador con el derecho a la participación en asuntos públicos (mediante portales o registros de participación), y ello con independencia de su interferencia y beneficios mutuos» [36].

La actividad de los lobbies no tiene por qué ser negativa, sino que «existen evidentes riesgos de que la lícita influencia en un sistema democrático transmute fácilmente en una influencia indebida y opaca» [37]. Y además a esto se une que, en algunas ocasiones, en el sentir popular se considera que la corrupción resulta impune en nuestro sistema y ese sentir está produciendo un daño enorme a nuestro sistema democrático. La transparencia surge como resultado del clamor de los ciudadanos que exigen un cambio de actitud en los poderes públicos, en especial, como ya hemos venido señalando en el actuar de los políticos.

Por tanto, parece que el debate acerca de la conveniencia de regular expresamente los lobbies, en España, debe abordarse conjuntamente desde una doble perspectiva y así no sólo valorar en qué medida es conveniente regular en nuestro sistema político el papel de los grupos de interés o presión, sino,

---

[34] Sobre este tema puede consultarse el estudio de Ridao Martín, J., «La incipiente regulación de los grupos de interés en el ámbito autonómico. Un estudio de caso: la regulación de los lobbies en Cataluña», en: *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 15, 2018, pp. 42-60. También Ponce Solé, J., *Mejora de la regulación, lobbies y huella normativa.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 103-112.

[35] Rubio Núñez, *op. cit.,* nota 29, p. 410.

[36] Bermúdez Sánchez, J., «Propuestas para la regulación de los grupos de interés en España», en: Bermúdez Sánchez, *op. cit.,* nota 3, p. 262.

[37] Ponce Solé, *op. cit.,* nota 34, p. 101.

también, en qué medida dicha regulación nacional ha de incidir en una mejor defensa de los intereses nacionales. Esperemos que la transparencia suponga que ese conocimiento al que se accede y la información que se transmite sean sobre lo esencial, con lo que se refuerce la ética de todos los actores públicos de nuestro sistema constitucional y no se quede, como señalábamos, en una información excesiva y masiva de temas intrascendentes para los ciudadanos.

IV. A MODO DE RECAPITULACIÓN

El estudio del poder político, sus formas, legitimación y transformaciones, ha dado lugar a una pluralidad de disciplinas, en función de los ideales, aspiraciones y modos de organización de cada sociedad. El interés de este conocimiento puede entenderse desde dos puntos de vista. En primer lugar, debido a que, en todas las sociedades humanas, la existencia de un poder político constituido resulta una constante, cuyas excepciones sólo pueden interpretarse como hechos aislados o anecdóticos. Con independencia de cuál sea su origen o legitimación, siempre el poder se expresa ejercido por un número de personas definido. De este modo, el análisis del poder político debe partir de la aceptación de la universalidad de una clase dirigente, los gobernantes, que ostentan el poder frente a una masa, más o menos estructurada, que está formada por los gobernados. En segundo lugar, la atención que conlleva el estudio del poder y de sus manifestaciones formales es consecuencia de su influencia en la vida de la sociedad y en la de los individuos que la integran. La capacidad de decisión que ostenta quien ejerce la autoridad representa un status dominante cuya transcendencia excede a lo singular, pues afecta a la sociedad en su conjunto, y no sólo a aspectos concretos e inmediatos, sino que produce efectos directos en la configuración del futuro. Como hemos venido señalando, la transparencia, el buen Gobierno y la buena Administración, parten de análisis previos de la ciencia y la ética políticas, y jurídicamente suponen el desarrollo más eficiente de los principios y derechos propios de un Estado democrático: participación, legalidad, igualdad, responsabilidad y objetividad y eficiencia de los poderes públicos, reconocidos en nuestra Constitución [38].

En una democracia, la Administración actúa de manera objetiva en la búsqueda del interés general con transparencia y «los ciudadanos tienen derecho a exigir determinados patrones o estándares en el funcionamiento de la

[38] Bermúdez Sánchez, J., «Un nuevo marco regulatorio de la legislación de transparencia», en: Bermúdez Sánchez, *op. cit.,* nota 3, pp. 22-23.

Administración» [39]. Cabe recordar en este sentido que una de las primeras iniciativas europeas hace ya muchos años fue el «Libro Blanco de la Gobernanza Europea» [40], con el que se pretendía «abrir el proceso de elaboración de las políticas de la Unión Europea con el fin de asociar a un mayor número de personas y organizaciones en su formulación y aplicación, lo que se traducirá en una mayor transparencia y en una mayor responsabilización de todos los participantes». Entre los objetivos para reconducir las funciones de la Comisión se pretendía «una utilización más segura y selectiva de su derecho de iniciativa» y para ello se aboga por «un mayor grado de consulta y participación, un uso más abierto del conocimiento de los expertos y un nuevo enfoque de planificación a medio plazo [que] permitirá analizar de una forma mucho más crítica las presiones de las instituciones y grupos de interés en favor de nuevas iniciativas políticas».

En la línea con estos criterios el Libro Blanco se refería ya a los principios de transparencia (apertura), participación, rendición de cuentas, eficacia y coherencia. Se considera que la determinación de dichos principios ha de permitir garantizar que puedan intervenir en la gobernanza europea todos aquellos actores que tengan interés en ello, y no sólo los que tengan capacidad para hacerlo; tengan las condiciones necesarias y suficientes para poder tomar las decisiones que les correspondan y puedan tomarse las decisiones. En definitiva, el Libro Blanco recoge los principios de buena gobernanza, que no han de ser de aplicación exclusiva a las instituciones comunitarias, sino que también se han de aplicar a todos los actores que intervienen en ella (Estados miembros, regiones, entes locales y sociedad civil). La denominada «gobernanza multinivel» supone la incorporación a los centros de toma de decisiones políticas de entidades privadas que, junto a unos poderes públicos relacionados horizontal y verticalmente, han de ser artífices de las decisiones jurídicas, políticas y económicas. Ya no podemos pensar en la estructura tradicional de los tres poderes clásicos, incluso, incorporando al poder moderador y al poder de control de la constitucionalidad, con sus frenos y contrapesos, como los únicos sujetos activos del poder. La participación de otras entidades de naturaleza privada o semipública cambia el escenario [41]. La actuación de los poderes públicos, legislativo y sobre todo ejecutivo, exige un buen hacer, una responsabilidad que permita crear confianza y credibilidad en los ciudadanos. Y «todo

[39] Garrido Mayol, V., «El principio de buena administración y la gobernanza en la contratación pública», en: *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Vol. 68, 2, 2020, pp. 124-125.

[40] COM (2001) 428 final, de 12 de octubre de 2001.

[41] *Vid.* Jáuregui Bereciartu, G., «Estado, soberanía y Constitución: Algunos retos del Derecho constitucional ante el siglo xxi», en: *Revista de Derecho Político*, 44, 1998, pp. 50-58.

ello en el marco de la búsqueda de una buena gobernanza, que permita prevenir la mala administración negligente y la corrupción y permita mejorar la calidad de la gestión pública al servicio de los ciudadanos, lo que supone una auténtica revolución conceptual y un cambio de paradigma» [42].

Creemos sin duda que el *lobby* forma parte integral de una democracia sana y está íntimamente vinculado con valores universales como la libertad de expresión o el derecho de petición ante el gobierno. Sin embargo, hasta la fecha no se ha regulado dicha actividad en el ámbito estatal, aunque el debate acerca de la conveniencia de introducir en nuestro sistema jurídico una regulación de los lobbies y su actividad no es novedoso, sino que puede apreciarse que ha estado presente desde los inicios de nuestra democracia, pues ya en los debates constitucionales se abordó el tema. Durante los años sucesivos las discusiones se han acrecentado como consecuencia del impulso de la implementación en nuestro sistema político de los principios de transparencia y rendición de cuentas que no sólo en España, sino en todas las democracias de nuestro entorno, como iniciativas para superar la desafección que los ciudadanos parecen mostrar hacia el sistema político. En todo caso, tal aparente necesidad, atendido nuestro entorno y las propias iniciativas de la Unión Europea y del Consejo de Europa al respecto, no debe hacernos olvidar que el acceso a los centros de decisión política debe quedar garantizada a todos los ciudadanos y no sólo a aquellos que pueden disponer de los recursos económicos necesarios para acudir a la fórmula del lobbismo. En cualquier caso, «el principio democrático reviste sin duda una naturaleza compleja, donde el elemento representativo puede conjugarse en diversos grados con la manifestación directa de la voluntad popular». A pesar de que «muchas de las propuestas tendentes a articular una mayor participación ciudadana en los asuntos públicos caen en esa trampa perfeccionista que oculta políticamente lo poco meditado de las ideas» y «que acaba por convertir al ciudadano democrático en simple cliente del mercado político monopolizado por los partidos y por otros grupos» [43].

---

[42] Ponce Solé, J., «Propuestas concretas para mejorar la regulación del buen gobierno y hacer efectiva la específica obligación jurídica de diligencia debida derivada del derecho a una buena administración», en: Bermúdez Sánchez, *op. cit.,* nota 3, p. 268.

[43] Cascajo Castro, J. L., «El Estado democrático: materiales para un léxico constitucional español», en: *Revista Española de Derecho Constitucional,* 69, septiembre-diciembre 2003, pp. 126-128.

LOS RASGOS ESENCIALES DE LAS FORMAS FEDERATIVAS [1]

JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA
Universidad Autónoma de Madrid

I. LAS FORMAS FEDERATIVAS EN TÉRMINOS GENERALES

1. **Introducción**

Considero importante esta reflexión sobre el federalismo en términos generales, si se piensa entender nuestro Estado autonómico y quizás apuntar a su reforma, aceptando la solución federal como marco básico de la misma. Muchos creemos que es conveniente no solo tener en cuenta la referencia federal en relación con determinadas instituciones, por ejemplo las correspondientes al plano de la organización, como lo que suelo llamar siguiendo a *Wheare federal instrumentalties*, sino admitir modificaciones, incluso respecto del nombre, de manera que se acepte el marco general mental del federalismo. Cuando hablo de federalismo o formas federativas me estoy refiriendo al tipo general de la descentralización política caracterizado por reconocer potestad legislativa a sus integrantes territoriales. En realidad apunto a los Estados compuestos que comprenderían específicamente los Estados federales propiamente tales; pero también al Estado autonómico y al integral o regional.

Interesa destacar de partida que estamos hablando de formas políticas con una determinada dotación u organización institucional; pero también con

[1] Este trabajo recoge mi contribución al Seminario sobre la Forma Política federal, celebrado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales hace dos cursos. Presidió la sesión la profesora Yolanda Gómez, en cuyo merecido homenaje se inserta gustosamente esta contribución.

un soporte asimismo específico espiritual o cultural. Los sistemas federales no son meras carcasas institucionales y no cabe entenderlos sin su base espiritual correspondiente: responden a la idea del Estado de derecho y a la moderación política. Su justificación tiene lugar en el plano político democrático, pues dividen el poder y acercan y facilitan la democracia. Y en el plano de la integración, como tratamiento institucional del pluralismo territorial. Su estudio requiere tener en cuenta dos notas entonces: «su pluralismo», captado bien por un eminente estudioso del mismo Koen Laenerst, que habla de las *many faces of federalism*. Y su «dinamismo»: el sistema federal no se acaba en el plano normativo de la Constitución o Ley fundamental como lo muestra bien el Estado autonómico español que solo está comenzado en la Constitución, pero que necesita el desarrollo de los Estatutos y la legislación autonómica. Este dinamismo queda captado por la distinción también de *Wheare* entre *Constitution y government.* Necesariamente las formas federativas acogen el momento de la unidad o capacidad de actuación de la Federación y de la autonomía. En suma, se trata de un mixto de autogobierno y participación. Nuestras consideraciones sobre el federalismo se hacen desde unos presupuestos llamémoslos realistas que excluyen la cuestión de la soberanía que se acostumbraba en todos los análisis y que era la consecuencia de asumir la idea del Estado en la clasificación de las formas políticas. En efecto, «la categoría de la soberanía» no resulta de gran utilidad para entender el Estado federal como organización global o general. O si se quiere decir de otro modo en el Estado federal la soberanía ha cambiado de aspecto y ya no es un problema teórico o abstracto, sino pragmático o jurídico. Porque en el Estado federal la cuestión no es averiguar quién es el soberano, o incluso saber antes si puede darse la soberanía como se da en los Estados unitarios, sino a quién corresponden las competencias y quién resuelve y en base a qué criterios los conflictos en su ejercicio. En el Estado federal la soberanía se muestra en el momento constituyente de modo extraordinario, como poder originario e ilimitado. Sucede entonces que la pluralidad se da en el momento político, cuando pactan las entidades miembros para que surja el pueblo de la Federación que es el único sujeto constituyente y titular de la soberanía; pero no en el momento jurídico en el que, como en todo verdadero Estado, no cabe sino la unidad del constituyente, lo que se proclama con toda claridad en la fórmula del preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de América: *We the people of the United States do ordain and stablish the present constitution*. La soberanía reaparece en el Estado federal como poder constituido, si se quiere decir como soberano debilitado, en el Tribunal máximo para resolver conflictos entre el Estado central y los Estados miembros.

Este enfoque, que solo repara en la localización del poder de toma de decisiones políticas, esto es, la capacidad de adoptar medidas generales propias para el respectivo territorio, favorece la equiparación entre Estado descentralizado y Estado federal en cuanto variantes del Estado compuesto en el que se aprecian dos planos de autoridades completas o cuasi completas.

2. **Estados federales, Estados unitarios y Confederaciones**

En lo que sigue, estableceremos las diferencias entre el Estado federal y el Estado unitario, de una parte, y la Confederación, de otra; distinguiremos los diferentes tipos de Estado federal; y, finalmente nos referiremos a la tendencia transformadora centralizadora del Estado federal. «Frente al Estado unitario centralizado el Estado federal »se caracteriza por su pluralismo político y jurídico y su fondo social no homogéneo. En efecto, en el Estado federal, sin merma de una apariencia de unidad fundamental hacia el exterior (de pueblo, poder y territorio) coexisten una pluralidad de ordenamientos jurídicos originarios y, por tanto, una pluralidad de centros de poder. El Estado federal aparece como la expresión organizativa de un compromiso entre una tendencia centrífuga y particularista que subraya el derecho al autogobierno de determinadas entidades territoriales con una cultura, historia y características institucionales propias, y una centrípeta basada en intereses económicos, estratégicos y culturales. De este modo el Estado federal es una solución equidistante, un *half way* entre la secesión de sus componentes y la fusión de sus miembros. No conviene olvidar, con todo, que sobre la adecuación del federalismo para los Estados con problemas de minorías nacionales territorialmente concentradas, caben otros rendimientos funcionales del mismo. Así el federalismo supone otra división del poder: su parcelación contribuirá a su debilitamiento, a su uso moderado. Además, el federalismo posibilita la organización de grandes espacios sobre bases de paridad entre las partes componentes y no según esquemas de jerarquía y asimetría como ocurre en los imperios coloniales.

Respecto de «las diferencias entre el Estado federal y la Confederación», hay que señalar que, mientras la Confederación es una simple asociación de Estados con vistas a administrar algunos asuntos comunes, aunque pueda disponer de una rudimentaria organización, la Federación parte de una unión de donde surge un Estado nuevo y diferente. La Confederación requiere la actuación conjunta de los Estados, sin que pueda expresar voluntad diferente de la de todos y cada uno de sus componentes. En cambio, la voluntad del Estado fede-

ral se conforma a través de órganos exclusivos o de la participación de los órganos de los Estados federados que actúan en calidad de órganos de la Federación.

De la carencia de soberanía en el caso de la Confederación y de la posesión de la misma por parte de la Federación se siguen al menos dos importantes consecuencias:

1.ª Las decisiones de la Federación obligan directamente a los ciudadanos; en cambio, la Confederación carece de poder directo, de manera que sus decisiones, para convertirse en vinculantes, han de transformarse en leyes de los diversos Estados.

2.ª La Confederación no puede modificar el Tratado a que debe sus competencias, lo cual sólo puede ser realizado con la unanimidad de sus miembros, quedando abierta la puerta de la secesión al miembro o los miembros disconformes con la revisión del Tratado.

La Federación, en cambio, puede, a través de su órgano constituyente, revisar la Constitución federal sin que sea necesario que esta revisión obtenga el consentimiento de todos los Estados integrantes.

3. **Diferentes tipos de Estados federales**

Interesante es, asimismo, en tercer lugar, resaltar que, aunque sea perfectamente legítimo calificar a una forma política de federal, el federalismo, como dice Laenerts, tiene «muchas caras», esto es, presenta diversas peculiaridades organizativas o competenciales, históricas o sociales y es capaz asimismo de diferentes rendimientos funcionales. Echemos por ejemplo una ojeada a tres variantes «federales» de nuestros días: los sistemas políticos de los Estados Unidos, Alemania y la Unión Europea. Así el pluralismo a conservar en el caso americano es un pluralismo local, más relacionado con las virtudes del autogobierno y división de poderes (en definitiva democracia) que el pluralismo, mas bien nacional, de la Unión Europea, donde la pluralidad de los integrantes está enraizada, y donde, frente a lo que ocurre en el caso de los Estados Unidos, no se da la existencia de una nación global, general o total.

Hay, en cambio, dos rasgos que acercarían a la Unión europea al modelo norteamericano. Uno podría ser el de la no propuesta de un ideal de homogeneización, frente a lo que sucede en el caso alemán donde hay una exigencia para forzar la igualdad en las condiciones de vida (art. 72.2 CA). El otro rasgo se refiere al carácter dinámico del federalismo, diría de todo federalismo, desde luego del americano, de manera que se estudiase la evolución de esta forma. En el caso

europeo el protagonismo de los Estados en la constitución y funcionamiento de la Federación es mayor que en los Estados Unidos y Alemania, en donde la Administración central goza de considerable envergadura. También difiere el modo de determinar las competencias, que en el caso de los Estados Unidos y Alemania se lleva a cabo en relación con ámbitos materiales de actuación, mientras que se realiza mediante señalamiento de objetivos, en el caso de la Unión Europea.

Esta pluralidad de formas del federalismo quizás puede reducirse distinguiendo entre el «federalismo de integración» en el que se acuerda la unión federal partiendo de entidades antes independientes o que formaban una Confederación, como ocurre en los casos de Suiza o los Estados Unidos, siendo entonces el problema asegurar la unidad sobre la pluralidad, esto es, afirmar los rasgos e instituciones centrales sobre los centrípetos. Y el «federalismo de devolución», de manera que las instituciones territoriales reciben competencias de las centrales, siendo la principal preocupación asegurar la diversidad en la unidad, como es el caso de Canadá, Bélgica y España.

4. La evolución centralizadora del federalismo: lealtad federal y federalismo cooperativo

Finalmente hay que referirse a algunas tendencias en la comprensión del modelo, que reflejan una evolución del federalismo en un sentido centralizador, que se plasman principalmente, aparte del ensanchamiento competencial a través de las categorías de bases y marcos, en la aceptación predominante por su parte del federalismo cooperativo y la idea sobredimensionada de la lealtad federal. Ha habido un desarrollo muy interesante en Alemania que, a través de determinados procesos institucionales, ha acabado a la vez en una transformación centralista del federalismo y en la atribución al mismo de un nuevo significado como modo de organización política.

La tendencia a la centralización es muy considerable hasta el punto de que Konrad Hesse titulase su monografía sobre el Estado federal alemán, en la que pretende dar cuenta de sus últimas modificaciones y líneas de evolución *Der unitarische Bundesstaat (El Estado unitario federal, 1962).* Esta centralización en lo que se refiere a la redefinición del reparto competencial y las técnicas de articulación se realiza a través de diversos procedimientos, y resulta evidente si se repara en dos principios conforme a los cuales se ha orientado su práctica efectiva, cuyo encaje constitucional, si no su justificación, no deja de plantear problemas. Me refiero, en primer lugar, al «federalismo cooperativo» que exige maximizar la colaboración entre la Federación y los Estados

miembros de cara a asegurar en todo el territorio federal determinados niveles de calidad y homogeneidad, pero que no puede implicar la renuncia de los Estados miembros a sus competencias ni significar una imposición disfrazada de la hegemonía del Estado federal sobre los *Länder*.

«El principio de la lealtad federal», en segundo término, exige que tanto la Federación como los Estados miembros ejerzan sus competencias adoptando un comportamiento mutuamente leal, esto es, respetando la posición e intereses respectivos, como corresponde a integrantes del mismo todo. Aunque puedan encontrarse bases a este principio en la propia idea de la federalidad y sea indudable su utilidad política para reducir la conflictividad en el Estado federal, la cuestión puede ser la de establecer el alcance de sus exigencias en un caso concreto, al poner a disposición del Tribunal Constitucional como parámetro de actuación un criterio tan abierto. Tan conveniente parece aceptar un contenido mínimo esencial, por decirlo así, de este principio que garantice el rendimiento de información y asistencia mutuas, así como un comportamiento leal de todos los integrantes del Estado federal, como precaverse ante una sobredimensión del mismo frente a prescripciones constitucionales escritas o principios jurídicos firmes, que reduzca la seguridad jurídica, constriña la esfera de la contienda política y atribuya de hecho una función no jurisdiccional al Tribunal Constitucional.

Como señalaba con anterioridad estas transformaciones han acabado afectando el propio significado funcional del federalismo que pasa de ser considerado preferentemente la respuesta institucional al pluralismo territorial a un mecanismo de profundización de la democracia y un sistema político capaz de mayor eficacia en sus prestaciones. En el nuevo sistema federal la función esencial a realizar no es ahora la integración de los Estados en una organización política común o la verificación de una división vertical de poderes, hasta el punto de que «el Senado »que es la instancia básica a través de la cual se realizaba la integración ya no es considerado un ente exponencial de los intereses de los Estados cuanto un instrumento de participación de los mismos en la determinación de la política de la Federación de la que forman parte. Por ello esta cámara juega un papel sobre todo asegurando una cierta participación a las Administraciones de los Estados, pues son ellas las que verdaderamente se encuentran representadas en el Senado o Consejo, contrabalanceando, en una profundización de la división horizontal de poder, al Gobierno y Parlamento federal. Este redimensionamiento de la división horizontal del poder, por lo demás, subraya la pérdida de importancia del reparto vertical, evidente en la medida en que se ha ido incrementando la colaboración y realización de tareas comunes entre el Estado central y los Estados miembros.

II. EL CONTENIDO INSTITUCIONAL DE LAS FORMAS FEDERATIVAS

1. **La forma de gobierno parlamentaria**

La descripción del contenido institucional de las formas federativas alcanza según Laenerst tres planos: estamos hablando de Estados compuestos o de dualidad institucional según su jurisdicción alcance a toda la nación o esté limitada territorialmente. Con una división competencial establecida en el máximo nivel normativo. Y cuyas disputas se resuelven por una máxima instancia jurisdiccional, utilizando exclusivamente argumentos técnicos, esto es, según la razón del derecho.

Por lo que se refiere al plano institucional hay que observar que la plenitud estatal solo se da en el nivel general en el caso autonómico. Además, existe un deber de congruencia más amplio en el Estado federal que en el Estado autonómico ya que en el Estado autonómico el deber de semejanza existe, pero con peculiaridades en relación con la forma de gobierno. De otro lado, estamos ante sistemas parlamentarios racionalizados pero con especificidades, así régimen electoral, responsabilidad política solidaria e individual, prerrogativas parlamentarias más débiles en los sistemas autonómicos y, en suma, equilibrio entre poderes más débil en el caso del Parlamento o Asambleas legislativas. Así, en lo que se refiere en concreto al sistema autonómico, la forma de gobierno de las Comunidades Autónomas, o modo de relacionarse sus poderes, es, como en el caso del Estado, la correspondiente al régimen parlamentario en su variante racionalizada que, entre otros objetivos, trata de impedir las crisis gubernamentales prolongadas; pero los sistemas parlamentarios son sistemas separados del nacional, de modo que, como ha advertido el Tribunal Constitucional, las instituciones legislativas de las Comunidades Autónomas no deben adecuar necesariamente su estructura, funcionamiento u organización a las correspondientes de las Cortes Generales, ni aplicarse a estas instituciones autonómicas de modo directo o supletorio la regulación constitucional sobre la organización y funcionamiento del Parlamento nacional.

2. **El Senado**

Las peculiaridades autonómicas más claras se dan «en el caso del Senado»: el Senado español solo sedicentemente es autonómico. De todos modos, el Senado autonómico tiene posibilidades y el rendimiento federal de las segundas cámaras es discutible. Así el Senado americano es una Cámara Nacio-

nal; y el *Bundesrat* es una cámara de representación de los Gobiernos. En efecto, en el terreno institucional no debe olvidarse la diferente modulación en el modelo federal y autonómico del principio de participación propio de las formas compuestas. La institucionalización de la participación de las unidades miembros en la determinación de la voluntad federal, que se lleva a cabo a través del Senado aparece como una compensación al abandono de su independencia anterior y como una garantía del respeto de su especificidad y su no disolución en el nuevo Estado. La segunda Cámara puede ser un «Senado», esto es, una Cámara nombrada por los ciudadanos o las asambleas de los Estados, correspondiendo de ordinario el mismo número de miembros a todos los Estados. O un «Consejo», esto es, una Cámara designada por los Gobiernos, en los que se distribuyen los escaños, según la población de los Estados, votando sus miembros de acuerdo con las instrucciones recibidas, expresando una opinión exclusivamente por Estado. La opción entre una de estas alternativas, discutible en términos institucionales y funcionales –el Consejo parece capaz de una actuación más fiel a la voluntad de los Estados, pero opera en su contra el mayor grado de legitimidad del Senado, derivado del origen inmediatamente popular de sus miembros, así como que parezca más adecuado al principio organizativo de la división de poderes–, se ha resuelto siempre por razones históricas.

Desde una perspectiva jurídica el Senado es un órgano constitucional del Estado federal, sin que la intervención asignada a los Estados federados en su formación le atribuya la condición de órgano de éstos. De modo que sólo impropiamente puede considerarse a las Segundas Cámaras la condición de representantes de los Estados, lo que no es obstáculo, como se ha reconocido doctrinalmente, que se reconozca de hecho al Senado un cierto rol «representativo» de los Estados en el sistema político.

Pero es precisamente en la relevancia organizativa del principio de participación donde vuelve a pronunciarse la diferencia entre el Estado autonómico y el federal, pues en el Estado autonómico los instrumentos participatorios de las Comunidades como tales en las instituciones generales son más bien escasos, debido principalmente a que nuestro Senado sólo sedicentemente es un «Cámara de representación territorial», antes asamblea provincial que autonómica, no especializada en la representación de las Comunidades Autónomas, y por lo demás con disminuidas oportunidades en la elaboración de leyes y sin la posibilidad de exigir la responsabilidad política del Gobierno. No obstante esta afirmación debe matizarse.

En primer lugar porque los instrumentos de participación, los *federal instrumentalities* por excelencia, pueden dar un juego interesante: nos referimos

a la «cuota» de senadores autonómicos, la iniciativa legislativa de las Comunidades Autónomas, la intervención del Senado en la aprobación de la necesidad de leyes de armonización, la intervención del Senado en la operación del artículo 155 CE, o la posición reforzada de esta Cámara respecto de la reforma constitucional. En segundo lugar, porque tampoco debe magnificarse la capacidad integradora del Senado federal. Políticamente es significativo que en los Estados Unidos la Cámara localista sea en la actualidad la Cámara de Representantes: mientras que el Senado se considera como la Cámara verdaderamente nacional, debido a la larga duración de los mandatos de sus miembros y el protagonismo en política internacional y su control sobre determinados nombramientos de la Administración. Los instrumentos de cooperación, esto es, lo que yo llamo «amarres federales» están menos desarrolladas en el caso español: Conferencias de presidentes, conferencias sectoriales, etcétera. Una reforma en nuestro Estado autonómico debiera plantearse la reforma del Senado y de los instrumentos de cooperación.

3. **La justicia constitucional**

El carácter constitucional de la organización federal o autonómica explica la atribución de su garantía a la «Justicia constitucional», a cargo de una jurisdicción especializada como es el caso de Alemania o España o la jurisdicción ordinaria en su más alta instancia como ocurre en los Estados Unidos. La Justicia constitucional, en efecto, es imprescindible en los sistemas complejos donde las colisiones normativas, trasunto de las disputas competenciales, son inevitables: es este trasfondo político el que en último término explica el notable número de conflictos en cualquier Estado descentralizado, en el que evidentemente la disputa territorial no se agota en el momento de la delimitación constitucional, sino en el de la actuación o el despliegue de las competencias, respecto de cuyo ejercicio, si se quiere afirmar la normatividad constitucional, es imprescindible el control jurisdiccional. Además, en el caso español, la intervención jurisdiccional resulta obligada en función de la propia indeterminación de la delimitación competencial en la Constitución en virtud, sobre todo, de las exigencias del consenso y a pesar de que en principio las normas de esta clase frente a otro tipo de preceptos ofrecen, según es sabido, mayores posibilidades de concreción. La intervención jurisdiccional, de otro lado, será propiciada por causa del especialmente complicado sistema de fuentes de nuestro ordenamiento y, en el caso concreto del reparto territorial, dada la existencia de un abigarrado elenco de normas interpuestas determinadoras de competen-

cia. La intervención del Tribunal, hecha posible, por otra parte, debido a la disposición de los agentes políticos a aceptar la mediación pacificadora de esta instancia en nuestro Estado compuesto, ha sido asimismo facilitada por la excelente recepción, en términos generales, en la comunidad jurídica de la doctrina constitucional en razón de su calidad técnica.

La imprescindibilidad de una jurisdicción materialmente constitucional en los Estados compuestos no hace sino subrayar la condición de estos sistemas primero como «Estados de derecho», en los que las disputas políticas se juridifican en la medida de lo posible, y, después, como «formas políticas moderadas» en las que el poder se ejerce siempre de acuerdo con competencias determinadas de antemano y cuya observancia garantiza un Tribunal superior e independiente. La intervención de la jurisprudencia de ese Tribunal en la definición del alcance de las competencias y el establecimiento de los criterios de resolución de los conflictos entre los diversos títulos competenciales es esencial. Pero conviene tener en cuenta algunas consideraciones. Así por ejemplo se suele subrayar que, aunque la observancia del reparto competencial haya de exigirse tanto a las instancias centrales como a las territoriales, la revisión más apremiante es la que se refiere a la constitucionalidad de la legislación de los Estados. Suele recordarse la frase del juez Holmes: «No creo que los Estados Unidos se acabarían si no pudiésemos declarar nula una ley del Congreso. Pero pienso que la Unión estaría en peligro si no dispusiésemos de ese poder en relación con las leyes de los Estados». Esa es la razón de que el Tribunal Supremo de Suiza pudiese anular leyes de los cantones y no las leyes de la Confederación, sin que ello pueda considerarse que los cantones quedan sin defensa, al menos política, de su autonomía, dada su presencia en la actuación del Gobierno central y el control del pueblo a través del referendum que puede convocarse a petición de una minoría de ocho cantones sobre veintitrés. En alguna estructura federal, concretamente en la Unión Europea, de otra parte, el control por el Tribunal Superior de las legislaciones de los Estados no se produce inmediatamente, en virtud de la impugnación ante él por la vía del recurso directo o de modo incidental, sino por la vía de la cuestión prejudicial, dando ocasión al Tribunal de la Unión a que se pronuncie sobre la interpretación o validez de la norma comunitaria decisiva para el caso. De otro lado hay que resaltar que el parámetro de control de las instancias jurisdiccionales no tiene por qué reducirse al estrictamente constitucional. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos utiliza para la anulación de las leyes de los Estados, sobre todo el parámetro de las leyes federales, en aplicación del principio de que el «derecho de la federación rompe el de los Estados»; en cambio, en la Unión europea tienden a emplearse referencias

constitucionales, sin duda por la menor legitimación del órgano legislativo de la Unión, que es el Consejo de los Gobiernos, en relación con el Congreso de los Estados Unidos, directa representación del pueblo.

III. LA PROBLEMÁTICA DEL REPARTO COMPETENCIAL

El segundo elemento a considerar consiste en resolver la problemática del reparto competencial, esto es, saber cuáles son las atribuciones que corresponden al Estado central y cuáles a los entes territoriales, llamando la atención sobre el máximo rango normativo del reparto competencial y de las garantías del mismo. Hay primero, una cuestión categorial: definición de las competencias, clases, resolución de conflictos entre ellas, etcétera. Las normas constitucionales no definen estos conceptos, lo que suele hacer la doctrina constitucional. En el caso de las competencias hablamos de decisiones de intervención normativa o no sobre una materia. Las hay exclusivas, compartidas y concurrentes. Generales y específicas, sustantivas y auxiliares. Habrá asimismo necesidad de atender a los criterios de resolución de los conflictos, primando la aplicación del título competencial más específico y directo.

En los sistemas compuestos, en efecto, una vez establecida su planta institucional, el *quid quaestionis* es el reparto competencial entre las instituciones centrales y las instancias territoriales. La delimitación competencial no siempre se especifica en términos de suficiente claridad, debido, en primer lugar, al carácter consensual de las Constituciones, especialmente las de tipo federal, lo que conlleva inevitablemente la ambigüedad de las cláusulas competenciales. En segundo lugar, está el hecho de que dicha indeterminación facilita la vigencia constitucional prolongada, pues el reparto de atribuciones establecido por los padres fundadores ha de servir para generaciones cuya situación o circunstancias no tienen mucho que ver con las del momento constituyente, de manera que la problemática competencial presenta una dimensión indudablemente dinámica.

La fijación constitucional de las competencias se hace, por ejemplo, de diferente modo en el caso de los Estados Unidos y Alemania, estableciendo ámbitos materiales de actuación, que en el caso de la Unión Europea, donde se señalan objetivos a esta. En todos los sistemas es posible distinguir las competencias por «su especificidad o generalidad», permitiendo las cláusulas más generales la deducción de poderes o atribuciones implícitas, como ocurre en el supuesto de la competencia de la federación para la regulación del comercio «interestatal» en los Estados Unidos. Una distinción diferente es la que cabe

establecer entre las atribuciones sustantivas o las instrumentales o subordinadas, necesarias para verificar las principales.

Interesante asimismo es distinguir entre los sistemas que atribuyen «la residualidad» de las competencias a los Estados miembros (Estados Unidos o Alemania) o al Estado central (España), de manera que la Constitución federal se limita a establecer las competencias de la Federación. Esta distinción se encuentra relacionada con la que reflejábamos con anterioridad entre federalismo de integración o de devolución.

La cuestión del reparto competencial se encuentra muy relacionada en los Estados compuestos con la de la integración o articulación que sólo puede llevarse a cabo reconociendo una capacidad de liderazgo o «primacía» al derecho de la federación. Esta primacía se ha impuesto recurriendo el Estado central a títulos competenciales de gran fuerza expansiva como es el caso de la competencia sobre el comercio interestatal; o utilizando las posibilidades de los títulos de intervención en las competencias concurrentes, a través de la *preemption* en el caso de los Estados Unidos, o la actuación de la Federación interpretando, en el caso de Alemania los supuestos previstos en el artículo 72 CA. En el derecho norteamericano el título del Estado central para que el derecho federal ocupe el espacio competencial de los Estados miembros en las materias compartidas depende finalmente del resultado de la indagación final de la auténtica voluntad del Congreso. Esa ocupación del espacio normativo del derecho federal, induce a una actuación de complemento a la legislación del Estado en esa materia. La colaboración normativa, además, en Alemania está prevista, sobre unos fundamentos muy parecidos a los de nuestras leyes básicas, mediante las leyes de principios o, como una posibilidad, en el caso de que se utilicen leyes marco en la legislación concurrente o exclusiva.

En el Estado autonómico el título competencial ordinario de las Comunidades autónomas se encuentra en la legislación básica que establece el Estado central y que desarrollan las Comunidades Autónomas. Hay que señalar que en el Estado autonómico son, en el marco constitucional, los Estatutos de autonomía los que desarrollan las competencias de las mismas. En el Estado federal la norma competencial no es la Constitución del Estado miembro sino la de la Federación. Las competencias que no son de la Federación, sino que corresponden a los Estados en virtud de la operación de la cláusula residual. Aquí se plantea la diferenciación entre la Constitución de un Estado miembro y el Estatuto de Autonomía. La Constitución de un Estado miembro denota poder originario no derivado: una soberanía limitada.

Así las decisiones fundamentales sobre los derechos las toma la Constitución de la Federación que es la primera Constitución.

Los Estatutos de autonomía, que son manifestación e instrumento del autogobierno de las Comunidades Autónomas, son normas heterónomas aprobadas mediante Ley Orgánica. Pero son normas que fungen como Constitución, pues son cabeza del ordenamiento territorial y contienen disposiciones con estructura normativa constitucional, e integran el parámetro constitucional también para el Estado.

La garantía constitucional del autogobierno es diferente según estamos estemos en un sistema federal o autonómico. La reforma del Estado federal debe ser aprobada por un número determinado de Estados, eso contando con que la misma existencia de la Federación y la intervención de los Estados en el sistema político está asegurada frente al poder constituyente constituido de la reforma. Esta garantía no existe en el Estado autonómico donde los cuerpos electorales territoriales respectivos no tienen nada que decir, siempre que la reforma del Estado autonómico no afecte la misma consideración democrática del Estado, pues este tipo de reformas resulta, a mi juicio, prohibida.

En efecto, como ya se ha advertido y no puede ser de otra manera, los conflictos que puedan surgir en el funcionamiento de las formas federativas se resuelven por una instancia suprema jurisdiccional imparcial e independiente utilizando exclusivamente la razón del derecho. Esta instancia de limitadora de los conflictos no puede faltar. Estamos hablando de disputas identitarias pero que se representan y resuelven como conflictos jurídicos. Todas las formas federativas son en efecto Estados jurisdiccionales. Los sistemas federales son especialmente Estados de derecho y en consecuencia formas políticas moderadas que asumen en última instancia una solución jurídica a los problemas. Presupuestos de esta situación son: en primer lugar, la idea normativa de Constitución: estamos ante una verdadera norma territorial y como tal aplicable ante los tribunales. Además, la Constitución territorial está especialmente necesitada de interpretación adaptativa, pues se trata de normas abiertas relativamente, establecidas en un momento histórico determinado y que necesitan una concreción posterior llevada a efecto de modo dinámico. Por último, especialmente necesaria es la anulación de las leyes territoriales, como mostrarían los casos americanos y suizo (opinión del juez Holmes y prohibición constitucional de anulación por el Tribunal Supremo de las leyes de la Confederación, que conocemos).

IV. LA BASE IDEOLÓGICA O ESPIRITUAL DEL FEDERALISMO. LA CAPACIDAD DE INTEGRACIÓN DE LAS FORMAS FEDERATIVAS: DEVOCIÓN A LA CASA COMÚN Y PATRIOTISMO TERRITORIAL

Por lo que hace a la base ideológica o espiritual del federalismo, como señalara Gumersindo Trujillo, el federalismo no es solo una carcasa organizativa pues necesita una cultura o un clima específico. Efectivamente los sistemas federales buscan equilibrar en las sociedades plurales la unión y las diferencias. No hay federalismo sin lealtad federal, sin la «devoción a la casa común y compartida». Tampoco sin «patriotismo territorial». La cultura correspondiente es la del pacto y la negociación: el pragmatismo y la flexibilidad.

La equiparación entre el Estado autonómico y el Estado federal se produce asimismo si se tienen en cuenta «las capacidades de integración» de ambas formas políticas, que son muy semejantes, en la medida en que las dos son la respuesta, en buena parte, a las tensiones nacionalistas que operan en su seno. El Estado autonómico como el sistema federal acoge constitucionalmente el mismo doble principio estructural, esto es, reconocimiento de un ámbito de autonomía para sus integrantes territoriales y oportunidades de participación en las instituciones comunes, especialmente el Senado. Y ambos sistemas se basan en dos exigencias, el compromiso del Estado general de construir una cultura común realmente compartida, asumiendo una historia y una simbología basada en el respeto nacional de los integrantes, y la renuncia por parte de éstos a la exclusividad, la maximización a ultranza de las propias posiciones o la reclamación autodeterminista.

En España desde el punto de vista de la integración el resultado no puede considerarse sino positivo, pues el Estado autonómico ha resuelto sin tensiones dignas de nota los problemas de la integración de nacionalidades o comunidades políticas con fuerte conciencia de su especificidad y en las que ideologías nacionalistas tenían una posición referencial en su espectro político, suministrando, de otro lado, una cobertura política a los demás territorios cuya configuración autonómica es ya marco indispensable del desarrollo de sus potencialidades económicas y políticas. En el plano institucional el sistema autonómico ha permitido una perfecta simultaneidad de la organización política estatal y las autonómicas, asegurando al tiempo el autogobierno de las entidades territoriales y la afirmación del Estado (a la vez espacio compartido de integración y unidad de acción y decisión); y en el terreno normativo ha sido posible una adecuada articulación entre el derecho estatal y los autonómicos,

asegurada a través de la actuación correctora del Tribunal Constitucional. Desde la perspectiva integradora que consideramos lo que el Estado autonómico español ha mostrado es la compatibilidad entre las lealtades territoriales, afirmando la simultaneidad de pertenencia a planos de afirmación política –el nacional y el territorial– que, con independencia de la intensidad de su percepción y el orden de prelación que se establezca entre los mismos, aparecen como complementarios y no excluyentes.

Esta referencia a la capacidad de integración de la fórmula autonómica es fundamental para explicar el origen de nuestro Estado, esto es porqué se impuso la rectificación del modelo unitario o centralista, pero es asimismo indispensable para dar cuenta de su aceptación durante los ya más de cuarenta años de funcionamiento del mismo, pues cuando se produzca –en serio, más allá de posiciones estratégicas o retóricas– la denuncia del Estado autonómico como fórmula de juntura, ya tenga ello lugar desde las exigencias de la nación española o de los nacionalismos territoriales, se habrán quebrado sus supuestos espirituales y la crisis de la forma política se planteará de modo ineludible.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aja, E., *El Estado autonómico,* Madrid 1999.

García de Enterria, E., *Estudios sobre Autonomías Territoriales.* Madrid, 1985.

García Pelayo, M., *Derecho constitucional comparado.* Madrid, Reedición. Revista de Occidente, Madrid, 1964.

Muñoz Machado, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas.* I. Madrid, 1982.

Jellinek, G., *Teoría General del Estado,* 1970. Albatros, Buenos Aires.

Schmitt, C., *Teoría de la Constitución,* Editorial Revista de Derecho Privado, (hay nueva edición en Alianza Editorial), Madrid.

Solozabal, J.J., *Bases constitucionales del Estado autonómico,* capítulos «Los rasgos constitucionales del Estado compuesto».

— «El problema de la soberanía en el Estado autonómico» en Fundamentos N.º 1. Oviedo, 1998.

— *Pensamiento Federal Español y otros estudios autonómicos.* Madrid, 2019. Iustel.

Tomas y Valiente, F., *El reparto competencial en la Jurisprudencia del Tribunal,* Madrid, 1988.

LA ESTRUCTURA FEDERAL DEL ESTADO AUTONÓMICO

JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS
Universidad de Granada

I. ¿ES ESPAÑA UN ESTADO FEDERAL?

Tanto en el debate académico como en el académico es habitual la polémica sobre si España es o no un Estado federal. En estas páginas no me interesa, obviamente, la perspectiva política sino la precomprensión jurídico-constitucional de ese debate, esto es, si la forma en que la Constitución ha configurado el modelo de organización territorial permite considerarlo un Estado federal. La premisa inicial es bien conocida. En un sistema federal deben poder distinguirse tres ordenamientos distintos: el de la federación, ordenamiento general; el de los territorios integrantes de esa federación, ordenamientos territoriales, y un tercer orden global que está constituido por la agregación de los otros dos y regido por una constitución federal, situada por encima de ambos subordenamientos.

Los ordenamientos territoriales, en nuestro caso los ordenamientos autonómicos creados a partir de la aprobación de los estatutos de autonomía, siempre van a ser derivados, nunca originarios, pero si derivan del ordenamiento general del Estado no estamos en un Estado federal, aunque los órganos territoriales tengan capacidad para dictar sus propias normas. Sin embargo, si el ordenamiento originario es el constitucional y de él deriva también el ordenamiento general del Estado, además de los territoriales, el modelo es estructuralmente federal. Por tanto, el elemento determinante no es el carácter originario del ordenamiento territorial, lo que nos situaría en el marco de un estado

confederal. Lo relevante es que las condiciones de validez aplicables desde la Constitución a las instituciones territoriales resulten también aplicables a las instituciones generales del Estado. En definitiva, que sean subordenamientos derivados de un ordenamiento originario, que es el constitucional. Desde esa perspectiva, el Estado autonómico tiene los rasgos para configurarse como federal, aunque no todas las piezas encajen adecuadamente [1]. La autonomía que se reconoce a «nacionalidades y regiones» implica no sólo la capacidad de dictar las propias normas sino, sobre todo, la de dotarse de un ordenamiento propio sometido a la Constitución federal, al igual que lo está el ordenamiento general del Estado, con el que se relaciona aplicando el principio de competencia, no el de jerarquía.

En los albores del desarrollo constitucional no era fácil plantear la existencia de dos subordenamientos, general del Estado y territorial, situados al mismo nivel en el marco del ordenamiento constitucional. Al aprobarse la Constitución de 1978 partíamos de un Estado unitario, fuertemente centralizado, con un ordenamiento general completo. Luego, a partir de la aprobación de los Estatutos de Autonomía, van a ir construyéndose paulatinamente los ordenamientos autonómicos. Por ello, una primera doctrina constitucional, que representaba con brillantez Ignacio de Otto, sostenía el carácter singular del Estado autonómico, ontológicamente diferenciado del Estado federal. En ese Estado autonómico existiría un ordenamiento general con un poder central que produce normas válidas y vigentes en todo el Estado aunque con eficacia limitada en algunos casos, pues su aplicación no era directa sino supletoria, y unos poderes autonómicos que podían dictar normas válidas únicamente en su territorio. Por tanto, el Estado autonómico configurado en la Constitución sería una forma específica de descentralización, claramente diferenciada del Estado federal. Según ese planteamiento, la dinámica de la relación entre ordenamientos es distinta en ambos modelos: federal y autonómico. En el Estado federal partimos de una pluralidad de ordenamientos separados e independientes entre sí. Sin embargo, en nuestro Estado autonómico existiría, según esa interpretación, un «ordenamiento unitario y uniforme, un Derecho general, al que pue-

[1] Sigo en este punto, como en tantos otros, el planteamiento que hacía en 1992 mi maestro, el profesor Balaguer, actualmente recogido en Balaguer Callejon, F., *Fuentes del Derecho.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, pp. 473-476. Este libro compila y actualiza, treinta años después, los dos volúmenes de Fuentes del Derecho: *Fuentes del Derecho. I. Principios del ordenamiento constitucional.* Tecnos, Madrid, 1991 y *Fuentes del Derecho. II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos.* Tecnos, Madrid, 1992.

den superponerse, porque no es obligado que así ocurra, otros ordenamientos circunscritos a determinadas materias y de vigencia territorialmente limitada» [2].

Frente a esa posición, desde una concepción estructuralmente federal del Estado autonómico se sostiene que en España existen tres órdenes diferenciados, como es propio del modelo federal: un ordenamiento general del Estado, un ordenamiento de cada territorio constituido en Comunidad Autónoma en particular y un ordenamiento global que incorpora en normas constitucionales las reglas de funcionamiento comunes a los otros dos subordenamientos [3]. Y esto es así porque la validez de los ordenamientos territoriales que se van a configurar a partir de la aprobación de los Estatutos de Autonomía no depende de los órganos generales del Estado sino de los órganos constitucionales. El ordenamiento de cada una de las Comunidades Autónomas, el ordenamiento autonómico, no está sometido, por tanto, al ordenamiento general del Estado sino al ordenamiento constitucional. Las Comunidades Autónomas son Estado y a través de ellas, y de sus órganos de producción normativa, se actualiza también, como se hace a través de las instituciones generales del Estado, el orden constitucional. En consecuencia, desde el ordenamiento constitucional se controlan no sólo las normas que forman parte del ordenamiento autonómico sino también las del ordenamiento general del Estado. En definitiva, nuestro ordenamiento constitucional tiene la estructura que le permite configurarse como federal: un ordenamiento global, unitario, del que derivan tanto el ordenamiento general del Estado como los ordenamientos territoriales. Cuestión distinta es el adecuado encaje de algunos de sus contenidos concretos en ese modelo, al menos en la forma en que han sido interpretadas en los distintos momentos de evolución del Estado autonómico.

II. REGULACIONES CONSTITUCIONALES QUE CONDICIONAN EL CARÁCTER FEDERAL DEL ESTADO AUTONÓMICO

En efecto, la estructura federal del Estado autonómico viene condicionada por algunos contenidos constitucionales que atienden a una lógica distinta a la federal. Hay dos que destacan de manera especial y en los que, por tanto, nos vamos a detener. Son, en primer lugar, la aprobación y reforma por una ley del ordenamiento general del Estado, una ley orgánica, de la norma de cabece-

[2] De Otto Pardo, I., «La prevalencia del Derecho del Estado», en *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*. Civitas, Madrid, 1986, pp. 73-74.

[3] Balaguer Callejon, F., *op. cit.* p. 478.

ra del ordenamiento autonómico, el Estatuto de Autonomía, a partir de la cual se va a construir ese ordenamiento; y, en segundo lugar, la cláusula de supletoriedad del 149.3 CE en virtud de la cual el Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas y, por tanto, válido tanto en el ordenamiento general del Estado como en el autonómico.

1. La aprobación y reforma del Estatuto de Autonomía por una ley orgánica

Lo primero a analizar es, por tanto, la naturaleza constitucional del Estatuto de Autonomía. Por un lado, se nos presenta como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, a la que la Constitución atribuye funciones relevantes: la denominación de la Comunidad, la delimitación de su territorio, la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias o la determinación de las competencias asumidas dentro el marco establecido en la Constitución (art. 147.1 CE). Sin embargo, el Estatuto es una ley orgánica del artículo 81 CE según el cual son leyes orgánicas las que aprueban los Estatutos de Autonomía y el artículo 147.3 CE indica que la reforma de los Estatutos «requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica». En consecuencia, se trataría de una ley de los Cortes Generales, incluida en el ordenamiento general del Estado, que constituye, a su vez, norma sobre la producción de las que configuran el ordenamiento autonómico. Presentado así, permite considerar al ordenamiento autonómico, creado a partir de la aprobación del Estatuto, como derivado del ordenamiento general del Estado, en el que se inserta su norma institucional básica.

Sin embargo, esto no es así. Por supuesto no lo es desde la teoría de la Constitución. Estamos ante la «norma institucional básica» de la Comunidad Autónoma; en definitiva, la constitución en sentido material de ese ordenamiento territorial. Pero, especialmente, si atendemos a su condición de fuente del Derecho se puede rechazar esa concepción del Estatuto como una ley orgánica más, de la que resultaría el carácter derivado del ordenamiento autonómico en relación al general del Estado. No es una ley orgánica más ni por el procedimiento de elaboración ni por el de su reforma. Como es bien conocido, tanto en la aprobación como en la reforma del Estatuto deben confluir dos voluntades: la general del Estado y la del territorio. Por tanto, es una fuente bilateral y esto la diferencia de la ley orgánica de las Cortes Generales, que es unilateral, incluso de otras leyes orgánicas con incidencia en el Estado autonómico también previstas en la Constitución como las leyes orgánicas de trans-

ferencia y delegación (art. 150.2 CE) o la ley orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas (art. 157.3 CE).

La aprobación de los Estatutos ya es un proceso históricamente superado. Nos interesa su reforma. Y, en relación a ella, la Constitución remite al procedimiento previsto en los Estatutos, sin perjuicio de la aprobación por las Cortes Generales mediante ley orgánica (art. 147.3 CE), como se ha dicho. Pues bien, una vez que todos los Estatutos de Autonomía han establecido la necesaria aprobación de la reforma por el parlamento autonómico, con la excepción de los de Ceuta y Melilla, se está garantizando siempre la intervención de una doble voluntad, autonómica y estatal, y, en consecuencia, se está diferenciando nítidamente de la ley orgánica como fuente aprobada unilateralmente por las Cortes Generales [4]. Por tanto, la ley que reforma los Estatutos no es una ley orgánica del ordenamiento general del Estado. Es una fuente pactada entre los poderes normativos de los dos subordenamientos pues no basta la voluntad de uno para culminar su aprobación y entrada en vigor. No es una ley de las Cortes Generales, esto es, del ordenamiento general del Estado; ni, obviamente, una ley del ordenamiento autonómico: es una ley del ordenamiento constitucional [5]. En definitiva, la rigidez estatutaria, esto es, la existencia de un procedimiento específico para la reforma de los Estatutos, distinto al que existe para modificar cualquier otra ley, orgánica u ordinaria y en el que se garantiza la participación del poder territorial permite configurar a esta fuente como ley del ordenamiento constitucional, cumpliendo la misma función que las constituciones de los estados federados en el modelo federal.

Por ello, una vez que la Constitución remite a los Estatutos el establecimiento del procedimiento de reforma y todos los Estatutos de las Comunidades Autónomas prevén la aprobación de esa reforma también en el parlamento autonómico, el Estatuto de Autonomía encuentra un adecuado encaje en la estructura federal del Estado autonómico. No se sitúa, en puridad, en ninguno de los dos subordenamientos, sino que ocupa una posición singular, subordinado a la Constitución y sometido, por ello, a control de constitucionalidad, pero cumpliendo una función materialmente constitucional. Así lo reconocía el Tribunal Constitucional cuando indicaba que «complementa» a la Constitución en la definición de la organización territorial del Estado (STC 247/2007/6).

En efecto, la STC 247/2007 configuró al Estatuto como ley del ordenamiento constitucional en un modelo federal, en el sentido apuntado. Señala

[4] Precisamente por ello Ceuta y Melilla son ciudades autónomas, con una naturaleza distinta a las Comunidades Autónomas. Cfr. Montilla Martos, J. A., «La asimetría de las Ciudades Autónomas», en: *Revista Española de Derecho Constitucional,* 57, 1999, pp. 65-86.

[5] Balaguer Callejon, F., *op. cit.* p. 489.

que los Estatutos «fundan la Comunidad Autónoma, la dotan del correspondiente poder político y permiten el natural desenvolvimiento de dicho poder mediante la emanación de leyes en sus ámbitos de competencia» (STC 247/2007/5). En consecuencia, no sólo todas las normas que se ubican en el subordenamiento autonómico deberán respetar lo establecido en el Estatuto, sino que, incluso, «la función que los Estatutos desempeñan y su especial rigidez, les otorga una resistencia especial frente a otras leyes del Estado» (STC 247/2007/7).

Ciertamente, esta configuración federal del Estatuto fue cuestionada en la STC 31/2010. Hallamos en esta sentencia afirmaciones que parecen recuperar la concepción del Estatuto como una ley orgánica más y, en consecuencia, la comprensión del ordenamiento autonómico como un ordenamiento derivado del general del Estado. Se afirma que la calificación del Estatuto como «materialmente constitucional» «no tiene mayor alcance que el puramente doctrinal o académico» y «en ningún caso se traduce en un valor normativo añadido al que estrictamente corresponde a todas las normas situadas extramuros de la Constitución formal» (STC 31/2010/3). De esta forma, nos presenta al Estatuto como soporte de un conjunto de normas que se integran en el ordenamiento bajo la forma de un específico tipo de ley del ordenamiento general del Estado (ley orgánica) y su posición en el sistema de fuentes es la característica de las leyes orgánicas que se relacionan con las restantes fuentes legales de acuerdo al principio de competencia; jerárquicamente inferior a la Constitución y superior a las normas infralegales (STC 31/2010/3).

Lo criticable de esta sentencia es que en su intento por destacar la supremacía de la Constitución respecto al Estatuto de Autonomía, que resulta incuestionable, parece asimilar el Estatuto a las restantes leyes orgánicas, lo que no parece posible en nuestro marco constitucional. No son asimilables, como hemos visto, esencialmente por su naturaleza de fuente bilateral derivada del procedimiento específico para su reforma previsto en el propio Estatuto, por expresa previsión constitucional (art. 147.3 CE). La rigidez, en definitiva, diferencia al Estatuto de cualquier otra fuente legal.

En puridad, la STC 31/2010 no ha contradicho expresamente la doctrina anterior de la STC 247/2007. Incluso, reconoce al Estatuto funciones que impiden su asimilación a las restantes leyes del ordenamiento general del Estado. Se refiere, en ese sentido, entre sus funciones, a la «creación de sistemas normativos autónomos, todos subordinados jerárquicamente a la Constitución y ordenados entre sí con arreglo al criterio de competencia» y a la «condición de constitucionalidad de todas las normas del ordenamiento en su conjunto, también de las que comparten su forma y rango» por remisión de la Constitución

(STC 31/2010/4). Por tanto, la STC 31/2010 no niega el carácter de ley del ordenamiento constitucional al Estatuto. Sin embargo, provoca la «devaluación» de su función constitucional, con consecuencias relevantes especialmente en la delimitación del reparto competencial y en la articulación bases-desarrollo, sin garantizar la posición del Estatuto en el ordenamiento constitucional [6]. A mi juicio, habría que superar esa doctrina, acaso vinculada al concreto conflicto político de Cataluña, y recuperar la concepción federal del Estatuto que el Tribunal había establecido apenas tres años antes.

2. **La cláusula de supletoriedad**

El segundo obstáculo constitucional a la configuración federal del Estado autonómico es la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE. En realidad, la tesis de la validez general del Derecho estatal en todo el territorio, a partir del cual se construye inicialmente la diferenciación entre el Estado autonómico y el Estado federal, se sustentaba fundamentalmente en la cláusula de supletoriedad. Indica el inciso final del artículo 149.3 que «el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas». A partir de esa dicción, la STC 5/1981, en los inicios de la jurisprudencia constitucional, configuraba a la supletoriedad como una suerte de cláusula universal atributiva de competencias. En virtud de ella, el Estado podía crear normas válidas en toda España (validez general del Derecho estatal) que resultarían aplicables de forma supletoria cuando fuera competente la Comunidad Autónoma en virtud de la preferencia aplicativa en ese ámbito de las normas autonómicas. En este sentido, esa consideración de la supletoriedad obligaba a las Comunidades a regular la materia con la misma extensión que el Derecho estatal pues en otro caso se aplicaría éste con carácter supletorio a lo que no hubiera alcanzado la actuación del poder normativo autonómico. En definitiva, la validez del Derecho estatal era ilimitada y el Estado estaba habilitado para superponer su ordenamiento sobre el autonómico. Era lógico que, a partir de esa concepción, pudiera considerarse al ordenamiento autonómico como derivado del ordenamiento general del Estado y, en definitiva, el Estado autonómico cualitativamente distinto al Estado federal.

[6] Me he detenido en este efecto de «devaluación del Estatuto» derivado de la STC 31/2010 y sus consecuencias, en MONTILLA MARTOS, J.A., *Reforma federal y Estatutos de Segunda Generación.* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 35-43.

Sin embargo, esa interpretación constitucional era difícilmente sostenible. La supletoriedad no es el fundamento de la competencia estatal sino una regla de aplicación que requiere la existencia de un vacío normativo que pueda ser considerado una auténtica laguna y resulte imposible la autointegración. En definitiva se requieren dos condiciones para la aplicación supletoria de la norma estatal: haber sido adoptada en virtud de un título competencial válido por parte del Estado y la existencia de una laguna jurídica entendiendo que no se puede considerar laguna cualquier vacío normativo ni se puede acudir a los mecanismos de heterointegración, como es la supletoriedad, sin haber intentado previamente la autointegración. [7]

Por ello, de forma paulatina, el Tribunal Constitucional fue superando su doctrina inicial sobre la supletoriedad, acogiendo los presupuestos antes apuntados. Ya en la STC 15/1989 se decía que no puede operar «como una cláusula universal atributiva de competencia». Sin embargo, en la práctica seguía utilizándose como tal. Se nos presentaba como regla «ordenadora de la aplicación de normas en el Estado compuesto configurado por la Constitución». Sin embargo, ello suponía volver a «situar el problema en un plano equivocado: el de la relación entre normas, en lugar del de la determinación del Derecho aplicable» [8]. Y es que la concepción es distinta. Resulta necesario cubrir las lagunas desde el propio ordenamiento territorial y si no se consigue, en virtud de la plenitud del ordenamiento y a partir del principio de unidad, se acude al ordenamiento general Estado por si existieran normas válidas, en cuanto aprobadas en virtud de un título competencial, que pudieran ser aplicables. Pero la plenitud y la unidad que se persigue no es del ordenamiento general del Estado sino del ordenamiento constitucional. y no puede contradecir el principio de autonomía.

El cambio definitivo en la concepción jurisprudencial de la supletoriedad se produjo con las SSTC 118/1996 y 61/1997. Es verdad que el Tribunal no lo explica desde la relación entre dos subordenamientos sujetos al ordenamiento constitucional que tienen sus mecanismos propios para cubrir las lagunas. El Tribunal reconoce expresamente el cambio en la interpretación de la cláusula de supletoriedad, pero lo vincula a la evolución del Estado autonómico. La concepción primera de la supletoriedad, nos dice, corresponde al proceso de formación del Estado autonómico con la lógica heterogeneidad de los espacios competenciales de las distintas Comunidades Autónomas (STC 118/1996/4 y 5). Sin embargo, a medida que evoluciona el Estado autonómico y los ordena-

[7] Balaguer Callejón, F., *op. cit.* p. 593.
[8] Balaguer Callejón, F., *op. cit.* p. 613.

mientos territoriales son más completos, o no hay motivo para que no lo sean, debe reducirse la capacidad normativa del Estado tanto en las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas como en las compartidas. Y no es posible, en definitiva, la elaboración de normas supletorias por parte del Estado cuando carece de título competencial para ello. Sólo podrá aplicar con ese carácter las que ya están en el ordenamiento. Se ha criticado, con razón, la «petrificación» del Derecho estatal que ello puede conllevar [9]. Sin embargo, es evidente la trascendencia de esta nueva doctrina del Tribunal Constitucional para la configuración federal del Estado autonómico. La supletoriedad no es ya una regla de producción normativa que habilita al Estado para dictar normas en el espacio competencial de la Comunidad Autónoma sino una regla de aplicación de normas que permite al operador jurídico aplicar una norma estatal válida, en cuanto aprobada en virtud de un título competencial propio, cuando se advierte una laguna jurídica en el espacio competencial autonómico que no puede ser cubierta desde ese subordenamiento.

Si el sustento de la diferenciación entre un Estado regional y un Estado federal era la validez de las normas del ordenamiento general del Estado en todo el territorio, en unos casos con aplicación directa, al contar con título competencial, y en otras para su aplicación supletoria, ese apoyo desaparece a partir de estas sentencias. Desde que el Tribunal Constitucional niega formalmente a la supletoriedad el carácter de título habilitante para la creación de normas por parte del Estado y se reconoce como regla de aplicación de normas válidas y vigentes, desaparece el obstáculo constitucional para la configuración federal del Estado autonómico desde la perspectiva de la relación entre ordenamientos.

III. LA IMPREVISIÓN DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS FEDERALES EN LA CONSTITUCIÓN

La conclusión de lo anterior es que España tiene la relación entre ordenamientos propia de un Estado federal. Sin embargo, en la práctica no ha funcionado como tal. El problema radica en que la Constitución no ha previsto las técnicas, los procedimientos y los instrumentos que facilitan la necesaria interrelación entre ambos subordenamientos, en el marco del ordenamiento cons-

[9] Sánchez Barrilao, J. F., «La regla de la supletoriedad a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo: continuidad y renovación del derecho estatal», en: *Revista de Estudios Políticos,* 99, 1998.

titucional. Los motivos son diversos pero, en general, deben vincularse al carácter básicamente procedimental del Título VIII de la Constitución; a su preocupación por el reparto de competencias más que por el ejercicio competencial, e incluso a la voluntad política de diferenciarse del federalismo, en la misma línea que la Constitución de 1931 [10]. La consecuencia es que los subordenamientos general del Estado y autonómicos se han desarrollado de forma yuxtapuesta y continuamente en conflicto, conflictos que ha debido resolver siempre el Tribunal Constitucional, con el riesgo de convertirse en un actor político más pues el reparto de los ámbitos de actuación competencial es un reparto de poder político [11].

Pero, ¿cuáles son los instrumentos de relación que faltan en la Constitución para un adecuado funcionamiento federal? A mi juicio, tres: en primer lugar, la previsión de instrumentos de colaboración interadministrativa; en segundo lugar, la existencia de un órgano constitucional con poderes normativos que permita la relación ordinaria entre ambos ordenamientos, un Senado federal, en definitiva; y, en tercer lugar, la previsión de mecanismos de resolución política de los conflictos de manera que la intervención del Tribunal Constitucional sea excepcional. Voy a detenerme en estas cuestiones para mostrar que algunas de las deficiencias se están resolviendo pero en relación a otras queda mucho camino por recorrer.

1. **Los instrumentos de colaboración interadministrativa**

En primer lugar, debemos referirnos a las relaciones de colaboración. Como es conocido, la Constitución había omitido cualquier referencia a los instrumentos y técnicas de colaboración [12]. No obstante, desde sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional ha considerado que, pese al silencio del constituyente, no era necesario justificar el deber de colaboración en preceptos constitucionales concretos pues es un principio «que se encuentra implícito en la propia esencia de la organización territorial del Estado» (STC

[10] Aja Fernández, E., *Estado autonómico y reforma federal.* Alianza Editorial, Madrid, 1994.

[11] Sobre esta cuestión, Montilla Martos, J. A., «The Function of the Contitutional Court in the Distribution of Competences: A Critical Vision», en: Lopez Basaguren, Alberto; Escajedo San Epifanio, Leire (ed.), *The Wais of Federalism in Western Countries and the Horizons of Territorial Autonomy in Spain.* Springer, vol. I, pp. 527-543.

[12] Por todos, cfr. Cámara Villar, G., «El principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo,* 1, 2004 y Garcia Morales, M. J., «La colaboración a examen: Retos y riesgos de las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico», en: *Revista Española de Derecho Constitucional,* 86, 2009.

18/1982), esto es, la colaboración es el criterio informador que debe presidir las relaciones entre ambos ordenamientos. El legislador ha intentado cubrir este «olvido» constitucional. Tras una regulación ciertamente parca en la Ley 12/1983, del Proceso Autonómico, y la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, especialmente, tras su reforma de 1999, en la actualidad, la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, contiene una regulación más completa de esas relaciones de colaboración. Establece los principios, regula los órganos de colaboración, en concreto, las conferencias sectoriales, la conferencia de presidentes y las comisiones bilaterales de cooperación, y se detiene en la organización y funcionamiento de las distintas técnicas de colaboración. En ese sentido, diferencia la cooperación voluntaria de la coordinación por parte del Estado y el distinto alcance de los acuerdos adoptados por las conferencias sectoriales. En cualquier caso, no se ha configurado un marco completo de instrumentos y procedimientos de relación interordinamental sino menciones puntuales en las fuentes generales que regulan el funcionamiento de las administraciones públicas.

Conforme a lo establecido en la Ley 40/2015, la colaboración se desarrolla a través de tres vías, que tienen naturaleza distinta: el auxilio, la cooperación voluntaria y la coordinación por parte del Estado. El deber de auxilio, o colaboración en sentido estricto, es la mera petición de ayuda entre administraciones, con difícil formalización, sustentada en el principio de lealtad institucional. Su manifestación más habitual es el intercambio de información en relación a los distintos ámbitos competenciales (STC 18/1982/14) y, en un sentido más amplio, la obligación de facilitar la asistencia activa necesaria en el ejercicio de las competencias respectivas. En segundo lugar, la cooperación tiene un carácter voluntario y se desarrolla en órganos de cooperación, como las conferencias sectoriales o las comisiones mixtas bilaterales. Los instrumentos para hacerla efectiva son los acuerdos de las conferencias sectoriales y los convenios de colaboración. La cooperación es, sin duda, el pilar fundamental del modelo de colaboración. La Ley 40/2015 la ha definido, correctamente, como aquella situación en la que «dos o más administraciones públicas, de manera voluntaria y en ejercicio de sus competencias, asumen compromisos específicos en aras de una acción común» (art. 140.1 d). Finalmente, la coordinación general tiene la singularidad de que una de las administraciones, la del Estado, tiene capacidad para coordinar a las autonómicas pues la Constitución le ha otorgado esa facultad. En este caso, no es un proceso de carácter voluntario, sino que el Estado ejerce un poder de dirección sobre las Comunidades Autónomas en virtud de una competencia constitucio-

nalmente reconocida. La finalidad es la armónica integración de la actuación de las partes en el conjunto, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones (STC 32/1983). El problema es que al no haberse ejercido nunca esa función de coordinación no estaba bien regulada, ni habían sido experimentados los instrumentos para hacerla efectiva.

La pandemia de la COVID-19, tan terrible para tantas cosas, ha supuesto un importante avance en las relaciones de colaboración. Más allá de las apuntadas limitaciones del marco normativo, ordinario y constitucional, han tenido un notable desarrollo práctico durante estos años. La conferencia sectorial en materia de sanidad, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS), se reunía continuamente para abordar las numerosas situaciones problemáticas derivadas de la pandemia. En 2020 se produjeron ochenta y dos plenos del CISNS, más allá de los cientos de reuniones técnicas de sus grupos de trabajo, ponencias y comisiones. Pero no sólo se han incrementado las reuniones de esta conferencia sectorial, que ya antes de la pandemia era una de las que mejor funcionaba, con mayor actividad, más acuerdos adoptados y menos ausencias en las reuniones. También otras conferencias sectoriales han incrementado su actividad. En datos globales, durante 2017 hubo 59 reuniones de conferencias sectoriales, que fueron 65 en 2018 y descendieron a 49 en 2019. Sin embargo, en 2020 se produjeron 169 reuniones y en 2021 fueron 175. Este impulso cuantitativo ha supuesto también un avance cualitativo. La reunión constante de estos órganos de colaboración, especialmente del CISNS, ha permitido avanzar en cultura de la colaboración sustentada en la lealtad institucional, que, como bien sabemos, es el déficit estructural de nuestro modelo. Aunque se han producido conflictos políticos, el acuerdo ha predominado sobre el conflicto. También se han advertido, obviamente, las carencias e insuficiencias del modelo que no son nuevas sino básicamente las que ya se venían señalando desde la doctrina y afloran en situaciones de crisis como la vivida: un modelo apenas institucionalizado y demasiado dependiente de la voluntad política. Lo importante es que en una situación de normalidad se siga manteniendo ese nivel de encuentros y de acuerdos en el ámbito de la cooperación voluntaria que se desarrolla en las conferencias sectoriales.

Pero en este marco de colaboración desarrollado durante la pandemia se advierte un supuesto nuevo, especialmente interesante. Junto al auxilio y la cooperación voluntaria se ha producido, por primera vez, el ejercicio de la función de coordinación a través de las denominadas Actuaciones Coordinadas. A mi juicio, la coordinación puede jugar un papel relevante en la relación entre ordenamientos, especialmente en el ejercicio de las competencias com-

partidas, que son prácticamente todas las materias competenciales. En ese ámbito, el ejercicio de la función de coordinación puede permitir sustituir la imposición del poder normativo del Estado a través de unas bases detalladas, por un poder de dirección que garantiza la participación de los territorios. Como es conocido, en virtud del título horizontal del Estado sobre «ordenación general de la actividad económica» (art. 149.1.13), el Estado puede establecer las bases y/o la coordinación en prácticamente todas las materias, aunque el Estatuto establezca la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma. Hasta aquí las instituciones generales del Estado siempre han utilizado las bases para delimitar su espacio competencial. Además, unas bases detalladas, que han podido modificar en cualquier momento de forma unilateral, con la grave consecuencia de la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas autonómicas dictadas con arreglo a las bases anteriores. Desde hace muchos años vengo criticando esa forma de actuar y sosteniendo que las bases deberían aprobarse con participación de las Comunidades pues van a delimitar su marco de actuación normativa y ejecutiva [13]. Pues bien, la experiencia, a mi juicio exitosa, de la coordinación a través de Actuaciones Coordinadas, con participación de las Comunidades Autónomas, podía extenderse a los supuestos en los que el Estado ejerce su competencia de «ordenación de la actividad económica», pensemos por ejemplo en la materia vivienda, y en lugar de hacerlo a través de bases unilaterales, que generan continuos conflictos con los territorios, podría ejercer un poder de dirección a través de la coordinación que permita la intervención de las Comunidades Autónomas. En definitiva, sostengo que, a fin de alcanzar una relación entre ordenamientos más equilibrada, en lugar de utilizarse siempre las bases unilaterales del Estado para la «ordenación general de la actividad económica» podría acudirse a la coordinación como modalidad de colaboración.

La diferencia es que la coordinación no puede ejercerse a través de normas estatales adoptadas de forma unilateral que las Comunidades deban respetar, sino que impone procedimientos participados para la adopción de una decisión conjunta. Se adopta con el poder de dirección del Estado y se incorpora al ordenamiento general del Estado desde el que condiciona al ordenamiento autonómico pero no de forma unilateral, como en las bases, sino con la participación de las Comunidades en la toma de decisión a través del procedimiento que se acuerde en el marco normativo. La coordinación es una forma de relación en la que el Estado ejerce un poder de dirección sobre el

[13] Montilla Martos, J.A., «La legislación básica tras las reformas estatutarias», en: *Revista Española de Derecho Constitucional,* 78, 2006.

ejercicio de las competencias autonómicas a través de un procedimiento participado, esto es, sin que la capacidad de decisión se traslade unilateralmente al Estado. Esos procedimientos participados transcurren en los órganos multilaterales de colaboración, con la presencia del Estado y de las Comunidades, esto es, en las conferencias sectoriales. En definitiva, la coordinación como modalidad singular de colaboración puede resultar relevante para un funcionamiento federal del Estado autonómico sustituyendo en ocasiones a unas bases que suponen la imposición del ordenamiento general del Estado sobre los autonómicos [14].

2. Un órgano constitucional para la relación ordinaria entre ordenamientos: un Senado federal

La segunda deficiencia que advertíamos para un funcionamiento federal del Estado autonómico es la ausencia de un órgano constitucional que permita la relación ordinaria en el ámbito normativo entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Ya hemos destacado la importancia de esta cuestión para establecer las bases que van a determinar el espacio de actuación de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, no se advierte avance alguno en este sentido. Las modificaciones que se han efectuado en el Reglamento del Senado, por ejemplo para crear la Comisión General de Comunidades Autónomas, no han tenido efecto pues el problema es estructural. Como hemos reiterado tantas veces, resulta necesario un órgano constitucional de relación entre ordenamientos y lo que existe es una institución general del Estado, que compone junto al Congreso las Cortes Generales y actúa como cámara de segunda lectura. Por tanto, no se trata de reformar las funciones del Senado en sentido territorial sino de sustituir esa segunda cámara de las Cortes Generales por un nuevo órgano constitucional de «representación territorial» para superar la incongruencia del artículo 69.1 CE con el resto de normas constitucionales que regulan la composición y funciones del Senado.

Un Senado con la composición actual, con una mayoría de senadores elegidos en listas electorales por circunscripciones provinciales y una minoría designados por las Comunidades Autónomas, no puede ser el órgano de relación que precisa un Estado federal, aunque se hagan modificaciones en

[14] He realizado un análisis más extenso de la función de coordinación y de las cuestiones que aquí se apuntan en Montilla Martos, J. A., «El ejercicio de la coordinación estatal a través de las Actuaciones Coordinadas», en: *Revista de Estudios Políticos,* 202, 2023, pp. 105-135.

sus funciones. Para ello debería estar compuesto por los órganos de dirección política de los territorios, que son los gobiernos autonómicos, en la forma del *Bundesrat* alemán. Esto exige una reforma constitucional importante que no se atisba en el horizonte [15].

3. **Mecanismos de resolución política de los conflictos**

Finalmente, la tercera limitación para el adecuado funcionamiento federal del Estado autonómico es el exceso de conflictividad entre normas de los distintos subordenamientos. En los primeros años de este siglo, el Tribunal Constitucional federal alemán resolvía cada año uno o dos conflictos de competencias entre la Federación y los *Länder*. En esos mismos años, el Tribunal Constitucional español podía conocer cincuenta conflictos competenciales. Las causas se pueden deducir de lo anterior: no está claramente establecido en la Constitución el reparto competencial, la mayoría de las materias son compartidas, en virtud de los títulos horizontales del Estado, y las decisiones se adoptan de forma unilateral, no compartida. En consecuencia, ante la actuación unilateral de los órganos de producción normativa o de ejecución de un ordenamiento, los del otro suelen responder trasladando el hipotético conflicto a los órganos jurisdiccionales y, fundamentalmente, al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, en este punto debe destacarse una evolución positiva en los últimos años pues el Tribunal Constitucional cada vez conoce menos procesos competenciales. En esta reducción de la conflictividad está teniendo una importancia relevante el mecanismo de solución política de controversias competenciales previsto en el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. A través de la LO 1/2000, de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se había adicionado un nuevo párrafo al único previamente existente en el artículo 33 LOTC. Según ese nuevo párrafo segundo del artículo 33 LOTC, cuando un recurso de inconstitucionalidad va a ser presentado por el Presidente del Gobierno o por el órgano ejecutivo de la Comunidad Autónoma, el plazo para interponerlo se amplía a nueve meses si se inicia una negociación política en el seno de la comisión bilateral de cooperación para conciliar las discrepancias competenciales. Se exige: a) que se reúna la denominada comisión bilateral de cooperación entre la Administración General del

[15] Más extensamente sobre esta cuestión, MONTILLA MARTOS, J. A., *Reforma federal y Estatutos de segunda generación, cit.* pp. 150-157.

Estado y la respectiva Comunidad Autónoma, pudiendo solicitar la convocatoria cualquiera de las dos administraciones; b) que en el seno de la comisión se haya adoptado el acuerdo de iniciar negociaciones para resolver las discrepancias competenciales que justifican el anunciado recurso; c) que el acuerdo de inicio de negociaciones sea puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional en los tres meses siguientes a la publicación de la ley. En definitiva, se ofrece una oportunidad para el acuerdo político en una negociación bilateral entre el Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma de forma que se evite el conflicto jurisdiccional [16].

En los primeros años de aplicación este mecanismo no tuvo demasiada incidencia pero en los últimos tiempos está siendo muy relevante para reducir la conflictividad competencial. En la práctica, una modificación menor está teniendo importantes efectos. La clave es la voluntad política de alcanzar el acuerdo pues se está consolidando la práctica de intentar siempre el acuerdo político antes de plantear el recurso de inconstitucionalidad, salvo en supuestos excepcionales, con una relevante carga política. Y en muchos casos se consigue ese acuerdo, bien sea total o parcial, dando lugar a modificaciones legislativas, fundamentalmente por parte de las Comunidades Autónomas. En este contexto de búsqueda del acuerdo político, tiene menos sentido la suspensión automática de las disposiciones autonómicas impugnadas por el Gobierno del Estado, una de las debilidades más notorias del ordenamiento autonómico. La mera posibilidad de utilizar de forma unilateral un instrumento con la consecuencia de la suspensión temporal de la norma autonómica desequilibra la relación entre ambos ordenamientos.

IV. CONCLUSIÓN

En conclusión, España es un Estado con una estructura ordinamental federal que no funciona adecuadamente como tal. Para avanzar en el proceso de federalización del Estado autonómico debe continuar el proceso de configuración y aplicación de los órganos y procedimientos de cooperación voluntaria, tanto el marco normativo como la experiencia práctica. También el reciente ejercicio de la función de coordinación a través de las Actuaciones Coordinadas abre un nuevo cauce para abordar desde la colaboración y la participación

[16] Sobre esta modificación legislativa, cfr. Montilla Martos, J. A., «La solución política a las controversias competenciales. A propósito de la LO 1/2000, de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en: *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 12-13, 2000-2001, pp. 113-136.

los desequilibrios advertidos en la relación entre los subordenamientos general del Estado y autonómicos. Por otro lado, debería mantenerse y reforzarse la utilización del mecanismo de solución política de controversias para que sólo lleguen al Tribunal Constitucional los conflictos en los que se ha constatado la imposibilidad de un acuerdo político. Finalmente, en relación a la conversión del Senado en una «cámara de representación territorial» que actúe de manera ordinaria en la relación entre ordenamientos, en cuanto déficit estructural de nuestro modelo, parece que esa reforma seguirá pendiente pues el acuerdo parece muy alejado. Sin embargo, ello no puede ser óbice para seguir sosteniendo la necesidad de la reforma constitucional del Senado.

CONSTITUCIÓN TERRITORIAL ENTRE EL PASADO Y UN FUTURO QUE NO LLEGA

José Tudela Aranda
Fundación Manuel Giménez Abad

I. LOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y EL JURISTA PERSA

Pasados más de 45 años tras la aprobación de la Constitución, es oportuno recordar las premisas fundamentales del modelo territorial en la Constitución. Oportuno por necesario. El transcurso del tiempo ha dado respuestas a algunas incógnitas y ha modulado algunas premisas. Una evolución que confirma que si bien el constituyente no llegó a dibujar un modelo cerrado sí estableció premisas que son, a su vez, semilla y marco para el modelo. Hoy, particularmente relevante es la consideración de la Constitución como marco. Porque desde esa posición es posible conocer hasta dónde puede evolucionar el modelo, pero también cuáles son los límites infranqueables. Saber dónde se quiere ir exige tener certezas sobre el punto de partida.

Pocas cuestiones del texto constitucional han sido tan estudiadas como la cuestión territorial [1]. Desde su aprobación, los estudios sobre este tema se multiplicaron. Sólo en los últimos años, más o menos coincidiendo el inicio del denominado proceso soberanista catalán, esa atención ha menguado. Un hecho que resulta significativo porque se antoja expresivo de la generalizada sensación de que el debate había entrado en una etapa nueva y no definida. Más

[1] Para una visión general del Estado autonómico con una completa referencia bibliográfica, Castellà Andreu, J. M., Marcial Pons, Madrid, 2018.

allá de lo sucedido en estos años, el interés histórico se explica por dos razones fundamentales. Por un lado, como consecuencia de la objetiva indeterminación que acompañaba a muchas de sus decisiones fundamentales; por otro, por la reconocida y objetiva relevancia del tema. El debate territorial, la «cuestión nacional» fue núcleo del debate en la España republicana y una de las causas de su fracaso [2]. En el momento constituyente, pocos dudaban que la democracia en España se encuentra indisolublemente unida a la descentralización del poder político y que sólo el éxito en este empeño podía garantizar la fortuna de la nueva etapa democrática.

Éxito que, resulta oportuno recordarlo, se alcanzó. Durante muchos años hubo un generalizado consenso social y político sobre el acierto en lo fundamental: se había logrado un diseño que permitía la integración de los nacionalismos y el desarrollo del resto de las Comunidades. Parecía que se había alcanzado la cuadratura del círculo. Y se había realizado en un tiempo extraordinariamente breve sin, aparentemente, importantes disfunciones. El éxito traspasó nuestras fronteras y ojos ajenos acudieron a estudiar el tránsito de uno de los Estados más centralizados del mundo a uno de los menos descentralizados.

Como dije, desde el principio se multiplicaron los estudios y diagnósticos sobre el modelo territorial. Este arsenal académico es, sin duda, un muy relevante bagaje para el momento, que ha de llegar, en el que se decida la reforma del modelo territorial. Se estudiaron prácticamente todas las instituciones y se delimitaron todos o casi todos los problemas. Pero en este punto interesa, para los objetivos de este trabajo, detenerse en las tesis que mejor pueden ayudar a definir las premisas y evolución del modelo territorial. Aunque se podrían mencionar otras también relevantes, tres son las líneas argumentales que, considero, más contribuyeron al sustrato de una cultura compartida sobre el modelo de Estado. La primera de ellas se puede sintetizar en la afirmación de que el modelo territorial se encontraría desconstitucionalizado. Una tesis que tuvo la fortuna de encontrar un brillante respaldo académico e, incluso, a uno de sus personajes más conocidos, el afamado jurista persa [3]. El modelo territorial no se encontraría en la Constitución sino que habría sido el fruto de sucesivos acuerdos políticos traducidos en la aprobación de los Estatutos de Autonomía y traspasos de competencias.

---

[2] Al respecto, Guerra Sesma, Daniel (ed.), El pensamiento territorial de la Segunda República española. Estudio y antología de textos, Athenaica, Sevilla, 2016.

[3] Cruz Villalón, P., «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense núm. 4, pp. 53-63.

En segundo lugar, esa misma indefinición (o confusión), habría provocado que el Tribunal Constitucional adquiriese un extraordinario protagonismo en la conformación del diseño definitivo del modelo territorial. De nuevo, la academia sintetizaría de manera brillante este estado de cosas, definiendo el Estado autonómico como Estado jurisdiccional. En todo caso, una construcción realizada desde las premisas fundamentales que sí estarían fijadas en la Constitución [4]. El Tribunal habría ido construyendo poco a poco el edificio, resolviendo cuestiones que afectaban a su estructura. Junto a ello, la conflictividad, y consiguiente intervención del alto Tribunal era particularmente intensa debido a las dudas que provocaba un reparto competencial construido sobre conceptos poco o mal definidos en la Constitución como bases o exclusivo. Pasado ya muchos años de esa calificación del Estado como jurisdiccional, se puede seguir afirmando que la influencia objetiva del Tribunal Constitucional en la construcción del modelo es un hecho irrebatible [5].

Finalmente, se puede aludir a la coincidencia en la denuncia de carencias persistentes en las relaciones de colaboración e integración. Particular referencia merece la temprana denuncia de la «inutilidad» del Senado que llega hasta hoy convertida en auténtico mito: la inadecuación de su diseño constitucional a su función de Cámara de representación territorial sería uno de los vicios de origen del modelo de Estado [6]. Un vicio que lastraba cuando menos de forma grave la calidad de la autonomía de nacionalidades y regiones. Junto a ello, se generalizó la denuncia de la insuficiencia de las relaciones de colaboración. Ni los instrumentos ni los procedimientos existentes serían suficientes ni adecuados. Si bien con el transcurso del tiempo se ha llegado a poner en evidencia que la colaboración entre Estado y Comunidades no es particularmente deficiente y, en todo caso, no muy diferente a lo que sucede en otros Estados federales [7], la idea de un sistema insuficiente de relaciones intergubernamentales sigue básicamente vigente. Lo mismo sucede con el Senado. Se puede decir que el mito del déficit federal por inexistencia de una cámara federal sigue

[4] Aragón Reyes, M., «¿Estado jurisdiccional autonómico?», Revista Vasca de Administración Pública n1 16, 1986, pp. 7-12. De acuerdo con esta tesis, los elementos definitorios del modelo territorial sí se encontraban en la Constitución.

[5] Arroyo Gil, A., Distribución y delimitación de competencias, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 167-174

[6] Aja, E., Estado autonómico y construcción federal, Alianza Editorial, Madrid, 2014, pp. 297-323; Garrido López, C., El Senado ante el enigma de la representación territorial, Marcial Pons, Madrid, 2019.

[7] Saénz Royo, E., Desmontando mitos sobre el Estado autonómico, Marcial Pons, Madrid, 2014.

presente: ni siquiera la constatación de la inexactitud de la relación Senado/federalismo ha llegado a erosionarlo [8].

Si bien sobre todas estas cuestiones los estudios y jornadas se multiplicaron (también sobre otras muchas de naturaleza más concreta), no se reparó, al menos con la suficiente intensidad, en otras cuestiones esenciales que, a la postre, han resultado decisivas y, en alguna medida, caballos de Troya del modelo. Si bien sería posible destacar alguna más, entre las que pueden considerarse más relevantes, interesa destacar las siguientes.

En primer lugar, es forzoso traer a colación la indeterminación del modelo de financiación y las consecuencias de la existencia de un doble sistema, agravadas por la interpretación realizada del cupo vasco y navarro. Es hoy cuando han transcurrido cerca de diez años sin que el sistema se haya actualizado, cuando el foco se fija, incluso de forma prioritaria en esta cuestión. Incluso una parte relevante del conflicto con el nacionalismo catalán ha derivado a este particular. No es lugar para examinar sus premisas siquiera someramente. Es suficiente con advertir del lastre que para un adecuado desenvolvimiento del modelo tiene el hecho de que éste se encuentre completamente desconstitucionalizado y sujeto a vaivenes políticos coyunturales. No menos lastre es la existencia de un segundo modelo que en la interpretación realizada por los diferentes gobiernos ha acabado en un auténtico privilegio, por la sobre financiación per cápita que poseen los ciudadanos de estas Comunidades.

En segundo lugar, cabe citar la fuerza del principio dispositivo que, a la postre, se constituyó en el auténtico motor de la evolución del Estado Autonómico. Por mor del mismo, en un momento dado, el Estado perdió todo control sobre la evolución del modelo territorial pasando a ser espectador condicionado de la constante voluntad de reforma de las Comunidades Autónoma.

Por último, es preciso resalta la importancia de la dialéctica simetría/asimetría y su relación con el factor emulación. Por su relevancia, bien podría haber sido citada en primer lugar. El Estado Autonómico se ha construido sobre dos directrices antagónicas: por una parte, la singularización como condición sine quanon del nacionalismo vasco y catalán. Como el primero obtuvo esa singularidad desde el propio diseño constitucional, se pudo centrar en otras cuestiones. El nacionalismo catalán, por el contrario, ha hecho de su ser en el Estado una pugna, en ocasiones radical, por la singularidad. La escasa simpatía que la misma despierta en el resto de territorios se observa de forma expresiva en la fuerza adquirida por el principio de emulación. Un principio que

[8] Saénz Royo, E., Eva, Desmontando mitos sobre el Estado autonómico, *op. cit.*

durante estas décadas ha tenido en el principio dispositivo su gran aliado. Precisamente, a este extremo se dedica una reflexión más detenida.

II. EVOLUCIÓN: UN MODELO LASTRADO POR LA TENSIÓN DE LA DIALÉCTICA SIMETRÍA/ASIMETRÍA

Siempre he creído y defendido que la auténtica singularidad de nuestro modelo territorial reside en la tensión simetría/asimetría con sus ya denunciadas consecuencias sobre el proceso de emulación [9]. La razón de su protagonismo en nuestra historia reciente es tan evidente como difícil de solucionar. Se trata de la concepción que del Estado tiene el nacionalismo, o tenía cuando asumía su supervivencia. En esa visión no había lugar a una descentralización, fuese cual fuese su alcance, generalizada y paritaria. Dicho de otra manera, el nacionalismo nunca pensó en un modelo sustantivamente federal. Más bien, la ortodoxia federal era su anti modelo. Ello explica la deserción del nacionalismo catalán justo en el momento en el que el diseño territorial más se había acercado a esa ortodoxia.

En la concepción de nacionalistas vascos y catalanes, la posición territorial de sus respectivas Comunidades no podía ser equivalente a la de otros territorios. El nacionalismo vasco obtuvo en la Disposición Adicional Primera de la Constitución (reconocimiento de los derechos históricos), el ancla que necesitaba para singularizarse, incluso en relación con lo menos propicio para la diferencia: la financiación. Más allá, hay que recordar que la lectura del texto constitucional aboca a pensar que el pacto constituyente se construyó sobre la aceptación de esta hipótesis. Es difícil encontrar otra explicación a la diferenciación entre nacionalidades y regiones y al propio artículo 151. Sobre estas bases, el modelo territorial diseñado en la Constitución fue un modelo pactado con el nacionalismo. Modelo al que el nacionalismo catalán dio su visto bueno y el vasco puso en reserva, al menos de cara a su público. En coherencia con lo antedicho, ese modelo tenía que estar basado en la asimetría. Y en una asimetría profunda, con consecuencias directas sobre los distintos territorios en el Estado [10]. Asimetría como diferenciación en el autogobierno y, sobre todo, en la forma de relacionarse de las distintas Comunidades con el

[9] Tudela Aranda, J., «La asimetría que no los hechos diferenciales como nota distintiva del Estado autonómico», Revista de Derecho Político núm. 101, 2018, pp. 431-460.

[10] No es ocioso recordar que la asimetría debe distinguirse de la existencia de hechos diferenciales que también pueden implicar diferencias en relación con el autogobierno. Los hechos diferenciales se refieren a circunstancias objetivas: la existencia de una lengua propia o la insularidad, por ejemplo.

Estado. La concepción del nacionalismo era clara: una relación bilateral que de hecho excluía casi cualquier opción de relación multilateral. Así, el federalismo nunca ha sido horizonte del nacionalismo. Su modelo, ha sido siempre el confederal, oscilando en relación con la intensidad con la que se anudaba al modelo la reivindicación de la autodeterminación.

En este punto, hay que resaltar la importancia de la redacción del artículo 2 y, en particular, la distinción entre nacionalidades y regiones [11]. Recordemos brevemente que la definición como nacionalidad fue una seña distintiva de las Comunidades denominadas históricas: País Vasco, Cataluña y Galicia. Y que se entendió como natural que la consecución de un máximo de autonomía (de acuerdo con los estándares del momento) y de forma inmediata, estuviese vinculada a la incorporación de esa voz a los Estatutos. No es exagerado decir que existía el pensamiento de que ese era el modelo territorial elegido por el constituyente. Las restantes Comunidades podrían incrementar su reducida y condicionada autonomía inicial, pero siempre con el transcurso del tiempo y de forma limitada.

No está de más reparar en la desafortunada elección de la denominación nacionalidad histórica para aludir a las tres Comunidades que accederían de manera inmediata a la autonomía plena. Era un mal eufemismo para evitar la verdad: se trataba de dar satisfacción a las dos Comunidades con mayor voluntad de autogobierno, de acuerdo con unos resultados electorales traducidos en la representación obtenida por los partidos nacionalistas. Galicia fue siempre la muleta utilizada para acabar de ocultar esta realidad: la redacción final de su Estatuto no hizo sino confirmarlo. Con la expresión «nacionalidad histórica» se quiso dar una explicación objetiva a la asimetría que debía caracterizar la organización territorial. De acuerdo con la misma, habría dos autonomías: las que respondían a una personalidad histórica y a una nítida voluntad de autogobierno (esencialmente, País Vasco y Cataluña) y el resto. Una singularidad que recogía la aspiración última del nacionalismo vasco y catalán de disponer una relación paritaria (y singular) con el Estado. Desde luego, en sus inicios, la construcción territorial respondió a esa asimetría. Una asimetría profunda: por un lado, las competencias asumidas por estas Comunidades eran muchas más y, sobre todo, mucho más relevantes que aquellas de las que disponían las que habían accedido por la denominada vía lenta; por otro, la organización institucional variaba sustancialmente: las denominadas Comunidades históricas dis-

[11] Solozábal Echeverría, J. J., «Comentario al artículo 2» en Casas Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Dirs.), Comentarios a la Constitución Española, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

pusieron desde el primer momento de absoluta libertad para diseñar su marco institucional mientras que el resto de las Comunidades se encontraban sometidas a severas limitaciones que se habían incorporado a sus Estatutos y que conllevaban desde la prohibición de retribuir a los Diputados a limitar el número de sesiones o el número de consejeros. Mención aparte merecen dos hechos: por un lado, la limitación de la posibilidad de disolución anticipada y celebración de elecciones en solitario a esas Comunidades históricas; también el sometimiento a referéndum de la aprobación de los Estatutos se limitaba a las primeras. Así, era claro: había dos clases de Comunidades Autónomas separadas por diferencias muy cualitativas. Como dije, la calificación como «históricas» de estas Comunidades fue un error que transcendió la anécdota: en España utilizar una voz que apela a la historia para discriminar el nivel de autogobierno no parece muy inteligente. Y si, además, esa historia tiene fundamentos objetivos más que endebles en la mayoría de los casos (en sentido estricto ni en Galicia ni en el País Vasco llegaron a estar en vigor los respectivos Estatutos, aprobados durante la guerra), la debilidad se apodera del conjunto de la argumentación y se convierte en fuente de agravios.

Todo lo anterior es descripción de hechos objetivos. En el terreno de las hipótesis se entra dando un paso adelante: los actores que pilotaban el proceso ¿Tenían a éste como un diseño definitivo o era, simplemente, una fase transitoria para una igualación posterior y definitiva? Como la Constitución establecía con claridad que las Comunidades que habían accedido por la denominada vía lenta podrían asumir todas las competencias que permitía el 149, existía una base argumental sólida para afirmar que, efectivamente, se trataba de una fase transitoria.

En mi opinión, no hay contradicción entre las dos tesis. Las dos opciones eran posibles y el constituyente dejaba abierto el modelo para que los actores políticos decidiesen el modelo de desarrollo de la Constitución. Los nacionalistas tenían argumentos para defender su opción asimétrica pero también los tenían quienes defendiesen un modelo más simétrico, más federal. Es posible que el dato fundamental fuese la minusvaloración del deseo de autogobierno de las Comunidades que no fueron calificadas como «históricas». Un error relevante que bebía de dos fuentes. Por un lado, de la arbitrariedad misma en la distinción de origen entre unas Comunidades y otras; por otro, aún más significativo, por no valorar suficientemente el rechazo a la diferencia. Inevitablemente, pronto se comprobaría que esas diferencias iban a ser causa de un rasgo distintivo del modelo territorial: la emulación. Una emulación que se activará, a remolque de la voluntad de las direcciones de los dos partidos más relevantes de ámbito nacional, desde las propias Comunidades.

Como es conocido, de manera casi inmediata, Andalucía quebró el diseño inicial al forzar su integración en el grupo de las Comunidades «históricas» al utilizar la vía prevista en el artículo 151. A pesar de su gran complejidad, Andalucía logró superar los obstáculos y aprobó un Estatuto de Autonomía que incorporaba la voz nacionalidad y, en general, perfectamente homologable al Estatuto catalán. El «contratiempo andaluz» fue aceptado no sin recelos. La propia dimensión e indiscutible personalidad de Andalucía lo facilitó. Nadie podía negar su peso político ni, mucho menos, demográfico. Así, el mapa definitivo parecía que iba ser conformado por los dos grupos de Comunidades inicialmente previstos, con el añadido de Andalucía al integrado por las Comunidades «históricas».

Pero pronto se pudo comprobar que el juego de la combinación del principio dispositivo con la voluntad de igualación iba a tener consecuencias inesperadas [12]. Las Comunidades de tradición política no nacionalista, en especial Canarias y Aragón, impusieron un modelo diferente al previsto por el constituyente… y por los nacionalistas [13]. No conformes con el proclamado cierre del modelo pactado en 1994, persiguieron la igualación de su autogobierno al de las Comunidades históricas y lo lograron muy pronto: en 1996 las dos Comunidades reformaron sus Estatutos, accedieron a la condición de nacionalidad; eliminaron todas las restricciones institucionales; y asumieron todas las competencias relevantes [14]. El impulso general que al modelo territorial dio la iniciativa aragonesa y canaria, provocó que en el año 2000 el modelo territorial alcanzase una cuasi perfección federal que, sin paradojas, fue inaceptable para el nacionalismo. Con la excepción foral del País Vasco y Navarra, todas las Comunidades gozaban de un similar (y, por lo demás, elevado) modelo de

[12] Sobre el principio dispositivo, FOSSAS, Enric, El principio dispositivo en la Constitución, Marcial Pons, 2007.

[13] En verdad, en las dos Comunidades la autonomía había demostrado la existencia de un relevante sentimiento de singularidad política que inmediatamente se tradujo en la existencia de partidos políticos nacionalistas/regionalistas que fueron decisivos para el Gobierno de esos territorios y alcanzaron representación en las Cortes Generales.

[14] La razón fue la coyuntura política: tras las elecciones generales de 1996 los votos en el Congreso de los Diputados del Partido Aragonés y de Coalición Canaria eran decisivos para que José María Aznar pudiese conformar la mayoría necesaria para gobernar. La contrapartida que estos partidos exigieron fue la aprobación de sendas reformas de sus Estatutos que implicasen el reconocimiento como nacionalidad y, en general, el denominado acceso a la autonomía plena, es decir la equiparación con el autogobierno de Cataluña y Andalucía. El Partido Popular aceptó esta condición y el 31 de diciembre de 1996 se habían aprobado las reformas de estos Estatutos. Un dato significativo es que el PSOE se mostró reticente, al considerar que se desbordaban los acuerdos de 1994 con los que, en teoría, se «había cerrado el Estado autonómico». Al respecto, TUDELA ARANDA, J., El fracasado éxito del Estado autonómico. Una historia española, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 89-104.

autogobierno [15]. Una igualación que sería una de las principales razones para explicar la iniciativa catalana de 2004 para aprobar un nuevo Estatuto que respondería a la voluntad y exigencia de singularización de Cataluña.

Precisamente, la aprobación de ese texto supondrá la eclosión definitiva del principio de emulación. Numerosas Comunidades iniciaron, y culminaron, el procedimiento para aprobar un nuevo Estatuto. La voluntad de igualación con Cataluña, el reforzamiento de elementos bilaterales y una fuerte carga historicista, fueron rasgos generales de estos procesos. Apenas cabe recordar la excepción de Extremadura que aprobó una profunda reforma de su Estatuto que era también rechazo del proceso denominado «Estatutos de Autonomía de segunda Generación». En todo caso, es importante subrayar como ninguno de los Estatutos aprobados (ni siquiera el de Andalucía que era el más parecido), eran parangonables en ambición (y problemas de inconstitucionalidad) al texto catalán.

Una descripción de hechos que para ser completa debe incluir la mención al denominado Plan Ibarretxe. Aunque podría pensarse que el mismo fue un elemento más de la búsqueda de Cataluña y País Vasco por mantener la singularidad, no es así. En este caso, la singularización no podía ser objetivo. Más singular no se podía ser. Porque, hay que repetirlo, no existe en el derecho comparado un modelo similar. Un modelo que, recuérdese en la traducción política que se ha realizado del mismo, supone una muy relevante sobre financiación para esas Comunidades. Así, este texto transcendía claramente el mero deseo de singularización de la Comunidad Autónoma: el Plan Ibarretxe no buscaba acomodo en el diseño constitucional; perseguía dar el salto definitivo para alcanzar la ortodoxia de un modelo confederal que, en consecuencia, tenía como premisa el reconocimiento del principio de autodeterminación.

Por todo ello, y como escribí en su momento, no son los hechos diferenciales los que explican el modelo territorial español. Estos existen y tienen una importancia relativa. En ningún caso se trata de una característica singular de nuestro modelo. Incluso, existen en países centralizados. Es así porque son hechos objetivos: lengua, derecho civil propio, insularidad. Son circunstancias que pueden ser causa para optar por un modelo descentralizado pero no llegan a caracterizarlo. Por el contrario, la asimetría es el reconocimiento de diferencias en el autogobierno no basadas en hechos objetivos. Vienen determinadas por la política, por el diverso rol que desempeñan los distintos actores políti-

[15] De forma sucesiva, todas las restantes Comunidades procedieron a reformar sus Estatutos para adquirir el nivel competencial de los Estatutos de Aragón y Canarias y hacer desaparecer la inmensa mayoría de las limitaciones institucionales. La principal diferencia fue que ninguna otra Comunidad asumió la condición de nacionalidad.

cos. Por el ejemplo, cupo y concierto. O la atribución a unos territorios de unas competencias que no se reconocen a otras. O el establecimiento de cauces singulares y no generalizados de relación. Todas ellas se reconocen en nuestro modelo y todas son consecuencia de la posición política que ocupan los nacionalismos vasco y catalán. Junto a ello, hay que hacer mención a una asimetría de hecho que es esencial para la definición de nuestro modelo de Estado. Me refiero a la existencia de partidos nacionalistas y al rol que han desempeñado en el Congreso. Un rol decisivo… hasta el extremo de llegar a desvirtuar su carácter para convertirla en la auténtica cámara de representación territorial… de algunos territorios.

Relacionado con la evolución descrita, también es preciso hacer referencia a la particular relación del modelo territorial con el principio de igualdad. Es posible afirmar que, a priori, los ciudadanos españoles poseen un notable sentimiento igualitario. De alguna manera, puede afirmarse que los se sienten más identificados con la igualdad que con la libertad o, más estrictamente, con la defensa política de la igualdad que de la libertad. Es cierto que la descentralización política del poder no se enfrenta en términos estrictos con la desigualdad sino con la diversidad. Pero ello no obsta a que exista una relación evidente con la igualdad: necesariamente esa diversidad produce diferencias entre los habitantes de los distintos territorios que bien puede ser vistas como quiebra de la igualdad.

Así, toda descentralización implica diversidad. Pero esa diversidad no puede ser radical. Dicho de otra manera, los principios constitucionales propios de la unidad del Estado y del Estado social imponen límites a la diversidad. Si no se respetan, se quiebra la igualdad. La evolución del Estado autonómico ha permitido a las Comunidades Autónomas desarrollar sus políticas sociales con amplia libertad. En tiempos de reivindicación de modelos singulares de financiación, desarrollando así de manera más profunda la vocación asimétrica del Estado, hay que recordar que la ruptura de los límites mencionados no sólo quiebran la igualdad. Transciende este hecho por relevante que sea: se quiebra el propio fundamento y razón de ser de un Estado: el Estado no puede renunciar a garantizar a todos los ciudadanos unos mínimos de homogeneidad.

III. UN DIAGNÓSTICO CONTEMPORÁNEO: LOS HECHOS SUSTITUYEN AL DERECHO (Y A CUALQUIER MODELO)

Ha llegado el momento de examinar el presente del Estado Autonómico. Forzosamente, se trata de un examen breve. Por dos razones: por las propias características y limitaciones de este trabajo y, sobre todo, por la propia evolu-

ción del modelo territorial. En lo esencial, ese modelo se encuentra dónde estaba al finalizar el ciclo de los denominados Estatutos de Autonomía de segunda generación. Las insuficiencias y problemas que entonces se denunciaban continúan vigentes hoy. Así, la reflexión que sigue habrá de concentrarse en la influencia que los condicionantes políticos están teniendo en el diseño del modelo. Con todo, resulta preciso realizar dos consideraciones ligadas a su desenvolvimiento, al margen de las tensiones a las que le enfrenta el nacionalismo vasco y catalán.

La primera cuestión que merece la atención del estudioso, es el desarrollo de esos Estatutos de segunda generación. La pregunta podría plantearse en los siguientes términos: ¿Su aprobación tuvo incidencia en la definición global del modelo territorial? Y acompañando esta pregunta, la siguiente: ¿Las distintas Comunidades los han desarrollado de forma ambiciosa o, por el contrario, conservadora? Por cuestiones obvias, excluyo de esta breve valoración al Estatuto catalán. Junto a ello, es preciso advertir el exceso de generalización que forzosamente hay en un análisis tan breve.

Hechas estas matizaciones, es posible afirmar que, en líneas generales, los Estatutos han sido desarrollados de forma conservadora. La prueba más evidente es que la práctica totalidad de las cuestiones que en su momento provocaron controversia, han pasado desapercibidas en años posteriores. El ejemplo más nítido de lo ante dicho es lo relativo a los derechos y libertades incluidos en los Estatutos. En su momento, se trató de una cuestión extraordinariamente controvertida. Hizo correr ríos de tinta académica [16]. Hoy, se puede afirmar que, en esencia, el tiempo transcurrido ha dado más la razón a quienes sospechaban que detrás de aquellas ambiciosas enumeraciones había más retórica que realidad. Desde mi antigua convicción de que esos derechos y libertades abrían tanto una interesante vía tanto para la mejora del estatus de los correspondientes ciudadanos como una fuente de contagio para el conjunto de los españoles, sólo puedo observar con tristeza su devenir, no empañado por algún desarrollo de interés. Junto a un empeño algo artificial en la política del momento, dos circunstancias han coadyuvado a esta evolución que puede considerarse generalizada. Por un lado, la profunda crisis económica iniciada en la inmediatez de la aprobación de estos Estatutos y que lejos de posibilitar algunos desarrollos, los hizo materialmente imposibles; por otro, el reflujo del

[16] Un debate iniciado con el trabajo Díez-Picazo, L. M., «¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?», Revista Española de Derecho Constitucional núm. 78, 2006, pp. 63 y 75. Pregunta que se planteó, básicamente, por la incorporación de una ambiciosa table de derechos y libertades al nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña. Al respecto, Ferreres Comella, V., Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña, CEPC, 2006.

proceso catalán. No es exagerado escribir que la corriente que conllevó tuvo y aún tiene un efecto paralizante sobre el conjunto del modelo territorial.

La segunda cuestión que merece siquiera un apunte es la prueba de estrés que para el modelo territorial supuso la pandemia provocada por la COVID-19. En realidad, el Estado en su conjunto se vio sometido a esa prueba. Hubo que improvisar y, en particular, en relación con el modelo territorial, hubo que revisar viejos axiomas. No es posible un análisis en profundidad que debería recoger múltiples cuestiones y distinguir según las distintas etapas a que atravesó la epidemia y que tuvieron reflejo singular sobre el modelo territorial. En general, puede decirse que el resultado de la prueba fue claramente positivo [17]. Sólo en las primeras semanas de la pandemia pudieron constatarse claras y graves disfunciones. Pasado ese momento crítico, el modelo territorial supo adaptarse a las difíciles circunstancias. En general, se gestionaron bien cuestiones particularmente complejas (las campañas de vacunación son ejemplo paradigmático) e, incluso, se superaron viejas querellas para, por ejemplo, mostrar un elevado y desconocido nivel de colaboración. Hoy, el déficit más relevante que debe denunciarse no tiene que ver tanto con lo sucedido durante la pandemia como con lo sucedido después. Las características de la pandemia y de los retos que conllevó la hacían idónea para obtener conclusiones y realizar un necesario balance sobre lo positivo y lo negativo. No se ha hecho. Ni por el Estado ni por ninguna Comunidad Autónoma. Se ha huido de cualquier balance crítico. Se trata de una gran oportunidad desaprovechada.

Es hora de analizar lo sucedido desde una visión más política. Desde esta perspectiva, sí se aprecian cambios significativos. Se puede alegar que más que cambios se trata de indicios de cambios ya que ninguna estructura esencial ha sido, hasta el momento, alterada. Ello es cierto. Pero que, de momento, no se haya aprobado ninguna decisión normativa que afecte de forma estructural al Estado no significa, ni mucho menos, que no haya sucedido nada. Al revés, han sucedido y suceden muchas y relevantes cuestiones que aún necesitan, y merecen de un juicio global. De hecho, se trata de una cuestión esencial y no sólo por cómo afecta al modelo territorial también por sus consecuencias sobre el principio de igualdad. Como se indicó, un Estado descentralizado implica diversidad de políticas y, por tanto, diferencias entre los ciudadanos en función de los territorios en los que habitan. Pero por la definición misma de Estado, y más en un Estado social, esas diferencias tienen límites. Si se sobrepasan, es el propio Estado el que comienza a perder su sentido. Lo acontecido en los últi-

[17] Tudela Aranda, J. (Coord.), Estado autonómico y COVID-19. Un ensayo de valoración general, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

mos años alerta sobre el riesgo de que ello suceda. Y el hecho de que pueda considerarse que la interpretación realizada del fuero navarro y de los derechos históricos del País Vasco ya ha cruzado, sobradamente, esa línea, lejos de justificar nuevos quebrantamientos, obliga a la máxima prudencia.

Siempre he entendido que el principal déficit de la etapa protagonizada por los Estatutos de segunda generación fue lo que en ellos había de renuncia a un modelo, a un modelo territorial consensuado entre PP y PSOE. Así había sido siempre y ésta una de las razones del razonable éxito que caracterizó la puesta en marcha del modelo. En esta etapa, las Comunidades tomaron definitivamente la iniciativa, el Estado renunció a un modelo global y se rompió el consenso [18]. Bien, lo más grave del presente es que se consagra esa situación. En particular, el Estado renuncia a un modelo global para sólo perseguir respuestas coyunturales que solvente problemas políticos no menos coyunturales.

Sintetizaré los hechos que, en mi opinión, avalan una visión pesimista del presente y posible evolución del modelo territorial: apertura de elementos definitorios y globales del modelo a la negociación bilateral con algunas formaciones políticas; frivolización de cuestiones tan significativas como el traspaso de competencias; radicalización de la tradicional tergiversación del papel que a Congreso y Senado corresponde en relación con el tema territorial; y, finalmente, la renuncia por parte de los actores políticos a discutir de forma global sobre esta cuestión: ha dejado de ser un tema esencial de nuestra construcción nacional y constitucional para pasar a ser, solamente, una cuestión instrumental, que apenas merece la atención en función de otros objetivos. De forma muy breve paso a desarrollar estas cuestiones.

La disponibilidad de elementos estructurales no ya del modelo territorial sino del propio ordenamiento constitucional en negociaciones bilaterales con partidos nacionalistas se constata de forma palmaria en los acuerdos de investidura suscritos por el PSOE con PNV; Esquerra Republicana; y Junts Per Catalunya. El acuerdo con Bildu, que podría ser también de interés a estos efectos, no es público. En los mencionados acuerdos hay referencias a cuestiones como autodeterminación, financiación, pase foral de las leyes, competencias…. Se puede alegar que mucho de ese contenido es retórica, como ha demostrado el paso del tiempo. Es así. De hecho, no podía ser de otra manera porque algunos de esos acuerdos chocan frontalmente con la Constitución sin posibilidad siquiera de interpretación imaginativa. Por el contrario, algunos sí

[18] Para una visión diferente de este proceso, Montilla Martos, J. A., Reforma federal y Estatutos de Autonomía de segunda generación: los Estatutos de Autonomía de segunda generación como modelo para la reforma federal de la Constitución, Aranzadi, Navarra, 2015.

se han desarrollado en todo o en parte. Pero lo realmente significativo no son sus consecuencias. Es lo que representan. De forma inequívoca, detrás de estos textos existe por parte de las formaciones nacionalistas una afirmación de una realidad confederal del Estado. Una afirmación que, sorprendentemente, no parece suscitar rechazo. Junto a ello, es preciso realizar una mención al debate sobre la financiación. Si bien este tema ya figuraba en los acuerdos suscritos con las formaciones políticas representativas del nacionalismo catalán, su protagonismo ha venido de la mano de la posible investidura del candidato del PSC, Salvador Illa. Al tratarse de un proceso abierto en el momento de escribir estas líneas, sólo es posible referirse a las premisas que el nacionalismo ha establecido para la negociación: la aceptación de un modelo diferente de financiación para Cataluña a cambio del sentido de unos votos. Cuando el plazo para la renovación del modelo de financiación se ha sobrepasado con generosidad; cuando la mayoría de las Comunidades considera insuficiente el presente modelo y demanda desde hace años su revisión, cualquier pacto singularizado con Cataluña supone, necesariamente, un importante quebranto del modelo y de los presupuestos de igualdad que lo sustentan. Porque al respecto no cabe engaño alguno: en las presentes circunstancias, el nacionalismo catalán sólo puede aceptar un modelo claramente beneficioso para su Comunidad. Tan beneficioso para ella como perjudicial para aquellas Comunidades que son receptoras, a la postre la gran mayoría.

La segunda cuestión que aboca al pesimismo es la frivolidad con la que se ha pasado a disponer de todo lo relativo con el modelo territorial. Como dije, ese modelo deja de ser «de interés finalista» para pasar a ser de interés meramente instrumental. Un ejemplo es definitorio. Si una materia es hoy relevante y merece la concentración de todos los actores políticos es inmigración. Pues bien, se requiere el voto a favor de Junts para solventar la complicada votación de dos Decretos-Leyes y el precio a pagar es, entre otros, el traspaso de la competencia de la inmigración a Cataluña [19]. Si bien éste es un ejemplo particularmente significativo, no es único. El traspaso de competencias como pago de una mera votación en el Congreso se ha convertido en moneda frecuente. Más allá de la relevancia objetiva de algunos de estos traspasos y del hecho indiscutible de que debilitan a un Estado ya bastante debilitado, lo peor es la frivolidad con la que se abordan cuestiones que son estructurales del Estado. Recordar cómo en su momento se negociaban no ya el

[19] Para la aprobación de sendos Decretos-Leyes en la sesión del Congreso de los Diputados de 10 de enero de 2024, Junts per Cataluña exigió y obtuvo el traspaso con la correspondiente financiación de las competencias en materia de inmigración. La vía para realizarlo sería una ley de delegación del artículo 150.2 de la Constitución.

traspaso de determinadas competencias sino el alcance de la legislación básica llega a producir una inesperada nostalgia.

Si bien es evidente que en los últimos años el protagonismo de esta dejación de funciones en relación con la arquitectura estatal lo tiene el PSOE, tampoco hay indicios sólidos de que si quien gobernase fuese el PP sucediesen cosas distintas. La propia historia política del modelo autonómico avala esta afirmación. Y también lo hace lo sucedido con el Senado en la presente Legislatura. Lo descrito en el párrafo anterior avala una descalificación de la labor del Congreso en relación con su incidencia en materia territorial y, por ende, con su consideración de Cámara de representación del interés general. La crítica que merece el Congreso no puede compensarse con lo realizado por el Senado. Al revés. También está Cámara merece un juicio severo por su quehacer en esta Legislatura. Cuando todos los astros se encontraban alineados para un firme desempeño como Cámara territorial, vuelve a olvidar esta naturaleza para convertirse en Cámara de oposición política, incluyendo al Congreso entre sus objetivos. Así, puede afirmarse que en su conjunto, las Cortes Generales son una víctima más de la posición de los dos más relevantes partidos de ámbito nacional en relación con la cuestión territorial.

Llego así a la reflexión de cierre sobre el presente del modelo territorial. Hablar de modelo es ocioso e inexacto. No hay modelo. Peor, no hay intención alguna de buscar ese modelo. Es objetivo que por todo lo sucedido desde la aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña desde 2005, cualquier atisbo de visión global, se ha difuminado. Ello es relevante, por supuesto, para la definición de nuestro ser constitucional. No en vano la cuestión territorial ha sido un elemento central de nuestra historia política y constitucional. Pero lo es aún más por su incidencia sobre la vida de los ciudadanos, sobre sus condiciones de vida. No sólo por una igualdad que legítimamente puede y debe preocupar. También por la necesidad de garantizar la eficacia de las políticas públicas.

El diagnóstico del ser y estar territorial no puede ser positivo. Todo transmite la sensación de que no se considera una cuestión relevante. Lo territorial, se transmite, es puramente instrumenta, carente de sustancia per se y, por ende, susceptible de ser moneda de cambio para alcanzar beneficios mayores. Es obvio que no es así. Traspasos de competencias como seguridad; gestión de la seguridad social; inmigración; o los ingresos per cápita que corresponden a cada español no son cuestiones territoriales, aunque también tengan esa dimensión. Son cuestiones que afectan a la definición del Estado. Se encuentran directamente vinculadas a la pregunta de qué queremos ser. Desde esta perspectiva, se acercan una dimensión constituyente.

IV. EL DEBATE FEDERAL COMO SÍNTESIS Y EXPLICACIÓN DE UN ÉXITO QUE ES FRACASO

Como se indicó, es una opinión generalizada en el marco del federalismo comparado considerar que España es un Estado federal [20]. Por otro lado, el debate sobre la federalización de España y la consiguiente reforma constitucional en esta clave, es recurrente. Estar convencido de que España es uno de los rostros del federalismo y que, por ello mismo, el buen hacer aconseja que ese ser se traslade a la Constitución mediante la consiguiente reforma y que ello debería implicar corregir errores y mejorar las dinámicas territoriales actuales, no puede evitar ocultar las grandes contradicciones que rodean al federalismo en España. Aludo a ellas bajo la forma de paradojas federales.

Comencemos por el principio. Con los necesarios matices, la opción federal y, en general, por la descentralización suele ser propia de fuerzas liberales/conservadoras. Lo ha sido con claridad durante la historia y aún sigue siéndolo, con más matices, en el presente. La razón no es otra que para las formaciones de izquierda, con la descentralización se pueden abrir grietas peligrosas para la igualdad. La opción uniformizadora del Estado centralizado sería una mejor garantía para la igualdad. Así, no deja de llamar la atención que en España, la defensa de las opciones más descentralizadoras, incluso receptivas al derecho de autodeterminación, se encuentren en formaciones políticas de izquierda. Incluso, se llega a defender singularidades financieras para territorios con la renta per cápita más alta. Siempre he considerado sorprendente que fuerzas de ámbito nacional desdeñen el reto que para la igualdad y, en general, para la redistribución de la riqueza, suponen planteamientos políticos que limitan al máximo, si es que la mantienen, la arquitectura estatal y lo que ello conlleva para la unidad del Estado.

En segundo lugar, la misma Constitución es una paradoja. Porque de paradoja se puede calificar lo que tradicionalmente se ha calificado como indefinición. Lo objetivo es que el texto de 1978 permite tanto una lectura esencialmente unitaria, con una autonomía limitada tanto territorial como cualitativamente como una lectura profundamente descentralizada que, en los hechos, se puede considerar básicamente federal. Junto a ello, da opción a regímenes tan excepcionales como los representados por País Vasco y Navarra que, difícilmente, podrían encajar en cualquier modelo federal, ni siquiera en los más propensos a la asimetría.

[20] Por todos, Watts, R., Sistemas federales comparados, Marcial Pons, Madrid, 2006; Blanco Valdés, R., Los rostros del federalism, Alianza, Madrid, 2012.

En tercer lugar, no puede dejar de subrayarse el hecho de que llevamos años buscando y persiguiendo el paraíso federal cuando la inmensa mayoría de los estudios de federalismo comparado posicionan, como se indicó, a España como un modelo federal… cuasi canónico. Porque los matices y posibles defectos que se le imputan no son, a la postre, distintos de los que de una forma u otra incurren la gran mayoría de los Estados federales. En todo caso, lo que resulta inobjetable es que la intensidad de la descentralización del poder en España supera a la existente en la mayoría de los países formalmente declarados como federales. Los déficits de nuestro modelo territorial, en relación con el federalismo, no serían nunca de niveles de descentralización sino de ordenación de las relaciones entre los distintos sujetos territoriales.

En relación con lo anterior, y como cuarta paradoja, debe reseñarse el hecho de que cuando se plantea una posible reforma del modelo territorial en clave federal, se suele alegar como gran argumento para negar esta opción (normalmente desde opciones conservadoras) que España es ya un Estado federal. Así, quienes se niegan a una posible revisión del modelo territorial para ordenarlo y corregir disfunciones que fuese hecha bajo la cobertura de la ortodoxia federal, parecen aceptar el modelo… pero se niegan a corregir sus disfunciones.

Por último, por no alargar esta relación, es preciso hacer referencia a lo que bien puede considerarse el núcleo gordiano del debate territorial. Es frecuente que se alegue la necesidad de reformar la Constitución en clave federal como instrumento necesario para resolver el problema nacional e integrar a los nacionalismos periféricos. En este caso, la paradoja proviene del hecho de que las fuerzas nacionalistas rechazan de forma drástica esta opción. Y hay que decir que no se trata de una posición originada en los últimos años como consecuencia de los distintos avatares suscitados alrededor del «procés». Como se dijo, desde la aprobación de la Constitución, la opción federal no ha sido tal para las formaciones nacionalistas. La razón es simple y de fácil comprensión: el federalismo implica una concepción multilateral del Estado y esencialmente igualitaria entre las entidades que lo componen. El nacionalismo, básicamente el vasco y el catalán, no se han sentido en ningún caso identificados con esa visión del modelo territorial, identificándose mayoritariamente con fórmulas asimétricas sino directamente confederales.

Con todo, no está de más añadir una última consideración paradójica: el profundo interés académico por esta cuestión (constatado en numerosos estudios; proyectos de investigación, y seminarios) se encuentra lejos de verse reflejado entre los ciudadanos. No hay una encuesta en la que la organización territorial, y menos el debate federal, figure entre las preocupaciones de los ciudadanos. Más sorprendente aún, tampoco los protagonistas de la acción

política muestran excesivo interés sobre este tema. Apenas se pueden recordar los esfuerzos del PSOE, articulados alrededor de la Declaración de Granada o del amago de intento de reforma constitucional que tuvo como fruto relevante el informe del Consejo de Estado, con alguna aportación de interés sobre el tema territorial, si bien lejos de entrar en el debate federal. Precisamente, uno de los cambios más relevantes acaecidos alrededor de este debate en los últimos años, es su abandono por el PSOE.

La paradójica existencia del debate federal en España parece no tener fin. Cuando la voz parecía dormir un sueño profundo en el debate político, ha resucitado de la mano de acuerdo aprobado por el PSC y Esquerra Republicana para elección de Salvador Illa como Presidente de la Generalitat de Cataluña. Desde el Gobierno del Estado, se ha defendido este acuerdo como el inicio del «proceso de federalización de España». Al margen de obvias cuestiones procesales, no puede ser más paradójico que se resucite la voz federal con un acuerdo que objetivamente es contrario a lo que el federalismo implica, en financiación e ideología. El federalismo en España puede ser víctima final de su última paradoja.

Creo que esta relación de paradojas puede considerarse esencialmente objetiva y una aproximación ilustrativa a la situación del debate federal en España y, en general, del debate territorial. La utilización de la expresión «debate territorial» es consciente. Porque hoy es preciso entender el debate federal de forma amplia. Como en otras cuestiones, España necesita reflexionar sobre el devenir de su forma territorial. Y debe hacerlo desde dos aspectos: desde una perspectiva más política, que podríamos denominar, precisamente, federal; desde otra perspectiva, también política, por supuesto, pero más técnica: es un debate de debates, de cuestiones concretas cuya correcta delimitación debiera ser el primer objetivo. En todo caso, una idea común preside esta cara de la moneda: debe perseguirse la consecución de un diseño de relaciones y ejercicio de los distintos poderes que sea capaz de responder con eficacia a las necesidades de los ciudadanos.

V. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Hace ya demasiados años, planteé la necesidad federal como hoja de ruta territorial para este País. Una hoja de ruta que debía traducirse de dos maneras, diversas, pero relacionadas: por un lado, federalizar se debería traducir en ordenar el Estado, en hacerlo más eficaz mediante un mejor funcionamiento de cada una de sus entidades aisladamente consideradas y en la relación de unas con

otras; por otro, debería encontrarse un modelo que diese una respuesta adecuada a las singularidades derivadas de la distinta voluntad de autogobierno de los territorios españoles. Buscando ser expresivo, señalaba que debería encontrarse un modelo suficiente para Cataluña y aceptable para el resto de los territorios españoles. La exclusión del País Vasco de mi reflexión no era un olvido. Honestamente, no veo cómo puede mejorar el autogobierno del País Vasco, más allá de matices irrelevantes para la arquitectura constitucional. En relación con Cataluña, se trataba de buscar una singularización de su autogobierno que satisfaciese unas características políticas particulares que consideraba (y considero) existen que no quebrase, por supuesto, elemento estructural alguno del Estado y que no pudiese ser considerado de forma objetiva un privilegio [21].

Ninguno de esos objetivos puede considerarse novedoso. Un funcionamiento eficaz del Estado es un objetivo inherente a cualquier forma política. Adaptar las dinámicas y reglas del juego a una nueva realidad y tomar en consideración, a modo de aprendizaje, lo sucedido en los ya muchos años transcurridos desde la aprobación de la Constitución, no puede calificarse como novedad. Tampoco el objetivo descrito en relación con la integración nacional y, más en concreto, con el acomodo de Cataluña en el conjunto del Estado. De hecho, creo que no otro es el modelo previsto por la Constitución de 1978. En ella, en el marco de un reconocimiento general de la autonomía, se pueden encontrar suficientes elementos para avalar esa singularidad. Siempre he creído que, como señalé, una de las razones del proceso que llevó a la aprobación de un nuevo Estatuto de Autonomía en Cataluña fue la disolución de las mencionadas diferencias constitucionales. Por todos es conocido cuál ha sido el resultado final del proceso iniciado alrededor del Estatuto de 2005. En lo político, una situación de zozobra en la que, en ocasiones, parece imposible encontrar la cuadratura del círculo.

En estas condiciones, quienes nos guiamos por una concepción federal del Estado en lo político y en lo «técnico», nos preguntamos ¿Qué hacer? Una pregunta que conlleva dos interrogantes con la consiguiente necesidad de singularizar respuestas. Por un lado, es preciso enfrentar el reto que para la integración nacional supone el legado del «procés»; por otro, hay que proceder a una revisión exhaustiva de los elementos más «técnicos» del modelo territorial para, en su caso, proceder a su reforma y adaptarlos a un modelo social diferente. En los últimos años, la parálisis ante la primera cuestión ha provocado

[21] Era y soy consciente de la dificultad de traducir esta fórmula. Un examen detenido del actual autogobierno de Cataluña lleva a la conclusión de que los márgenes para su mejora son escasos no ya sin vulnerar la Constitución, sino sin quebrar un mínimo diseño estatal. Por otro lado, la singularización, aunque en lo más relevante sea «de facto» existe y con muy relevantes consecuencias.

que tampoco haya existido movimiento en relación con la segunda: la crisis catalana ha paralizado cualquier opción de reforma. Así las cosas, la primera reflexión a realizar es que es preciso caminar. Sería posible enumerar muchos y relevantes argumentos para justificar esta afirmación. Pero me limitaré a uno: la sociedad se encuentra en un proceso de profunda transformación y se requieren políticas públicas que respondan a los desafíos que conllevan. La práctica totalidad de esas políticas son de ejercicio multinivel y exigen de una construcción territorial que facilite su éxito. Si bien el modelo vigente ha demostrado flexibilidad y capacidad de adaptación (la respuesta a la crisis del COVID-19 es paradigmática al respecto), no es menos cierto que también muestra insuficiencias y señales de anacronismo. Modernizar la estructura territorial es condición para el éxito de las distintas políticas públicas.

La necesidad es objetiva; encontrar las respuestas adecuadas, resulta más complicado. Lo es por la dificultad intrínseca de las cuestiones a resolver. Pero también por la polarización que domina desde hace años la vida política española y que hace casi imposible cualquier tipo de acuerdos transversales [22]. Porque, como demuestra la experiencia, si las respuestas son unilaterales no serán tales. La fase exitosa de la construcción territorial tuvo como presupuesto el acuerdo entre las dos grandes formaciones políticas nacionales. Su fracaso comienza cuando ese acuerdo se rompe. En todo caso, no es posible caer en la desesperanza: hay que continuar apelando a la responsabilidad de los diferentes actores para que vuelvan la mirada sobre la organización territorial y lo hagan con ánimo realmente constructivo, con vocación de País.

Alguien puede alegar que la política sí ha intentado en los últimos años dar respuesta a la cuestión de la integración nacional. La adopción de diversas medidas en relación lo sucedido durante el «procés» sería el mejor reflejo de ello. Disiento de esta apreciación. Precisamente, considero que una de las críticas más relevantes y objetivas que se pueden realizar a esas medidas es que se han adoptado de forma sucesiva alrededor de las circunstancias y en ningún caso relacionadas con un proyecto general de organización territorial del Estado. Con independencia de cuáles hayan sido sus efectos políticos, no es posible vincular las mismas, siquiera a una posible evolución del modelo territorial y, en particular, a la integración del nacionalismo. Diseñar una fórmula al respecto sigue siendo un reto pendiente.

La política no da demasiadas esperanzas al respecto; la demoscopia, algunas más: los ciudadanos desean acuerdos y las posiciones mayoritarias no se

[22] Sobre la polarización y sus consecuencias, Barreda, M., «La polarización política en las democracias actuales: expresiones y consecuencias», Cuadernos Manuel Giménez Abad 21, pp. 190-202, 2021.

encuentran en posiciones que no permitan un halo de esperanza. Creo que en, primer lugar, es precisa la recuperación de unos mínimos de confianza. De una confianza basada en la convicción de la lealtad mutua. Ello, inevitablemente, llevará algún tiempo. No es malo. En paralelo, se puede ir trabajando en las opciones jurídicas que pueden dar respuesta a las necesidades políticas. Esas respuestas existen y su idoneidad está básicamente condicionada por la voluntad política de hacerlas efectivas. Si bien lo ideal es una reforma de la Constitución para acoger con la mayor precisión y transparencia el nuevo modelo, mediante reformas de los Estatutos y, en particular, del catalán y del marco general de financiación de las Comunidades Autónomas, sería posible avanzar de forma significativa. En cualquier caso, para que caminar en esta dirección sea factible, es necesario tanto una voluntad clara del Estado como que desde los partidos nacionalistas catalanes se transmita la voluntad de emprenderlo y llegar a buen puerto. Hay que repetirlo. Nada será posible sin la previa aceptación de la máxima: la lealtad a la idea de unidad debidamente reequilibrada con una lealtad simétrica a la autonomía.

La visión más técnica de la reforma territorial, y las respuestas que exige, no se encuentra, lógicamente, totalmente desvinculada de la perspectiva anteriormente descrita. La mejor manera de entender la conexión y, simultáneamente, de comprender las exigencias que para el federalismo tiene una sociedad en cambio, es reflexionar sobre lo sucedido durante la pandemia. Ésta puso a la sociedad y a las instituciones ante retos desconocidos y de extraordinaria complejidad y relevancia. No era el menor lograr ser eficaz sin quebrar los principios esenciales de la organización territorial. Desde otra perspectiva, se trataba de saber si el modelo territorial era capaz de responder a una situación de emergencia. Por supuesto, los retos de carácter técnico fueron numerosos. Lo esencial era mantener protegida la salud de los ciudadanos y, para ello, cada administración debía cumplir con eficacia su rol y todas debían complementarse adecuadamente. Pero también había una lectura política que acerca a los retos de la España federal. En general, a los retos de un Estado moderno en una sociedad en la que los riesgos y desafíos transcienden las viejas fronteras estatales. Precisamente, creo que la conciencia de la gravedad del momento hizo posible que la cooperación funcionase de una manera razonable y que las discrepancias territoriales tuviesen un perfil técnico y, por ende, más bajo. Así, este tiempo excepcional dejó, como se vio, muchas lecciones para el modelo territorial. Realizar un diagnóstico adecuado y extraer las correspondientes consecuencias es un reto pendiente. Sólo me atrevo a escribir que se demostró que, sin necesidad de reformas normativas ni institucionales, es posible lograr algunos de los objetivos que muchas veces los académicos hemos

descrito como deseables en nuestros estudios. Junto a ello, no está de más recordar que la pandemia puso de manifiesto, si es que era necesario, que los Estados son hoy una instancia territorial insuficiente para abordar los desafíos del mundo contemporáneo. Si los Estados no son instancias adecuadas, ¿Qué se puede pensar de instancias infra estatales? Defender la unidad del Estado, como demandar el reforzamiento de la Unión Europea, no es una cuestión de patriotismo o de viejos ideales europeístas. Es una necesidad para poder acercarse a dar respuesta a las necesidades de los ciudadanos.

Con todo, la pandemia, aún muy cercana, queda lejos. El tiempo se acelera y transforma muy rápidamente cualquier posibilidad de análisis. La resurrección del debate territorial al hilo del acuerdo entre el PSC y Esquerra Republicana lejos de ser una buena noticia, confirma los perores augurios: no hay modelo y menos un modelo para todo el Estado. Las decisiones se adoptan en virtud de una circunstancia política y, siguiendo una lógica implacable, beneficiando a aquellos territorios que tienen por mor de su sistema de partidos capacidad para decidir la política estatal. Si la dinámica continúa y sigue las pautas establecidas en el mencionado acuerdo, será difícil no ver un Estado debilitado más allá de lo razonable y con una dinámica de funcionamiento territorial propia de modelos confederales.

TERCERA PARTE:
Derechos fundamentales

VARIACIONES SOBRE LA DIGNIDAD

ANTONIO TORRES DEL MORAL
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Nada me satisface más que participar en este libro de homenaje a la Profesora Yolanda Gómez, mi querida amiga y compañera, con la que he trabajado durante mucho tiempo en el Departamento de Derecho Constitucional de la UNED: hemos colaborado en la enseñanza y en la investigación, dirigí su tesis doctoral y prologué su publicación. Su trayectoria como estudiosa del Derecho Constitucional como Secretaria y después Directora del Departamento correspondiente de la UNED, así como su fecunda dirección durante cinco años del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, han mostrado claramente sus cualidades como dirigente así como su dignidad personal y académica. Por eso, a la hora de seleccionar un tema para contribuir al muy merecido homenaje que se le tributa en el presente libro, no dudé en elegir una rama del frondoso árbol de la dignidad, al que prestan atención creciente los profesionales de múltiples disciplinas y también del Derecho, aunque ciertamente, estamos lejos de haber agotado su muy extenso y variado contenido. Además de participar en el presente y merecido homenaje, le deseo toda suerte de éxitos y parabienes en esta nueva etapa de su muy fecunda vida profesional.

I. INTRODUCCIÓN

Tras la trágica experiencia de la Segunda Guerra Mundial, el valor dignidad entró pujante como principal seña de identidad de la paz tan trabajosamente conseguida. Los dirigentes de varios países entendieron que debían renovar sus leyes supremas y en esta tarea dedicaron al valor dignidad una atención

preferente. Así, la Constitución alemana la incluye en su artículo primero y la italiana en el artículo 3.1, dedicando los anteriores a la definición de la República como democrática y a la garantía de los derechos inviolables y de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social.

Pero no sucedió así en todos los Estados democráticos. Citaré por su elevada significación Inglaterra, que podía haber añadido las nuevas ideas a sus textos históricos, pero no lo hizo; y tampoco Francia, que ni con gobiernos *degaullistas* ni con gobiernos liberales o socialistas procedió a insertar la dignidad u otra expresión equivalente en sus constituciones o en normas de elevado rango jurídico aunque separadas del texto constitucional. Sin embargo, sus respectivos regímenes tienen acreditada una clara trayectoria democrática y carecería de sentido hacerles reproche alguno.

Esta es una primera enseñanza: para que un régimen político sea respetuoso e incluso defensor activo de la dignidad humana, no es imprescindible que esta palabra figure en su texto constitucional. Si figura, eso se gana en seguridad jurídica, que es otro valor muy presente en el constitucionalismo posbélico. Pero más necesario, incluso imprescindible, es, primero, que los poderes públicos interpreten que la dignidad es un valor humano ínsito al régimen democrático; y, segundo, que así lo interpreten también los tribunales de justicia.

Tal argumento vale igualmente en sentido contrario: no por estar reconocida la dignidad de la persona en un texto constitucional estamos en presencia de un régimen democrático respetuoso o defensor de dicho valor. La interpretación correcta de un texto constitucional debe sustentarse en la correspondencia efectiva entre el régimen jurídicamente proclamado y el realmente practicado por el poder público y vivido o soportado en el país, cautela esta que ha de ser observada no solo para con la dignidad, sino respecto de todo el texto escrito de la Constitución. Por consiguiente, la dignidad (e igual cabe decir de los demás valores), se dirime en la vida de cada país, en el respeto y promoción reales y efectivos que le dispensen los poderes públicos, así como en la efectiva justicia de sus tribunales.

Caso diferente fue el español. Secuestrada la política de nuestro país durante dos generaciones mediante las armas más o menos afines a las vencidas en la contienda mundial, hubo que esperar a que se extinguieran los «obstáculos tradicionales» para incorporar a su credo político los valores democráticos, operación que resultó tan esperanzada como exitosa. Muestra clara de ello es la incorporación al artículo primero de nuestra Constitución, como valores superiores del Ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, en tanto que el artículo décimo hace de la dignidad de la persona, de los derechos inviolables que le son inherentes, del libre desarrollo

de la personalidad y del respeto a la ley y a los derechos el fundamento del orden político y de la paz social.

El constituyente español ha desplazado la dignidad al artículo 10.1, dentro de un título diferente del Preliminar y separada, por tanto, de los valores superiores del Ordenamiento jurídico, que rezan en el artículo primero. Por eso, aunque la doctrina científica y la jurisprudencia han convertido la dignidad en palabra estrella de la Constitución y, de hecho, así ha sido asumida por la generalidad de la doctrina, resulta muy visible su diferencia con los textos alemán e italiano [1].

II. DIGNIDAD Y CONDICIÓN HUMANA

Hay actitudes indignas lo mismo que las hay dignas. Hay asimismo actitudes que, además de indignas, son indignantes. Cada cual podría aportar algunos ejemplos. Ya costaría más trabajo ponerlos de una actitud «dignante» hasta el punto de que este vocablo nos suena al oído como más raro que su opuesto: «indignante».

Al ser humano se le suele reconocer una dignidad que no se reconoce a otros seres: es persona. Esta «condición humana» es el principal elemento integrante de su dignidad. Son conceptos no exactamente sinónimos, sino equivalentes. En fin, si queremos ser más descriptivos, la dignidad es la resultante de la condición humana como persona.

Por otra parte, estamos acostumbrados a oír, e incluso a decir nosotros mismos, que tal o cual persona ha perdido la dignidad por comportarse de una manera considerada improcedente. Es una apreciación errónea motivada seguramente por la sensación negativa que nos ha producido el comportamiento de

---

[1] El artículo 1.ª de la Constitución alemana reza del siguiente tenor: «La dignidad del hombre es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público».

El artículo 3.ª de la Constitución italiana dice así: «Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley sin discriminación de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opiniones públicas o de condiciones personales y sociales».

Y los artículos 1.1 y 10 de la Constitución española siguen el mismo dictado, pero con más detalle:

Artículo 1.1. «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su Ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político».

Artículo 10. «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

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

esa persona, que acaso es, ha sido o está siendo deplorable y merezca una dura calificación, «pero no una descalificación de su autor como no-persona». La condición personal del ser humano lo acompañará hasta el fin de sus días. Pese a lo que suele decirse en el lenguaje coloquial, la dignidad no se pierde porque es un ingrediente esencial de cada persona.

También con frecuencia utilizamos la expresión «comportamiento indigno» para calificar el que está realizando alguien en el normal ejercicio de sus facultades mentales y que nos parece impropio de una persona civilizada. Tal calificación puede parecer severa y al mismo tiempo apropiada a los términos que acabo de utilizar pues no niega la dignidad de dicha persona, sino su comportamiento más o menos duradero, pero siempre rectificable, incluso aunque no llegue a ser rectificado nunca.

* * *

Manuel Atienza, iusfilósofo, tras un análisis paciente del concepto y contenido de la dignidad, concluye que no es fácil decir algo relevante en torno a ella; y aduce varios motivos, comenzando por la variedad de significados de dicha palabra, algunos de los cuales pueden ser interpretados de formas diferentes (incluso incompatibles, ya que dependen de consideraciones filosóficas o ideológicas), y por la existencia de una corriente de pensamiento que niega legitimidad a este tipo de discursos. Así que él se centra, primero, en las distinciones de dicho término en el análisis jurídico y termina señalando por qué se trata de una noción jurídica y moralmente indispensable [2].

Entre los significados que se han atribuido a la dignidad humana recoge en dicho estudio el mencionado autor el de *estatus* o cargo que corresponde a una persona por su posición social, o a una entidad. Es también una distinción jurídica utilizada en Derecho internacional, así como un valor interno al que se reconoce a cierta entidad; e igualmente es usada como «derecho a tener derechos» y como propiedad que cabe atribuir a seres humanos. Tiene, en fin, una pluralidad de sentidos alineados en torno a cuatro hilos conductores que resultan ser más de cuatro: 1) como rango o estatuto propio de los seres humanos; 2) como valor intrínseco; 3) como forma de comportarse; 4) como rasgo de carácter mesurado; 5) como forma con la que una persona debe tratar a otra, etcétera [3].

[2] Atienza, M., *Sobre la dignidad humana,* Trotta, Madrid, 2022.
[3] *Ibidem*, pp. 17 ss.

Entiende el mencionado autor que podría lograrse una cierta unidad de tales significados a partir de dos ideas:

a) bien la dignidad como un concepto-eje; es decir, como cuando nos referimos a las condiciones que han de darse para atribuir dignidad a una entidad, o a los derechos y deberes que comporta;

b) o bien la dignidad como principio profundo y abstracto de índole moral y jurídica, o como significando determinados derechos.

De esta manera cabe abordar los problemas planteados sobre la dignidad humana en torno a dos ejes (o tres porque el primero de ellos aparece desdoblado):

a) De una parte, las condiciones de la dignidad y de la personalidad moral y jurídica; con dos tesis fundamentales:

a.1) Todos los seres humanos pueden ser considerados plenamente personas, agentes morales, y solo sobre ellos puede predicarse plenamente la dignidad.

a.2) Bajo ciertas condiciones se puede atribuir dignidad o derechos y deberes a una entidad.

b) Como concepto normativo, en el que, a su vez, habría que diferenciar varios planos [4].

III. CONSTITUCIÓN, DIGNIDAD Y PLURALISMO POLÍTICO

El profesor M. A. Alegre, en una sólida publicación sobre el objeto que estudiamos en este ensayo, escribe que el reconocimiento de la dignidad de la persona como «fundamento del orden político y de la paz social significa la plasmación en la norma fundamental española de un concepto cuya formulación lleva consigo una gran dosis de relatividad y supera los límites del ámbito jurídico». El mencionado autor precisa más adelante: «En efecto, la dignidad forma parte esencial de la persona y, por tanto, es previa al Derecho. Lo cierto, sin embargo, es que, si bien la dignidad no necesita reconocimiento jurídico para existir, ese reconocimiento será… requisito imprescindible para la legitimidad del orden jurídico»; y significa además «un límite en el ejercicio de los derechos propios y un deber jurídico de respeto de los derechos propios y ajenos» [5].

---

[4] *Ibidem*, pp. 127 ss.

[5] Alegre, M. Á., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español,* Universidad de León, 1996, p. 14.

Según escribe Millán Puelles en un temprano estudio sobre el objeto del presente ensayo, «ser persona es un rango, una categoría que no tienen los seres irracionales. Esta prestancia o superioridad del ser humano sobre todos los que carecen de razón es lo que se llama la dignidad de la persona humana» [6].

A mi juicio, sin embargo, puede suscribirse la idea que late en dicho texto sin perjuicio de discrepar de su literalidad, pues, en efecto, esa prestancia o superioridad es, acaso, el fundamento de la dignidad, pero no propiamente este primerísimo valor.

Así, para C. S. Nino, «el principio de la dignidad de la persona, como opuesto al determinismo jurídico, se traduce en que `los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento´» [7].

Pero «precisamente por ser un atributo de la persona… y por ir indisolublemente unida a la idea de libertad, la dignidad –sostiene M. A. Alegre– adquiere además un significado jurídico-político. Su reconocimiento por los diversos textos constitucionales y declaraciones internacionales de derechos… y en particular su inclusión en la Constitución española de 1978 convierte a la dignidad humana en objeto de estudio desde el punto de vista del Derecho constitucional» [8].

Pero no fue fácil su inserción nominal en la Declaración Universal de Derechos. En efecto, según Marina y De la Válgoma, en diciembre de 1947 se discutía la redacción del artículo primero de la Declaración y no se lograba el apoyo unitario de los juristas redactores. Decía así:

«Todos los hombres son hermanos. Están dotados por la naturaleza de razón y conciencia. Nacen libres e iguales en dignidad y derechos».

Era difícil coincidir en la fraternidad universal ya que se mezcla en ella, de una parte, un origen religioso, puesto que hace referencia a Dios como origen común, y, de otra, a un origen laico, como la libertad.

La redacción definitiva, que logró el acuerdo, reza del siguiente tenor literal:

«Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

De este modo, desapareció del texto la referencia a la naturaleza como origen de los derechos porque se prestaba a interpretaciones iusnaturalistas,

---

[6] Millán Puelles, A., *Persona humana y justicia social*, Rialp, Madrid, 1973, p. 15.
[7] Nino, C. S., *Ética y Derechos Humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984, pp. 159-184.
[8] Alegre, M. Á., *La dignidad*…, ob. cit., p. 19.

sesgo al que se oponían miembros de la Comisión procedentes de países europeos sometidos a disciplina soviética mientras que el *modus operandi* era procurar siempre la unanimidad [9]. Vana aspiración, pese a todo, puesto que lo impidió en varios puntos la divergencia ideológica de los mentados juristas, que eran renuentes a incorporar en el texto criterios o principios difícilmente cohonestables con sus regímenes de procedencia.

«Los derechos humanos –escribió G. Bidart Campos– parten de un nivel por debajo del cual carece de sentido la condición de persona: desde el reconocimiento de que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera que sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social y cual(es)quiera que sean los valores prevalecientes en la comunidad histórica…». De esa dignidad humana –añade– se desprenden todos los derechos, que son necesarios para que el nombre desarrolle su personalidad íntegramente. El derecho a ser hombre [10] engloba todos los demás que sean consecuencia de éste, como el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad propia de la persona humana [11].

Por su parte, Fernández Segado sostiene que «la persona representa el valor constitucional último, el cual, como indica Sagüés, se inserta en el texto de la ley fundamental como una cláusula abierta, a su vez valor, principio y fuente de otros derechos…o, en la terminología de Dworkin, como un concepto más que como una concepción, idea que puede abarcar contenidos diferentes y hasta contrapuestos» [12]. Y, según Peces-Barba, la filosofía de los derechos humanos, tal como hoy aparece, fruto de su evolución histórica, se asienta en una concepción humanista del hombre y democrática de la sociedad [13].

Al contrario que la dignidad y frente a la dicción literal del texto constitucional español, el pluralismo político tiene un difícil encaje jurídico como valor. Veamos.

El pluralismo político, dice la Constitución española, es un valor superior del Ordenamiento jurídico. ¿Los demás pluralismos no? ¿Ni el étnico, ni el lingüístico, ni el ideológico, ni el religioso, ni el científico, ni el cultural, ni el social, ni el sindical, ni el empresarial, ni el educativo o educacional, ni el informativo, ni el familiar, ni el sexual, ni el artístico, ni el literario…? Lo cierto es que ninguno de estos pluralismos es reivindicado ni utilizado como valor

---

[9] Marina, J.A. y De La Válgoma, M., *La lucha por la dignidad*, Anagrama, Barcelona, 2000, pp. 199-200.

[10] Creo que debo respetar la escritura de los autores citados. Por eso mantengo el término *hombre* cuando sería más apropiada en esta ocasión la expresión *persona humana*.

[11] Bidart Campos, G. J., *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 74.

[12] Sagüés, N. P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 54.

[13] Peces-Barba, G., *Derechos fundamentales: 1. Teoría General*, Guadiana, Madrid, 1973, p. 69.

superior del Ordenamiento jurídico; solamente del pluralismo político lo dice así la Constitución española, artículo 1.3. ¿Significa eso que los demás pluralismos son de un nivel axiológico inferior? ¿O se trata simplemente de que el poder público de dondequiera que sea aún no ha dado tal paso?

IV. LA DIGNIDAD COMO VALOR DE INCIDENCIA SOCIAL

Tras las notas anteriores insertas en nuestro estudio de la mano de autores significados, debemos plantearnos el problema teórico de la dignidad, cuestión cuya discusión, debate o conversación no ha gozado de las preferencias de los estudiosos de este valor; antes bien la tienen aplazada desde hace mucho tiempo.

Valgan de momento algunas impresiones personales sin más entidad científica que la de ser nuestras. Para ello, entiendo que no es mal comienzo asomarnos a la realidad viva de la sociedad actual y tomar nota del uso que se hace en ella del término dignidad y sus allegados porque la teoría que buscamos no debe separarse mucho de lo que la sociedad, en el sentido más frecuente de este término, hace de ellos, incluidos algunos datos que nos presta el lenguaje jurídico oficial. Presto a ello,

– Cuando leo que la dignidad es (así lo dice el artículo 10.1 de la Constitución española) fundamento del orden político, no tengo inconveniente en aceptarlo.

– Cuando leo en alguna sentencia del Tribunal Constitucional que la dignidad es un valor, lo asumo igualmente, aunque no fue calificada así por el constituyente.

– Cuando leo u oigo que la dignidad es la matriz de todos los derechos, también lo creo, aunque no observo sobre ello unanimidad en la doctrina.

– Cuando oigo o leo la recomendación de tener cuidado con la dignidad a la hora de argumentar jurídicamente porque se presta a una utilización poco jurídica, le quedo sumamente agradecido al autor que lo recomienda [14] porque me persuade de observar en ello sumo cuidado.

– Finalmente, cuando se habla de la dignidad de los primates, y aun de otros seres vivientes, como se hace cada día más, puedo asumirlo, pero no soy insensible a las diferencias: serán dignos o lo son decididamente, pero de

[14] Principalmente a mi amigo y compañero Ricardo Chueca, director y coautor de *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015. Su texto, con el título «Presentación», en pp. 17-52.

modo diferente a la persona humana, aunque en algunos de ellos ese modo nos sea más cercano.

Claro que, si comenzamos a hacer distinciones, también habría que hacerlas con los humanos: ¿Se puede decir de Hitler, de Stalin o de un asesino en serie que fueron tan dignos como lo fueron mis padres o Juan XXIII? ¿Cabe entonces hacer las mentadas distinciones o debe la teoría prescindir de ellas?

Cierro los libros y me encuentro sumido en una consistente perplejidad, sin conseguir, a la postre, un punto de apoyo con el que comenzar mi reflexión. Muchas son las preguntas que me he hecho y sigo haciéndome, demasiadas para haberlas dejado sin sus correspondientes respuestas, fueran estas más o menos acertadas o sutiles. Pero falta una pregunta cuya respuesta acaso sea decisiva y para la que tampoco parece fácil hacer un adelanto; yo, al menos, no lo tengo: ¿Hay personas indignas?

Más adelante asisto a una celebración religiosa y vuelvo a oír «yo no soy *digno*…» ¿Qué puedo decir respecto de esta verdadera antítesis? ¿No devolvió Jesús al ser humano la dignidad perdida en el Paraíso?

Después leo en la prensa política más acerada que tal o cual persona resulta «indigna» de ocupar este o aquel cargo. ¿Qué alcance tiene el adjetivo utilizado (indigna) en estas ocasiones, demasiadas sin duda?

Avanzado el día alguien afirma por televisión que a un importante acto público asistieron tantas o cuantas «dignidades» y autoridades del Estado y de la Iglesia. Según parece, el autor de la noticia comentada utiliza el término «dignidades» en el sentido de «altas autoridades», lo cual no es lingüísticamente incorrecto y sociológicamente está muy asumido; pero ¿no hay entonces nada que decir al respecto?

Decido entonces ceñirme a la Constitución, pero leo en ella que el Príncipe Heredero, desde su nacimiento, tiene la «dignidad» de Príncipe de Asturias (art. 61.2).

A la postre, sigo sin saber de qué se está hablando, escribiendo, predicando, enseñando en las aulas, resolviendo en los tribunales y escribiendo en el Boletín Oficial del Estado. Y, para mayor dificultad, lo hacen –lo hacemos– con la relativa tranquilidad de espíritu de estar siguiendo una línea correcta de comportamiento y de utilización idiomática.

En fin, mi pregunta-contribución, nada maliciosa y que no reclama una respuesta inmediata, es si resulta posible poner un poco de orden en el caos descrito en páginas anteriores. He ahí, creo, un atractivo proyecto de investigación.

V. DERECHO Y DIGNIDAD

La consulta a la Constitución española me proporciona el siguiente resultado: al Príncipe Heredero le corresponde la dignidad de Príncipe de Asturias. El Rey tiene el título de Rey de España. ¿Vienen a equivaler los sentidos o significados de título y dignidad?; dicho de otro modo: ¿la dignidad es un título, o el aura que rodea o corresponde a un título y comporta un tratamiento, unos honores, un lugar en el Protocolo nacional, etcétera?

Con alguna frecuencia leemos u oímos que alguien está revestido de la dignidad cardenalicia. Dígase lo mismo que en el caso antes mencionado del Heredero de la Corona. Esa dignidad por razón del cargo ¿añade algo a la dignidad que esa misma persona tiene por ser persona. En caso de respuesta positiva, ¿qué es lo que añade? Pero, si no añade nada, ¿es un engaño? No lo es; más parece un regalo.

Dispuesto a continuar, me doy cuenta de que, si reflexiono sobre el binomio dignidad-igualdad, seguro que me sobrepasan los problemas y no avanzo gran cosa, pero, llegado hasta aquí, no puedo ni debo interrumpir la presente indagación.

La dignidad de una persona por razón del cargo público desempeñado es una distinción; traduzco: se quiere distinguir jurídica y socialmente a tal persona por los servicios prestados a la sociedad durante el desempeño de un cargo o de varios, por su protagonismo en un importante suceso o bien se espera que preste aquellos y, llegado el caso, asuma este. La persona «distinguida» pasa a ser «distinta» de las demás, como la propia palabra indica; y, en su calidad de tal, es tratada por el Ordenamiento jurídico de modo especial (diferente y deferente) sin que ello vulnere la igualdad ordenada por el artículo 14 de la Constitución. No es un juego de prestidigitación, sino que tiene su lógica en el mundo en que vivimos.

Ello da pie para que, como en páginas anteriores, nos interroguemos o interroguemos al Ordenamiento jurídico.

Los valores ¿existen o se tienen? ¿Las personas son valiosas o tienen valores?

¿Los valores existen como tales, son cualidades que tienen las personas, o son mera terminología oficial vacía por dentro?

La dignidad ¿es o se tiene? Dicho más lógicamente, ¿las personas son dignas o tienen dignidad? Si «son» dignas por ser personas, ¿estaríamos ante la dignidad óntica u ontológica, que se conserva siempre, incluso después de la muerte, aunque sea de modo distinto? Si es una distinción que el Ordenamiento dispensa a una persona por razón del cargo desempeñado, ¿desaparece

después de su cese en el cargo o la conserva? A Juan Carlos I se le ha reconocido el tratamiento de Majestad después de su abdicación. ¿Ocurre siempre así con las personas receptoras de títulos o distinciones?

Ampliemos las incógnitas:

a) La libertad personal ¿existe o se tiene? Se puede decir mejor: la persona ¿es libre o tiene libertad?

b) La igualdad ¿existe por sí misma, se tiene o se aspira a ella y se alcanza o no? Parece que el idioma nos fuerza en una dirección, pero sigamos.

c) ¿Una persona es igual a otra? ¿La igualdad es algo que se tiene en medio de infinitas desigualdades de todo tipo?

d) La justicia ¿existe como tal? ¿Las personas son justas o la justicia es algo a lo que aspiran y que no siempre alcanzan? ¿O, más bien, en el valor justicia se reconoce al Estado y este la dispensa a los ciudadanos, grupos, instituciones, etcétera?

e) El pluralismo político ¿existe, es deseado, o se aspira a él?

f) La persona ¿es plural, aspira al pluralismo o se encuentra inserta en un sistema social, político, etcétera, pluralista?

g) ¿Existe la seguridad? ¿El hombre es seguro, tiene seguridad, aspira a ella, la procura, la desprecia…?

Fácilmente se puede apreciar que al anterior puñado de interrogantes no le corresponde siempre la misma respuesta. Por anotar, de entrada, solamente algunas de esas preguntas, resulta evidente que la igualdad no tiene existencia propia e independiente de aquellos entes, personas o elementos respecto de los cuales se predica. Ni el pluralismo ni la seguridad existen por sí solos en esta o aquella sociedad; menos aún preexisten a ellas.

Ahora bien, la diferencia en los ejemplos mentados no reside en que el pluralismo sea un valor diferente a otros, sino a que no es propiamente un valor, sino un dato de la realidad social y política al que el Ordenamiento jurídico, por considerarlo valioso, le dispensa un trato políticamente convenido, que no tiene otra explicación que la de marcar distancias respecto del régimen político anterior.

Si tomamos de entre las anteriores preguntas las hechas en segundo lugar, el resultado no difiere. En efecto, decir que el hombre es plural, que es igual o que es seguro, son frases que, en principio, carecen de sentido salvo el que le dispense el grupo o grupos sociales en los que se mueven los interlocutores.

¿Y si probamos con otros valores? Veámoslo. Decir que la libertad existe es menos chocante, pero, a poco que reflexionemos, repararemos en que nos sorprende menos por el hábito que tenemos de hablar de la libertad como algo en sí, pero que realmente no existe sin un sujeto del que se pueda predicar. Y

algo parecido nos ocurre con la dignidad. Sin embargo, que la persona sea digna o libre son proposiciones a las que podemos dar una respuesta afirmativa o negativa, y, de hecho, así ha sido a través de la historia, sin que nos sorprenda demasiado que fuera así.

En efecto, vistos con perspectiva histórica, la dignidad y la igualdad de los humanos ha sido una conquista jurídica histórica. Los humanos han sido dignos e iguales desde el inicio de la hominización, pero su igualdad jurídica ha sido una conquista muy reciente de la civilización.

Algo similar, aunque no exactamente igual, podríamos decir de la justicia: no tiene existencia por sí misma, sino siempre en el seno de una relación en la que, al menos, uno de los elementos es una persona. La diferencia respecto de las anteriores reflexiones radica en la polisemia del término «justicia». No es difícil comprender que cuando afirmamos o negamos que las personas sean libres estamos afirmando o negando un dato o elemento de la naturaleza humana, mientras que, si hacemos lo propio respecto de la proposición «las personas son justas», nos estamos refiriendo a una actitud, a una disposición o, si se quiere, a una «virtud». (Aranguren solía decir –y escribir– que «la justicia es la lucha por la justicia».)

Con lo cual nos situamos obviamente en un discurso de diferente naturaleza y alcance del que hemos abierto unas líneas más arriba pues ha tenido su entrada en la historia en tanto en cuanto lo hace como suceso histórico que, según se suele decir, «ha llegado para quedarse», pero todavía tiene contradictores incluso en países civilizados, aunque se deba a diferencias y tensiones raciales o religiosas.

VI. VEINTITRÉS PREGUNTAS SOBRE LA DIGNIDAD

De la dignidad se ha dicho todo o casi todo: que es derecho fundamental y parámetro de ponderación de los derechos; que relativiza la relación entre las fuentes del Derecho; que es elemento de justificación del sistema político; que es la puerta de la Constitución…

Hora es de que sometamos a este valor a prueba jurídica.

¿Qué es la dignidad? ¿Un valor? ¿Un derecho? ¿Un bien jurídicamente protegido? ¿La libertad vista de otro modo? ¿La igualdad vista de otro modo…? ¿Nada? ¿El conjunto de valores humanos? ¿Su síntesis? ¿Una mentira de curas y predicadores? ¿Un engaño de políticos progresistas? ¿El último tren de los conservadores? ¿Un sentimiento íntimo e intransferible? ¿Una moda sostenida entre filósofos y juristas? ¿Lo mismo de siempre, pero dicho de otro modo?

¿Una realidad que ha logrado hacerse hueco en las normas, en los libros jurídicos, en los discursos políticos y en los periódicos? ¿O tiene un poco de todo?

¿Con qué valores y actitudes podemos relacionar la dignidad si queremos aprender qué es realmente? ¿Con la prudencia? ¿Con la justicia o, al menos, con el sentido de la justicia? ¿Con el honor o el sentido del honor? ¿Con la belleza de un discurso? ¿Con la inteligencia práctica? ¿Con el sentido del humor? ¿Con el desinterés por lo material o económico? ¿Con el cultivo de la amistad? ¿Con la aceptación del yo, es decir, de lo que somos cada cual en nuestros adentros? ¿Con la aceptación resignada o rebelde de aquel que quise ser y después no he sido, ni soy y probablemente no seré?

¿Por qué las personas somos dignas? ¿Porque sí? ¿Porque hay costumbre de creerlo y de decirlo así? ¿Porque así son o somos más fácilmente gobernables? ¿Porque es lo que piensa la mayoría, la gente? ¿Por qué es conveniente que lo creamos así? ¿Porque, de lo contrario… esto sería un caos?

Dicho de una vez por todas: ¿qué son los valores? ¿Responden todos a un mismo patrón o cada uno tiene su existencia, su causa o razón de ser, su biografía y acaso también sus límites?

¿Cómo se relacionan los valores entre sí? O quizás esta pregunta sea imprecisa y deberíamos preguntarnos sobre cómo los relacionamos nosotros. Veamos, a este respecto, algunos interrogantes de uso común, poco más o poco menos, en publicaciones sobre la materia.

1. ¿La dignidad es un concepto unívoco, equívoco o análogo?
2. ¿Es igual la dignidad de una persona que la de otra?
3. ¿Se puede cuantificar la dignidad? Dicho de otro modo: ¿Se puede tener más o menos dignidad, un trozo de dignidad, un porcentaje de ella?
4. ¿Se puede comparar la dignidad de una persona con la de otra y concluir sobre su igualdad o desigualdad, su más y su menos?
5. ¿Qué decir cuando una persona se siente herida en su dignidad por algo que a otra no le causa humillación alguna? ¿Tiene cada cual un umbral de humillación como lo tiene del sonido o de la temperatura soportables?
6. ¿Es entonces la dignidad un concepto relativo (o, más bien, una vivencia relativa)?
7. ¿O es una vivencia relativa porque no tiene en sí misma un contenido reconocible e identificable por todos y, por eso, cada cual se suele valer en este asunto a su manera?
8. ¿Y cómo se las arregla quien no tiene umbral ninguno, o no es consciente de tenerlo? ¿O para estos/as no existe problema alguno?

9. ¿Tiene la dignidad un contenido positivo, por ejemplo, la autoestima, o esto también es relativo?

10. ¿Unas personas son más dignas que otras? En caso de respuesta afirmativa, ¿cuánto y en qué sentido?

11. Si cada persona tiene un diferente umbral de dignidad, ¿puede un acto vulnerar la dignidad si es dirigido a una persona y no vulnerarla si es dirigido a otra?

12. ¿Pueden los tribunales y demás operadores jurídicos aplicar cada vez un test de dignidad diferente según sea la persona supuestamente ofendida?

13. ¿Pueden los tribunales y demás operadores jurídicos actuar según otras circunstancias; por ejemplo, atendiendo a la etnia, a la religión profesada o a la ideología de las personas que acuden a ellos solicitando justicia en casos en que la dignidad de alguien resulta dañada, o así lo estima el demandante?

14. ¿El honor deriva de la dignidad o resulta ser al contario?

15. ¿Acaso se identifica la dignidad de una persona a través o a partir del sentimiento que tiene de su propio honor?

16. ¿O conocemos su sentido del honor a partir del que tiene de su propia dignidad?

17. ¿O coinciden los interrogantes 15 y 16 porque, comencemos por donde comencemos, llegamos siempre al mismo punto?

18. ¿Es la dignidad algo íntimo, unido en exclusiva al ser de cada persona, lo cual debe ser respetado por los demás por esa misma razón sin necesidad de consideraciones psicológicas, metafísicas o de cualquier otra índole?

19. ¿O consiste en lo que cada uno quiere ver o apreciar de sí mismo? ¿O acaso en la consideración que otros tienen de él, sea deferencia, amistad, admiración, aceptación de cómo es, o, por decirlo con una sola palabra, respeto, respeto a lo que cada uno es, ha sido o quiere ser?

20. Y ese respeto que uno exige o espera recibir de los demás, ¿se reclama simplemente porque se es persona o más bien en cuanto es fulano de tal, con tales o cuales atributos, historial, posición social, etcétera?

21. Cierto que, antes de ser fulano de tal, se es persona, pero entonces ¿cada cual tiene una dignidad, *o un quantum* de dignidad, o un modo de ser digno por ser persona y otro modo e incluso un tanto más o un tanto menos precisamente por ser fulano de tal?

22. A tenor de la anterior pregunta, ¿«hay un solo modo de dignidad, de ser digno, o tantos modos como personas pasadas presentes y futuras, es decir, miles de millones de modos»?

23. Finalicemos esta página con un apunte castizo. La tantas veces oída y acaso pronunciada en alguna ocasión por nosotros mismos, «Usted no sabe

con quién está hablando», ¿tiene algo que ver con la dignidad (en este caso una supuesta dignidad ofendida), o es una simple idiotez de un fanfarrón en apuros?

Convengamos en que, si la dignidad admite tantos interrogantes (por cierto, nada caprichosos, nada superficiales, nada laterales, nada extravagantes, salvo ocasionalmente alguno, sino centrales, muy vivos, permanentes e ineludibles en una teoría de la dignidad), podemos concluir que estamos ante un buen argumento acerca de lo correoso que es este valor y su concepto. Y no puede uno sino maravillarse de la ligereza con la que se la utiliza para hacerle decir o significar lo que conviene que diga o signifique en cada caso o situación a fin de sostener una determinada teoría o en beneficio de intereses algo menos teóricos. Se repite, pues, la misma conclusión que extraíamos en una página anterior: en estas cuestiones nada puede decirse de antemano sino solo tras un paciente análisis.

¿Por qué se dice de un comportamiento que es indigno o que sume a su autor en la indignidad? ¿Una persona sin dignidad puede ser una que no ha alcanzado ningún título nobiliario ni ningún puesto social de los que llevan aparejados determinados honores? ¿Una persona con dignidad socialmente reconocida es de valía personal contrastada por encima de lo ordinario o corriente, es decir, una persona considerada «por encima de lo normal»?

Hay alguna dificultad en admitir esto último sin ulteriores precisiones. Sería más fácil refiriéndolo a la realización de actuaciones o abstenciones concretas.

¿De una persona se dice que es digna como también se dice de una vivienda o de un trabajo que «merezca la pena»? Pero ¿puede una persona ser indigna o, al menos, caer en indignidad? El Código Civil prevé determinadas situaciones de tal índole que permiten, por ejemplo, la desheredación de una persona por motivos de indignidad (artículo 867). Es infrecuente que se produzca así actualmente en el tráfico social y jurídico ordinario, pero tal previsión existe, sigue jurídicamente vigente y no es muy aventurado pensar que en tiempos pasados tendría la frecuencia que hoy no tiene.

¿Qué es una vida digna? ¿Qué es llevar una vida digna? ¿Qué es comportarse con dignidad? Estas frases vienen a indicar algo así como «pese a las presiones, coacciones, etcétera, sufridas, tal persona, mantiene la entereza y no cede ante la adversidad ni ante el trato injusto sufrido». ¿Es así o me estoy dejando llevar por reflexiones desviadas?

¿Cuál es la ciencia en la que deben basarse el estudio de la dignidad y la propuesta de normas de conducta apropiadas? ¿la Ética, el Derecho, la Sociología? ¿Relaciones Humanas? ¿Todas ellas? ¿Ninguna?

Raúl Canosa ha acertado plenamente con la siguiente apreciación: «la dignidad es lo mínimo [menos es inhumano] y lo máximo [no se puede tener nada más elevado que la dignidad]». ¡Ya me gustaría haberla escrito yo!

Suelen atribuirse buenas dosis de dignidad a aquellas personas que sufren alguna discapacidad, o que han superado con creces la tercera edad, o que viven con entereza el proceso de su propia muerte.

¿Cómo es que el desconocimiento, por el poder público, de la libertad de una persona o de su derecho a la igualdad o a la justicia en un asunto determinado, le proporciona recursos para instar judicialmente el reparo del daño sufrido y, en cambio, el desconocimiento o atropello de su dignidad no proporciona recursos igualmente eficaces de reparación de este otro daño sufrido? ¿Es la dignidad, a estos efectos, un valor de segundo orden? ¿Tiene algo que ver con ello el hecho de que la Constitución no la denomina «valor» (ni superior, ni igual, ni inferior) del Ordenamiento jurídico? ¿O acaso tal diferencia se debe a la más difícil prueba de tal daño?

En el Evangelio se narra un episodio en el que una persona dice a Jesús: «Yo no soy digno de que entres en mi casa…», pasaje que la liturgia católica rememora a diario millones de veces en todo el mundo. Se entiende tal frase como un ejercicio de humildad, pero de ninguna manera puede tomarse al pie de la letra, tanto menos cuanto el cristianismo reivindica haber dignificado al hombre al tenerlo como semejante a Dios. Y, si no fuera porque fácilmente puede colegirse que la reiteración de esa autohumillación se debe a la costumbre y a la inercia, cabría cuestionar su licitud por contradicción insalvable con uno de los puntos esenciales del ideario reivindicado por el cristianismo: la dignidad del ser humano. Entiendo, sin embargo, que esa autohumillación debe ser entendida por oposición a la soberbia y no a la dignidad. Estamos hablando, por consiguiente, de humildad y no de indignidad.

La consideración anterior, sin embargo, nos pone en guardia respecto del lenguaje, que a veces, incluso el tenido como más depurado y exquisito, presenta cuadros tan desajustados como el descrito.

VII. APLICACIÓN PONDERADA DE LOS VALORES Y CULTURA DE LOS DERECHOS

Los problemas que se hacen presentes en la convivencia en un Estado democrático nunca son absolutamente resueltos mediante la ponderación de los valores usuales en la vida social. De ahí que se haga necesaria la utilización de varios valores que se nutran y atemperen recíprocamente en el análisis del caso

concreto. Por decirlo utilizando los valores que nuestra Constitución ha elevado a la condición de superiores del Ordenamiento jurídico, no resulta fácil ni frecuente que los problemas sociales y políticos se resuelvan mediante la aplicación única del criterio de la libertad; también suelen ser insuficientes los de igualdad y justicia, como se demuestra con la general aplicación conjunta de esos dos valores para una comprensión integral de un buen número de casos.

No obstante, la Constitución española abre su título primero con el artículo 10, que consagra nuevos valores y criterios como fundamento del orden político y de la paz social, y son, a saber: la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás.

Es tal la imbricación de los valores entre sí que sus relaciones en la práctica tienden más a su aproximación e incluso a su coincidencia sin perjuicio de su distinción conceptual. Así, por ejemplo, en una sociedad democrática, la libertad y la justicia no son verdaderamente tales si no son libertad igual y justicia igual (iguales para todos, se entiende). Pero esto no hace a la igualdad el valor determinante y superior, sino que debe conjugarse con los demás para obtener un resultado que sea igualmente libre, igualmente justo e igualmente digno.

La relación entre las opciones libres de una persona en el ejercicio de ciertos derechos que tradicionalmente han estado conceptuados como moralmente desviados ha dado lugar a muchas sentencias represivas por considerarse que estaban social y jurídicamente conducidos por consideraciones morales. Lo cierto es que algunos tribunales han rehecho después sus interpretaciones y han considerado que la sexualidad es vivida por las personas como expresión de su libertad de autodeterminación.

Como principio general, entiendo que no se debe resolver su caso conforme a la moralidad entendida o interpretada en ocasiones por los tribunales de manera disparatada, porque las normas jurídicas, en democracia, son aprobadas por representantes legítimos de la voluntad popular, en tanto que las normas morales provienen, en muchos casos, de jerarquías religiosas que no expresan la voluntad popular. Lo que da lugar a un indeseable sometimiento de las personas a una doble y diferente normativa e incluso a una oposición entre moral y Derecho en frecuente perjuicio de la libertad y de la justicia, que cede ante la supuesta dignidad administrada por determinados sectores sociales sin representación democrática. La tarea de los tribunales de justicia no es la supuesta o autoasignada moralización de la sociedad, sino la administración de justicia conforme a normas democráticamente aprobadas.

Las ideas vertidas en estas últimas páginas entroncan con una verdadera cultura de los derechos fundamentales que supera las fronteras nacionales y se extiende, al menos, por tres continentes. Es lo que P. Häberle denomina la «internacional de los Estados constitucionales» [15]. Conciencia y cultura que impregna a los poderes públicos y a la doctrina científica. Esto es particularmente visible en Europa, donde puede apreciarse, junto a las culturas jurídicas de cada país, una cultura propiamente europea derivada de aquellas e influyente, a su vez, en ellas.

Por otra parte, el hecho de que la Constitución española proclame el pluralismo político como valor superior del Ordenamiento jurídico, y no haga referencia a otro tipo de pluralismos, ¿significa que los demás pluralismos son de un nivel axiológico inferior? Decididamente no. Se trata simplemente de que el poder público de dondequiera que sea, y concretamente el español, aún no ha dado tal paso, pero no de que tal hazaña fuera imposible o nulamente interesante.

Ante la falta de explicación jurídica a lo decidido por el poder constituyente, se impone la razón política.

Había una evidente decisión del constituyente de separar el texto constitucional de todo parecido con el régimen político –que no constitucional– anterior y, comoquiera que este se caracterizó por un severo distanciamiento (y, en sus primeros años, una muy clara animadversión) a la cultura constitucional, el constituyente de 1978, a su vez, no perdió ocasión de marcar distancias respecto del régimen franquista ya que no podía ni era prudente hacerlo respecto de la «herencia recibida» de la jefatura monárquica del Estado, que le vino impuesta y no debía desconocerlo ni había fuerzas para ello.

Hoy la cultura de los derechos no es ya supranacional, sino supracontinental, aunque no planetaria porque las democracias siguen siendo minoría.

No se trata ya de que el Derecho internacional de los derechos se incorpora al Derecho interno, sino también, como subrayó G. Bidart Campos, de que el Derecho interno de los Estados alimenta y completa al Derecho internacional enriqueciéndose mutuamente con el objetivo de la optimización de los derechos [16]. Uno de los rasgos más interesantes de esta intensa internacionali-

---

[15] Häberle, P., «El legislador de los derechos fundamentales», en López Pina, Antonio (coord.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. *Alemania, España, Francia e Italia*, Serv. de Public. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1991, pp. 109 y 119; y «La jurisprudencia constitucional de los derechos», id., id., pp. 266 ss.

[16] Bidart Campos, G. J., y Herrendorf, D., *Principios de derechos humanos y garantías,* Ediar, Buenos Aires, 1991, pp. 245 ss.

zación de los derechos es la consideración de la persona individual como sujeto del Derecho internacional [17].

En el Estado social y democrático de Derecho se realiza, al menos tendencialmente, el ideal del republicanismo habermasiano: las libertades civiles y políticas (la autonomía privada y la pública, dice nuestro autor) están fundidas en un mismo concepto, en el que se integran como complementarias y en mutuo equilibrio [18].

[17] Ruiz-Giménez, J., «Derechos fundamentales de la persona», en VVAA: *Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, t. II, 1984.

[18] Habermas, J., «`Razonable´ versus `verdadero´, o la moral de las concepciones del mundo», en Habermas, J. y Rawls,, J., *Debate sobre el liberalismo político*, ed. esp., Paidós e I. C. E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1998, pp. 180-181.

CINCO DÉCADAS DE REFLEXIÓN SOBRE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS Y SU EVOLUCIÓN HASTA HABER LLEGADO A LA TRANSPARENCIA DE TODA ACTIVIDAD PÚBLICA

REMEDIO SÁNCHEZ FERRIZ
Universitat de Valencia

I. UNA GENERACIÓN DE ESTUDIOSOS CON PRESENCIA POR PRIMERA VEZ DE MUJERES

Cuando Yolanda Gómez y yo misma iniciábamos nuestra carrera académica era frecuente que los entonces examinandos en los cuerpos universitarios nacionales (hasta entonces solo hombres) nos quejáramos de tener que hacer una memoria que parecía mucho más lógico aportar al final de la carrera de todo universitario. La vida universitaria, aun no previendo aquello que tan lógico parecía, nos ha llevado sin proponerlo ni planearlo a ese mismo resultado que podríamos llamar, recordando el modo de pensar de Montesquieu, a ese resultado por la propia naturaleza de las cosas.

En efecto, viendo llegar el final de tanto estudio, iniciado con el aprendizaje del constitucionalismo decimonónico, y después acomodado a los problemas reales que nuestro régimen constitucional ha ido planteando, tuve la idea y la ilusión de revisar en qué había quedado aquel derecho a la información iniciado en 1973 [1] y el que hoy ha tomado cuerpo y densidad a través de novedosa terminología siempre vinculada a la idea de transparencia, buen gobierno y buena información (por veraz y objetiva). Y, así, decidí retomar todos los

[1] SÁNCHEZ FERRIZ, R., *El derecho a la información*. Valencia Cosmos, 1974.

aspectos que creo que siguen teniendo vigencia en la función de ofrecer un sistema de derechos y libertades constitucionales, sobre el que Yolanda ya escribió hace unas décadas con su propio enfoque en el que integraba tempranamente la visión europea de tal sistema [2].

II. MI MEMORIA, SÍNTESIS O CONCLUSIÓN DE UNA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN MANTENIDA EN EL TIEMPO

Me ha resultado satisfactorio recordar algunos estudios aislados a los que he tratado de dar unidad en sus diversas conexiones con el ordenamiento jurídico y comprobar que el epílogo de algún modo ofrecía una síntesis de nuestra vida académica (si no común, al menos paralela) aunque la mía ha sido mucho más modesta, no solo porque no he abarcado estudios institucionales de transcendencia constitucional como ella [3] ni sobre enfoques recientes a partir de las nuevas ciencias relacionales (o problemas interconectados como el de la bioética y el derecho [4]) sino también porque me ha faltado la vida política práctica con la que ella ha culminado su carrera dirigiendo el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Así, desde mi posición de modesta profesora siempre preocupada por clarificar en lo posible el origen, evolución y consolidación de nuestro Estado de Derecho y asentar la idea de que los derechos fundamentales y su defensa no ha de confundirse con la de las libertades, dedico a Yolanda Gómez unas páginas a modo de epílogo de mi último libro [5] que es, a su vez, síntesis del

---

[2] Gómez Sánchez, Y., *Derechos y libertades*. Madrid: Sanz y Torres, 2003 (la sexta edición es de 2023). También, *Los Derechos en Europa* (coord. por Gómez Sánchez (coord.) UNED, Servicio de Publicaciones, 2001; «Reconocer al ciudadano europeo por sus derechos». En *El futuro de un sueño: Europa 2046,* Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2016, pp. 111-114. *Derecho constitucional europeo*, Alcorcón, Madrid: Sanz y Torres, 2015.

[3] *Estudios sobre la monarquía* / coord. por Antonio Torres del Moral, Yolanda Gómez Sánchez, UNED - Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1995. Asimismo, otras obras de Gómez Sánchez, Y.: *La monarquía parlamentaria: Familia Real y sucesión a la Corona*. Madrid: Hidalguía, 2008; *El Tribunal De Cuentas. El Control Económico-Financiero Externo en el Ordenamiento Constitucional español*. Marcial Pons, Madrid, 2001; «El rey y los presidentes de las Comunidades Autónomas desde la Constitución de 1978», en Escudero López, José Antonio (ed. lit.), *El Rey: historia de la monarquía* / Vol. 2, 2008, pp. 94-105. Yolanda Gómez Sánchez. (coord.) *XXV años de monarquía parlamentaria*, Sanz y Torres, 2006. Gómez Sánchez, Y., «El fiscal en los inicios del constitucionalismo español», en Revista *de Derecho Político*, núm. 83, 2012 (Ejemplar dedicado a: La Constitución Española de 1812 (2)), pp. 335-358.

[4] Por ejemplo, Gómez Sanchez (ed). *Bioética y derechos humanos en la investigación clínica*. Madrid, Sanz y Torres, 2019.

[5] Sánchez Ferriz, R., Estudios *sobre las libertades públicas en el ordenamiento constitucional español (La voz de la sociedad civil).* Tirant lo Blanch. Valencia.2023.

trabajo que nuestra generación ha ido llevando a cabo en medio siglo de estudio vocacional. Entre sus múltiples líneas de investigación, esta que tanto me ha atraído tampoco le ha sido ajena [6].

III. SÍNTESIS DE UNA DE MIS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN EN CIERTO MODO PARALELA A YOLANDA GÓMEZ [7]

La democratización del primer Estado Liberal, en el que se va conformando el Estado de Derecho, se llevó a cabo al paso en que las libertades públicas se iban reconociendo progresivamente, con la lentitud de todo cambio de valores y paradigmas que son capaces de modificar la configuración del Estado.

Las luces con que se conforman nuevas ideas en el siglo XVIII tratan de superar los derechos individuales que, incluso en las monarquías, se han ido asentando y que se consagran en el *Code* napoleónico, que será modelo de otros similares (sin olvidar nuestra peculiaridad traducida en el considerable retraso que irá difiriendo más y más nuestra codificación por razones territoriales e históricas bien conocidas [8]).

Pero si tal es el planteamiento «oficial», de un Estado burgués y de sus derechos individuales y patrimoniales, no menos decisiva será la evolución de los nuevos derechos que los movimientos sociales, los incipientes sindicatos obreros y las Internacionales, ya avanzado el siglo XIX, van aportando como instrumentos de lucha (en realidad, también de defensa y de socorro mutuo) que llevarán a la calle, con los correspondientes riesgos, a los no poseedores que invocan la reunión, la asociación, el sindicalismo…

Los derechos individuales continúan en la paz de la casa y los patrimoniales tienen su propia Constitución en los Códigos. La estructura estatal se va consolidando, pero faltaba aún la voz de la sociedad, la voz de la inmensa

---

[6] GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Las libertades informativas en Europa». En Fernández-Miranda Campoamor, Carmen y Tenorio Sánchez, Pedro J. (coords.), *El derecho de la información*, UNED, 2001, pp. 343-382. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «La sociedad de la información en Europa (I)». En Torres del Moral, Antonio (coord.), *Libertades informativas*, Colex, 2009, pp. 1215-1250. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., presentación al libro Bermúdez Sánchez, Juan Antonio (coord..), *La reforma de la regulación de transparencia y buen gobierno en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2022.

[7] Nuestra reciente coincidencia en el VII Congreso de Buen gobierno y transparencia de la Comunitat Valenciana, en torno al tema de la reforma de la ley de transparencia, dirigido por Lorenzo Cotino, creo que ha sido una buena ocasión de cierre de este paralelismo con el que hemos ido coincidiendo en interesarnos por las libertades informativas.

[8] SÁNCHEZ FERRIZ, R., «¿Fuerismo versus constitucionalismo?: Derecho Común y Derechos particulares en la España constitucional», en Palao Gil, Javier; Hernando Serra, María Pilar (coords.), *Los valencianos y el legado foral: historia, sociedad, derecho*, Universitat de Valencia, 2018, pp. 157-178.

mayoría que no halla amparo en la España oficial, si no es que a menudo se dan de bruces con inclementes reacciones «oficialistas» como la conocida como «el garrote de don Ramón».

Pero la sociedad también evolucionaba más allá de los no poseedores. El progreso no llegaría nunca sin reacciones internas y sin las relaciones procedentes de fuera. La opinión pública, a través de la libertad de prensa, exige ser oída; la enseñanza no podrá negarse a ciudadanos extranjeros y, el monopolio católico que dominaba en ella acabará desmoronándose cuando el propio Estado la invoque como cuestión y competencia propia (sin perjuicio de todos los convenios y concordatos que sigan poniendo en manos de la Iglesia, una importante cuota de la misma). Por último, la inestable tolerancia religiosa que no llegó a cuajar en la non nata constitución alcanzará incluso la dignidad de la libertad en el sexenio revolucionario, cuanto menos formalmente formulada.

Por tanto, *ad intra y ad extra* se van forzando las estructuras ideológicas del Estado burgués y va surgiendo el Estado demoliberal burgués que no puede cerrar las puertas a las nuevas luces, ahora sí libertades, que, junto al sufragio universal, transforman la sociedad y dan lugar a la aparición de partidos políticos que transformarán a su vez el Parlamento iniciando sus nuevas complejidades que han alcanzado hoy su culminación [9].

Faltaba la primera gran guerra para que ya nadie pudiera negar el papel de quienes se enfrentaron en las trincheras pagando con sus propias vidas los conflictos que solo resultaban generados por las élites. El propio pueblo adquiere conciencia de su papel y de sus derechos de libertad. No en vano en el periodo de entreguerras se intenta racionalizar las instituciones (como el parlamento) pero también la vida social. A ambos aspectos se refería Mirkine [10]. No bastaba con poner orden en las instituciones, para evitar la debilidad gubernamental y el auténtico «gallinero» en que se habían convertido las instituciones representativas a principios del siglo XX; incluso la obra sagrada de estas, la ley, en teoría fruto de la razón, iba a ser controlada para garantizar la normatividad constitucional.

Pero tampoco la sociedad, el pueblo, iba a seguir quedando a su suerte como hasta entonces. Los derechos sociales, a través de la intervención directa estatal en los problemas sociales, formarán parte de una deuda que el Esta-

[9] Sánchez Ferriz, R., «Control parlamentario del gobierno en situaciones especiales: a propósito de la STC 168/2021 en el marco de la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Corts: Anuario de derecho parlamentar*. Año 2022, núm. 36.

[10] Mirkine Guetzevich, B., *Las tendencias modernas del Derecho constitucional*. Madrid, Reus, 2013.

do de cualquier inspiración ideológica no puede negar al ciudadano después de las últimas experiencias:

> «Nos hallamos, pues, en presencia de un hecho curioso: la introducción de elementos sociales en las Declaraciones de derechos no está en modo alguno en razón directa con la proposición más o menos grande del sentido democrático de un país determinado. La aparición de los elementos sociales no es únicamente el resultado de la participación de los socialistas nuevos en la obra de las Asambleas Constituyentes…» [11] (Mirkine-Guetzévich) …

Faltaba una segunda experiencia absolutamente indigna. Todos los derechos desaparecen con los totalitarismos (los de derechas y los de izquierdas), todos, sin excepción. La vergüenza alcanzará a la vieja Europa y la reacción ha de ser total: por una parte, como empeño de todo país civilizado y, de otra, comprometiéndose las instituciones con todos los derechos: los individuales, los políticos, los sociales, y las libertades públicas como voz de una sociedad dispuesta a que no se repita semejante y atroz situación nunca más.

IV. DEMOCRACIA Y DERECHOS COMO SÍMBOLO DE LA POSTGUERRA

La ONU representará tan magna tarea y no faltarán las reacciones regionales siguiendo a aquella, muy especialmente la organización del Consejo de Europa, con su Tribunal y sus convicciones que se han dejado sentir en nuestro entorno europeo en forma muy directa que se ha acabado imponiendo a las Comunidades europeas y su culminación en la actual Unión Europea.

Más de 70 años avalan la defensa y protección de todos los derechos, y la función política de las libertades públicas, que han podido sostener los Estados más democráticos del mundo. Aun, recientemente, se ha ido experimentando en Hispanoamérica un nuevo constitucionalismo cuyo asentamiento está por ver y no parece ir acompañado del progreso que sí hemos conocido en las 7 décadas mencionadas en lo que se refiere al ámbito europeo. Nadie, en efecto, podrá negar la progresión que la libertad y la igualdad

[11] MIRKINE, *op. cit.,* 65. Insiste en ello poniendo ejemplos de las constituciones que utiliza como estudio comparado: «Incluso en los países donde el Poder constituyente ha sido confiado a elementos más moderados y más alejados de la doctrina socialista, se ve afirmar en el texto de las constituciones la existencia de derechos "sociales". A mayor abundamiento, la constitución que establece más plenamente el carácter social de las libertades individuales y que llega hasta limitar los derechos de propiedad agraria, es una Constitución monárquica: la del Reino serbio-croata-esloveno (art. 43)…».

han vivido en Europa, pese a insuficiencias que aún existen pero que en nada son comparables a periodos precedentes.

Todos los errores y todos los éxitos sin duda se han debido a las personas, a los políticos y a los ciudadanos. Hasta ahora. No obstante, una nueva ola (y era) tecnológica nos invade actualmente instalándose en nuestras vidas con ritmos de muy difícil control y en la que no es fácil atisbar el futuro del ser humano ni las garantías que hemos de buscar frente a los nuevos y sutiles riesgos. Pero con todo y con ello, sus aspectos mas positivos pueden lograrse si somos capaces de mantener la teoría clásica del Derecho Constitucional y en concreto sobre la transparencia y las nuevas tecnologías su vinculación al ya casi tradicional derecho a la información [12].

Ello nos sitúa ante un complejo entramado social absolutamente nuevo en el que las libertades públicas podrían, y de hecho se ejercen en muchas ocasiones, a través de las nuevas tecnologías, de las redes sociales y demás medios de comunicación. Los estudiosos ven en ellas grandes posibilidades de comunicación que no niego pero que temo.

V. TECNOLOGÍAS, INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ALGORITMOS Y SUPERACIÓN DE CUANTO PUDO IMAGINAR EL CONSTITUYENTE DE 1978

Pero creo que está desapareciendo la espontaneidad social que caracterizaba a las libertades de agrupación y la extraordinaria libertad que presidía las libertades de pensamiento, habida cuenta de las posibilidades de manipulación que estas tecnologías proporcionan a quienes tienen la capacidad de dominarlas [13]. Y me atrevería a decir que, sin duda, el riesgo que puedan sufrir las libertades públicas no es el principal peligro de las nuevas tecnologías y de lo que ahora se conoce como inteligencia artificial. A lo sumo puede haber en ellas cambios en el modo de ejercitarse, pero siempre la capacidad de la sociedad para reaccionar en un determinado momento sigue permaneciendo viva [14].

---

[12] Sánchez Ferriz, R., «Cuarenta años de Derechos Fundamentales. Un ejemplo de culminación de su eficacia: el derecho a la información como fundamento del deber de transparencia de la actuación pública», en *Anuario Corts,* núm 31 Extraordinario dedicado a los 40 años de Constitución. Valencia, Corts Valencianes, 2018.

[13] Rollnert Liern, G., *Los neuroderechos y la libertad de pensamiento*. Madrid, Editorial Dykinson, 2024.

[14] Sánchez Ferriz, R., «Las libertades públicas y su ejercicio en internet», en Cotino Hueso, Lorenzo (coord..), *Libertad en internet: la red y las libertades de expresión e información*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 75-114

Es mucho más grave, sin embargo, el efecto que pueden tener estos nuevos medios tecnológicos sobre los derechos más personales: el honor, la intimidad, la imagen, hasta la integridad psíquica y hasta la libertad de conciencia corren peligros que antes no hubiéramos imaginado, por su sutilidad. Esa preocupación, tan apegada a la realidad, que se manifiesta en el pfo. 4 del artículo 20 CE, se convierte en un laberinto de conflictos cuando se han de analizar desde los problemas generados por las tecnologías.

Y lo que es peor, la cláusula de especialidad que en dicho párrafo se contiene en expresa defensa de la juventud y la infancia, parece una falacia hoy que jóvenes y niños viven apegados a sus atractivos y adictivos ordenadores de bolsillo. Y no es menor el efecto negativo que las nuevas tecnologías ejercen sobre las instituciones y el propio Estado como acaba de poner de relieve, entre tantos otros, Balaguer [15].

Orwell imaginó un mundo en el que la persona se hallaba tan sometida al control del Gran Hermano que en él no cabía siquiera la idea de libertad. Ya lo he repetido montones de veces, no hay libertad sin libertades, que sería como una raíz muerta, sin posibilidades de desarrollo. No hay libertad (más que la interior) sin que la misma pueda hacerse realidad en los distintos ámbitos que las libertades públicas representan para las personas en su vida real; o sea, en sus relaciones con todos los demás.

Solo cabe confiar en que los técnicos sean capaces de controlar y frenar las «desaforadas» tecnologías y en que se sitúe la inteligencia artificial en sus justos términos sin que llegue a privar al ser humano de su más precioso valor: la capacidad de pensar, de discurrir, de comunicar y de escuchar, para aceptar todo aquello que, aun no siendo compartido por los demás, merece sin embargo el mayor respeto y, llegada la necesidad, al acuerdo y consenso que se necesita para convivir en toda comunidad política.

En una nota de homenaje a Yolanda Gómez Sánchez es difícil no mencionar a la UNED como Universidad en que ha desarrollado su vida académica, aunque es cierto que alcanzó la Cátedra en la Universidad de Valencia y en el Departamento del que siempre he formado parte. Pero, como decía, no puedo dejar de mencionar la UNED porque en ella nos conocimos siendo yo tutora del Centro Alzira-Valencia y disfrutando por mi parte de una experiencia que siempre fue desde el punto de vista docente muy interesante para mí, que no olvido. Su interés no provenía solo del sistema de estudio sobre manual que entonces no estaba generalizado en las Universidades presenciales sino también y sobre todo por el tipo de alumnado, maduro, con gran interés y esfuerzo

[15] Balaguer Callejón, F., *La constitución del algoritmo*, Aranzadi, 2022.

por acompañar el estudio a su trabajo y en ocasiones por sufrir discapacidades que les impedía asistir a la Universidad presencial. No puedo dejar de recordar ahora que justamente mi último y mas apreciado libro, sobre el que he construido aquí esta reflexión de homenaje a Yolanda Gómez va dedicado a una vieja alumna de la UNED, aunque lamentablemente ya no ha tenido ocasión de conocer la dedicatoria.

Del mismo modo, y, por último, no puedo dejar de mencionar sus contribuciones al estudio de los problemas de la mujer en los que también ha destacado sin, en cambio, autoproclamarse feminista beligerante pero sí desde el punto de vista jurídico aportando importantes estudios sobre la cuestión mucho antes que se convirtiera en una moda en la que tantas colegas se han dedicado con pasión [16].

La vida universitaria no da muchas alegrías, pero si hay alguna inolvidable cual es la que quiero que me sirva de conclusión en esta ocasión. En el año 1994 Yolanda Gómez Sánchez publicó, en la editorial Universidad Complutense, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho y Marcial Pons, una monografía titulada *El derecho a la reproducción humana*, que fue prologada por Antonio Torres del Moral. Fue para mí una gratísima pero inmerecida sorpresa que al abrirlo se leyera una bellísima dedicatoria que soy yo ahora quien se la dedico:

A Remedio Sánchez Ferriz, la primera mujer en obtener una Cátedra de Derecho Constitucional en España, por su ejemplar labor universitaria.

Altissima quaeque flumina minimo labuntur sono
Va para ti, Yolanda.

[16] Gómez Sánchez, Y., *El derecho constitucional relativo al matrimonio y a la familia: artículos 32 y 39 de la Constitución española*, UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia (1987). Gómez Sánchez, Y., «La preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona. Artículo 14, una perspectiva de género», en *Boletín de información y análisis jurídico*, núm. 15, 2004, pp. 4-12. Gómez Sánchez, Y., «La 'iniciativa ciudadana' en la Unión Europea», en *Panorama social*, Núm. 17, 2013 (Ejemplar dedicado a: La ciudadanía europea en la encrucijada), pp. 59-70. Gómez Sánchez. Y., «Artículo 57.4», en Gómez Sánchez. Yolanda (coord.), *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario*, Aranzadi, 2018, pp. 148-150. Gómez Sánchez, Y., «Feminismo», en Pendás García, Benigno (ed.), *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo xxi: Ciencias Políticas y Jurídicas (con especial referencia a la sociedad poscovid-19),* 2020, pp. 250-253.

NOTAS SOBRE EL DERECHO A LA VIDA Y ABORTO. PERSPECTIVAS INTERNACIONAL Y COMPARADA

Gregorio Cámara Villar
Universidad de Granada

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN. PERSPECTIVA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

La aparición del derecho a la vida –con las excepciones de la Declaración de Independencia de EEUU (1776) y de la Quinta Enmienda del Bill of Rights (1791)– se produjo, tardía y significativamente, ya mediado el Siglo xx. No partió del ámbito constitucional, sino del internacional, como consecuencia de los horrores de la Segunda Guerra Mundial y la barbarie del Holocausto. Se consagró en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, así como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del mismo año y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 [1]. Siguieron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea adaptada en 2007 por el Tratado de Lisboa [2]. En cuanto al ámbito constitu-

[1] DUDH, artículo 3.º «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.»; DADDH, artículo 1.º «Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.»; CEDH, artículo 2.º 1. «El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente…»

[2] PIDCP, artículo 6.º 1. «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.»; CADH, artículo 4.º 1. «Toda

cional, su reconocimiento explícito, sin estar generalizado en todas las constituciones de los Estados, sí lo está en la mayoría, si bien con diferentes formulaciones que no permiten una igual interpretación ni, obviamente, tienen el mismo desarrollo. Además de establecer el derecho a la vida –a veces con menciones a la dignidad de la persona– suelen referirse a la prohibición de la pena capital (con o sin excepciones) así como a la de los tratos inhumanos y degradantes. En tanto no precisan el contenido del derecho, quedan abiertas complejas cuestiones jurídicas a la libertad de configuración de legisladores y a la interpretación de los tribunales.

En el continente americano pueden distinguirse las siguientes prefiguraciones constitucionales: a) constituciones que o no incluyen un derecho fundamental a la vida, o bien se limitan a hacer una genérica y más o menos enfática referencia protectora de la vida [3]; b) constituciones que proclaman la inviolabilidad de la vida o su garantía [4]; c) constituciones que se refieren escuetamente al derecho a la vida y/o a su inviolabilidad [5]; d) constituciones que, además del derecho a la vida, incluyen la protección del no nacido, bien en general o bien por su cualidad de sujeto de derechos en todo cuanto le favorezca [6]; e) por último, hay constituciones, aunque pocas, que establecen explícitamente el derecho a la vida y su inviolabilidad también desde la concepción [7]. Los países de este continente vinculados por la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) han de observar lo dispuesto en su artículo 4 [8], otro precepto que adolece de indefinición y que presenta, además, una literalidad que ha llevado al equívoco y a la controversia sobre la titularidad del derecho a la vida por los concebidos y no nacidos, a la que más adelante nos referiremos.

---

persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.»; CADHP, artículo 4.º «Los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente.»; CDFUE, artículo 2.º 1. «Toda persona tiene derecho a la vida.»

[3] Casos de Argentina, Guyana, México, Panamá y Estados Unidos.

[4] Costa Rica y Ecuador.

[5] Bolivia, Colombia, Cuba, República Dominicana, Haití, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Surinam, Trinidad y Tobago, Venezuela y Canadá.

[6] Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Perú.

[7] República Dominicana y El Salvador.

[8] «Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.» (Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay).

La mayor parte de las constituciones de Europa (no solo las de los Estados miembros de la Unión Europea) incorporan el derecho a la vida con carácter explícito. Podemos distinguir estas básicas prefiguraciones: a) constituciones que no realizan referencia expresa al derecho fundamental a la vida o que se limitan a abolir la pena de muerte [9]; b) constituciones que incorporan referencias a la protección de la vida humana en forma de garantía con llamada a su inviolabilidad o bien remitiendo a un poder de protección de la vida por los poderes públicos [10]; c) constituciones que expresamente incorporan el derecho fundamental a la vida [11]; d) constituciones que, además, de reconocer el derecho a la vida o establecer su garantía, introducen referencias expresas a la protección del no nacido o directamente declaran la titularidad por el feto del derecho a la vida [12]. Al ser países miembros del Consejo de Europa y, por ello, signatarios del CEDH de 1950, quedan vinculados por lo dispuesto en su artículo 2 [13].

Ante esta diversidad y apertura presente en los textos constitucionales e internacionales resulta necesario hacerse, entre otras, las siguientes preguntas respecto a las implicaciones del derecho a la vida en su inicio: ¿qué es lo que comúnmente garantiza el derecho a la vida?; si es meridianamente claro que las personas vivas son titulares de este derecho desde el nacimiento, ¿puede extenderse su titularidad a los nonatos?; la protección de los *nascituri* ¿cuándo comienza y cómo se despliega en la gradualidad que supone la vida humana en formación?; ¿existe un derecho al aborto de la mujer gestante ante posibles conflictos en relación con sus derechos a la vida y a su integridad física y moral, a su salud, a su vida privada personal y familiar y a la correspondiente li-

[9] Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Dinamarca, Francia, Austria, Italia, Suecia, San Marino y Mónaco, siendo el Reino Unido un caso peculiar, si bien incorpora en la *Human Rights Act* de 1998, con obvio alcance constitucional, el contenido del CEDH.

[10] Eslovenia, Grecia, Polonia, Portugal (esta última, aunque intitula su artículo 38 como derecho a la vida, se limita a determinar que «la vida humana será inviolable»); en similar situación, Georgia, que intitula su artículo 10 de la misma manera, pero dispone escuetamente el deber de protección de la vida humana); Albania y Montenegro. Resulta especialmente singular el caso de la Constitución de Irlanda, debido a la trayectoria previa de este país, que tras la nueva redacción de su artículo 40.3.3.º por la reforma de 2018, se refiere a que «el Estado protegerá lo mejor que pueda, frente a todo ataque injusto, la vida, la persona…» y añade en un último apartado que «La ley puede establecer disposiciones para regular la interrupción del embarazo»

[11] Alemania, Croacia, Chipre, Eslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Noruega, República Checa, Rumanía, Macedonia, Serbia, Suiza, Turquía, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Islandia, Liechtenstein, Moldavia y Ucrania.

[12] En el primer caso están las constituciones de Eslovaquia, República Checa y Andorra (en tanto esta se refiere a la protección de la vida «plenamente en sus diferentes fases») y, en el segundo caso, Hungría (Irlanda ha suprimido la referencia al derecho a la vida del nonato con la reforma de 2018).

[13] Artículo 2: «Derecho a la vida. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente…»

bertad de autodeterminación que conlleva el libre desarrollo de su personalidad? [14]; ¿puede ser configurado este derecho como fundamental?; ¿cuál es el estado de la cuestión?.

II. ¿QUÉ ES LO QUE COMÚNMENTE GARANTIZA EL DERECHO A LA VIDA?

El lenguaje constitucional que se utiliza permite evidenciar dos elementos entrelazados: lo que se quiere garantizar es, de un lado, «la prohibición de privar arbitrariamente de la existencia ajena» [15] y, de otro, el establecimiento para los poderes públicos de un deber de protección del bien vida humana en términos genéricos, abarcando tanto al proceso de gestación como a todas las fases de la vida desde su comienzo a su final. A partir de aquí queda una gran apertura a la libertad de configuración del legislador y a la interpretación de los tribunales superiores internacionales y estatales, en la que entran en juego otros elementos *iusfundamentales*. En estos dos planos es donde se producen los principales problemas, pues determinados desarrollos legales y ciertas interpretaciones de las cortes superiores no son del todo congruentes con las prefiguraciones constitucionales antes expuestas ni con la realidad social del tiempo en el que las normas han de ser aplicadas desde una perspectiva unitaria y sistémica de los derechos y libertades fundamentales. Las cuestiones relativas al comienzo –también al fin– de la vida son muy conflictivas social y políticamente porque afloran en ellas con particular intensidad convicciones religiosas y morales muchas veces camufladas como sobrepuestos principios o preceptos de raíz eticista, contaminando y condicionando de esta manera la regulación legal y la interpretación jurídica. Esto explica la notoria disparidad legislativa existente a nivel mundial y las importantes divergencias conceptuales e interpretativas presentes en la doctrina académica y en la jurisprudencia de los tribunales.

La evidencia principal y más general que puede obtenerse de la prefiguración constitucional mayoritaria del derecho a la vida antes esbozada es que

[14] Limitándonos al inicio de la vida, junto a estos interrogantes se abren, por supuesto, otros muchos que tienen que ver con el permanente y exponencial proceso de desarrollo científico-técnico en el ámbito de la biomedicina. Se trata de cuestiones de orden muy diverso y de gran complejidad desde la perspectiva de la Bioética y del Derecho, de las que no podemos ocuparnos en este texto que necesariamente ha de ser breve y ceñirse a abordar las más generales planteadas en relación con el derecho a la vida y el aborto. Para una relevante aproximación nuclear a la materia relativa a estos y otros interrogantes remitimos a la obra de Presno Linera, M. Á., *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, 2022, especialmente Capítulo 9, pp. 119-161.

[15] Arruego, G.: *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*. Granada, Comares, 2019, p. 15.

en sus propios términos y en lo que se refiere al comienzo de la vida, no supone un impedimento absoluto para una legislación que reconozca el derecho al aborto tomando en consideración tanto la protección del bien vida humana en formación como los derechos y libertades de la mujer en el proceso de la gestación. El derecho a la vida no actúa en este contexto sino como reflejo instrumental protector del bien vida que existe en régimen de convivencia con otros principios, derechos, libertades y bienes constitucionalmente protegidos. Por obvio que sea decirlo, la protección de la vida humana en formación puede entrar en conflicto con los derechos a la propia vida, la integridad física y moral, la salud, la vida privada personal y familiar y con la dignidad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad de la mujer embarazada. Ha de ser el legislador, por tanto, quien delimite las situaciones de conflicto y las dote de una regulación de acuerdo con las fases en las que evoluciona la formación de la vida en el seno de la mujer gestante, teniendo siempre presente que el feto no puede comprenderse como si fuera una entidad independiente.

III. ¿PUEDE EXTENDERSE LA TITULARIDAD DEL DERECHO A LA VIDA A LOS *NASCITURI*?

La más básica y conflictiva cuestión jurídica es todavía en algunos países si la titularidad del derecho a la vida comprende a los nonatos, lo cual en caso de respuesta afirmativa impediría como principio la interrupción del embarazo como derecho de la mujer gestante, si bien podrían estar legal y estrictamente justificadas interrupciones basadas en determinadas causas en situaciones de grave riesgo. Cabe apreciar a este respecto, sin embargo, que la titularidad del derecho a la vida, en términos si no de unanimidad, sí abrumadoramente mayoritarios, se predica en las constituciones de las personas en clara sintonía con las declaraciones y normas internacionales, ya sea expresa o implícitamente, con independencia de la protección aplicable a la vida en formación de los concebidos según las fases de la gestación. Solo excepcionalmente existen países cuya constitución hace referencia expresa, rotunda y genérica, a la titularidad del derecho fundamental a la vida de los *nascituri*: se trata de la República Dominicana, El Salvador y Hungría. Es destacable, por otro lado, el hecho de que Irlanda abandonara esa configuración constitucional mediante la reforma de 2018 al eliminar la referencia al derecho a la vida del no nacido del artículo 40.3. 3.º de su constitución.

Si consideramos las declaraciones y normas internacionales de derechos humanos podemos concluir que el derecho a la vida siempre se predica de la

persona desde de su nacimiento. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) no puede extraerse, como a veces se pretende, la existencia de un derecho a la vida como «derecho al nacimiento» de los concebidos y no nacidos. Su artículo 1, al abrir el catálogo de derechos, afirma que «Todos los seres humanos "nacen" iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros»; su artículo 2 dispone que «Toda "persona" tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, "nacimiento" o cualquier otra condición»; y el artículo 3 establece que «Todo "individuo" tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad "de su persona"» [16]. El derecho a la vida tiene claramente como sujetos, por consiguiente, a los nacidos, no al embrión o el feto como *spes hominis*, con independencia del deber de la protección de la vida humana en formación. Reafirma esta interpretación el hecho de que en los debates para la adopción de la DUDH se rechazara precisamente una propuesta de enmienda para eliminar la voz «nacimiento», que trataba de sustentar que el derecho a la vida se tiene desde la concepción [17]. La misma conclusión puede obtenerse del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) al reconocer en su artículo 6.1. que «el derecho a la vida es inherente a la "persona" humana. Este derecho estará protegido por la Ley…». También se intentó introducir aquí una enmienda para precisar que este derecho sería inherente a la persona humana desde el momento de su concepción, que fue igualmente rechazada. Si, por otra parte, la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (CDN) se refiere en el tercer considerando de su preámbulo a la protección legal del niño tanto antes como después del nacimiento [18], los trabajos preparatorios y la doctrina del Comité de Derechos del Niño revelan que esta frase (incorporada a instancias de la Santa Sede) no sustenta un pretendido derecho a la vida antes de nacer [19].

---

[16] Énfasis del autor.

[17] ALIL, s/f: A/C.3/SR.98 y A/C.3/SR.99. Meza-Lopehandía, M., «La protección del nonato y de la mujer embarazada en el derecho internacional», Asesoría parlamentaria, *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/BCN*, 29 de junio de 2015.

[18] «Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento».

[19] En este sentido, a modo de ejemplo, la observación general núm. 4 de 2003 insta a los Estados a «a elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar, los contraceptivos y las prácticas abortivas sin riesgo cuando el aborto no esté prohibido por la ley (párr.31); asimismo en muy diferentes ocasiones el Comité ha mostrado su inquietud por la penalización de la interrupción del embarazo en toda circunstancia, recomendando la derogación de artículos de legislaciones nacionales que así lo contemplan, con objeto de proteger la vida

A la misma conclusión se llega considerando los sistemas internacionales regionales. La Convención Americana sobre Derechos humanos (CADH) establece en su artículo 4.1 que «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción…». De esta redacción se ha querido deducir también un reconocimiento de la personalidad jurídica del no nacido, pero de nuevo los trabajos preparatorios revelan que la inclusión de la expresión «en general» está hecha para referirse a la protección tanto del nonato como de la progenitora desde el momento de la concepción, no a la titularidad de un derecho a la vida del no nacido, con objeto de conciliar esta disposición con las legislaciones nacionales que permitían el aborto en determinadas circunstancias. Esta interpretación es reafirmada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [20] y por la Corte Interamericana, que sostienen que esta expresión de la CADH relativa a la protección indica, además de su carácter gradual e incremental, la «previsión de posibles excepciones a una regla particular», aunque no las precise; y que, siendo propiamente el objeto de la protección la mujer embarazada esta expresión se introdujo para hacer posible el balance entre derechos e intereses ante un potencial conflicto [21], en tanto que el embrión depende intrínsecamente de su cuerpo y no es una entidad independiente, lo cual confirma la improcedencia de otorgarle el estatus de persona. Cabe precisar, además, que esta posibilidad seguiría estando abierta aun en el supuesto de que se reconociera personalidad jurídica al feto, pues nunca podría ser tenida por absoluta hasta llegar a imponerse en todo caso frente a la de la madre y sus derechos.

Por lo que se refiere al ámbito internacional regional europeo, la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) establece escuetamente en su artículo 2.1 que el «derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley…» sin determinar cuando comienza la vida humana ni calificar la intensidad de la protección. Como precisa T. Oehlinger, este precepto «no protege la vida más que desde el momento del nacimiento, no oponiéndose en consecuencia a la liberalización del aborto, lo que le ha permitido evitar una respuesta categórica acerca de si el Estado debe abundar en una política de pro-

y la salud de la mujer embarazada. (Véase para más detalles sobre estos aspectos en el ámbito internacional, Meza-Lopehandía, M., «La protección del nonato y de la mujer embarazada en el derecho internacional», *cit.*

[20] CIDH. «Caso *Baby Boy vs. EE. UU*», Resolución Núm. 23/81 Caso 2141).

[21] Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C Núm. 257. Véase también Fappiano, Ó. L; y Hitters, J. C., «El aborto desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos», en: *La Ley*, 26 de julio de 2018-D, 1, 625. Cita online: AR/DOC/1480/2018.

tección general de la vida, incluso penalizando todo atentado contra cualquier manifestación de ésta» [22], pero tampoco obliga a una política despenalizadora. Como más adelante veremos con algo más de detalle, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sigue entendiendo que la cuestión no ha alcanzado el consenso necesario entre los Estados signatarios del Convenio, por lo que sigue eludiendo pronunciarse en abstracto y sostiene que el grado de afectación de este derecho en función de intereses sociales legítimos en una sociedad democrática, de conformidad con la doctrina del margen de apreciación nacional, queda en manos de cada legislador estatal. Ahora bien, en aquellos países en los que el aborto está legalmente permitido, el TEDH ha venido a reconocer una especie de «protección procedimental» [23] a los solicitantes de amparo en aquellos casos en los no se proveyeron los medios necesarios para hacerlo efectivo [24]. Ante la fundamental pregunta acerca de si el Convenio otorga o no a la mujer un derecho al aborto por la autonomía que dimana del derecho a la privacidad contemplado en el artículo 8 del Convenio, el Tribunal reconoce que al existir consenso europeo en cuanto a la admisión de causas que estén conectadas con la salud y el bienestar de la mujer, la prohibición del aborto por estas razones caería efectivamente en el ámbito de la protección del respeto a la privacidad, como afirmara en la sentencia *P. y S. v. Polonia* (pár. 96). Ahora bien, en esta misma sentencia llega a sostener que este consenso sobre las causas quedaría no obstante neutralizado por algo previo: la inexistencia de un consenso básico respecto del comienzo de la vida humana, esto es, si el feto es o no persona. Una criticable salida en la línea de seguir orillando, en aras al respeto a las decisiones de los Estados, respuestas a cuestiones fundamentales que plantean conflictos difíciles, a las que el Tribunal debería ir dando soluciones jurídicas homogéneas en el marco del CEDH, de acuerdo con la evolución de las sociedades.

En conclusión, el derecho a la vida no puede predicarse sino únicamente respecto de las personas físicas, que adquieren justamente personalidad jurídica con el nacimiento. Las disposiciones protectoras y otras ficciones jurídicas establecidas a favor de los *nascituri* no son en sí mismas prohibitivas de

[22] Oehlinger, T., «El Tribunal Constitucional austriaco», en: Favoreu, L., y otros, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 501-502.

[23] Rey Martínez, F.: «¿Es el aborto un derecho en Europa?: Comentario de la sentencia "*A, B y C v. Irlanda*", del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en: *Estudios constitucionales* (Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca) Año 9, núm. 2, 2011, pp. 743-752, 2011. Disponible en: http://bcn.cl/1v24b.

[24] Sentencias de los casos *Tysiac v. Polonia* (2007); *A, B y C v. Irlanda* (2010); *R. R. v. Polonia* (2011); *P. y S. v. Polonia* (2012).

la despenalización del aborto en casos de conflicto con los derechos de la mujer gestante según la libertad de configuración del legislador, siempre con los límites temporales que se deducen razonablemente en cada caso del proceso gradual de la gestación. Cabe traer aquí a colación la meridianamente clara argumentación de G. Zagrebelsky: la protección de la vida humana en formación es una exigencia del orden público general que afecta a los fundamentos de la vida y a su prolongación evolutiva en el tiempo, pero en ningún caso puede entenderse como un derecho fundamental del *nasciturus*, pues un derecho muy extraño sería el derecho a nacer, con un sujeto jurídico que todavía no existe y que precisamente, cuando llegue a existir, tal derecho se ha extinguido [25]. Las disposiciones protectoras de la vida humana en formación y otras ficciones jurídicas en favor de los *nascituri* no impiden la despenalización del aborto en determinados supuestos y/o plazos, pero tampoco –habría que añadir– serían extrañas en caso de una constitucionalización de este derecho como fundamental.

IV. SISTEMAS REGULATORIOS. ¿UN DERECHO AL ABORTO EN EL PLANO CONSTITUCIONAL?

Más allá y sobre la pregunta que nos formulábamos acerca de si existe un derecho al aborto como expresión de la libertad de autodeterminación de la mujer, incluyendo la concurrencia de su libertad de convicciones, de su propio derecho a la vida, de su integridad física y moral, de su salud o de su derecho a la vida privada personal y familiar, cabe hacer algunas apreciaciones de derecho comparado.

La primera y más básica –obvia por demás– es que no ha existido hasta el presente tratamiento normativo o dogmático universal o hasta cierto punto homogéneo, sino dos grandes sistemas regulatorios: de un lado, la prohibición y penalización total del aborto y, de otro, la despenalización parcial en tanto sean aceptadas en un ordenamiento concreto determinadas causas, indicaciones y/o plazos para su posible práctica legítima. A estos sistemas se ha unido otro inédito hasta la fecha: la constitucionalización expresa del derecho al aborto, hasta ahora en un solo país, Francia, que lo ha incorporado a su norma fundamental mediante reforma de 4 de marzo de 2024 [26]. Esta reforma supone

[25] Zagrebelsky, G., «El Tribunal Constitucional italiano», en: Favoreu, L., y otros, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales, cit.,* pp. 424-426.

[26] Se añade en su artículo 34 el siguiente párrafo: «La ley determina las condiciones en las que se ejerce la libertad garantizada a la mujer de recurrir a la interrupción voluntaria del embarazo».

algo sumamente importante al configurarlo como un derecho fundamental de libertad, abriendo líneas de desarrollo futuro en el panorama comparado.

Pero todavía puede apreciarse otra línea de desarrollo, aunque no tan novedosa, en este camino *in fieri* de «fundamentalización» del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Se trata de los desarrollos realizados por el legislador, luego avalados por la jurisprudencia constitucional, ante la presencia de elementos iusfundamentales concurrentes, como son, de manera especialmente intensa, la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad vinculado a derechos fundamentales como la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar [27]. Esta vía de apertura y avance viene representada a mi juicio ejemplarmente por la ley española vigente [28], confirmada en su constitucionalidad por la doctrina más reciente del Tribunal Constitucional. Interpretando las normas de acuerdo con la realidad actual y la evolución seguida en esta materia, el Tribunal considera que la dignidad y el libre desarrollo personal (art. 10.1 CE), en tanto principios rectores del orden político y de la paz social –que suponen mandatos jurídicos objetivos– son fundamento del derecho de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo; desde este fundamento llega a entender la posibilidad del aborto como «parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE)» tanto en su dimensión negativa como positiva, y tanto en la vertiente «corporal» o biológica como en la moral o espiritual de la integridad personal. La vida prenatal –sostiene– es un bien constitucionalmente protegido y, consecuentemente, opera como límite a los derechos de la mujer vinculados con la interrupción voluntaria del embarazo, correspondiendo al legislador establecer «el modo en el que han de limitarse los derechos constitucionales de la mujer con el fin de tutelar la vida prenatal…». Tales limitaciones, cuando se establezcan, han de ser en todo caso necesarias para la consecución del fin perseguido, así como adoptadas con observancia del principio de proporcionalidad y con respeto al contenido esencial de los derechos. Se trata en este sentido, por tanto, de un derecho de configuración legal; pero la vulneración legal, en su caso, conllevaría también la infracción constitucional del derecho fundamental afectado siempre que incida directamente en su ámbito tutelado [29].

---

[27] En este sentido, véase Presno Linera, M. Á., *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*, *cit.,* p. 161 ss.

[28] Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, reformada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero.

[29] SSTC 44/2023, FJ 3 y 78/2023, FJ 5. Cuando finaliza la redacción de este texto, mediante nota informativa núm. 66/2024, de 20 de junio, el TC anuncia la desestimación del recurso de inconstitucionalidad del Grupo parlamentario VOX contra la Ley Orgánica 1/2023, por la que se modifica la Ley Orgáni-

Si el sistema de causas, indicaciones o supuestos, parte de priorizar la protección del concebido, esto es la vida humana en formación frente a la de la mujer gestante, el modelo de plazos parte de priorizar por ley la libre decisión de la mujer embarazada en el comienzo y mediante un plazo (estimado como momento en que se establece la «implantación embrionaria», en torno a las 12 o 14 semanas), fase en la que no puede oponerse la protección del *nasciturus* frente a la libre decisión de la mujer, que ha de respetarse sin interferencia alguna de terceros. Es una vez superado este plazo cuando podría entrar en juego la ponderación entre la protección de la vida en formación y los derechos de la mujer cuando exista grave riesgo para su salud o su vida; y, del mismo modo, también en determinados supuestos excepcionales una vez alcanzada la viabilidad fetal (cuyo umbral es el de 22 semanas de gestación), como serían los casos de detección de anomalías fetales incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable. [30]

El tercer modelo que instaura la reforma constitucional en Francia va mucho más allá en cuanto es la propia norma constitucional la que establece directamente un mandato al legislador para que regule el derecho constitucional de la mujer embarazada a poder recurrir al aborto en ejercicio de su libertad constitucionalmente garantizada, si bien para ello deberá tener también presente, obviamente, la protección de otros bienes constitucionales propios de la vida humana en formación. Pero en esta previsión constitucional ya no opera solo la libertad o autonomía reproductiva reconocida por la tradición legislativa europea hasta ahora más avanzada, sino que aparece con fuerza constitucional directa un reconocimiento de la necesidad de conciliar la igualdad ciudadana de la mujer, su autonomía reproductiva y el valor objetivo de la vida humana en formación, como subraya R. Rubio. Todo ello «pasa por pensar en formas de desincentivar el aborto que vayan de la mano de la mujer y no contra ellas» [31].

Finalmente, en la línea de apertura a la «fundamentalización» del aborto mediante el desarrollo legislativo desde el principio de unidad sistémica de la Constitución, puede encontrarse una vía relativamente distinta, pero susceptible de conducir hacia una posible constitucionalización formal futura como ha ocurrido en Francia. En el mismo preámbulo de la ley española antes citada se des-

---

ca 2/2010, manteniendo la consideración de que la interrupción voluntaria del embarazo es una decisión que afecta a la dignidad de la mujer y al libre desarrollo de su personalidad, al derecho a su integridad física y moral y a su derecho a la intimidad personal.

[30] Así, por ejemplo, en la legislación española, Ley Orgánica 2/2012, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

[31] Rubio Marín, R., «Liberté, egalité et sororité': aborto y democracia», Tribuna en *El País*, 11 de marzo de 2024.

taca la concurrencia en esta materia de la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. Desde esta conjunción iusfundamental los poderes públicos están obligados a no interferir en las decisiones de la mujer embarazada, pero también a configurar las condiciones para que estas sean adoptadas «de forma libre y responsable» y «poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento e información», además de prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad. Todos estos elementos son compatibles y parcialmente concordantes con la línea jurisprudencial del TEDH a la que nos referimos en este trabajo, así como a lo recomendado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa desde su Resolución 1607/2008, de 16 de abril.

V. DISPARIDAD Y DINÁMICA ACTUAL EN EL ÁMBITO COMPARADO

En la cuestión que estamos analizando existe, como estamos apreciando, una gran disparidad en el ámbito comparado. Dejando aparte las influencias de orden moral o raigambre religiosa, siguen entrecruzándose dos fundamentales elementos contextuales de naturaleza sociopolítica: el nivel de desarrollo de cada país y el carácter democrático o, por el contrario, autocrático, de cada Estado que consideremos. Normalmente, la penalización absoluta del aborto suele producirse en países menos desarrollados y/o autocráticos, lo cual no ha impedido que también se siga esta pauta en algunos otros que no son de este signo; así, por ejemplo, en El Salvador, cuyas normas penales castigan el aborto con penas de prisión que pueden llegar hasta los ocho años; o Malta, el único país en Europa y miembro de la UE que lo prohíbe en estos mismos términos, en el que las penas pueden alcanzar hasta los tres años de prisión. Si bien en 2023 hubo un proyecto de reforma de su Código penal dirigido a despenalizar la posibilidad de interrumpir el embarazo para proteger a la mujer gestante ante un riesgo grave para su vida o su salud, finalmente no ha llegado a prosperar por la intensa presión realizada por una coalición de organizaciones pro-vida.

Una segunda constatación es que se está produciendo mucho dinamismo en la materia debido a las innovaciones científico-tecnológicas, a los acelerados cambios sociales e ideológicos, a las cada vez más numerosas movilizaciones sociales relativas a los derechos sexuales y reproductivos y a la consiguiente evolución doctrinal, cada vez más favorable a la consideración de un derecho a la interrupción del embarazo que surge de la interacción ponderativa de la protección de la vida humana en formación con otros derechos fundamentales de

la mujer embarazada, muy singularmente en el ámbito europeo, con el derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), en tanto garantía de un margen de libre decisión de la mujer frente a la intervención de los poderes públicos o de terceros; o, en algunos Estados, como en España, que sitúan en el centro de la argumentación el derecho a la integridad física y moral de la persona.

Según los datos ofrecidos por el *Center for Reproductive Rights*[32] 59 países han realizado desde 1994 hasta la actualidad modificaciones legales para hacer posible el acceso al aborto en determinados supuestos, con regulaciones muy diferentes entre sí. Pero también lo es que, en otros, aunque por ahora sean pocos, se producen regresiones. Caso notorio, sorprendente y de gran repercusión, es el de los Estados Unidos tras la anulación de precedentes como *Roe v. Wade* y *Planned Parenthood v. Casey* [33] mediante la sentencia *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*[34] en junio de 2022, al haber decidido el Tribunal Supremo que no existe un derecho constitucional al aborto tras casi medio siglo afirmando su existencia como derecho protegido por el artículo IV y la Cláusula de privilegios o inmunidades de la Sección 1.ª de la Decimocuarta Enmienda. Así las cosas, la cuestión es que esta sentencia ha abierto la puerta para que los Estados puedan reconsiderar y decidir sobre su regulación o prohibición, lo que están haciendo muchos de ellos hasta la fecha[35]. Otros países con regresiones son El Salvador, Nicaragua y Polonia. En términos generales, sin embargo, la tendencia es claramente favorable a una mayor liberalización y despenalización en materia de aborto, que hasta el presente ha culminado con la antes referida reforma constitucional en Francia integrando en su texto la garantía de un derecho de la mujer grávida a decidir libremente la interrupción de su embarazo en el marco de la ley. Pero esto no quiere decir que no existan tendencias en sentido contrario o que no pudieran acentuarse. A este respecto es significativo que cuando se termina la redacción de estas líneas y tan solo a unos días después de las elecciones europeas de 2024, el ascenso de la ola populista de extrema derecha en Europa ha servi-

[32] Véanse en https://reproductiverights.org/our-issues/abortion/.

[33] *Roe v. Wade*, 410 US 113, 22 de enero de 1973; *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992).

[34] *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 US, 24 de junio de 2022.

[35] Sobre las políticas estatales a este respecto (a 7 de junio de 2024) véase *Interactive Map: US Abortion Policies and Access After Roe* (https://states.guttmacher.org/policies/texas/abortion-policies). La situación abierta y tan disfuncionalmente creada ha llegado a tal punto por la legislación prohibitiva o limitadora de este derecho llevada a cabo en torno a una veintena de estados, que se está recurriendo a reivindicar el derecho a viajar otros estados que lo permiten para obtener el acceso al aborto como un elemento esencial para garantizar una ciudadanía igualitaria. Véase al respecto Zietlow, R. E., «Abortion, Citizenship, and the Right to Travel», *Employment Policy Journal*: Vol. 27: No. 2, Article 8. Disponible en: https://scholarship.kentlaw.iit.edu/erepj/vol27/iss2/8

do de marco y ocasión a Giorgia Meloni para presionar en la cumbre del *G-7* de mediados de junio sobre la eliminación de la prevista referencia al derecho al aborto en la declaración final conjunta, lo cual ha logrado finalmente, aunque esta exclusión no sea obviamente vinculante [36].

Pese a este panorama de notorias e importantes regresiones, lo cierto es que son cada vez menos los países en los que se mantiene una prohibición completa, sin atender a excepciones por ninguna circunstancia [37]. Otros Estados establecen la posibilidad del aborto, pero según determinadas indicaciones o causas, que varían bastante según las respectivas leyes. Desde una visión genérica sobre estas regulaciones encontramos: a) países que lo contemplan para salvar la vida de la mujer, incluyendo también en algunos casos el daño fetal, la violación y el incesto [38]; b) países que lo permiten para preservar la salud de la mujer embarazada, especificando en algunos casos que incluye la salud psíquica, junto a violación, incesto u otros motivos adicionales [39]; c) países que disponen de una legislación liberal, permitiendo el aborto, además de por las causas antes mencionadas (vida y salud de la mujer, violación, incesto,

[36] El País, 14 de junio de 2024, Información de Andrea Rizzi y María R., Sahuquillo*, «Meloni consigue eliminar el derecho al aborto de la declaración conjunta del G-7*» (https://elpais.com/internacional/2024-06-14/meloni-consigue-eliminar-el-derecho-al-aborto-de-la-declaracion-conjunta-del-g-7.html).

[37] En América Latina, siete países: El Salvador, Honduras, Nicaragua, Jamaica, Haití, República Dominicana y Surinam. En Europa, únicamente Malta. En Oriente Medio y Asia, tres: Irak, República Popular democrática LAO y Filipinas. En África, seis: Egipto, Mauritania, Senegal, Sierra Leona, Congo y Madagascar.

[38] Lo admiten en América Latina: Guatemala, Panamá (también violación y daño fetal), Venezuela, Brasil (también en caso de violación), Paraguay y Chile (también en caso de riesgo fetal y violación), Dominica y México, donde, por su carácter federal, 28 códigos penales de los Estados penalizan el aborto salvo en otros casos excepcionales, como violación o daño fetal, y solo cuatro Estados de los 32 –Ciudad de México, Oaxaca, Hidalgo y Veracruz– han legislado una ley de plazos; pero la Corte Suprema de Justicia, mediante varias Sentencias de 2021 ha abierto un proceso de despenalización que está pendiente de las reformas de las leyes de los Estados. En Europa: Polonia (también por daño fetal o cuando el embarazo es resultado de un acto ilícito). En África: Libia, Nigeria, Sudán, Uganda, Somalia, Tanzania, Malaui, Mali (también en caso de incesto), Costa de Marfil (también en caso de violación), Gabón (también en casos de violación, daño fetal y otros). En Asia: Afganistán, Omán, Sri Lanka, Bangla Desh, Birmania, Papúa Nueva Guinea, Brunéi, Bután (también en casos de violación e incesto), Indonesia (también en casos de violación y daño fetal, requiriendo autorización del cónyuge, en su caso).

[39] Lo admiten en países de América Latina: Costa Rica, Perú, Granada, Ecuador (también en casos de violación y otros supuestos), Bolivia (también en casos de salud psíquica, violación, incesto). En África: Kenia, Marruecos (con autorización del cónyuge), Argelia (incluyendo salud psíquica), Guinea (incluyendo violación, incesto, daño fetal), Liberia (incluyendo violación, salud psíquica, daño fetal), Burkina Faso (también violación, incesto, daño fetal), Ghana (incluyendo salud psíquica, violación, daño fetal y otros supuestos), Argelia (también salud psíquica), Níger (incluyendo daño fetal), Chad (también daño fetal, salud psíquica, violación), Camerún (incluye violación), República Centroafricana (incluyendo violación, daño fetal, salud psíquica, y otros supuestos), República Democrática del Congo (incluyendo salud psíquica, violación, daño fetal), Angola (incluyendo salud psíquica, violación, daño fetal, incesto), Namibia (Incluye salud psíquica, violación, incesto y daño fetal), Botsuana (incluyendo incesto, violación, daño fetal, salud psíquica), Zimbabue (incluyendo violación, incesto y daño fetal). En Asia: Jordania, Arabia Saudita, Pakistán, Israel (incluyendo salud psíquica, violación, incesto, daño fetal y otros motivos adicionales), Malasia (incluyendo salud psíquica).

daño fetal…) por una gama más amplia de situaciones, considerando el entorno de la mujer y las circunstancias sociales o económicas que pueden impactar en el embarazo o la maternidad [40]; d) otro amplio grupo de países (67) tienen leyes que permiten el aborto a solicitud (sistema de plazos), estableciendo limitaciones de plazo que varían, siendo la más común la de 12 semanas [41]. En algunos de ellos se exige, en su caso, autorización paterna o su notificación cuando la gestante no sea mayor de edad.

VI. MÁS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES REGIONALES Y POSICIÓN SOBRE EL ABORTO EN EL ÁMBITO EUROPEO

Nos preguntamos ahora por la interpretación más reciente llevada a cabo por los tribunales internacionales regionales. Ya nos hemos referido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos al comienzo de este texto. Cabe añadir que próximamente se pronunciará en el muy relevante caso *Beatriz vs. El Salvador*, toda vez que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que El Salvador vulnera los derechos a la vida, integridad personal, garantías judiciales, vida privada, igualdad ante la ley, protección judicial, y derecho a la salud, entre otros reconocidos por la Convención, y recomienda legislar en la materia adoptando «las medidas legislativas necesarias para establecer la posibilidad de la interrupción del embarazo en situaciones de inviabilidad o incompatibilidad del feto con la vida extrauterina, así como de riesgo a la vida y riesgo grave a la salud e integridad personal de la madre», incluyendo, entre otros aspectos, «el diseño de políticas públicas, programas de capa-

[40] Reino Unido y Finlandia en Europa, Etiopía y Zambia en África, India y Japón en Asia.

[41] En el continente americano, Canadá, Groenlandia, Cuba, Guyana y Guyana francesa, Uruguay, Argentina y México (en los 4 estados miembros antes mencionados y por el esperable resultado en los demás, según el proceso abierto por las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, antes expuesto). El caso de Colombia es muy específico: frente a la prohibición absoluta legalmente establecida, mediante Sentencia C-355 de 2006, de 10 de mayo de 2006, la Corte Constitucional despenalizó el aborto en determinadas circunstancias (peligro para la vida o salud de la mujer, malformación fetal, resultado de conducta de violación, inseminación o transferencia de óvulo sin consentimiento, o por incesto). Mediante sentencia de 21 de febrero de 2022, la Corte especifica que la conducta de aborto solo será punible cuando se realice después de la semana 24 de gestación y, en todo caso, este límite temporal no será aplicable a los tres supuestos fijados en la antedicha Sentencia C-355 de 2006. En Europa: España, Portugal, Francia, Irlanda, Bélgica, Países Bajos, Suiza, Italia, Dinamarca, Alemania, Austria, República Checa, Hungría, Rumanía, Suecia, Eslovenia, Croacia, República Eslovaca, Noruega, Estonia, Letonia, Lituania, Moldavia, Bulgaria, Bielorrusia, Ucrania, Federación Rusa, Bosnia-Herzegovina, Serbia, Montenegro, Kosovo, Albania, Macedonia del Norte, Grecia, Chipre. En África: Túnez, Benín, Guinea-Bissau, Mozambique y Sudáfrica. En Asia: Turquía, Georgia, Armenia, Azerbaiyán, Kazajistán, Uzbequistán, Kirguistán, Tayikistán, Turkmenistán, Mongolia, China, Corea del Sur, Tailandia, Camboya, Vietnam. En Oceanía, Australia, Nueva Zelanda y Nueva Caledonia.

citación, protocolos y marcos guía para asegurar que el acceso a la interrupción del embarazo como consecuencia de la anterior adecuación legislativa, sea efectivo en la práctica, y que no se generen obstáculos de hecho o de derecho que afecten su implementación» [42]. Será esta una ocasión nueva para precisar la interpretación por la Corte del alcance del artículo 4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, al que ya nos referimos.

Por lo que se refiere al TEDH, en las ocasiones en que se ha ocupado de esta cuestión ha eludido dar respuestas concretas, considerando que no le corresponde determinar si el CEDH garantiza un derecho al aborto o si el derecho a la vida vale igualmente para el embrión y el feto. Sus pronunciamientos, subraya M. Martín Sánchez [43], se han centrado en la protección del *nasciturus*, el margen de apreciación estatal en torno a la vida y el derecho a la vida privada, más la anteriormente referida «dimensión procedimental», destacando la obligación positiva de los estados, cuando permiten el aborto, de proveer con los medios necesarios para poder llevarlo efectivamente a cabo. A ello habría que añadir la necesidad de no restringir el acceso a la información sobre los servicios de aborto en tanto puede suponer restricción desproporcionada de las libertades de información y expresión, en conexión con la protección de la salud de las mujeres, como sucedió en Irlanda [44].

Muy resumidamente, recordemos que el TEDH ha precisado que el término persona empleado por el artículo 2 del CEDH no incluye al *nasciturus*, pero son los Estados los competentes para determinar, según su libre margen de apreciación, el comienzo de la vida [45]. Este libre margen de apreciación, según el Tribunal, es el que también permite dejar en manos de los Estados la determinación de si el aborto es o no un derecho de la mujer, pues tal margen surge, de un lado, de la diversidad religiosa, cultural o moral de las respectivas sociedades y, de otro, con carácter vinculado, de la inexistencia de un consenso europeo al respecto que permita una respuesta homogénea para todos los Estados, si bien las restricciones que estos puedan establecer han de estar justificadas en su necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática [46].

---

[42] CIDH, Informe No. 9/20, Caso 13.378, Informe de Fondo Beatriz vs. El Salvador, OEA/Ser. L/V/II.175 (3 de marzo de 2020), pp. 47 y 48.

[43] Martín Sánchez, M., «El margen de apreciación en el derecho humano a la vida: restricción de derechos y respuesta del Tribunal de Estrasburgo», en: Estudios Constitucionales, vol. 18, núm. 2, 2020, p. 13.

[44] Sobre este último aspecto, caso *Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda*, núm. 14234/88, 29 de octubre de 1992)

[45] TEDH, caso VO. c. Francia, núm. 53924/00, 8 de julio de 2004.

[46] Cfr. THDH, caso *Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda*, núm. 14234/88, 29 de octubre de 1992; caso *V c. Francia*, núm. 53924/00, 8 de julio de 2004.

En cuanto a la libertad reproductiva de las mujeres en relación con su derecho a la privacidad (art 8 CEDH) supuso una cierta inflexión en su doctrina que en 2010 el Tribunal admitiera que la prohibición de abortar constituye una injerencia en la vida privada y familiar que, para poder justificarse, requiere de la concurrencia de los requisitos de estar prevista en la ley, responder a un objetivo legítimo, ser necesaria en una sociedad democrática y proporcionada al objetivo perseguido, de acuerdo con el apartado 2 del mencionado artículo [47]. Pero el caso es que, para apreciar la necesidad y la proporcionalidad, el Tribunal recurrió a la existencia o no de un consenso amplio entre los Estados y aun sostuvo que el consenso no llega a justificar la reducción del margen de apreciación nacional, porque consideró que ese posible consenso sobre el grado de aceptación del aborto queda neutralizado por algo previo, como antes se dijo: la inexistencia en el nivel europeo de un consenso básico, científico y legal, sobre el comienzo de la vida humana, esto es, sobre la naturaleza y estatus del embrión y/o del feto. El derecho al aborto, por tanto, no es un derecho que, como tal, pueda ser contemplado directamente bajo el amparo del CEDH, pese a los vínculos que presenta con los artículos 2 y 8. Sin embargo, por su potencial de llegar a ser una persona en tanto que *spes hominis*, el feto requiere protección sin tener por ello que convertirlo en persona a los efectos del artículo 2 [48]. Por lo que se refiere a la dimensión o giro «procedimental» sobre el aborto, el TEDH sí deduce del artículo 8, como ya se ha precisado, la obligación positiva de los Estados de proveer con los medios necesarios para hacer posible su práctica cuando está legalmente permitido, así como la de no interponer obstáculos o dificultarla [49].

En definitiva, como sostiene Martín Sánchez, si el Tribunal no puede interferir en lo sustantivo, esto es, en la decisión de los Estados sobre el aborto,

---

[47] TEDH, caso *A B y C c. Irlanda*, núm. 25579/05, 16 de diciembre de 2010.

[48] «…es la potencialidad de este ser y su capacidad para convertirse en una persona, que está protegida por el Derecho civil en un buen número de Estados como Francia en materia de sucesión o de donación […] la que debe ser protegida en nombre de la dignidad humana sin por ello hacer de él una "persona" que tendría un 'derecho a la vida' en el sentido del artículo 2.» *Asunto VO c. Francia*, *cit.* (par.84)

[49] Según el Tribunal esto implica una serie de requisitos: claridad de las disposiciones legales; que estas atenúen el efecto disuasorio en los facultativos; garantía para la mujer de ser oída y que su opinión sea tenida en cuenta; motivación de la decisión del órgano competente; procedimientos adecuados que hagan posible que las decisiones se tomen a tiempo; inadecuación de los procedimientos de control *a posteriori*; y necesidad de prever legalmente un procedimiento preventivo. Pese a esta fundamentación protectora, nótese sin embargo la escisión que se produce en esta jurisprudencia entre los derechos procedimentales en materia de aborto (que se incluyen en el derecho a la vida privada) y el derecho sustantivo al aborto, que no se integra como tal tampoco en este ámbito del respeto a la privacidad. Véase González Moreno, J. M., «El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: algo más que un "giro procedimental"», *Anuario de Filosofía del Derecho*, ISSN 0518-0872, núm. 37, 2021, p. 181 ss.

sí puede en lo procedimental [50]. Es difícil seguir manteniendo esta estrábica posición del TEDH que sobrevalora el margen de apreciación nacional y sigue negando la existencia de un consenso básico cuando en Europa constituyen mayoría abrumadora los países que permiten el aborto y existe una marcada tendencia hacia una legislación de plazos e incluso parece atisbarse una posible constitucionalización explícita de este derecho con el ejemplo de la reforma constitucional francesa. En esta interpretación se echa de menos una mayor atención a los derechos y libertades fundamentales de la mujer embarazada, más allá de la referencia a su intimidad personal y familiar. La remisión al margen de apreciación nacional cada vez aparece, sostiene Á. Rodríguez, como más retórica e impeditiva del establecimiento en esta materia de un equilibrado punto medio entre «el respeto por la diversidad y la soberanía nacional de cada Estado miembro» y el establecimiento de «estándares homogeneizadores de protección de los derechos que favorezcan la integración» [51].

Se ha afirmado que el sentido de dos decisiones relativamente recientes del TEDH [52] vendría a suponer un nuevo paso de avance que permite augurar una evolución favorable, en cuanto parece pronunciarse sobre la existencia del derecho al aborto –aunque sea indirectamente en un caso sobre objeción de conciencia de dos comadronas– al subrayar que este derecho a la objeción de conciencia no puede prevalecer sobre el «…objetivo legítimo de proteger la salud de las mujeres que quieran abortar». Se concluye que estas decisiones «son verdaderamente un punto y aparte en la jurisprudencia europea sobre el aborto» [53]. A mi juicio esta es una conclusión apresurada. Estas decisiones, realizadas en casos enmarcados en la conjunción de los artículos 10,14 y 9 del Convenio, lo que hacen es declarar inadmisibles (por estar manifiestamente mal fundadas) las demandas de dos matronas alegando violación de las libertades de pensamiento, conciencia y religión, libertad de expresión y discriminación por no haber sido contratadas en varios hospitales para plazas vacantes por negarse a realizar abortos. La escueta afirmación antes citada y hecha «al paso» se refiere a un país, Suecia, que permite el aborto y provee los servicios correspondientes, en el que las postulantes habían elegido puestos vacantes,

[50] Martín Sánchez, M., «El margen de apreciación en el derecho humano a la vida: restricción de derechos y respuesta del Tribunal de Estrasburgo», *cit.,* p. 29.

[51] Rodríguez, Á., «La mayor protección interna de los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos y el impacto del margen de apreciación», en: *Revista de Derecho Político*, núm. 93, mayo-agosto 2015, pp. 91-92.

[52] TEDH, *Grimmark v. Sweden* (dec.) - 43726/17, 11/2/2020 y *Steen v. Sweden* (dec.), 62309/17, 11 de febrero de 2020.

[53] Martín Sánchez, M., «El margen de apreciación en el derecho humano a la vida: restricción de derechos y respuesta del Tribunal de Estrasburgo», *cit.,* p.26.

pero «sabiendo que eso significaría ayudar también en casos de aborto» [54]. Estas decisiones, por tanto, solo suponen una especificación concreta de la dimensión procedimental de la doctrina del Tribunal en casos relativos a países que reconocen el aborto y no una especie de avance para el reconocimiento del derecho al aborto en general y en abstracto.

En cualquier caso, cabe recordar la preocupación permanentemente presente en el Consejo de Europa por la posibilidad de establecer las condiciones para una elección libre y clara sobre el acceso a un aborto sin riesgos. Así lo contempló la citada Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 16 de abril de 2008 invitando a los estados a que despenalicen el aborto si todavía no lo hubieren hecho, garantizando esta práctica a las mujeres, levantando las restricciones existentes. La Resolución 2331 de 2020 reiteró que la protección de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres «son derechos humanos y una parte importante de las políticas de igualdad de género», a las que se debe dar prioridad. La Resolución 2439 de 2022 sobre el «Acceso al aborto en Europa: detener el acoso contra el derecho a decidir» reitera estas propuestas y se dirige más específicamente a los Estados para que tomen medidas adecuadas para prevenir, investigar y contrarrestar los casos individuales de acoso y adoptar leyes y políticas eficaces para abordar la cuestión más amplia.

VII. ALGUNAS CONCLUSIONES

– En la actualidad, salvo en el caso de Francia, el derecho al aborto no tiene el estatus de derecho fundamental autónomo reconocido como tal en las constituciones de los Estados.

– En el Consejo de Europa no existe reconocimiento explícito de este derecho, ni el TEDH lo ha precisado en su jurisprudencia, si bien lo tiene por derecho legalmente existente, en una concepción y vía procedimental –en respeto al margen de apreciación nacional– en aquellos estados miembros que lo

[54] Como dice la nota informativa de la Corte «…The requirement that all midwives should be able to perform all duties inherent to the vacant posts was not disproportionate or unjustified…. When concluding an employment contract, employees inherently accepted those duties. In the present case, the applicant had voluntarily chosen to become a midwife and apply for vacant posts while knowing that that would mean assisting also in abortion cases.» (https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-12769 % 22]}).

Véase Barke, N., «*Grimmark v. Suecia* y *Steen v. Suecia*: «ningún derecho de los profesionales de la salud a negarse a participar en los servicios de aborto y elaboración de estrategias por parte de los actores contra el aborto», disponible en el blog *Strasbourg Observers* (https://strasbourgobservers.com/).

hayan reconocido como tal, vinculándolo al derecho al respeto a la vida privada y familiar establecido en el artículo 8 CEDH.

– Toda vez que la Unión Europea no tiene competencias al respecto, tampoco este derecho está reconocido en este nivel supranacional, pese a que políticamente las instituciones de la Unión muestren una posición pro-elección [55] y a que existan derechos proclamados y vinculantes en la CDFUE que podrían implícitamente sustentar una interpretación favorable [56]. En este sentido, a la vista de las regresiones en Malta y Polonia, recientemente se ha aprobado una Resolución del Parlamento Europeo sobre la inclusión del derecho al aborto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la que se hace hincapié en que «las mujeres tienen derecho a la integridad física y la libertad para responsabilizarse de su cuerpo y de sus elecciones», declarando que si la responsabilidad de regular la prestación de asistencia al aborto corresponde, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, a los Estados Miembros, a la Unión le compete «apoyar, coordinar o complementar estas acciones», si bien la introducción de este derecho en la Carta requeriría la aprobación unánime por los Estados [57], cuestión que hoy por hoy cabe barruntar que es de muy difícil alcance a tenor del ascenso de las formaciones conservadoras y de extrema derecha en la conformación del Parlamento Europeo.

– Puede apreciarse otra línea de desarrollo en este camino *in fieri* de «fundamentalización» del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Se trata de los desarrollos realizados por el legislador ante la presencia de elementos iusfundamentales concurrentes, como son, de manera especialmente intensa, la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad, vinculados a derechos fundamentales específicos como la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar.

[55] De esta manera podría desprenderse, entre otros documentos de *soft law*, del Plan de Acción para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres en la Acción Exterior 2021-2025 (GAP III) de la UE, que en el pilar 3 se refiere a acelerar el proceso para el acceso universal a la salud y a los derechos sexuales y reproductivos (https://www.eeas.europa.eu/eeas/plan-de-acci%C3% B3n-en-materia-de-g%C3% A9nero-iii-hacia-la-igualdad-de-g%C3% A9nero_es).

[56] Derecho a la vida (art. 2); derecho a la integridad física y psíquica (art. 3); derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 7); derecho a la protección de la salud (art. 35).

[57] *Propuesta de Resolución sobre la inclusión del derecho al aborto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 3 de abril de 2024 - (2024/2655(RSP).

LAS DEVOLUCIONES «EN CALIENTE»: ¿UNA GRIETA EN NUESTRO ESTADO DE DERECHO?

Juan María Bilbao Ubillos
Universidad de Valladolid

I. LAS DEVOLUCIONES «EN CALIENTE»

Como bien se sabe, la LOPSC de 2015 incluyó una Disposición Final que instaura un régimen especial en materia de expulsión en las fronteras de Ceuta y Melilla, en cuya virtud los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza mientras intentan cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España [1].

Para el Gobierno del Partido Popular que promovió esta modificación legislativa, esta Disposición no pretendía otra cosa que reforzar la protección de nuestras fronteras y clarificar el régimen jurídico que rige la actuación de

[1] Se añade, en efecto, una Disposición Adicional Décima (*Régimen especial de Ceuta y Melilla*) con la siguiente redacción: «l. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional». En realidad, este régimen excepcional incurre en una *contradictio in terminis*, porque pretende legalizar el rechazo en frontera que ya estaban practicando nuestras fuerzas de seguridad (no hay datos oficiales, aunque diversas entidades habían documentado la existencia de esta práctica desde el año 2002), pero se advierte al mismo tiempo que habrá de hacerse respetando la normativa internacional, una normativa que lo proscribe, generando así más confusión si cabe. La ambigüedad del precepto deja un amplio espacio a la arbitrariedad en la aplicación del mismo.

las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en los perímetros fronterizos [2]. Para los grupos de la oposición, que interpusieron un recurso de inconstitucionalidad, lo que se buscaba realmente con el eufemismo «rechazo en frontera» era regularizar y dar cobertura legal a una práctica, las llamadas «devoluciones en caliente» (*pushbacks*), que son las expulsiones sumarias en las fronteras de Ceuta y Melilla [3]. Este método expeditivo de devolución, al que también han recurrido otros Estados, como Italia o Grecia, es, a mi juicio, contrario a la Constitución española e infringe lo dispuesto en la Ley de extranjería (LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), en la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo, y en los tratados internacionales ratificados por España [4].

---

[2] Antes de la entrada en vigor de la reforma, se habían dictado algunas resoluciones judiciales que cuestionaban la legalidad de este modo de proceder. *Vid.*, por ejemplo, el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla de 11 de septiembre de 2014 por el que se imputa al coronel-jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla por un presunto delito de prevaricación como responsable del operativo que llevó a cabo el 18 de junio y el 13 de agosto de ese mismo año la entrega de ciudadanos extranjeros a las autoridades marroquíes sin observar la legislación española en materia de extranjería. Mediante un Auto dictado el 7 de abril de 2015, la Audiencia Provincial de Málaga estimó el recurso de apelación y archivó la causa. La Sala reconoce que las devoluciones sumarias practicadas no respetan las garantías previstas en el procedimiento de devolución regulado en la LO 4/2000, en particular las enunciadas con carácter general en su artículo 26.2 (resolución motivada, información acerca de los recursos que pueden interponer contra la denegación de entrada, derecho a la asistencia letrada e intérprete), ni las normas del ordenamiento de la UE relativas a la concesión o retirada de la protección internacional, y constituyen por tanto «una decisión contraria a Derecho», pero considera que diversos factores difuminan la arbitrariedad de las órdenes dadas por el imputado, que carecerían por ello de relevancia penal.

[3] *Vid.* el Protocolo operativo de vigilancia de fronteras de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014 y la orden de servicio núm. 6/2014, de 11 de abril (*Dispositivo anti intrusión en la valla perimetral de Melilla*), que excluía la aplicación de la legislación sobre derechos de los extranjeros en la frontera y la jurisdicción de España al respecto, a menos que los migrantes hubiesen bajado de la valla interior y superado el dispositivo policial. Una valoración crítica de esta actuación al margen de la ley puede verse en Fernández Pérez, A., «La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías», en Diario La Ley, núm. 8382, 22 de septiembre de 2014.

[4] En el informe emitido por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa Nils Muižnieks, tras su visita a España en enero de 2015, ya se afirmaba que la propuesta de reforma de la Ley de Extranjería entraba claramente en contradicción con la normativa internacional y se instaba a las autoridades españolas a reconsiderar su decisión, de modo que el texto legislativo fuese plenamente conforme con las obligaciones internacionales contraídas por España, que incluyen la de garantizar el pleno acceso a un procedimiento de asilo efectivo, proporcionar protección contra la devolución y no llevar a cabo expulsiones colectivas. Son garantías fundamentales que han de respetarse, por más dificultades que plantee en determinados momentos la gestión de los flujos migratorios. Las devoluciones en caliente deben cesar y ser sustituidas por una práctica que concilie el control de las fronteras y los derechos humanos. Para tramitar adecuadamente todas las demandas de asilo, el Comisario pide a las autoridades que movilicen los recursos humanos y materiales necesarios y refuercen el dispositivo existente con un número suficiente de policías debidamente formados, de abogados y de intérpretes. En esas mismas fechas (6-7 de junio de 2015), en su 6.º examen periódico al Estado español, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ya había señalado en relación con las «devoluciones en caliente» en Ceuta y Melilla que «le preocupa que dichas expulsiones sumarias se realizan sin las garantías suficientes para que se respete el principio de no devolución, cuando corresponda».

De entrada, conculca el derecho de cualquier extranjero a solicitar el asilo o la protección subsidiaria. Nuestra legislación obliga a las autoridades a seguir unos trámites. Si se detecta la presencia de un extranjero en la línea fronteriza (tras haber saltado la vallas que separan estas ciudades de Marruecos o haber accedido por mar), se le debe trasladar a una comisaría para proceder a su identificación (puede ser menor de edad o víctima de una red de trata de seres humanos o puede requerir asistencia sanitaria por enfermedad o accidente, por ejemplo [5]), se debe cursar y tramitar cualquier petición individual de asilo o refugio que se solicite; y se le ha de proporcionar en todo caso la debida asistencia letrada y la posibilidad de recurrir una resolución que sea contraria a sus intereses. Y mientras no se resuelva la petición, no puede procederse a la devolución, ni de forma individual ni de forma colectiva, a Marruecos [6].

Pues bien, con esta regulación «especial» se impide el ejercicio de esos derechos en el procedimiento de devolución [7]. Se faculta a las Fuerzas de Seguridad del Estado para expulsar inmediatamente al «intruso», sin ningún tipo de averiguación o comprobación, de interrogatorio, sin incoar el preceptivo expediente administrativo individual y sin dictar una resolución debidamente motivada. La «devolución en caliente» es una simple vía de hecho, una actuación material que no sigue procedimiento alguno, de manera que la decisión de devolución resulta arbitraria, con vulneración del artículo 9.3 CE, no sujeta a revisión judicial, en contra de lo previsto en el artículo 106 CE, y priva al extranjero de su derecho a la tutela judicial efectiva al no garantizarle el acceso a

[5] Nuestro país ha de cumplir las obligaciones impuestas por los tratados internaciones en orden a la protección de las personas especialmente vulnerables, como las previstas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 o la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. De hecho, la LO 4/2000 prohíbe la expulsión de los menores no acompañados. *Vid.* el Dictamen de 12 de febrero de 2019 del Comité de Derechos del Niño, que resolvió la Comunicación núm. 4/2016, relativo precisamente a la devolución de un menor no acompañado en la frontera de Melilla.

[6] Es verdad que cuando un extranjero pretende entrar ilegalmente en España, no es preciso incoar un expediente sancionador de expulsión (art. 58.3 LOEx), pero si formaliza una solicitud de protección internacional «no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de protección internacional» (art. 58.4 LOEx).

[7] Como señala Moya, D., («La ceguera del Tribunal de Estrasburgo», *Agenda Pública*, 16 de febrero de 2020; disponible en https://agendapublica.es/noticia/13751/ceguera-tribunal-estrasburgo; fecha de la consulta: 15 de junio de 2024), «las expulsiones en caliente podrían ser fácilmente sustituidas por la tramitación de devoluciones ordinarias que, en la mayoría de casos tendrían el mismo efecto que las otras: la devolución a Marruecos en unas pocas horas (pues no faltan acuerdos bilaterales de readmisión, como el firmado el 13 de febrero de 1992), pero con identificación y registro previos, un mínimo procedimiento y algunas garantías» como la posibilidad de formular alegaciones. El problema es que esta opción implica un incremento sustancial de los recursos económicos y humanos.

los tribunales en condiciones que aseguren el efectivo ejercicio de sus derechos de defensa, como prescribe el artículo 24.1 CE [8].

II. LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

El Tribunal de Estrasburgo tuvo ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad de esta disposición con la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4 del Protocolo núm. 4), esto es, de aquellas en las que no se haya examinado debidamente la situación individual de los demandantes. La Sentencia de 3 de octubre de 2017 en el asunto *N. D. y N. T. contra España* examinó la expulsión de dos inmigrantes ilegales, que no habían logrado superar todos los obstáculos que integran la frontera, siendo ayudados a descender de la última de las vallas por las fuerzas de seguridad españolas y devueltos inmediatamente al lado marroquí [9]. Los demandantes consideraban que debían haber sido identificados y sometidos a un procedimiento administrativo individualizado antes de haber sido devueltos a su país de origen. Denuncian una política sistematica de expulsiones *de facto* desprovista en el momento de los hechos de base legal. El Gobierno español, por el contrario, alegaba que cuando existe la posibilidad de un paso legal, el Estado tiene el derecho e incluso la obligación de proteger la

[8] Son muchos los estudios que analizan críticamente este régimen «especial» y denuncian su incompatibilidad con los estándares del Derecho internacional (como el principio de no devolución), la legislación nacional y la garantía de los derechos fundamentales de los inmigrantes. *Vid.*, entre otros, MELERO, E., «El retorno en frontera en Ceuta y Melilla (o las "expulsiones en caliente") un supuesto de derecho administrativo del enemigo», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 174, 2015, pp. 401-434; ESPINIELLA, A., «Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68/2, 2016, pp. 321-358; y en ese mismo volumen, el trabajo de RUIZ SUTIL, C., «El rechazo en frontera o la denominada "devolución en caliente" y su regulación en la LOEx», pp. 329-336.

[9] Los dos demandantes, uno procedente de Mali y otro de Costa de Marfil, habían llegado a Marruecos en 2012 y 2013 respectivamente y se habían asentado en el campamento de inmigrantes del Monte Gurugú, cercano a Melilla. El día 13 de agosto de 2014 trataron de entrar en España junto con un grupo de subsaharianos a través de la frontera de Melilla, que está formada por tres vallas consecutivas, las dos exteriores de seis metros de altura y la interior de tres metros. A pesar de las piedras lanzadas por los agentes marroquíes, consiguieron superar las dos primeras vallas y encaramarse en lo alto de la tercera. Acabaron descendiendo finalmente de esa última valla con la ayuda de las fuerzas de seguridad españolas, pero en cuanto pusieron los pies en el suelo fueron detenidos por miembros de la Guardia Civil, que les esposaron y devolvieron a Marruecos a través de las puertas existentes en la línea fronteriza. En ningún momento fueron identificados ni tuvieron la posibilidad de exponer sus circunstancias personales ni de ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos. Fueron conducidos entonces a la comisaría de Nador, donde solicitaron asistencia médica, que les fue denegada, y trasladados seguidamente a Fez, a unos 300 kilómetros de Nador, donde fueron abandonados a su suerte. Con posterioridad, a finales del mismo año 2014, lograron entrar en España por el puesto fronterizo de Melilla.

frontera frente a los intentos de paso ilegal, impidiendo la entrada efectiva en el territorio, al no existir ningún derecho internacional de entrada a un territorio nacional fuera de los pasos fronterizos autorizados. En una decisión unánime, una Sala de la Tercera Sección constató la existencia de una vulneración de los artículos 13 del Convenio y 4 del Protocolo núm. 4, apelando expresamente a la doctrina acuñada en los casos *Hirsi Jamaa y Sharifi* [10].

Por un lado, los demandantes fueron devueltos a Marruecos en contra de su voluntad y en ausencia de una decisión administrativa o judicial previa. Es más, ni siquiera fueron objeto un procedimiento de identificación por parte de las autoridades españolas, de modo que el carácter colectivo de la expulsión no ofrece dudas, porque no se examinaron de manera diferenciada las circunstancias individuales de cada una de las personas afectadas ni los riesgos a los que podrían verse expuestos en el país de destino. Y por otro, la Sala aprecia una violación del artículo 13 CEDH al haberse impedido a los demandantes el acceso a un recurso efectivo ante una instancia nacional, privándoles así de la posibilidad real de exponer sus argumentos contra dicha medida [11].

---

[10] El artículo 4 del Protocolo núm. 4 prohíbe las expulsiones colectivas e indiscriminadas de extranjeros, esto es, aquellas que no se basen en un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada una de las personas que han intentado entrar irregularmente en el país. Un análisis individualizado que presupone lógicamente la previa identificación del inmigrante interceptado. El Tribunal asume que son los Estados los que deciden en ejercicio de su soberanía sus políticas en materia de inmigración y es consciente de las dificultades que entraña la gestión de los flujos migratorios, pero esas dificultades no justifican que las autoridades recurran a prácticas incompatibles con sus obligaciones convencionales. *Vid.* la sentencia de la Gran Sala de 23 de febrero de 2012 en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*; y las dictadas el 21 de octubre de 2014 en el asunto *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*; el 15 de diciembre de 2016 en el caso *Khlaifia y otros c. Italia*, el 23 de julio de 2020 en el asunto *M. K. y otros c. Polonia;* y el 8 de julio de 2021 en el caso *Shahzad c. Hungría.* Un análisis completo y actualizado de la jurisprudencia del TEDH sobre este precepto puede verse en Durán, J. F./Alonso, L., «La interdicción de las expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4-P4)», en García Roca, J. / Santolaya, P. Pérez-Moneo, M. (coord.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 4.ª ed., CEPC, 2023, vol. II, pp. 1201-1221. Para estos autores (p.1219), el sistema de protección frente a las expulsiones que ha ido forjando en las últimas décadas la jurisprudencia del Tribunal Europeo descansa fundamentalmente en «una garantía procedimental de carácter absoluto ex artículo 4 del Protocolo, en virtud de la cual las devoluciones de extranjeros deben realizarse mediante procedimientos individualizados que respeten unas mínimas garantías». Pero esta garantía es la «llave» para la tutela efectiva de otros derechos del Convenio como el derecho a no ser expulsado a un Estado donde corra peligro la vida o integridad de la persona (art. 3) o el derecho a recurrir la expulsión (art. 13). *Vid.* también Soler, C., «La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 45, 2018, pp. 107-160; y Solanes, A., «Contra la normalización de la ilegalidad: La protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones *en caliente*», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 36, 2017, pp. 200-220.

[11] *Vid.* Sánchez Tomás, J. M., «Las "devoluciones en caliente" en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, AS. núm. D. y núm. T. vs. España, de 3 de octubre de 2017)», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 65, 2018, pp. 101-135.

Sorpresivamente, una Sentencia de la Gran Sala, dictada también por unanimidad el 13 de febrero de 2020, revocó la resolución anterior y llegó a la conclusión de que no se produjo en ese caso una violación de los preceptos del Convenio invocados en la demanda. El Tribunal estima que los demandantes se colocaron ellos mismos en una situación de ilegalidad cuando intentaron entrar en España franqueando las vallas de protección de la frontera terrestre de Melilla por lugares no autorizados y recurriendo a la fuerza junto a un grupo numeroso de inmigrantes para aprovechar el efecto de un asalto masivo previamente organizado. Decidieron por tanto no utilizar las vías legales existentes, que permiten acceder de manera regular al territorio español. El ordenamiento español prevé también la posibilidad de recurrir las decisiones de expulsión, pero es necesario que los demandantes respeten las reglas que rigen la presentación de tal recurso. Así las cosas, la ausencia de un procedimiento individualizado de expulsión puede imputarse al hecho de que los demandantes no utilizaron los procedimientos de entrada oficiales que existen a estos efectos, de modo que es la consecuencia de su propio comportamiento. No puede considerarse entonces al Estado demandado responsable de la inexistencia de una vía de recurso legal que les habría permitido impugnar dicha expulsión [12]. En resumidas cuentas, cuando se pretende cruzar la fron-

[12] Tratándose de Estados cuyas fronteras coinciden con las fronteras exteriores al espacio Schengen, como es el caso de España, la efectividad de los derechos del Convenio exige que esos Estados pongan a disposición de las personas que llegan a la frontera un acceso real y efectivo a las vías y procedimientos de entrada regulares. Estas vías deben permitir a toda persona perseguida interponer una demanda de protección fundada sobre todo en el artículo 3 del Convenio (prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes). Cuando existe un dispositivo que asegura la efectividad real del derecho a solicitar esa protección el Convenio no se opone a que los Estados, en el marco de la gestión de fronteras que les incumbe, exijan que tales demandas sean presentadas en los puestos fronterizos existentes. En consecuencia, los Estados pueden rechazar el acceso a su territorio de los extranjeros, incluidos los potenciales demandantes de asilo, que, sin razones imperiosas que se basen en hechos de los que el Estado sea responsable, no respeten esas exigencias y traten de cruzar la frontera por otro lugar, y como sucede en este caso, utilizando además la fuerza. El Tribunal insiste en su extensa resolución (107 páginas) en que el ordenamiento español ofrecía a los demandantes varias posibilidades a la hora de solicitar su admisión en territorio nacional. Podían haber pedido un visado o la protección internacional en el propio puesto fronterizo, pero también en las representaciones consulares y diplomáticas españolas en sus países de origen, en los de tránsito o incluso en Marruecos. Recuerda el Tribunal que el consulado de España en Nador se encuentra solo a 13,5 km de Beni Ensar. Y los demandantes no han explicado ante el Tribunal por qué no hicieron uso de esa posibilidad.

Es verdad que el 1 de septiembre de 2014, solo dos semanas después de este incidente, las autoridades españolas pusieron en marcha una oficina de registro de demandas de asilo, abierta las 24 horas, en el puesto fronterizo de Beni Ensar. Pero antes de esa fecha ya se había establecido una vía legal mediante el artículo 21 de la Ley 12/2009. El Gobierno indica que en Melilla se presentaron 21 demandas de asilo (otras fuentes hablan de 5 o 6) entre el 1 de enero y el 31 de agosto de 2014. La Gran Sala no ve ninguna razón para dudar de que antes de la apertura de esa oficina especial existía una obligación legal de aceptar las demandas de asilo depositadas en ese puesto fronterizo y una posibilidad real de presentar tales demandas. El muy reducido número de demandas de asilo presentadas en Beni Ensar antes del 1 de septiembre de 2014 no permite concluir por sí solo que el Estado demandado no ofrecía un acceso real y

tera de una forma ilegal (violenta, incluso) creando una situación de riesgo para la seguridad pública, se puede prescindir de cualquier procedimiento o garantía para la inmediata expulsión [13].

Creo que el cuadro que dibuja la Gran Sala no se ajusta en absoluto a la realidad: la mayoría de los inmigrantes subsaharianos no están en condiciones de solicitar el correspondiente visado (que tiene un coste económico considerable) en las embajadas o consulados de España, ni pueden acercarse a las oficinas de asilo de Ceuta o Melilla, porque se lo impiden las autoridades marroquíes, como denunciaron los representantes de ACNUR, Amnistía Internacional y otras organizaciones que se personaron en el proceso. Para ellos no existen realmente esas vías legales de entrada o son prácticamente inaccesibles [14]. Cuesta aceptar que el Tribunal pase por alto tales circunstancias, fácilmente contrastables, y conceda credibilidad al relato y las alegaciones de las autoridades españolas.

Lo cierto es que muy pocos esperaban un cambio tan radical de criterio, un giro de 180 grados, respecto de la primera sentencia de 2017. La mayoría de la

---

efectivo a ese punto de paso fronterizo. En el procedimiento escrito ante la Gran Sala los demandantes no alegaron nunca que habían intentado entrar en territorio español por vías legales. Solo en la audiencia final dijeron que habían tratado de aproximarse al puesto fronterizo y los oficiales marroquíes lo habían impedido. Con independencia de las dudas que suscita una alegación tan tardía, el Tribunal advierte que en ningún momento los demandantes han atribuido a las autoridades españolas la responsabilidad por las dificultades encontradas. El Tribunal, por tanto, no está convencido de que en el momento de los hechos los demandantes tuvieran razones imperiosas para no dirigirse al puesto fronterizo de Beni Ensar a fin de exponer de manera regular y legal los motivos que, según ellos, se opondrían a su expulsión. Suponiendo incluso que fuese difícil aproximarse físicamente al puesto fronterizo de Beni Ensar por el lado marroquí, no se ha demostrado que el Estado demandado tuviera alguna responsabilidad en esa situación. Se aferra a esta circunstancia (quien supuestamente impide u obstaculiza el acceso al puesto fronterizo es la policía marroquí) para despachar definitivamente el asunto y concluir que no hubo violación del precepto invocado en este caso. Pero queda en el aire una duda: ¿qué habría pasado si los demandantes hubieran podido demostrar que intentaron servirse de esos medios legales y los gendarmes marroquíes les cortaron el paso? El Tribunal se remite a esta doctrina en la decisión de inadmisión de 28 de julio de 2022 que puso fin al asunto *M. B. y R. A. c. España*. Los demandantes alegaban que habían sido objeto de una expulsión colectiva sin una evaluación individual de sus circunstancias y sin ningún procedimiento ni asistencia jurídica. El comité subraya el hecho de que los demandantes participaron en el asalto masivo a la frontera de Ceuta el 10 de septiembre de 2016, haciendo uso de la fuerza. Al no utilizar los procedimientos oficiales existentes para entrar legalmente en el territorio español, su expulsión fue una consecuencia de su propio comportamiento.

[13] En contra de lo alegado por el Gobierno español, que sostenía que los demandantes no habían llegado a penetrar en nuestro territorio (y no podía hablarse en rigor de expulsión), para el Tribunal no hay ninguna duda de que fueron aprehendidos en territorio español y se encontraban bajo la jurisdicción de España, en el sentido del artículo 1 del Convenio. Se produjo pues una «expulsión» en los términos del artículo 4 del Protocolo núm. 4.

[14] Con el artículo 38 de la 12/2009, un precepto no desarrollado reglamentariamente, se pretende «crear la apariencia de que el asilo en las embajadas y consulados españoles es una opción viable». Pero en realidad las oficinas diplomáticas españolas en el extranjero no están preparadas para tramitar solicitudes de asilo y no creen tampoco que ésa sea su función; más bien al contrario: se esfuerzan por controlar y cerrar esa ruta de acceso, «incluso con un exceso de celo» (Moya, D., *op.cit.*).

doctrina se ha mostrado decepcionada por lo que consideran un «giro de carácter restrictivo en la interpretación del precepto» que recorta significativamente la protección brindada hasta entonces [15]. La clave de este repliegue jurisprudencial radica en responsabilizar a los propios demandantes de la ausencia de un examen individualizado de sus circunstancias. Se les culpabiliza por no haber hecho uso de los procedimientos legales de entrada en el país, que el Tribunal (contra toda

[15] Durán, J. F. / Alonso, L., *op. cit*, p. 1207. Sánchez Legido, A., («Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿apuntalando los muros de la Europa fortaleza», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 72/2, 2020, pp. 235-259) cree que es «un clarísimo punto de inflexión» en la doctrina del Tribunal, aunque éste se reserva la posibilidad de afinar en el futuro el aval otorgado a este tipo de prácticas (pp. 256-257). Para Ciliberto, G., la nueva cláusula de exclusión basada en la conducta del demandante «diluye» la garantía procedimental y restringe la protección otorgada en virtud del artículo 4 del Protocolo 4. Reprocha a la Gran Sala una falta de rigor a la hora de justificar esta excepción y también a la hora de analizar en concreto si existían esos medios legales en el momento de los hechos y si los demandantes habían tenido realmente la oportunidad de utilizarlos. La sentencia, lejos de arrojar luz, siembra dudas sobre el alcance de la prohibición de expulsiones colectivas y puede tener un impacto muy negativo en la garantía efectiva del principio de no devolución («A Brand-New Exclusionary Clause to the Prohibition of Collective Expulsion of Aliens: The Applicant's Own Conduct in núm. D. and núm. T. v Spain», en *Human Rights Law Review*, vol. 21, 2021, pp. 203-212). Con la misma contundencia Di Filippo, M., («Walking the (barbed) wire of the prohibition of collective expulsion: An assessment of the Strasbourg case law», en *Diritti umani e diritto internazionale*, núm. 15/2, 2020, pp. 1-36), censura la introducción por el Tribunal de esa «excepción por mala conducta» (*bad behaviour exception*) y su aplicación en este caso y confía en que los jueces de Estrasburgo sean capaces de resistir las presiones de los Estados y reducir al mínimo el impacto de este lamentable precedente en futuros casos de rechazos colectivos. El razonamiento de la Gran Sala implica, a su juicio, una «derogación tácita» del precepto, que resulta «altamente desestabilizadora» para el mantenimiento del contenido nuclear de la garantía procedimental consagrada en él (p. 35). Las normas internas que rigen los controles fronterizos no pueden hacer inoperantes en la práctica los derechos garantizados por el Convenio y sus Protocolos. El Tribunal ya demostró en *Khlaifia* un grado considerable de realismo (quizá excesivo) al rebajar la calidad de la protección otorgada; devaluar aún más esos estándares sería allanar el camino para escenarios todavía peores. Después de todo, los Estados pueden expresar legítimamente su disconformidad por la interpretación generosa de la prohibición de expulsiones colectivas establecida en *Hirsi* denunciando el Protocolo núm. 4. Coinciden en valorar críticamente el nuevo test Carrera, S., «The Strasbourg Court judgement núm. D. and núm. T. v Spain. A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?», en *EUI Working Paper RSCAS* 2020/21, p. 4 ss; Alonso, L., «Deconstructing Hirsi: The Return of Hot Returns: ECtHR 13 February 2020, Nos. 8675/15 and 8697/15, ND and NT v Spain», en *European Constitutional Law Review*, vol. 17/2, 2021, pp. 335-52; Martínez Escamilla, M., «Las devoluciones en caliente en el asunto núm. D. y núm. T. contra España (sentencia de la gran sala TEDH de 13 de febrero de 2020)», en *Revista Española de Derecho Europe*o, núm. 78-79, 2021, pp. 309-338, y «Las devoluciones en caliente tras la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 13 de febrero 2020 (N. T. y N. D. c. España)», en *Jueces para la Democracia*, núm. 97, 2020, p. 63 ss; Cuadrón, S., «Las devoluciones en caliente y el derecho a la defensa del extranjero en frontera», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, núm. 2, 2021, pp. 381-388; De Lucas, J., «El derecho contra los derechos. Un comentario a la Sentencia N. D. y N. T. contra España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *Teoría & Derecho* núm. 27, 2020, pp. 84-96; Sosa, M., «Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable: el asunto N. D. y N. T. contra España ante el TEDH», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 67, 2020, pp. 1039-1061; y García Vitoria, I., «Entradas irregulares en grupo y prohibición de devoluciones colectivas. El asunto N. D. y N. T. contra España», en *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 26, 2024, pp. 1-12.

evidencia) considera viables y efectivos [16]. Esta actitud, que algunos califican de hipócrita (de cínica incluso), contrasta con el énfasis que pone el Tribunal en una idea a la que apela constantemente: el Convenio no se limita a garantizar derechos teóricos o ilusorios, sobre el papel, sino que aspira a que esos derechos sean efectivos. Y por si esto fuera poco, el Tribunal exige que sean las autoridades del Estado demandado las responsables de la virtual imposibilidad de acceder a las vías legales de entrada, lo que viene a afianzar las políticas de externalización de los controles migratorios.

Aunque no me atrevo a calificar esa rectificación como una patente involución en la doctrina del TEDH sobre expulsiones colectivas (una doctrina aún en construcción), porque en este caso concurrían sin duda circunstancias singulares, sin precedentes, creo que en este litigio estratégico las presiones ejercidas por los Estados (se personaron Italia, Francia y Bélgica como terceros intervinientes, alineados con la posición del Gobierno español) llevaron al Tribunal a reinterpretar de una manera muy forzada la noción de expulsión colectiva, dar un paso atrás y no proscribir de manera inequívoca la práctica de las «devoluciones en caliente», escudándose para ello en el margen de apreciación que ha de reconocerse a los Estados parte a la hora de implementar una política tan sensible y estrechamente vinculada a la soberanía como es la migratoria [17].

---

[16] Aunque la Gran Sala tiene en cuenta diversos factores o variables que concurren en este caso (uso de fuerza, asalto masivo, peligro para la seguridad pública…), lo que resulta determinante para el fallo es el hecho de haber prescindido de las vías legales de entrada regular en España, incurriendo así en una «conducta culpable» o incorrecta a los efectos del artículo 4 del Protocolo núm. 4. Pero la carga de probar que existen esos procedimientos seguros, que son accesibles en la práctica (por el emplazamiento de los puestos fronterizos terrestres o la presencia de intérpretes y de asistencia letrada, entre otros factores) y que funcionan correctamente recae sobre el Estado demandado. Una vez sentada esa premisa, los demandantes tendrán que justificar de forma convincente su decisión de no utilizar los cauces oficiales que tienen a su disposición. Y el Tribunal tendrá que valorar si «razones imperiosas» no atribuibles al Estado demandado impidieron que el demandante recurriera a esos procedimientos oficiales (Durán, J. F. / Alonso, L., *op. cit.,* pp. 1209-1213). Para Sánchez Legido, «mediante el sorprendente recurso a la doctrina de la "conducta culpable", el Tribunal sienta como regla general la compatibilidad con el sistema del Convenio de las devoluciones en caliente de los inmigrantes interceptados cruzando irregularmente la frontera». Con el agravante de que la aplicación de esa doctrina se somete a unas condiciones, como la existencia de vías legales de acceso efectivo, que el Tribunal aprecia «muy laxamente» (*op. cit.,* p. 258).

[17] González Vega, J. A., cree que no estamos ante una decisión aislada del Tribunal: se inscribe en una serie de pronunciamientos (anteriores y posteriores) en los que ha ido perfilando progresivamente su doctrina. No se trata, a su juicio, de un giro copernicano o de una «regresión o involución», porque no bendice la práctica de las «devoluciones en caliente», pero admite que sí se ha «atenuado el enfoque férreamente garantista presente en la jurisprudencia precedente y el consiguiente reforzamiento de la idea de la «Europa fortaleza». Le parece más apropiado hablar de un «progresivo refinamiento jurisprudencial» a la hora de abordar estos asuntos. Y destaca como un factor decisivo el hecho de que el Tribunal no se enfrentaba a una violación del principio de no devolución («¿Un difícil equilibrio? La sentencia TEDH (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020, núm. D. y núm. T. c. España, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo», en *Revista General de Derecho Europeo* núm. 52, 2020, pp. 22-26).

En la jurisprudencia posterior, la doctrina establecida en el caso *ND y NT c. España* (la falta de un análisis individualizado de la situación de los demandantes se debió a su propia conducta culpable, por lo que no hay vulneración del precepto) se aplicó en el asunto *M. B y R. A c. España*, ya citado, y en el caso *A. A. y otros c. Macedonia del Norte* (sentencia de 5 de abril de 2022). En otros casos, en cambio, siendo el escenario muy similar, el Tribunal ha llegado a la conclusión contraria al entender que el Estado demandado no había demostrado la existencia de vías legales de entrada que fuesen accesibles para los demandantes en el momento de los hechos [18].

Frente a las vacilaciones del Tribunal en los últimos años, me quedo con la rotunda defensa de la dignidad de los inmigrantes que el Juez Pinto de Albuquerque hizo en la opinión concurrente que formuló en el caso *M. A. y otros c. Lituania* (sentencia de 11 de diciembre de 2018): «Permitir que se rechace a las personas en las fronteras terrestres y se las devuelva sin evaluar sus solicitudes individuales equivale a tratarlas como animales. Los migrantes no son ganado que se pueda ahuyentar de esta manera» [19].

---

[18] En el caso *M. H. y otros c. Croacia* (sentencia de 18 de noviembre de 2021) consideró que la devolución a Serbia de una familia afgana por la policía croata sin darles la posibilidad de solicitar la protección internacional constituyó una expulsión colectiva. También apreció la existencia de una violación del artículo 4 del Protocolo núm. 4 en el asunto *Shahzad c. Hungría* (sentencia de 8 de julio de 2021). El demandante formaba parte de un grupo de paquistaníes que habían entrado en Hungría de manera clandestina a través de un agujero en la valla fronteriza que separa a este país de Serbia. Al ser interceptados por la policía húngara, fueron devueltos sumariamente al otro lado de la valla, a pesar de que el demandante expresó su voluntad de solicitar protección internacional. Para el Tribunal, no existían en esa zona de la frontera medios efectivos de acceso regular al país (los solicitantes debían recorrer más de 40 kms, tenían que inscribirse previamente en una lista de espera, de la que se excluía a quienes no tenían familia, y solo se tramitaba un número limitado de solicitudes -15- por día). *Vid.* Durán, J. F. / Alonso, L., *op. cit.,* p. 1215.

[19] «En el contexto de un nuevo y peligroso mundo "post-derecho internacional", esta opinión aboga por la construcción de puentes, no de muros, para quienes necesitan protección internacional… Aunque justificadas como un intento de frenar la inmigración ilegal, la trata de personas o el contrabando, estas barreras físicas… representan, de hecho, la malvada cosmovisión política… que percibe a los migrantes como una amenaza cultural y social que debe ser combatida por todos los medios necesarios y considera todas las solicitudes de asilo como fantasías infundadas por parte de personas que conspiran para traer el caos al mundo occidental. Para seguir siendo la "conciencia de Europa", el Tribunal debe asegurar la protección efectiva de los migrantes y, en particular, de los solicitantes de asilo… Las fronteras terrestres no son zonas de exclusión o excepción de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, y esto se aplica también a las zonas intermedias entre las vallas fronterizas y a las zonas de tránsito […]». El Tribunal debe resistir dos tentaciones. Por un lado, la de negar la jurisdicción cuando los migrantes están *de facto* y *de iure* en manos y a merced de las autoridades de control fronterizo. Eso sería «una flagrante elusión de la fuerza jurídica del Convenio y sus Protocolos adicionales, mediante la creación fraudulenta de un vacío jurídico intolerable en la frontera de los Estados contratantes». Y por otro, la de restringir el derecho a una evaluación individual de las solicitudes de asilo mediante una interpretación restrictiva del término «expulsión» que no comprenda el rechazo en la frontera (las llamadas «expulsiones en caliente»). Como la sentencia rechazó ambas opciones y se mantuvo fiel a las conclusiones de *Hirsi Jamaa* y *Sharifi* (constata la violación de los artículos 3 y 13 del Convenio) merece ser elogiada [§ 26-30].

III. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA (RÉGIMEN ESPECIAL DE CEUTA Y MELILLA) EN LA STC 172/2020, QUE RESUELVE EL PRIMER RECURSO CONTRA VARIOS PRECEPTOS DE LA LOPSC

La sentencia de la Gran Sala recaída en un concreto asunto («a la luz de las circunstancias del caso») no prejuzgaba irremisiblemente la decisión de nuestro Tribunal Constitucional sobre la validez en abstracto de la disposición impugnada [20], aunque es verdad que se venía especulando con un probable veredicto de inconstitucionalidad si la condena inicial hubiera sido ratificada por la Gran Sala. Pero no es menos cierto que la decisión de Estrasburgo en torno a la compatibilidad de las devoluciones denunciadas con el Convenio no implica necesariamente que estas tengan que ser bendecidas como una práctica constitucionalmente irreprochable, porque, entre otras razones, en nuestro ordenamiento el listón puede elevarse por encima del común denominador establecido por el Convenio [21].

Cinco años después de la aprobación de la LOPSC, el Tribunal se enfrenta por fin a esa «patata caliente» al resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por 114 diputados de los grupos que entonces estaban en la oposición [22]. Y la mayoría de los Magistrados (9 de los 11) que integran el Pleno llega a la conclusión de que la norma impugnada, además de ajustarse plenamente a la doctrina del TEDH, es también conforme a la Constitución si se interpreta de una determinada manera.

Los recurrentes argumentan que con la citada disposición se introduce, por vía de hecho, «un régimen de devolución masiva e indiferenciado de extranjeros no conforme a la legalidad vigente en materia de extranjería, vulnerando con ello los artículos 9.3, 24.1 y 106 CE». Supone «una actuación inmediata, ejecutiva,

---

[20] Son procesos que no tienen el mismo objeto ni el mismo parámetro de control. Además, el Tribunal de Estrasburgo no se pronunció sobre la eventual derogación de esta disposición, ni cuestionó su compatibilidad con el Convenio. *Vid.* Presno, M., «Algunas consideraciones sobre los efectos de la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo sobre las devoluciones en caliente», *Blog El derecho y el revés*, 14 de febrero de 2020 [disponible en https://presnolinera.wordpress.com/2020/02/14/algunas-consideraciones-a-proposito-de-los-efectos-de-la-sentencia-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-las-devoluciones-en-caliente; fecha de consulta: 23 de mayo de 2024].

[21] Valga como muestra que, a diferencia del Convenio, nuestra Constitución reconoce en su artículo 13.4 un derecho (no fundamental) al asilo, que quedaría vacío de contenido si no se permite formular la solicitud correspondiente a quien sufre persecución.

[22] Los diputados firmantes del recurso pertenecían a los Grupos Socialista, Izquierda Plural, Iniciativa per-Catalunya-Verds-Esquerra Unida i Alternativa, UPyD y diversos miembros del Grupo Mixto. El recurso presentado por el Parlamento de Cataluña se resolvería poco después, mediante la STC 13/2021, de 28 de enero. Dado que tanto el recurrente como el demandado se apoyan en motivos idénticos, el Tribunal se remite sin más a la doctrina establecida en la STC 172/2020 [(FJ 2.e)].

material», que no reúne los requisitos del genuino acto administrativo, porque se lleva a efecto prescindiendo totalmente del procedimiento establecido (de cualquier procedimiento, en realidad) y dejando al libre arbitrio de la administración la ejecución de esas medidas de rechazo en frontera. Además, se excluye la revisión judicial de la decisión adoptada, lo que entraña «un cercenamiento absoluto y de raíz» del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la Justicia y de las garantías procesales reconocidas en el artículo 24 CE. A mayor abundamiento, afirman que la regulación vigente impide el ejercicio del derecho de asilo previsto en el artículo 13.4 CE, no permite la detección e identificación de menores en edad o víctimas de trata y no respeta el principio de no devolución, que obliga a los Estados a asegurarse de que los inmigrantes que se devuelven a sus países de origen o de procedencia no se vean expuestos a amenazas que pongan en peligro su vida o integridad física.

El abogado del Estado defiende la constitucionalidad de un precepto que trata de cubrir «un vacío normativo» respecto de una legítima actuación de vigilancia fronteriza que se desarrolla «en una fase previa a la devolución y expulsión», con el fin de regular esa operativa policial con mayores garantías de seguridad jurídica [23]. A su juicio, la norma impugnada supera el test de proporcionalidad. Al afectar a extranjeros que están intentando entrar ilegalmente en España, pero no han llegado a entrar ni *de iure*, ni *de facto*, no les son aplicables las garantías derivadas del artículo 24.1 CE, sin perjuicio de que la actuación policial pueda ser objeto de control jurisdiccional ex artículo 106 CE tanto en la vía administrativa, como en la penal. En cualquier caso, nada impide a la persona que se encuentre en una situación que la haga acreedora de protección internacional presentar su correspondiente solicitud, no solo en Marruecos, sino también en las oficinas habilitadas a estos efectos en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla.

La sentencia destaca, en primer lugar, la singular ubicación geográfica de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, que, tras la adhesión de España al Acuerdo de Schengen, han pasado a ser una frontera exterior terrestre de la UE, la única en tierras africanas. Es tal la presión migratoria que soportan que el Estado español se ve muchas veces desbordado en sus esfuerzos por conte-

[23] A diferencia de los procedimientos de devolución y expulsión previstos en la LOEx., este régimen se aplica en una fase previa en la que los extranjeros intentan rebasar los obstáculos que impiden acceder a España y lo que se pretende con la potestad de rechazo que se atribuye a las fuerzas y cuerpos de seguridad es evitar precisamente «la materialización de la entrada ilegal en territorio español, mientras ese intento, no culminado, se está produciendo». Esa actuación coactiva destinada a garantizar que la legalidad no se vulnere no está exenta de límites. Además de los que figuran expresamente en el precepto, también los que se derivan de los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad exigidos a todas las actuaciones de los cuerpos policiales [artículo 5.2 c) LOFCS].

ner los intentos de grupos de personas de cruzar ilegalmente la valla. Partiendo de la premisa de que los extranjeros no son titulares de un derecho fundamental a entrar en España (STC 236/2007) y sólo pueden hacerlo si cumplen los requisitos establecidos en la LOEx y el Reglamento de 2011 (RD 557/2011), recuerda cuáles son los procedimientos relativos a la salida forzosa del territorio español previstos en nuestra legislación de extranjería: 1) el retorno al punto de origen (art. 60 LOEx), como efecto derivado de la prohibición de entrada en España por los puestos fronterizos habilitados de extranjeros que no cumplan los requisitos legalmente previstos (art. 26.2 LOEx y artículo 15 del Reglamento); 2) la expulsión del extranjero que se encuentra irregularmente en territorio español (art. 57 LOEx y artículos 242 a 248 del Reglamento); y 3) la devolución de los que pretendan entrar ilegalmente [artículo 58.3 b) LOEx], incluyendo «a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones» [artículo 23.1 b) Reglamento LOEx [24]]. En todos estos procedimientos se respetan las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, como las relativas a la publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones (art. 20 LOEx), y los extranjeros tienen reconocido el derecho a la tutela judicial efectiva así como el derecho de asistencia jurídica gratuita y de intérprete, lo que garantiza el ejercicio del derecho de defensa, mediante la formulación de alegaciones y la presentación de recursos (arts. 21 y 22 LOEx).

En este marco legal se inserta la disposición impugnada, cuya adecuación a la Constitución pasa a examinar seguidamente. Y lo hace desmontando, en primer lugar, el argumento tramposo del abogado del Estado (a saber, el extranjero no ha entrado aún en territorio español). Para el Tribunal es evidente que la entrada en el territorio español se realiza «cuando se han traspasado los límites fronterizos fijados internacionalmente» y no cabe duda de que «los elementos de contención (vallas, muros o barreras) se ubican y construyen sobre el territorio español». Como ya advirtió el TEDH ante la recurrente alegación de una supuesta falta de jurisdicción [25], no se puede operar con un con-

[24] El artículo 23.2 del Reglamento dispone que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España «los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución». Y en el apartado siguiente se dice que el extranjero «tendrá derecho a la asistencia jurídica, así como a la asistencia de intérprete, si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen».

[25] Para el Tribunal, no puede admitirse la existencia de «zonas de no derecho»: «desde el momento en que un Estado, a través de sus agentes que operan fuera de su territorio, ejerce su control y su autoridad sobre un individuo, y por consiguiente su jurisdicción, recae sobre él, en virtud del artículo 1, una obligación de reconocer a aquel los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio (STEDH de 23 de febrero de 2012, caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*).

cepto «operacional» de frontera que pueda ser establecido de forma discrecional por la administración española; entre otras razones, porque se pondría en riesgo el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). En todo caso, con independencia de si el rechazo se produce antes, durante o después de traspasar los límites fronterizos, lo que es innegable es que se trata de acciones llevadas a cabo por miembros de las fuerzas de seguridad españoles desde el territorio español (en el espacio inter-vallas o en la misma valla), de modo que los extranjeros aprehendidos pasan a estar bajo el control y jurisdicción del Estado español y se les debe aplicar nuestra legislación en materia de extranjería, con estricta observancia de las garantías consagradas en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por nuestro país.

Despejada esa incógnita, la sentencia analiza la naturaleza del «rechazo en frontera», una figura que guarda una cierta similitud con la devolución prevista en el artículo 58.3 LOEx, pero instaura un nuevo régimen que ante una situación particular –la detección de extranjeros que intentan superar los elementos de contención para cruzar irregularmente la frontera de Ceuta o Melilla– permite que los agentes de los cuerpos de seguridad españoles «practiquen una actuación material de vigilancia orientada a restablecer inmediatamente la legalidad transgredida». En su Voto Particular, la Magistrada M. L. Balaguer sostiene que la sentencia ignora el contexto en que se aprobó la reforma de la LOEx: su finalidad no fue establecer un procedimiento diferente de los ya previstos legalmente en la normativa de extranjería para la devolución de las personas interceptadas en las vallas de Ceuta y Melilla, sino «prescindir de todo tipo de procedimiento», dando cobertura legal a su entrega inmediata a los agentes de Marruecos. Prueba de ello es que en el precepto no se hace referencia a la necesidad de un desarrollo reglamentario y de hecho, pese al tiempo transcurrido, no se ha regulado procedimiento alguno, de modo que los rechazos en frontera se ejecutan sin someterse a ningún tipo de procedimiento. Ese es el telón de fondo del precepto en cuestión y no puede obviarse.

Para la mayoría del Tribunal, el establecimiento de este régimen específico «no puede considerarse que sea irrazonable o que carezca de justificación». Así lo entendió también la Gran Sala del TEDH en la sentencia dictada en el asunto *N. D. y N. T. c. España*. Pero el Constitucional hace una importante puntualización. Como ya señalamos *supra*, la citada sentencia aludía a las circunstancias específicas que concurrían en ese caso, más concretamente al hecho de que en su intento de cruzar irregularmente la línea fronteriza los demandantes se prevalieron de su gran número y del uso de la fuerza. Pues bien, la sentencia advierte que «no es necesario, con carácter general, que se aprecien las circunstancias de actuación en grupo numeroso y con violencia para la

aplicación del precepto, sino que basta el intento por personas individualizadas de entrar en España y ser sorprendidos en las vallas fronterizas». Una aclaración de enorme trascendencia de la que se deja expresa constancia en el fallo. Como aviso para navegantes: este tratamiento «especial» no rige solo para los asaltos masivos y coordinados; puede aplicarse –y es constitucionalmente intachable- en los supuestos de entradas individuales. Una lectura de la sentencia de la Gran Sala que no comparte Balaguer: si en esa decisión se afirma que la devolución inmediata y forzosa solo resulta asumible en el supuesto de que un gran número de personas intenten cruzar la frontera de manera coordinada y masiva, dar un paso más allá y ampliar la aplicabilidad de este precepto a otros supuestos no es la mejor manera de cumplir las obligaciones internacionales [26].

Una vez precisada la naturaleza y el perímetro de este régimen excepcional, la sentencia aborda la cuestión medular que plantean los recurrentes, que no es otra que la dilucidar si colisiona con los preceptos constitucionales que invocan (arts. 9.3 y 106.1, en conexión con el artículo 24.1). Admite el Tribunal que el «rechazo en frontera» es «una actuación material de carácter coactivo, sin perjuicio del control judicial» que proceda en cada caso en virtud de las acciones y recursos que interponga el extranjero aprehendido [27]. Pero su regulación en abstracto (al margen de sus aplicaciones concretas que habrán de enjuiciarse en los procesos constitucionales que se susciten) no incurre en inconstitucionalidad.

Además, en el apartado segundo se dice que el rechazo se llevará cabo respetando las garantías que las normas internacionales de derechos humanos y de protección internacional reconocen a los extranjeros. Compromisos internacionales que obligan a las fuerzas de seguridad a «prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables», entre las que se cuentan «las que aparenten manifiestamente ser menores de edad (sobre todo cuando no se encuentren acompañados por sus familiares)»; las mujeres embarazadas o las personas afectadas por algún tipo de incapacidad. ¿Cuál es el alcance de esta afirmación un tanto enigmática? ¿No se les puede expulsar?

El Tribunal considera, por último, que el apartado tercero de la disposición recurrida, que se limita a indicar que las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados en los puestos fronterizos, tramitándose de conformidad con la normativa aplicable (arts. 21 y 22 de la

[26] En esa misma dirección apuntaba la primera ponencia redactada por el Magistrado Valdés Dal-Re, que fue rechazada por el Pleno en junio de 2020. Valdés renunciaría a su cargo en octubre de ese mismo año.

[27] La sentencia pasa de puntillas y no concreta cómo se articula ese supuesto control. Ya hemos visto que la práctica del rechazo en frontera convierte el derecho de acceso a los tribunales y las garantías de defensa en papel mojado.

Ley 12/2009), respeta la jurisprudencia del TEDH sobre el principio de «no devolución» y el deber de disponer de un acceso real y efectivo a los procedimientos legales de entrada [28] y no impide el ejercicio del derecho de asilo previsto en el artículo 13.4 CE.

En conclusión, para la mayoría del Tribunal la disposición impugnada se ajusta al marco constitucional siempre que se interprete de acuerdo con las pautas fijadas en el FJ 8 C), que se resumen en tres puntos: 1) aplicación a las entradas individualizadas; 2) pleno control judicial y 3) cumplimiento de las obligaciones internacionales.

No puedo sino coincidir con la Magistrada discrepante cuando constata lo «paradójico» del fallo. Porque si algo hace imposible la norma impugnada es tanto el control judicial de las devoluciones, como el cumplimiento de nuestras obligaciones internacionales. Es un ejercicio de hipocresía. Balaguer distingue entre la interceptación de la persona que está intentando superar el vallado y el acto posterior de su entrega física a los agentes marroquíes. Este segundo acto es una devolución en sentido jurídico, puesto que la persona interceptada ya está en territorio español y bajo custodia de funcionarios españoles. Este acto de entrega o repatriación al lugar de procedencia es de tal relevancia que no puede considerarse una mera actuación material que no precise de algún tipo de procedimiento con unas mínimas garantías. No alcanza a comprender cómo es posible conjugar esta ausencia de procedimiento con la tajante afirmación de tal actuación está sometida al control judicial y al estricto cumplimiento de la Constitución y de las obligaciones internacionales. Sin un mínimo procedimiento reglado y sin la posibilidad de singularizar cada acto de rechazo en frontera no es factible el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva mediante ni el posterior control judicial de esa concreta actuación (art. 106.1 CE). Tampoco es posible asegurar la observancia de los principios de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y de las garantías esenciales propias de todo procedimiento de devolución (audiencia del interesado, motivación de las resoluciones, asistencia jurídica gratuita, intérprete…).

Por ese mismo motivo, la ausencia de un procedimiento, considera Balaguer que la disposición vulnera los artículos 13.4 y 15 CE en relación con el derecho a la protección internacional y el principio de no devolución. Si algo garantiza la existencia de un procedimiento es, precisamente, la identificación

[28] En el Voto Particular que formula a la sentencia 13/2021, el magistrado Conde-Pumpido (que votó en contra de la STC 172/2020, pero no emitió entonces Voto Particular) considera que el Tribunal «debería haber fijado con más claridad que la constitucionalidad del denominado rechazo en frontera debe tener como presupuesto la existencia de un acceso genuino y efectivo a los medios de entrada legal».

de las personas vulnerables por ser menores de edad, demandantes de protección internacional, víctimas de trata, o personas enfermas. La sentencia se refiere a situaciones de especial vulnerabilidad «apreciables externamente», a primera vista. Pero «la edad de las personas nunca es evidente cuando se encuentra en lo alto de la valla» y menos evidente aún es el estado de gestación de las mujeres, algunas discapacidades o la condición de víctima de trata o de otras formas de violencia de género. En todo caso, el rechazo no sujeto a procedimiento alguno impide siquiera la alegación por la persona afectada de su situación de vulnerabilidad [29].

En consecuencia, concluye Balaguer, la disposición debería haber sido declarada inconstitucional, «al no posibilitar de una manera real y efectiva el cumplimiento de las condiciones de constitucionalidad establecidas en el fundamento jurídico 8 C) y en el apartado tercero del fallo».

El pronunciamiento del Tribunal dista mucho de ser convincente. Su andamiaje argumental es muy endeble, adolece de ambigüedad en varios puntos y no disipa, me temo, las dudas que suscita tanto la redacción literal de la norma impugnada como su aplicación sobre el terreno, en ausencia de un procedimiento o protocolo que garantice con una mínima transparencia el cumplimiento efectivo de los requisitos que la propia sentencia exigió para validar su constitucionalidad.

En su Opinión sobre la LOPSC de 2015 [30], la Comisión de Venecia formuló también algunas reservas. Lo hizo con suma prudencia, porque no le correspondía analizar en su conjunto la legislación española en materia de extranjería y asilo y era consciente de que nuestro país se encuentra en la difícil situación de tener que proteger sus fronteras, que son además fronteras exteriores del espacio Schengen, respetando sus obligaciones internacionales y los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a los extranjeros (§86). Pero llama la atención sobre el hecho de que ambas sentencias (la del TEDH y la del Constitucional) son «condicionales», es decir, se basan en la hipótesis de que existen otras garantías esenciales (examen individual de las solicitudes de asilo en los puestos fronterizos, revisión

[29] Por lo que se refiere a los menores de edad, recuerda la Magistrada que el dictamen del Comité de los Derechos del Niño de 12 de febrero de 2019, antes citado, ya estableció que la práctica de este tipo de devoluciones sumarias supone el incumplimiento de las obligaciones internacionales contempladas en los artículos 20.1 y 37 de la Convención de Derechos del Niño, en la medida en que impide la identificación y evaluación de la situación personal del menor y priva a éste de la posibilidad de presentar objeciones a esa devolución. Tampoco permite la identificación de potenciales solicitantes de protección internacional, condición *sine qua non* para un tratamiento individualizado de sus demandas.

[30] [CDL-AD(2021)004] adoptada en el curso de la sesión plenaria núm. 126 (19-20 de marzo de 2021).

judicial de las denegaciones, atención especial a las personas vulnerables…). Y «estas suposiciones pueden ser demasiado optimistas y resultar falsas en las circunstancias de cada caso» (§87) [31].

Además, la Comisión recomienda que se afine la regulación legal para precisar que el rechazo en la frontera no es una obligación sino una posibilidad, de modo que los agentes de policía que interceptan a migrantes en la valla fronteriza pueden proceder de manera diferente si aprecian que esos concretos extranjeros tienen razones de peso para no utilizar los procedimientos ordinarios de solicitud de asilo [32]. El Parlamento podría revisar asimismo la legislación sobre el funcionamiento de los puntos de entrada oficiales y sobre la revisión judicial de las denegaciones de asilo para garantizar que constituyen una alternativa viable al cruce ilegal de fronteras y ofrecen posibilidades razonables de tramitación individualizada de las solicitudes de asilo (§ 90).

Buena prueba de que el asunto de las «devoluciones en caliente» se cierra en falso son algunos episodios posteriores, como el asalto masivo que se produjo en el 24 de junio de 2022 en la frontera de Melilla, con un saldo de más de 20 inmigrantes muertos al intentar saltar la valla [33].

---

[31] Los puestos fronterizos funcionan más como «diques de contención» que como lugares de acceso seguros y efectivos para solicitar protección internacional. *Vid.* VIGURI, J. A., «Los procedimientos fronterizos de protección internacional en Ceuta y Melilla: un balance crítico», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 33, 2020, pp. 1-11.

[32] En el plano infralegal, se podrían elaborar algunas instrucciones orientativas sobre las situaciones en las que debe adoptarse una decisión de este tipo (por lo que respecta, por ejemplo, a las categorías de personas vulnerables).

[33] El asalto, protagonizado por 2000 migrantes subsaharianos, terminó en avalancha y la valla se derrumbó bajo el peso de los que intentaban treparla. Un reportaje de la BBC documentó la extrema violencia de los agentes marroquíes y las devoluciones en caliente de la Policía española. Las imágenes, que dieron la vuelta al mundo, muestran que las víctimas no murieron aplastadas en «tierra de nadie» sino en territorio español. Los gendarmes marroquíes entraron en suelo español para llevarse a 470 inmigrantes atrapados, algunos heridos, de vuelta a Marruecos. Tanto las grabaciones como el informe emitido por el Defensor del Pueblo sobre este trágico acontecimiento el 10 de noviembre de 2022 desmienten la versión oficial del Ministerio del Interior (los rechazos en frontera se realizaron «dentro de la más estricta legalidad»). En este documento (*Actuaciones y medidas de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en Melilla*) se afirma lo siguiente: «Del visionado de las imágenes mencionadas se constata que algunos agentes marroquíes acceden a territorio español y que agentes españoles les hacen entrega de las personas que habían conseguido interceptar, para proceder a su traslado a Marruecos». El lapso de tiempo transcurrido, dos minutos, «hace imposible sostener que se han realizado rechazos en frontera conforme a las mínimas exigencias legales». Entre las recomendaciones incluidas en esta resolución destaca la que insta al desarrollo con carácter urgente, y por disposición reglamentaria, del procedimiento establecido en la Disposición Adicional Décima de la LOEx, de conformidad con la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 172/2020. A juicio de esta institución, al igual que ocurre con la devolución o con las denegaciones de entrada (art. 26.2 LOEx), ha de establecerse sin demora un procedimiento que ampare esa medida gubernativa de reacción inmediata, con las garantías previstas para cualquier tipo de procedimiento administrativo en materia de extranjería, que establece el citado artículo. El Defensor recomienda asimismo que «se deje constancia escrita de que al extranjero se le ha facilitado información sobre protección internacional y que se ha verificado, mediante un mecanismo adecuado de identifi-

El elefante sigue en la habitación y nuestro Estado de Derecho no acaba de taponar esta grieta que empaña el juicio globalmente positivo acerca de nuestro sistema de libertades que vienen emitiendo las entidades y organismos que publican los rankings de calidad democrática más solventes.

Pero a veces se dan pasos en la buena dirección. Así, una sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo fechada el 22 de enero de 2024 (ponente: L. M. Díez-Picazo) confirmó que la devolución de 45 menores desde Ceuta a Marruecos en agosto de 2021 fue ilegal [34]. La Sala recrimina al Gobierno su «absoluta inobservancia» de lo previsto en la Ley de Extranjería y el Reglamento de 2011, que exigen que, antes de proceder a una devolución, se abra un procedimiento administrativo individual, se celebre una audiencia con el menor si tiene madurez y se escuche a la Fiscalía. La Administración, que no siguió esos trámites y tampoco ponderó adecuadamente el interés de los menores ni comprobó sus circunstancias individuales, vulneró el derecho a la integridad física y moral de los menores, al ponerles en «serio peligro de sufrir un padecimiento corporal o psíquico». El Supremo comprende perfectamente la gravedad de lo acaecido en Ceuta, así como el extraordinario reto que supuso tanto para el Estado como para dicha Ciudad Autónoma, pero esas circunstancias excepcionales que invocan los recurrentes no justifican la «absoluta pasividad» de la Administración cuando la situación se prolonga en el tiempo. La Sala concluye que el acuerdo de readmisión entre España y Marruecos de marzo de 2007 no constituye por sí solo una razón legal suficiente para decidir el

---

cación y derivación, las necesidades de protección internacional; que no es menor de edad o la concurrencia de indicios de que pudiera ser víctima de trata de seres humanos». En el informe se denuncia igualmente «la falta de acceso legal al puesto fronterizo de Beni Enzar (Melilla), para aquellas personas que no sean nacionales marroquíes, y que se encuentran en situación irregular en Marruecos». Es una realidad que el propio Defensor ha podido constatar, por lo que no puede compartir la afirmación de que estas personas podrían haber solicitado protección internacional en el citado puesto fronterizo. También ha constatado la imposibilidad de que puedan solicitar protección internacional en las representaciones diplomáticas de España en Marruecos [https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/actuaciones-y-medidas-de-los-cuerpos-y-fuerzas-de-seguridad-del-estado-en-melilla/; fecha de consulta: 11 de mayo de 2024].

[34] El Tribunal rechaza los recursos de casación promovidos por la Ciudad Autónoma de Ceuta y por la Administración General del Estado contra las sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Ceuta y del TSJ de Andalucía, que estimaron la demanda presentada por varias ONGs en su nombre y en el de 8 de los menores marroquíes devueltos. Los días 17 y 18 de mayo de 2021 unas 12000 personas cruzaron ilegalmente la frontera de Ceuta, con la complicidad de las autoridades marroquíes. De ellas alrededor de 1500 eran menores de edad, que quedaron provisionalmente bajo la guarda de la Administración ceutí. Esta situación se prolongó durante tres meses sin que las autoridades españolas incoaran expedientes individualizados tendentes a determinar las circunstancias y necesidades de cada uno de los menores. Entre 13 y el 15 de agosto el Ministerio del Interior organizó una operación para llevar a cabo una serie de «retornos asistidos concertados». Sin conocimiento de la Fiscalía, varias furgonetas llevaron a los menores (se escogió a los de mayor edad) al otro lado de la frontera. Quince cada día.

retorno de los menores no acompañados [35]. Un retorno ejecutado sin procedimiento alguno que infringe también la prohibición de expulsiones colectivas que establece el artículo 4 del Protocolo núm. 4 del CEDH. Esta vez el Tribunal Supremo sí ha estado a la altura y nos debemos felicitar por ello.

[35] Básicamente porque el Acuerdo «no contempla ningún trámite ni requisito procedimental». La sentencia recuerda que «como en cualquier otra actuación administrativa, máxime si puede afectar a los derechos fundamentales de las personas, las autoridades españolas deben encauzar su actuación a través del correspondiente procedimiento administrativo, como garantía de la legalidad y el acierto de su decisión y como salvaguardia de los intereses de los afectados». En este caso, la actuación «se produjo prescindiendo absolutamente del procedimiento establecido». Y ello, «como es obvio, constituye una vía de hecho». La Sala rebate asimismo el argumento de los recurrentes, que alegaban que Marruecos no solo no había formulado protesta alguna sobre el modo en que se llevó a cabo el retorno de los menores, sino que al parecer había comunicado a las autoridades españolas que todos estaban bien y de vuelta con sus familias. Se trata de un dato irrelevante, ya que «la aquiescencia de otro país no dispensa a las autoridades españolas de actuar con sujeción plena a la Constitución y a las leyes»; «va en ello la respetabilidad de España como Estado de derecho», concluye la sentencia.

LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES EN EL S. XXI

LUCRECIO REBOLLO DELGADO
Universidad Nacional de Educación a Distancia

AGRADECIMIENTOS

Es un gran honor para mí colaborar en esta obra homenaje a la profesora Yolanda Gómez, a la vez que quiero manifestar mi más sincero agradecimiento. Ella fue mi directora de tesis, junto con el profesor Torres del Moral, y prologó varias de mis obras, de todo ello hace ya más de 30 años. Pero a lo largo de todos ellos he contado siempre con su cercano ánimo, con su generoso hacer académico, con su siempre viva pretensión de investigar y trabajar en el ámbito de los derechos en libertades fundamentales. También ella es responsable de mi especialización en el estudio de los derechos, primero en los relativos a la personalidad, y luego en los derechos relacionados con las nuevas tecnologías y singularmente con la Protección de Datos. Todo ello tiene su raíz en diversos proyectos de investigación y académicos dirigidos por ella y en los que siempre contó conmigo. Además de su innegable contribución al estudio y desarrollo de los derechos y libertades fundamentales, obligado es destacar su infatigable labor académica, en la que también he tenido el honor de colaborar con ella.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es realizar un esbozo de qué caracteres presentarán los derechos y libertades fundamentales en el s. XXI. Qué contenido tendrán,

qué ámbito de regulación, y si existirá la necesidad de nuevos reconocimientos. Afortunadamente conocemos bien el origen y desarrollo de los derechos en la era analógica, pero sabemos poco de los derechos en la era digital.

Al hombre siempre le ha generado inquietud el futuro, por ello tiene cierta pretensión a su análisis, a su previsión, existe una tendencia natural a conocer lo venidero. Pero esta tarea tiene mucho de incierto. Si ya es difícil obtener conclusiones claras de todo lo que atañe al hombre y su pasado, mucho más lo es intentar una proyección de futuro. Pese a estos riesgos, entiendo que merece la pena hacer el esfuerzo de pensar y reflexionar sobre ello.

Parece indudable que lo que afecta a la condición humana permanecerá inalterable, puede que existan cambios culturales, hegemonía de una u otra parte del mundo, avances tecnológicos impensables, o circunstancias sociales y políticas nunca previstas, pero persistirá lo que es inherente al hombre. Todo apunta a que por mucho que evolucione la tecnología, por muy desarrollados que sean los medios de comunicación, de transporte, por muchos avances que se realicen en medicina o en la ciencia en general, el ser humano seguirá teniendo un componente violento, seguirá queriendo hacer uso del poder para someter a sus semejantes, vulnerará derechos y libertades fundamentales, y existirá la necesidad de seguir estableciendo medios y mecanismos para paliar estas transgresiones. Si seguimos manteniendo la condición de humanos, también seguirá siendo la dignidad del individuo el pilar sobre el que se asiente el reconocimiento y garantía de los derechos y libertades fundamentales, e igualmente seguirá siendo necesario garantizar la libertad y la igualdad.

Por mucho que se quiera configurar un mundo distinto en el ciberespacio, la persona es parte integrante de él, y la persona y sus relaciones sociales son las que determinan su conformación. El hombre cuando se inserta en el mundo virtual no queda desposeído de sus características o condicionamientos, la condición humana no se filtra, de tal modo que desparezcan todos los elementos negativos inherentes a él. De esta forma, lo relevante no es el contexto, el mundo que conformamos, sea real o virtual, lo determinante son las personas. Hace 10.000 años los medios para cometer delitos eran muy precarios, pero se cometían. Hoy siguen existiendo delitos, injusticias y muchos desequilibrios, y la necesidad de que la sociedad establezca soluciones a ellos. Poco hay de nuevo en las relaciones personales y sociales, y en la condición humana. Las personas siguen siendo violentas o pacíficas, egoístas o humanitarias, racionales o irracionales, sigue existiendo el robo, el crimen, la violencia, la pobreza, la marginación y la violación de derechos fundamentales, a pesar de que ha variado de forma muy considerable el contexto humano. Los avances tecnológicos no despojan al ser humano de sus características innatas, al igual que

tampoco desmontan las relaciones sociales. En un mundo virtual, si hay humanos habrá bondad y maldad, habrá solidaridad y egoísmo, habrá amor y odio, habrá libertad y sometimiento, y habrá también violencia y concordia. En definitiva, existirá, al igual que en el mundo real, lo que es innato al ser humano. Por ello, las relaciones humanas requieren de normas para ordenar la convivencia, y es necesario un conjunto estructurado de medios de protección de la dignidad humana a través del reconocimiento y garantía de los derechos y libertades fundamentales.

Es probable que una clave respecto al futuro de los derechos la podamos obtener resolviendo la pregunta de si en el futuro los derechos tendrán como finalidad proteger al individuo y los grupos o protegerse de la tecnología. Quizás sea éste el elemento más inquietante de toda reflexión a futuro en el ámbito de los derechos y libertades. Lo que a su vez lleva a preguntarnos si todo el entramado racional, intelectual y jurídico elaborado al respecto de estos, será útil, o deberemos empezar de nuevo a elaborar renovados fundamentos jurídicos de los nuevos derechos digitales. Puesto que las amenazas serán otras, parecería lógico pensar que las respuestas también deberán ser distintas. En definitiva, si será necesaria una nueva elaboración de la teoría de los derechos y libertades fundamentales.

Relevante parece de cara al futuro de los derechos fundamentales ir ensanchando su aplicabilidad, respecto a la que todo apunta deberá pasar de una clásica relación vertical entre individuo y Estado, a una relación horizontal, donde las relaciones *inter privatos* tengan un claro reconocimiento jurídico.

Pero para que no todo sean interrogantes en esta aproximación al futuro de los derechos, y conscientes de que no veremos el acierto o error de ellas, por lo que tiene de inexorable el paso del tiempo, pongamos nuestro mensaje dentro de la botella y echémosla al mar. Por si quien lo encontrara no estuviera muy familiarizado con las lecturas jurídicas, haremos un resumen. Los derechos y libertades fundamentales en el s. XXI parece que tendrán cinco caracteres fácilmente identificables:

1.º La pretensión de universalidad efectiva, lo que supone la superación del Estado.

2.º Un nuevo sistema de generación, inverso al actual y al histórico.

3.º No surgirán muchos nuevos derechos, es más probable que exista una adecuación de los existentes, singularmente a los avances tecnológicos.

4.º Será necesario virar el objetivo de la protección más a la tecnología, que a los propios individuos y grupos.

5.º Por último, parece necesario ensanchar la concepción de los derechos de una conformación meramente de derecho público subjetivo, a otra más amplia, en la que entren en juego otros sujetos.

II. SUPERACIÓN DEL ESTADO COMO RECONOCEDOR Y GARANTE DE LOS DERECHOS

Todos aquellos que nos hemos dedicado al estudio de los derechos y libertades venimos predicando con insistencia la necesidad de regulaciones de carácter supranacional o internacional con objeto de una mayor eficacia en su reconocimiento y garantía. Se debe ello en esencia a que el desarrollo tecnológico y la globalización, han roto las barreras del espacio y del tiempo, siendo imperceptibles o fácilmente soslayables los en otro tiempo férreos límites de las fronteras entre Estados. Todo apunta a que esta será una característica de los nuevos derechos, su carácter universal en el reconocimiento, con independencia de cómo se articule su garantía.

Pero esto no es novedoso, desde el propio origen de los derechos en su concepción moderna, existe una clara identidad con el carácter universal de los mismos. Tanto la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como la Declaración Universal de Derechos de 1948 de la ONU, son claro ejemplo. Cómo manifiesta Sánchez Ferriz en relación con esta última «la defensa de los derechos humanos desborda el ámbito estrictamente estatal para constituir una cuestión fundamentalmente internacional, aún excepcionando el principio de Derecho internacional que proclama la no intervención en los asuntos propios de otro Estado» [1].

La Unión Europea es en la actualidad un claro ejemplo de esta nueva dinámica en la vigencia de los derechos y libertades fundamentales. En regulaciones tan punteras como la Protección de Datos de carácter personal, la protección del medio ambiente, las actividades económicas y comerciales, y más recientemente la regulación sobre inteligencia artificial, han sido elaboradas superando las regulaciones estatales, y estableciendo mecanismos propios de garantía y control. También, aunque con un menor grado de ejecutividad y control, la Organización de Naciones Unidas está realizando significativos avances en esta tarea de regulación y garantía internacional de derechos y libertades fundamentales. Pero al igual que existió una gran dificultad en el surgimiento y eficacia de los derechos en su origen, hoy se reproducen a esca-

[1] Sánchez Ferriz, R., *Estudio sobre las libertades*. 2.ª Ed. Tirant lo blanch. Valencia 1995, p. 91.

la universal estas dificultades. La división del mundo en dos grandes bloques, países democráticos y regímenes autocráticos, al que se suman los posicionamientos geoestratégicos y geopolíticos, descomponen la sencillez de las propuestas de solución. Varían por completo las pretensiones, y, por tanto, las posibilidades de implantación con carácter universal. Existen dos mundos contrapuestos, pero que no son desconocidos el uno del otro, a la vez que no son permeables, más bien al contrario, se repelen e intentan neutralizarse. De esta forma los países y entornos autocráticos usan la tecnología como elemento de control, y sus actuaciones están muy alejadas de un espacio de libertad y menos aún, poseen una justificación en el reconocimiento y garantía de los derechos y libertades. Obedecen en esencia a intereses de poder, a pretensiones ideológicas, muy alejadas de los principios en los que se sustentan las ordenaciones sociales de los países occidentales, en los cuales es frecuente perder la perspectiva universal, y olvidar la máxima de que vivimos en un mismo mundo, en el que hay muchas realidades.

No debemos ser ilusos, la tecnología en general es una potentísima herramienta de poder político, económico, cultural, social, un gran espacio de libertad, y de igual forma, de control y sometimiento, y esto es aplicable a los dos mundos que hemos referido, el occidental y democrático, y el autocrático. El reconocimiento universal de los derechos y su garantía efectiva debe ser una aspiración, pero no es una realidad, ni en los países democráticos, en su totalidad, y en considerable menor medida en los autocráticos. Lo cual no es óbice para puntualizar las grandes diferencias que se dan entre uno y otro mundo. En los países democráticos los derechos y libertades fundamentales están sometidos a intereses comerciales, de grupos de presión o de interés, y precisamente por tener un menor control ideológico, también a la injerencia difusa de los regímenes autocráticos. Por el contrario, en los países carentes de democracia, y aunque no desconocedores de dicho mundo, la vigencia de aquellos es muy limitada, y sufren una constante vulneración, justificada bien en la ideología, la religión, o por los fines políticos, y se justifica, curiosamente, en el objetivo del beneficio social, del interés común.

Parece evidente que una característica de los derechos y libertades en el s. XXI seguirá siendo la dificultad de universalizar su vigencia, a la vez que producto de la condición humana, ya sea en su relación individual, o de grupo, continuará existiendo la necesidad de lucha, de expansión, de defensa de su vigencia. El carácter supraestatal no variará la dinámica de expansión y retroceso, de reconocimiento y vulneración en la vigencia de los derechos y libertades fundamentales. Cambiaremos la escala, pero las dificultades persistirán, porque son inherentes al ser humano, en definitiva, creo que se repe-

tirá la historia. Pero en todo caso es una pretensión ineludible la universalización de la vigencia de los derechos y libertades fundamentales, y la eficacia de sus garantías.

III. PROCESO INVERSO DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS

La historia de los derechos y libertades fundamentales tiene un hilo conductor, es la permanente pretensión del individuo y los grupos en que se integra de conquistar ámbitos de libertad e igualdad, y este proceso repite una máxima, ello se hace frente al poder establecido, arrancando paso a paso pequeñas victorias que a su vez tienen reflejo en el Derecho como elemento garantizador [2]. Pero todo apunta a que esta dinámica de reconocimiento de arriba hacia abajo está variando de forma gradual, y producto de nuestros sistemas políticos, y de forma más concreta podríamos identificar como causante al propio sistema democrático y también a la incidencia de los partidos políticos.

Puede apreciarse que, si el surgimiento clásico de los derechos sigue una dinámica de reivindicación de los individuos o grupos respecto al poder, en la actualidad esta inercia se viene invirtiendo producto de esa indiferenciación que produce el sistema democrático y que se materializa en la indistinción entre gobernante y gobernado, entre pueblo y poder. Esta transformación hace que las nuevas necesidades en el ámbito del derecho surjan más como una necesidad del individuo o de los grupos, que, como una reivindicación necesitada de reconocimiento, ya sea del poder o del Derecho.

Como analizaremos en el apartado siguiente, todo apunta a que el núcleo de derechos y libertades fundamentales persistirá, y lo que irá produciéndose es un ensanche, una adecuación o modernización de estos, pero cuya plasmación no procede en realidad de una reivindicación, y sí más bien de una consecución necesaria de adaptación. Ello supone que el fuerte basamento moral y jurídico que poseen los derechos en la actualidad, no será necesario corregirlo, únicamente actualizarlo, ampliarlo. De esta forma veremos ensancharse el ámbito de aplicabilidad de muchos derechos. En otros lo que se producirán serán variaciones en cuanto a su ejecución, constatación o vigencia. Pero al no existir la necesidad de conformar una amplia justificación de la necesidad de la existencia de nuevos derechos, el proceso creador, o en este caso expansivo, no utiliza la

[2] De forma clara lo expone Peces-Barba, G., en su obra *Lecciones de Derechos fundamentales*. Dykinson. Madrid 2004. De manera resumida lo hace Gomez Sánchez, Y., *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*. Sanz y Torres. 6.ª Ed. Madrid 2023, pp. 13 a 41 y Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*. Editorial Sistema. Madrid 1991.

dinámica historia de reivindicación al poder y reconocimiento y garantía por parte de este. Quizás con un ejemplo sea más factible de entender el planteamiento. La interacción que las nuevas tecnologías han tenido en el derecho a la intimidad supone una expansión de este. Existen en la actualidad una infinidad de medios tecnológicos que facilitan una vulneración más sencilla, incluso más eficaz, y en una multiplicidad de ámbitos, que van desde el más doméstico, al más público, pasando por ámbitos de salud, y que a su vez tienen otro gran campo de expansión en la Protección de Datos de carácter personal. Ante esta situación no necesitamos configurar la estructura y fundamentación del derecho a la intimidad, ya existe y es válida, lo que necesitamos es adecuarla, y ello no se obtiene mediante la histórica dinámica reivindicación-reconocimiento. A ella se llega mediante la adecuación que parte de la necesidad existente. De esta forma las nuevas posibilidades de vulneración requieren nuevas regulaciones que surgen de la constatación de una necesidad. La vieja expresión jurídica de tapar el portillo es quizás ilustrativa, porque parte de la constatación de que el vallado está completo, únicamente existe la necesidad de una reparación puntual, pero para ello no traemos piedras nuevas, utilizamos las derrumbadas, las que están en el suelo, las caídas de la propia valla.

La circunstancia apuntada no es únicamente relevante porque lleva implícita la idea de que hemos de conservar todo el entramado justificativo de los derechos (intelectual, filosófico, moral, ético y jurídico) y únicamente debemos ir ensanchando sus contenidos, sino que también lo es desde la perspectiva del elemento impulsor de esa necesidad. Con cierta dureza, pero con mucho acierto, plantean esta nueva circunstancia ya muchos autores. Si bien es cierto que la tecnología determinará el curso del s. XXI, no lo es menos, que estas transformaciones deberán tener en cuenta la condición humana, y singularmente los pilares de su ordenación, entre los que destaca de forma singular el Derecho. Si bien no podemos caer en versiones apocalípticas como las que formulara Marcuse [3], es cierto que «cuando la técnica se convierte en la forma universal de producción material, delimita una cultura íntegra, configura una totalidad histórica, un mundo», y quizás estemos en el inicio de este proceso.

Lessig afirma que son hoy los ingenieros que crean el software o los que configuran los algoritmos, los que establecen los códigos de conducta sociales, incluso afirma de forma rotunda que «el código es la ley» [4]. Pero los técnicos, ya sean ingenieros, informáticos o matemáticos, se resisten a pensar que sus creaciones tienen consecuencias morales o políticas, si bien alcanzan a identi-

[3] Marcuse, H., *El hombre unidimensional.* Seix Barral. Barcelona 1969.
[4] Lessig, L., *Code*. Bassic Books. New York 2006.

ficar claramente que el producto de su trabajo tiene una clara incidencia social. Quizás quien con más claridad lo afirmó es Kranzberg «la tecnología no es ni buena, ni mala, ni neutra» [5].

El técnico que elabora el algoritmo persigue un objetivo concreto, en la mayoría de las ocasiones es una pretensión comercial, en otras de reconducción social. A veces, es consciente de los cambios que su aplicación introducirá, pero no es su objetivo principal, lo entenderá como una consecuencia colateral, y con toda seguridad se autoafirmará en que no le compete a él paliar las deficiencias o distorsiones que ello pueda generar. Es muy probable incluso, que parta de la idea de que su finalidad es técnica y beneficiosa para el individuo o la sociedad, y tendrán que ser otros, el Estado, el legislador, el libre mercado, la moral, la ética, quienes introduzcan las correcciones necesarias. Este planteamiento en el que se sustenta toda avance tecnológico, es irreprochable, puesto que nuestra sociedad está configurada así, y aunque parezca duro de asimilar, la sociedad actual lo tiene asumido. Utilicemos un ejemplo: Cuando Ford desarrolló la industria del automóvil, a principios del s. XX, no se planteaba que estos producirían un ingente número de muertos diarios, o si su uso interfiriese de forma negativa en el medio ambiente, tanto por la fabricación, como por la contaminación que generan. Han sido los Estados los que, ante la problemática, han ido estableciendo mecanismos para paliar estas consecuencias, y que van desde un código de circulación con carácter universal, hasta un sinfín de medidas de seguridad y de prevención, y también limitación de las emisiones, y cuidado del medio ambiente. Hoy todos los fabricantes de vehículos exaltan un alto número de bondades de su producto, entre las que destacan los bajos niveles de contaminación, o la protección que ofrece al usuario, incluso resaltan las sensaciones que produce la conducción de sus vehículos, pero no es la finalidad principal de su actividad, hacerse planteamientos morales, éticos o jurídicos, y sí lo es vender el producto de su trabajo. En idéntica línea de ejemplo se podría hablar de la informática, la telefonía móvil, la tecnificación de los materiales para la guerra y un largo etc.

En resumen, el generador de tecnología lo hace atendiendo a una finalidad, y no le determinan en su elaboración las aplicaciones y consecuencias que puede tener respecto del individuo o la sociedad. Son otros los que deben velar por los efectos de su aplicación o las disfuncionalidades que pueden generar.

Pero todos estos avances tienen una clara influencia en el individuo y la sociedad y singularmente en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales. La circunstancia que hemos querido demostrar, por novedosa, no deja de

[5] Kranzberg, M., «Technology and history». *Technology and Culture*, 27, núm. 3 de 1986, pp. 544 a 560.

condicionar la aplicabilidad y vigencia de los derechos y singularmente el proceso de normación. De esta forma la vigencia de los derechos se ha desplazado de reivindicación al poder a generación de la necesidad, y que en muchas ocasiones le toca al propio poder articular los medios para garantizar su efectividad, la plena vigencia de una protección mínima. Este es un cambio sustantivo en la actualidad respecto de los derechos y libertades fundamentales, que deberá hacerse patrón en un futuro muy próximo.

IV. ¿NUEVOS DERECHOS O ADECUACIÓN DE LOS EXISTENTES? LOS DERECHOS DIGITALES

En gran medida hemos adelantado la respuesta a esta interrogación, pero habremos de justificarla. Para ello se hace necesario una aproximación a un nuevo concepto, que en principio tiene la pretensión de trasladar los derechos y libertades del s. XX al s. XXI utilizando como vehículo la tecnología. Se hace necesaria así una aproximación al nuevo término globalizador, los derechos digitales.

Toda actividad normativa tiene por primer objetivo delimitar su campo de actuación, constatar una necesidad que justifique su existencia, y por último, proponer soluciones. Para concretar la primera actuación suele recurrirse a una denominación lo más amplia y comprensiva posible del objeto de la nueva regulación. Así ocurre al respecto de las aplicaciones tecnológicas, en las que hay una pretensión delimitadora del campo de actuación, representativa de la problemática y con una pretensión de conjunto. El término escogido por el legislador tanto nacional, como europeo, es el de derechos digitales. Se traspasa así al mundo del Derecho las denominaciones ya existentes de sociedad digital, entorno digital, ciudadanía digital, mundo digital y un sinfín de sustantivos al que se le añade el citado adjetivo.

Sin ánimo de ser exhaustivos, Europa se ha puesto de forma muy reciente manos a la obra en la regulación de este mundo digital, seguida, como no puede ser de otra forma, de las mismas pretensiones por parte de los Estados miembros. En 2021 la Comisión Europea publica la Brújala Digital Europea, documento que tiene por objeto hacer realidad las ambiciones digitales de la UE para 2030, donde se establecen cuatro objetivos:

1. Ciudadanos con capacidades digitales y profesionales del sector digital altamente cualificados, estableciendo además que para la cita fecha, el 80 % de todos los adultos deberían tener competencias digitales básicas.

2. Infraestructuras digitales seguras, eficaces y sostenibles.
3. Transformación digital de las empresas.
4. Digitalización de los servicios públicos.

También en 2021, el Gobierno de España publica la Carta de Derechos Digitales que, a pesar de no tener carácter normativo, supone una clara pretensión de regulación futura. En el mismo rango de ejecutividad hay que referenciar la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, en enero de 2022. Como indica su Preámbulo, quiere ser el referente para los ciudadanos, los Estados y las empresas, en el contexto de transformación digital.

Parece claro que en nuestro ámbito geográfico se ha determinado con nitidez el objetivo político de los próximos años, y que no es otro que impulsar una sociedad digital, es decir, un mundo que integre en todos los aspectos del individuo y la sociedad, a los avances tecnológicos, y que este proceso se lleve a cabo con celeridad, y singularmente realizando la integración de forma natural y sin que se produzcan disrupciones.

En ambos textos se incluye la Inteligencia artificial como elemento referencial integrante del concepto digital, y de forma más concreta en la genérica denominación de derechos digitales. Se hace necesario, por tanto, delimitar en primer lugar, qué se entiende por derechos digitales, en la idea de que es imprescindible establecer el concepto y el contenido de lo que es objeto de estudio.

El concepto Derechos digitales goza de gran predicamento en los ámbitos políticos y doctrinales. Se presenta como el término más avanzado en el campo jurídico, y se le atribuye un áurea de novedad y singularidad excepcionales. Pero desde un análisis reposado y desnudo de pretensiones o ideología, el concepto se muestra vacío, cuando no netamente equívoco. Pudiera parecer que es un nuevo conjunto de derechos que vienen a paliar las deficiencias de los sistemas jurídicos vigentes, para lo que hay que anular su denominación, por ser ya caducos u obsoletos. Es un claro ejemplo de la actual corriente social donde las palabras empañan y desdibujan la realidad, y que confunden hasta al observador más objetivo.

Cabe preguntarse si este nuevo concepto de Derechos digitales se incluye en el conjunto que conocemos como derechos fundamentales y libertades públicas, también nos podemos preguntar si los sustituyen o complementan, o incluso si vienen provistos de mecanismos específicos de protección. Podemos seguir preguntándonos, si este conjunto de derechos tiene un contenido esencial distinto, igual, o parecido a los derechos fundamentales, y cómo se relacionan o incardinan en éstos. También cabría la posibilidad de interrogarse al

respecto de si nos encontramos ante una nueva era en los derechos o ante una nueva generación de derechos. Cabe responder de forma genérica a todos estos interrogantes con un no rotundo. El Derecho sigue siendo una fórmula de solventar conflictos sociales y opera bajo los mecanismos de siempre, es decir, en base a principios que tienen como fin el bien común, y que se insertan en un conjunto estructurado, al que denominamos ordenamiento jurídico.

A *priori* pareciera que es un conjunto de derechos completamente novedoso y vienen a paliar nuevas necesidades sociales o individuales y que por ello requieren su inclusión obligatoria en las constituciones. El Preámbulo de la LO 3/2018 [6], manifiesta que «en una deseable futura reforma de la Constitución debería incluir entre sus prioridades la actualización de la Constitución a la era digital y, especialmente, elevar a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales». Tan pomposo pronunciamiento de voluntad queda degradado en la misma norma, que no otorga el carácter de orgánica a la mayoría de los artículos 79 a 97 [7], y que es donde se incluyen los denominados derechos digitales. Es esto o una clara muestra de mala técnica legislativa, o de una menor relevancia del contenido regulado, lo que casa mal con la pretensión de incluir a estos derechos en la Constitución. Igual valoración puede utilizarse respecto de la Carta de Derechos Digitales aprobada por el Gobierno de España con fecha 14 de julio de 2021, puesto que carece de valor jurídico, ubicándose en un documento de mero carácter programático, y también de la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital [8], que recopila contenidos de la Declaración de Tallín, de Berlín, y Lisboa. Todas ellas sin exigibilidad jurídica.

No puede restarse valor a estas declaraciones, pero tampoco sobrevalorarlas. Con ellas se muestra una tendencia, una pretensión, no se determina su plasmación ejecutiva, ni tampoco puede apreciarse cómo se articularán o insertarán en los distintos ordenamientos jurídicos, y más desconocido aún, es su eficacia. Puede afirmarse que son todas ellas una clara constatación de las nuevas necesidades jurídicas, del camino a seguir en la regulación, pero estamos lejos de palpar su concreción y funcionalidad, y singularmente como se incardinarán en los distintos ordenamientos jurídicos. A mi juicio, no supondrán una regulación *ex novo*, sino que habrán de integrarse en la vigente regulación europea y la de cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros,

[6] Párrafo final del apartado IV.
[7] Disposición final primera.
[8] Comisión Europea, 26 de enero de 2022.

acomodándose como singularizaciones de los derechos consolidados en nuestras constituciones, y singularmente, en sus mecanismos de garantía.

El concepto Derechos digitales viene a referir una evidente preocupación por las transformaciones digitales y las implicaciones sobre los derechos fundamentales, generando una clara confusión jurídica. De esta forma se aglutinan en un conjunto heterogéneo, pretensiones, facultades del individuo, derechos y derechos fundamentales. No pueden tener la misma delimitación jurídica, o importancia, una simple facultad, como es el derecho a la portabilidad de datos, que el derecho a la neutralidad de internet. En otras ocasiones se adjetiva como digitales verdaderos derechos fundamentales, siendo en realidad una manifestación o extensión de estos, como ocurre con el derecho a la intimidad, a la educación, o el derecho a la información. Lo que se hace es únicamente añadirles el adjetivo de digitales, sin aportar nada más.

Sin obviar las profundas transformaciones sociales que han devenido en el ámbito social y jurídico como consecuencia de la evolución tecnológica, es conveniente delimitar los conceptos, y singularmente clarificarlos, pues ello facilita su entendimiento, y nos hace arrancar en la investigación de postulados jurídicamente acertados.

El término derechos digitales en puridad lo que hace es aglutinar un conjunto de facultades y derechos relacionados con un nexo común, podría incluso decirse que tienen una finalidad común. Todos ellos intentan dar soluciones jurídicas a nuevas necesidades surgidas de la sociedad digital. No es discutible su necesidad, pero es imprescindible clarificar su catalogación jurídica, su relevancia y su alcance, en definitiva, determinar cómo van a integrarse en los ordenamientos jurídicos existentes. Parece más lógico ir acomodando estas nuevas necesidades jurídicas y sociales a los derechos fundamentales ya ampliamente reconocidos y garantizados, expandiendo su contenido esencial y afinando en los medios y procedimientos de garantía. También parece que se acomode mejor esta pretensión con el desarrollo y evolución de los derechos fundamentales.

Toda novedad conlleva en su inicio un cierto grado de incertidumbre, de imprecisión, a la que siempre se suman intereses diversos y limitaciones de encaje o clasificación. Como hemos visto, el concepto de derechos digitales es impreciso y encaja de forma poco convincente en los ordenamientos jurídicos actuales. Pese a la importancia de estos derechos, no parece que tengan la fuerza suficiente para adquirir plena autonomía o una clara diferenciación de los ya reconocidos. Parece más adecuado ir insertándolos en la estructura vigente, adecuándolos a los derechos y libertades reconocidos. También puede utilizarse una aplicabilidad específica, es decir, que en un entorno novedoso como es la

sociedad digital, deberán ir estableciéndose mecanismos que reconozcan y garanticen los derechos y libertades en este contexto. Sería así más propio denominarlos derechos y libertades en el entorno digital, o de la sociedad digital.

No va a surgir un nuevo derecho a la intimidad, a la libertad, o de información, éstos ya existen, y lo necesario es adecuarlos a las nuevas necesidades, utilizando para ello el inmenso esfuerzo realizado por la sociedad para su reconocimiento y garantía. Esta tarea parece más lógica y adecuada que articular un nuevo grupo de derechos, o en todo caso, se ajusta mejor a una finalidad de eficacia, que el mero agrupamiento de facultades o especificidades en su ejercicio. La Carta de Derechos Digitales elaborada por el Gobierno de España y publicada en julio de 2021, apunta parcialmente a esta solución, cuando en su apartado XXV.4 establece que «Los poderes públicos evaluarán las leyes administrativas y procesales vigentes a fin de examinar su adecuación al entorno digital y propondrán en su caso la realización de reformas operativas en garantía de los derechos digitales». Hemos afirmado que la intencionalidad es parcial, puesto que se refiere únicamente a normas administrativas y procesales, cuando en realidad debería haberse referido de forma más genérica, por ejemplo, remitiendo a todo el ordenamiento jurídico, en el que se incluye también a la Constitución, dado que habrá que ampliar las delimitaciones de los derechos y sus garantías.

Parece claro que tenemos delimitado el concepto y el objeto de estudio, que vienen determinados por un fuerte impulso político y que no es otro que el de la sociedad digital. Esta nueva realidad necesita incorporar un conjunto de reglas que estructuren y ordenen su desenvolvimiento, y a ello se le denomina Derechos digitales, lo que no significa que refiramos nuevos derechos, y sí que se introducen modificaciones o adecuaciones sobre los ya existentes. En definitiva, se trata de una migración de un mundo analógico a otro digital, donde el Derecho es también objeto de la traslación.

V. EL OBJETO FUTURO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES: ¿PROTEGER AL INDIVIDUO O PROTEGERSE DE LA TECNOLOGÍA?

Otro aspecto troncal del futuro de los derechos y libertades fundamentales es dilucidar si mantendrán su esencia como medio de protección del individuo y los grupos, o si por el contrario su finalidad se orientará a la protección de la propia tecnología. Esta variante que *a priori* pudiera parecer muy alarmante tiene su radicación en el uso de la inteligencia artificial, que puede cons-

tituirse no únicamente en una cuestión importante en el ámbito de los derechos, sino que también, y muy especialmente, radical respecto al individuo y la ordenación social. Pero en todo caso circunscribimos nuestro análisis únicamente al ámbito de los derechos y libertades fundamentales, porque todo apunta a que será una dinámica del futuro.

Junto a este reto, se atisba otro que no parece ya tan lejano, como es la posibilidad de implantación en el cerebro de dispositivos informáticos que, aún no sabemos en qué grado pueden interactuar en lo más diferenciador y esencial del ser humano, su pensamiento.

Estos dos ejemplos nos ponen ante un nuevo planteamiento respecto de la identificación del sujeto, y singularmente ante la cuestión de cómo operan aquí los derechos y libertades fundamentales. Sin duda es un gran desafío, es un mundo desconocido, en el que no sabemos en qué medida nos serán útiles las herramientas que hemos venido utilizando durante más de dos milenios. Pero se puede entrever ya que habrá de variar el enfoque que hasta ahora nos ha sido útil, y que se concreta en que los derechos eran una herramienta de preservación y materialización de los intereses del individuo frente a otros individuos o grupos. Pero en el momento en que tenemos esta enorme dependencia de la tecnología y ella escapa al control humano, parece que el peligro, la posible vulneración, ya no proviene de otro sujeto humano, y sí más bien de la propia tecnología. Quizás nos parezca esta una temática propia de novela de ciencia ficción, futurista en extremo, pero técnicamente ya es posible. materializable, la cuestión es cómo se generaliza, y singularmente, cómo se controla. La clave está en cómo se compagina ello con los principios básicos en que se asienta nuestra concepción del individuo, de la propia organización social, y como no puede ser de otra forma, cómo se acomoda todo ello respecto de los derechos y libertades fundamentales, esencialmente respecto de la dignidad humana y cómo se articulará el concepto de libertad.

Estas nuevas posibilidades varían el tablero de juegos por completo, descomponen la estructura básica del mundo tal y como lo conocemos. Abre una puerta al abismo del individuo que desdibuja o erradica el concepto clásico de autonomía, de voluntad, lo despersonaliza. Desde una perspectiva jurídica desaparece el sujeto de los derechos, por lo que se nos descompone toda nuestra estructuración lógica, racional y también jurídica, pareciera que nos predestinamos a convertirnos en robots humanos que no obedecen a un poder, y sí a una programación informática no humana, lo cual sería desolador. Pero no existe garantía de un límite, de establecer una barrera infranqueable que elimine esta posibilidad.

Como puede apreciarse, estas deducciones nos llevan más allá de lo humano, y de lo jurídico, y de forma más concreta respecto a lo que atañe a la garantía de lo más radical del ser humano, de su propia autoconciencia, y por ello de sus opciones vitales básicas. Pero todo apunta a que los derechos y libertades fundamentales deberán seguir la senda de proteger al individuo esencialmente del uso de la tecnología autónoma, más que frente a otros individuos o grupos.

Como hemos manifestado, esto no es ciencia ficción. La Unión Europea maneja propuestas normativas que otorgan «personalidad electrónica» a dispositivos no humanos de inteligencia artificial autónoma, y cuyos creadores afirman públicamente que desconocen el alcance de su actuación, puesto que están dotados de capacidad de auto aprender. Es un principio básico en inteligencia artificial que en toda interacción entre humano y máquina (software) debe estar establecida mediante una relación de jerarquía y prevalencia de la voluntad humana sobre la informática. Pero qué ocurre cuando esta relación se equilibra y se da de igual a igual teniendo en cuenta que esto lo posibilita la inteligencia artificial. Y de forma más concreta, qué ocurrirá cuando esa máquina vulnere derechos y libertades fundamentales, o peor aún, gobierne nuestra mente.

Como puede comprobarse esto supone dinamitar los principios básicos de como han sido conformados los derechos y libertades fundamentales hasta la actualidad, supone una transformación total. No sabemos si será el Derecho el encargado de garantizar la protección necesaria, pero sí podemos afirmar que en todo caso no se podrá desnaturalizar al ser humano, habrá que conservar elementos radicales del mismo, como su dignidad, la igualdad y la libertad, puesto que, de lo contrario, no podrá Identificarse al individuo con un sujeto humano, seremos trashumamos o humanoides.

VI. EFICACIA VERTICAL Y HORIZONTAL DE LOS DERECHOS*:* LA *DRITTWIRKUNG*

Es una idea contrastada y aceptada, desde los años cincuenta, aquella que entiende que el existir y la vigencia de los derechos fundamentales sería incompleta si no acoge la virtualidad de estos entre los sujetos privados, o incluso del Estado cuando actúa con sujeción al derecho privado. Esta realidad se manifiesta de forma más nítida en los derechos de la personalidad, y de forma muy significativa puede constarse a título de ejemplo, en el derecho a la intimidad.

Como manifiesta Bilbao Ubillos [9], «no podemos mantener en nuestro ordenamiento jurídico la tesis tradicional de que los derechos de la personalidad operan en el ámbito del derecho privado, mientras que los derechos fundamentales rigen en las relaciones entre el individuo y los poderes públicos». A esta nueva concepción de los derechos fundamentales se le denomina *Drittwirkung*, o lo que es lo mismo, la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales. Será Nipperdey [10] quien configura doctrinalmente el concepto, si bien su formulación se debe como el mismo autor manifiesta, a Ipsen en 1954. Del mismo año, existe ya una sentencia (de 3 de diciembre), del *Bundesarbeitsgerich* (Tribunal Federal de Trabajo alemán), que entiende que los derechos fundamentales contienen «principios ordenadores para la vida social», y estos afectan, tienen significación inmediata en el tráfico jurídico privado.

No podemos obviar que tarde o temprano, la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales se impondrá y no se podrá prescindir de ella, será una necesidad jurídica, como lo es el propio reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales. La importancia de esta construcción constitucional no radica únicamente en el establecimiento de una nueva eficacia de los derechos fundamentales, sino también en que ha de expandirse su concepción. De esta forma, hay que abandonar la idea de que los derechos fundamentales son únicamente eficaces frente al Estado (concepto originario), para acoger una nueva construcción que los entiende como eficaces también frente al resto de sujetos, o, mejor dicho, frente a todos. Hemos de ser conscientes de que la *Drittwirkung* rompe en cierta medida la función clásica de los tratados internacionales, que creaban en esencia obligaciones interestatales. Así ocurre con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que comporta una vinculación de los particulares al contenido de este [11].

La *Drittwirkung* viene a ponernos de manifiesto, que los derechos fundamentales operan en dos ámbitos. Uno, entre el Estado y el ciudadano, donde éste pretende el ejercicio o desarrollo del derecho fundamental frente a la actuación de un órgano del Estado. Ante él se reclama protección, eficacia, y el Estado está obligado a ajustarse a los contenidos constitucionales y legislativos. Pero la validez de los derechos fundamentales no se agota en esta posibilidad. Existe una segunda acción relacional de los citados derechos, constituida por la

[9] Bilbao Ubillos, J. M.ª, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares.* CEPC y BOE. Madrid 1997, p. 731.

[10] Neuman, F. L., Nipperdey, H. C. y Scheuner, V., *Die grundrechte. Handbuch der theorie und praxis der Grundrechte.* Tomo II. Duncker & Humboldt. Berlín 1954, pp. 18 ss..

[11] Se deduce ello de los casos del TEDH, X e Y contra Países Bajos y López Ostra contra España, entre otros.

posibilidad de que muchos derechos reconocidos constitucionalmente, y entre ellos los fundamentales, pueden ser vulnerados o lesionados por otros ciudadanos, o lo que es lo mismo, cabe la posibilidad de conflicto de derechos fundamentales entre particulares.

Queda claro pues, que los derechos fundamentales operan en una relación vertical (frente al Estado), y en una horizontal (frente a los otros ciudadanos). Nuestro Tribunal Constitucional, después de algunas sentencias confusas, ha venido aceptando la *Drittwirkung*, y lo hace recordando al legislador y a los poderes públicos la obligación que tienen de respeto y garantía de los derechos fundamentales en todos los ámbitos [12].

Los derechos de los que tratamos, encuadrados en nuestra Constitución en la Sección 1.ª, del Capítulo II, del Título I, no requieren de desarrollo legislativa para su eficacia, el ciudadano que entiende lesionado uno de ellos, puede reaccionar con los elementos que le otorga la propia Constitución para que cese la lesión o para exigir su reparación. En definitiva, en eso consiste el derecho subjetivo. Ahora bien, este planteamiento constitucional no es discutido cuando quien lesiona es el Estado o alguno de sus órganos, y sí lo es cuando la violación o intromisión proviene de un particular, de otro ciudadano. Para solventar este problema, habría que acudir a la regulación legal. Pero esto último no hace sino complicar la deducción. Si hablamos de derechos fundamentales, hacemos referencia a su reconocimiento constitucional, cuyo contenido no depende de la voluntad del legislador. Como afirma Bilbao Ubillos [13] «un derecho cuyo reconocimiento depende del legislador, no es un derecho fundamental. Es un derecho de rango legal simplemente. El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador». A éste le afecta la obligación de su eficacia, y le acoge la potestad de su desarrollo, pero no su establecimiento. Esta circunstancia le viene dada por la Constitución, y además con un límite expreso, el contenido en el artículo 53 de la misma, respetar su contenido esencial. Por esta deducción, ha de sustraérsele

[12] La STC 129/89, de 17 de julio, en su fundamento jurídico 3.º, establece al respecto de los derechos fundamentales que «la significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso las titularidades y obligaciones subjetivas que repute a tal fin necesarias…». En igual sentido, y de forma más nítida, se pronuncia la STC 120/1990, de 27 de junio, en su fundamento jurídico 7.º, cuando manifiesta que «el derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a los titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial… frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o su integridad. De otra parte, y como fundamento objetivo del ordenamiento, impone a esos mismos poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes… frente a los ataques de terceros…».

[13] Obra citada, p. 297.

al legislador la potestad del reconocimiento de eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, deviene exclusivamente de la norma suprema. Con todo, el legislador dispone de un amplio margen de actuación, y tiene un papel protagonista en la acomodación de los derechos fundamentales al escenario de las relaciones entre particulares.

En todo caso, y tras lo manifestado, nos ha de quedar claro el reconocimiento de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Ello se debe no a ninguna obligación legislativa, sino a un mandato constitucional. El artículo 9.1 de la CE establece la obligatoriedad de sujeción a la misma, a «los ciudadanos y a los poderes públicos». El cumplimiento de su contenido es obligado para ambos. Sobre el segundo de los sujetos, recaen otras obligaciones y derechos [14]. Como el propio Tribunal Constitucional establece, la sujeción contenida en el artículo 9.1 de la CE «se traduce en un deber de distinto signo para los ciudadanos y los poderes públicos; mientras los primeros (los ciudadanos) tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución… los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución» [15].

Otro aspecto sustantivo de la *Drittwirkung* lo constituye el que no debemos acudir en su concepción a una generalidad aplicable a todos los derechos fundamentales, más bien al contrario, cabe afirmar, que la eficacia entre ciudadanos de algunos derechos es más acusada que en otros, de lo que se deduce que el concepto, si bien es aplicable a todos, opera con distinta intensidad. O para más abundamiento, hay derechos fundamentales en que la *Drittwirkung* es inherente a la propia naturaleza del derecho, a su esencia constitutiva. De esta forma podemos distinguir dos grupos de derechos fundamentales, los que tienen una eficacia nítida frente al Estado, y otros que, aunque su lesión puede provenir el Estado, no lo hace como tal, sino como un particular más. Su inclusión y protección constitucional deviene de la constatación por parte del constituyente de que son derechos esenciales en la organización social, y no de la necesidad de limitar la actividad de los órganos del Estado. Su necesidad de reconocimiento trae causa de la vigencia de la dignidad humana, la cual puede ser lesionada tanto por el Estado, como por los particulares. En este segundo grupo, puede decirse, que el reconocimiento constitucional del derecho se

[14] Acordes con esta deducción se manifiesta Pérez Luño, quien entiende que la *Drittwirkung* «tiene plena vigencia en nuestro sistema, en el que el artículo 9 de la Constitución… establece la eficacia *erga omnes* de los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional». En la obra colectiva *Los derechos fundamentales y libertades públicas.* Vol. I, en XII Jornadas de Estudio organizadas por la Dirección General de Servicio Jurídico del Estado. Ministerio de Justicia. Madrid 1992, p. 712.

[15] STC 101/1983, de 18 de noviembre, fundamento jurídico 4.º

identifica con el reconocimiento de su eficacia frente a terceros. El constituyente deduce de su inserción en el texto constitucional que se garantiza, que se refuerza su eficacia frente a las lesiones de terceros. Es el objetivo de su contenido esencial. Y en ellos no hay diferencia entre que la lesión o intromisión provenga del Estado o de un sujeto privado. En definitiva, como entienden García Torres y Jiménez-Blanco [16], «una significativa porción de los preceptos constitucionales relevantes –artículos 14 a 29 y 30.2– admitirían que se afirmara su *Drittwirkung»*.

Superada ya la concepción de que los derechos de la personalidad operan en el ámbito del derecho privado, y los derechos fundamentales lo hacen en la esfera de lo público [17], y asumida la existencia de este nuevo principio en nuestro ordenamiento jurídico, y su especial relevancia en los derechos de la personalidad, hemos de entender que su vigencia opera también entre particulares.

Se distingue en la actualidad entre una *Drittwirkung* mediata y otra inmediata. Es la primera aquella que entiende a los derechos operativos entre particulares, previa actuación de los poderes públicos (legislativo, ejecutivo o judicial). Estos han de cumplir el mandato constitucional de configurar las situaciones jurídicas y la eficacia de los derechos entre particulares, de acuerdo con los derechos fundamentales y su contenido constitucional. La segunda, postula que los derechos fundamentales rigen de forma directa y necesaria entre los particulares, es decir, no requieren de la intervención de los poderes públicos.

Otra distinción dentro del concepto de *Drittwirkung*, la aportan García Torres y Jiménez-Blanco [18], quienes son partidarios de distinguir un plano material y otro procesal. El primero se refiere a la estructura y función de los derechos fundamentales en sus relaciones entre particulares. El segundo lo hace al problema de la protección, al amparo y tutela de los derechos fundamentales. Si bien los propios autores son conscientes de la confusión de ambos planos en nuestro ordenamiento jurídico.

Hemos de entender, que los destinatarios de las normas no son únicamente los poderes públicos, o aquellos encargados de aplicarlas. La norma rige para todos en igual nivel de efectividad, independientemente de que existan normas con un destinatario singularizado. Los derechos fundamentales no son únicamente un catálogo, son también una pretensión, la finalidad de una organización, del conjunto social. Deducimos de ello su configuración a la vez

---

[16] García TorreS, J. y Jiménez-Blanco, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares.* Civitas. Madrid 1994, p. 49.

[17] Sigue siendo partícipe de esta teoría Rogel Vide, en su obra *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas.* Bolonia 1985, p. 130.

[18] Obra citada, pp. 60 a 63.

como derecho y como obligación para todos. También hemos de abandonar en el terreno de los derechos fundamentales, y de forma concreta en lo relativo a su garantía y eficacia, la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. La proliferación de normas especiales, la necesidad de normación concreta desdibuja aquellos límites. Así, un reglamento puede ser tan lesivo para el respeto a cualquier derecho fundamental, como el incumplimiento de un contenido constitucional.

Queda pues claro, que, aunque los ordenamientos jurídicos de corte occidental no prevén originariamente una formulación de la *Drittwirkung*, sobre todo por el propio origen de los derechos fundamentales, es necesario hoy acoger esta nueva configuración. De no hacerlo, mermaremos el contenido y pleno desarrollo de aquellos, o en todo caso rebajaremos su nivel de significación, eliminaremos parte de los mecanismos de ordenación social, y los convertiremos en meras facultades o potestades de los individuos. Ello no implica un reconocimiento de la eficacia de la *Drittwirkung* a todos los derechos fundamentales, y sí su necesaria configuración en aquellos que deviene de su propia naturaleza. Es una parte incompleta del mundo de los derechos, es una evolución necesaria, y más perentoria aún debido a la irrupción de las nuevas tecnologías.

Por último, conviene realizar una justificación de esta necesidad en la concepción de los derechos, puesto que no es únicamente una disquisición técnica de expertos, o un debate de abstracción doctrinal, tiene una materialización esencial hoy en los derechos, y singularmente en aquellos en que los elementos tecnológicos se constituyen en clara herramienta facilitadora de la intromisión o vulneración de derechos fundamentales. La necesaria aceptación de la vigencia *inter privatos* de los derechos mejorará su aplicación, hará más eficaces los medios de garantía, y en última instancia, establecerá mejores mecanismos de protección. No es mera disquisición teórica, es un medio sustantivo de mejora, y es probable que su necesaria implementación se lleve a efecto en un futuro próximo.

BIENESTAR ANIMAL, MORAL PÚBLICA Y LIBERTAD RELIGIOSA

María José Ciáurriz Labiano
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. LA RELACIÓN ENTRE BIENESTAR ANIMAL, MORAL PÚBLICA Y LIBERTAD RELIGIOSA

Si se repasan los estudios tradicionales sobre la libertad religiosa, que la atienden en el contexto de los actuales Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, se podrá comprobar la falta de relación que ha existido en la doctrina entre los tres términos que aparecen al frente de estas páginas [1]. Se entiende que la libertad religiosa es un derecho humano que protege a las personas en el ejercicio de su vida en tanto ésta haga relación a su fe [2]; un derecho que constituye «un principio institucional, ordenador de un determinado ámbito vital, dotado de una notable transcendencia social» [3]. Por moral pública se puede entender una «concepción del bien capaz de llenar de sentido la existencia humana en su totalidad» [4]. Por lo que hace al bienestar animal, hablamos

[1] *Vid.* al efecto, entre otros, para el final del siglo XX, De La Hera, A., *Pluralismo y Libertad religiosa*. Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1971, y Mantecón Sancho, J., *El derecho fundamental de libertad religiosa*. Eunsa, Pamplona, 1996; para los primeros años del XXI, Martin-Retortillo Baquer, L., *Estudios sobre Libertad religiosa*. Editorial Reus, Madrid, 2011, y Porras Ramirez, José María (coord.), *Derecho de la libertad religiosa*. Tecnos, Madrid, 2011.

[2] La libertad religiosa es «un derecho que garantiza la posibilidad real de que cualquier persona pueda practicar libremente su religión» (Mantecón Sancho, *op. cit.,* nota 1, p. 28).

[3] Porras Ramírez, J. M., «La libertad religiosa como principio supremo informador de la actuación de los poderes públicos en materia religiosa» en: Porras Ramírez, *op. cit.,* nota 1, pp. 81-133.

[4] Ollero, A., «Liberalismo político, Moral pública y Derecho» en: Ollero, A (coord.), *Valores en una sociedad plural*. Fundación para el Análisis y los Estudios sociales, Madrid, 1999.

del estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones en las que vive y muere [5]; aquí nos interesa en especial atender a las condiciones en que muere: siendo cierto que determinados animales están destinados al consumo humano, su necesaria muerte a tal efecto puede operarse de modo directo, p.e. mediante un inmediato degüello que por supuesto da lugar a un sufrimiento por parte de la víctima, o bien cabe producirla previa una sedación del animal que le dota de inconsciencia y le evita todo sufrimiento [6]. Y ya en la Ley española que acabamos de citar vemos que se hace mención de los derechos de los animales; un primer paso de acercamiento a la relación posible entre los tres elementos a que nos estamos refiriendo en el marco del juego de las ideologías en la formación del derecho [7].

Tal es el tema de estas páginas, abiertas hacia la toma en consideración del hecho de que haya nacido la recientísima sentencia, de 13 de febrero del año 2024, del Tribunal de Derecho Humanos de Estrasburgo, *Executief van de Moslims van België et autres c. Bélgica* [8]*, «*sentencia» que, a partir de ahora, va a marcar el camino hacia los derechos del bienestar animal, en el marco de la moral pública y con atención al contenido del derecho de libertad religiosa. Para un estudio atento y profundo de tal sentencia, resulta prudente esperar a determinar la reacción que ante la misma alcanzan de un lado las diversas legislaciones europeas y de otro los protagonistas de la reclamación de un concepto propio de libertad religiosa. El estudio de la decisión del Tribunal de Estrasburgo, y su análisis, llegará en su momento; estas líneas es de desear que marquen un camino hacia esa finalidad.

II. LA DOCTRINA SOBRE EL BIENESTAR ANIMAL

Entra ahora en juego un nuevo dato: la doctrina del Islam y el Judaísmo sobre el bienestar animal. Es sabido que en ambos ámbitos se recurre a dar la muerte inmediata, a efectos alimenticios, a determinados animales, omitiendo en el caso todo tipo de sedación previa [9]. Los ritos halal y kosher –propios

[5] *Vid.* la Ley española 7/2023, de 28 de mayo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales (*BOE*, núm. 75, de 29 de marzo).

[6] *Vid.* Blasco, A., *Ética y bienestar animal*. Ediciones Akal, Madrid, 2011.

[7] *Vid.* González-Varas Ibáñez, A., *Ideologías y creencias en la formación del Derecho en un contexto global*. Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2023.

[8] *Vid.* demanda núm.16760/22.

[9] Puede *vid.* al propósito la referencia que hace al tema Escudero Rodríguez, A., «Yihadismo y jurisprudencia del Tribunal Supremo español» en: Martínez Vela, J. A. (coord.), *Libertad religiosa y seguridad pública*. Dykinson, Madrid, 2024, pp. 162-166.

respectivamente de las comunidades musulmanas y judías– poseen para ambos credos un carácter religioso, de modo que no respetarlos supone un impedimento a la observancia de una normativa religiosa, y en consecuencia una violación –una pérdida de respeto jurídico– de la libertad religiosa de ambos grupos social-religiosos [10]. La doctrina, incluso cuando se muestra muy detallista en la enumeración y estudio de las posibles violaciones de los derechos religiosos, no ha solido incluir en su análisis la violación de los derechos islámico y judío en lo que hace a la muerte de los animales [11]. Ello se entiende en tanto que, cuando la atención no se centra en judíos e islámicos, en el mundo cristiano no se hace referencia a los animales cuando se trata de los derechos religiosos; y es no menos cierto que para el Islam y el Judaísmo no se trata tanto de que los animales posean tal tipo de derechos, sino que la normativa religiosa obliga a los hombres a no hacer sufrir a los animales. Un sistema a la vez comprensible y débil; se comprende el empeño de judíos e islámicos en defender su derecho, de base religiosa, a sacrificar directamente a los animales destinados al consumo humano, y se comprende la debilidad de esa conducta en cuanto contraria a la moral pública y no apoyable en un bien de naturaleza religiosa en favor de los consumidores. Y no deja de estar precisado de atención el dato de la absoluta relatividad de la idea de moral pública.

A lo largo de los siglos –y hoy ya de los años– ha venido evolucionando de forma constante el concepto de la misma: lo que era inmoral en el pasado en cuanto toca a costumbres sociales ha dejado de serlo hoy, y podemos englobar desde la conducta social a la familiar y también a la relacionada con los animales. Pocas ideas más cambiantes hoy –tras siglos de estabilidad– que la idea de «moral pública», de su concepción o de su contenido. Y el bienestar animal es uno de los muchos puntos en que se determina la moralidad de lo que no la poseía o, dicho de otro modo, en que se niega una conducta que se respetó largamente con anterioridad.

Una importante novedad, hasta el momento, de esta problemática ha sido la reciente sentencia –13 de febrero de 2024– del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo [12], que ha venido a justificar la imposición de un aturdimien-

[10] Motilla, A. (ed.), *Islam y Derechos Humanos*. Editorial Trotta, Madrid, 2006; Stemberger, G., *El Judaísmo clásico*. Editorial Trotta, Madrid, 2011; Motilla, A., (coord.), *Violencia e Islam*. Editorial Comares, Granada, 2010; Giménez De Aragón, P., *Qué es el Judaísmo*. Editorial Senderos, Manresa, 2022; Casas, H., *Introducción al Judaísmo*. Ed. Almazara, Córdoba, 2023; Lillo, P., «Diritti umani, Islam, e realtà italiana», en: *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII, 2016, pp. 565-605.

[11] *Vid.* Redondo Andrés, M. J., *Factor religioso y protección penal*. Newbook Ediciones, Pamplona, 1998.

[12] Cour Européenne des Droits de l'homme, Deuxième Section, Affaire executief van des Moslims van België et autres c. Belgique (Requêtes nos. 16760/22 et 10 autres), Strasbourg, 13 février 2024.

to, una sedación previa, en los rituales religiosos halal y kosher, contradiciendo así la tesis islámica y judía que hemos señalado, no aceptando el derecho de libertad religiosa alegado por ambos grupos en defensa de su «obediencia» a sus leyes en este terreno. Esta decisión ha provocado una fuerte reacción, no solo por parte de musulmanes y judíos, sino también de otros credos que denuncian la preferencia del derecho de los animales por encima de un derecho humano –el derecho de libertad religiosa– reconocido mundialmente [13].

Tratar de seguir el paso de la evolución de esta temática desde sus orígenes hasta esta recientísima sentencia atraerá nuestra atención en las líneas inmediatas.

Como al comentar tal sentencia veremos, el Tribunal que la emana la considera una medida que se justifica proporcionada a la protección del bienestar de los animales como un elemento integrante de la moral pública; y aquí vemos como entran ya en relación los tres elementos iniciales de este estudio, el bienestar animal, la moral pública y la libertad religiosa. Si entra en ello un Tribunal, no hay que olvidar que ha sido la vía judicial la que ha venido a sentar hoy por hoy un camino a seguir en una situación conflictiva tan reciente [14].

III. EL BIENESTAR ANIMAL COMO VALOR ÉTICO

Ésta es, en efecto, la vez determinante en la que un tribunal interpreta que el bienestar animal forma parte de la moral pública, lo cual justifica lo que puede denominarse una injerencia legítima en la interpretación de la libertad religiosa y el recurso a la misma. Se llega así a este punto, considerar que el bienestar animal constituye un valor ético; y si hasta ahora no era así, asistimos a la creciente tendencia que da a aquel bienestar una importancia cada vez mayor, insertando pues en una línea de estudio al bienestar animal mismo, al valor de la moral ética, y al modo de entender el espacio cubierto por la libertad religiosa; estamos en efecto ante una nueva forma de entender el contenido de la vida social, de la que el contacto y la convivencia con ciertos animales –perros, gatos, aves…, los calificados como «mascotas»– resulta ser un indiscutido tipo de normal conducta humana en el día de hoy, si bien ha de tenerse siempre en cuenta que la reclamación de muerte sin anestesia por parte judía e islámica se refiere únicamente a animales destinados a la alimentación humana.

---

[13] Vid www.infocatolica.com, consultado el 15 de julio de 2024.

[14] *Vid.* Oromi Vall-Llovera, S.*, Los poderes del juez en la resolución de conflictos colectivos*. Marcial Pons, Madrid, 2023.

IV. LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA

Para penetrar en la comprensión de esta línea evolutiva ha de seguirse su itinerario, si bien tampoco es el caso –resulta innecesario en unas breves páginas– de ir señalando y estudiando una por una las normas legales o las decisiones judiciales a lo largo de todos los años previos a la hora actual. Prestando, como vamos a hacerlo, atención a lo sucedido en fechas muy inmediatas al 2024, parece conveniente señalar al menos la existencia de notables precedentes, siéndolo entre otros una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de febrero del 2019, que ha sido ya cuidadosamente analizada por la doctrina [15], y que avala cuanto se dirá en los años inmediatos; puede indicarse también la opinión disconforme de algún otro sector doctrinal, que invita «cuando menos a reflexionar sobre la legitimidad de las normas federales belgas» que contradicen a las tesis judías [16]; existiendo asimismo estudios bastante anteriores que ya apuntaban la importancia del tema y de su estudio científico [17].

Vale la pena detenerse en este análisis inicial de la problemática que nos ocupa, como primer punto de referencia para toda la evolución posterior del tema. La referencia doctrinal, que hemos señalado en la nota anterior, a la libertad religiosa, la libertad de profesión y la matanza de animales, nos sitúa ya en contacto con un inicial planteamiento de nuestro tema. Tal como nos dice el autor, «hoy en día existe, sin duda, consenso en nuestras sociedades acerca de la necesidad de proteger a los animales y evitarles a toda costa sufrimientos innecesarios, en particular, también, en el modo de ejecutarlos para su consumo humano como alimento. Esta idea básica plantea, sin embargo, problemas con relación a determinadas prácticas rituales en la matanza de animales que algunos ciudadanos, mayoritariamente extranjeros (minorías) en nuestras sociedades en Europa, pretenden llevar a cabo por entender que sus creencias religiosas así se lo exigen (musulmanes y judíos)» [18]: un texto cuya lectura relaciona ya el bienestar animal con la moral pública y la libertad religiosa, descubriéndonos lo temprano de la aparición de aquello que nos plantea el título que encabeza estas líneas.

---

[15] *Vid.* Zanini, S., «El sacrificio sin aturdimiento previo no respeta suficientemente el bienestar de los animales», en: *Forum of Animal Law Studies*, vol. 10, núm. 2, 2019, pp. 217-226.

[16] Valencia Candalija, R., «Sacrificio ritual y alimentación Kosher: referencia especial a la legislación sobre la Shechita en Bélgica», en: *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2019, p. 411.

[17] *Vid.*, p. e., Brage Camazano, J., «Libertad religiosa, libertad de profesión y matanza de animales», en: *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, 2.º semestre 2003-1er semestre 2004, pp. 397-420.

[18] Brage Camazano, *op. cit.,* nota 17, p. 397.

V. LA INICIAL INTERVENCIÓN JUDICIAL

Nos encontramos entonces todavía en el reconocimiento de la excepcionalidad para los judíos e islámicos del derecho al sacrificio animal sin sedación, lo que como hemos ido viendo perseveró hasta fechas muy cercanas ya al momento actual. En esa línea se encuentran dos sentencias que fueron prontas también en nuestro campo: una del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 27 de junio del 2000 [19], otra del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 15 de enero de 2002 [20], las cuales, aun conteniendo importantes diferencias entre sí, autorizan ambas a los creyentes (judíos o musulmanes) a practicar sacrificios rituales sin anestesia de animales por motivos religiosos. Se buscaba, pues, por entonces, la forma de resolver la integración de grupos con creencias religiosas distintas de las predominantes en nuestras sociedades, y en concreto, el modo más adecuado de compaginar la sedación con el sacrificio ritual de animales sin anestesia.

La primera de ellas, con todo detalle la analiza y comenta Martín-Retortillo [21], el cual señala que ya en la misma se recoge el principio judío según el cual los animales, que van a ser destinados al consumo humano, «deben, tras una bendición, ser degollados y más concretamente sacrificados de una sola cuchillada con un cuchillo extremadamente afilado con el fin de asegurar un corte inmediato, claro y profundo» [22].

La segunda, examina un recurso interpuesto por un carnicero turco-musulmán cuya clientela era mayoritariamente de religión musulmana y al cual se le denegó una solicitud para obtener una excepción –prevista en la ley– al sacrificio de animales sin anestesia para poder realizarlo conforme al rito islámico [23].

VI. LOS RITOS KOSHER Y HALAL

En el amplio período de tiempo que corre entre esa sentencia del 2000, y otra del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del 2020, de la que nos ocupa-

[19] Sentencia 27417/95, Caso CHA'ARE SHALOM UE TSEDEK contra Francia.

[20] BVerfG, Urteil vom 15.1.2002 (BVerfGE 104, 337 = NJW 2002, 663).

[21] Martín-Retortillo Baquer, *op. cit.,* nota 1, pp. 126 ss.

[22] Martín-Retortillo Baquer, *op. cit.,* nota 1, p. 134. A mayor seguridad, la sentencia -comenta siempre el autor en la página que acabamos de citar- añade que el señalado principio judío ser refiere asimismo a que el matarife «debe ser un hombre piadoso de una moralidad perfecta y de una honestidad escrupulosa».

[23] *Vid.*, para un comentario sobre la misma, Alonso García, E., «El bienestar de los animales como seres sensibles-sentientes: su rango constitucional, en el derecho español», en: *La Ley digital*, de 28 de noviembre de 2018.

remos seguidamente, constituyen un tema de constante preocupación los ritos kosher y halal (judío e islámico respectivamente), que eran los que fijaban reglas sobre los alimentos que les era lícito consumir desde el respeto a sus creencias [24]. El sacrificio directo de los animales les es connatural a ambos ritos [25].

«La relevancia de esta cuestión se pone de manifiesto de forma destacada en el Derecho de la Unión Europea, en concreto en el Reglamento núm. 1099/2009, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza, cuyo artículo 4, en referencia a los métodos de aturdimiento, dispone: 1. Los animales se matarán únicamente previo aturdimiento, con arreglo a los métodos y requisitos específicos correspondientes a la aplicación de dichos métodos previstos en el anexo I. Se mantendrá la pérdida de consciencia y sensibilidad hasta la muerte del animal. […] 4. En el caso de animales que sean objeto de métodos particulares de sacrificio prescritos por ritos religiosos, no serán de aplicación los requisitos del apartado 1, a condición de que el sacrificio se lleve a cabo en un matadero» [26], y ateniéndose en su caso, si estamos ante la ley islámica, a la idea de que «el sacrificio ritual consiste en desangrar al animal haciendo que fluya la sangre por el corte, permitiéndose para esta labor cualquier tipo de utensilio, siempre que el mismo valga para derramar la sangre de la forma descrita» [27]. Y, comentando este mismo texto, se ha dicho también que «hay que entender dicha disposición en el sentido de que el legislador comunitario, consciente del posible conflicto entre la libertad religiosa y el bienestar animal, como interés público de la Unión, proporcionó un criterio de solución en el propio Reglamento, atribuyendo un papel preponderante a la libertad religiosa –consecuencia de su naturaleza de derecho fundamental– frente al valor comunitario que representa el bienestar animal» [28].

---

[24] *Vid.* al respecto López-Sidro López, Á., «Aturdimiento reversible y moral pública frente al sacrificio ritual en la STEDH Executief van de Moslims van België y otros contra Bélgica», en: *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 65, 2024.

[25] Para el rito islámico son considerados productos ilícitos: la carne del animal hallado muerto, la sangre, la carne de cerdo y jabalí y sus derivados y aquellos animales sobre los que se ha invocado, en el momento del sacrificio, un nombre distinto al de Dios; el animal muerto por asfixia, estrangulamiento, apaleado, por una caída, de una cornada o devorado por una fiera, salvo si estando aún vivo ha sido debidamente sacrificado; los animales carnívoros y carroñeros; las aves con garras; …; las partes de animales que se hayan cortado mientras estaban vivos; y los ingredientes procedentes de animales prohibidos o de animales no sacrificados de forma Halal» (Rossell, J., «Prescripciones alimentarias en el Islam: sacrificio ritual y alimentación Halal», en: Motilla, A., (ed.), *Los musulmanes en España. Libertad religiosa e identidad cultural*. Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 207).

[26] López-Sidro López, A., *op. cit.,* nota 24, pp. 1-2.

[27] Rossell, *op. cit.,* nota 25, p. 217.

[28] Cañamares Arriba, S., *Derecho y factor religioso en la Unión Europea*. Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 75.

Y a su vez, la arriba mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de diciembre de 2020, con asunto c-336/19, Centraal Israëlitisch Consistorie van België, determina que el Reglamento judío no se opone a que los Estados miembros impongan una obligación de aturdimiento previo a la matanza, incluso cuando se trata de sacrificios prescritos por ritos religiosos. Es cierto que ello supone establecer en cierto modo un límite al ejercicio de la libertad religiosa, pero se trata de alcanzar el objetivo de interés general reconocido por la Unión Europea, a saber, el bienestar animal.

Habiéndose aceptado tradicionalmente en el ámbito general la normativa islámica y judía antes señalada, la evolución podría decirse que arranca de la Ley que en 1986 se aprobó en Bélgica sobre la protección y el bienestar de los animales; la misma establecía que, salvo en casos de fuerza mayor o necesidad, los vertebrados no podían ser sacrificados sin ser previamente anestesiados, pero añadiéndose que tal requisito no era aplicable a los sacrificios de tipo religioso: para los judíos, el sacrificio sin anestesia previa de los animales para su destino a la alimentación del ser humano constituía como hemos visto un rito religioso que esta Ley expresamente respetaba.

VII. EL CAMBIO DE ORIENTACIÓN DE LA NORMATIVA

Y entonces se llegará al punto crucial que abrió por fin el camino a un cambio profundo en la materia, el cambio que hoy prevalece como las decisiones judiciales sucesivas nos van a llevar a ver. Puede tenerse en cuenta como una base del cambio el carácter transversal del derecho de libertad religiosa que la doctrina señala, y que se subraya con el hecho de que son muy numerosas las materias que se relacionan con el mismo [29].

A partir del 2014, fue asimismo en Bélgica donde se produjo lo que había de resultar un singular –y, por lo que hoy nos parece, definitivo– paso adelante; condujo al mismo la modificación del régimen de competencia del Estado federal en este campo, pasando a las regiones la competencia sobre este tema, competencia que utilizaron la Región Flamenca y la Región Valona para, en

[29] *Vid.* Martín Sánchez, I., «La financiación de la libertad religiosa y el papel de las Comunidades autónomas», en: Blanco, M., et al. (coords.), *Ius et Iura. Escritos de Derecho Eclesiástico y de Derecho Canónico en honor del Profesor Juan Fornés*. Universidad de Navarra, Editorial Comares, Granada, 2010, p. 685.

los años 2017 y 2018 respectivamente, dar fin a la citada excepción que autorizaba que los animales fuesen sacrificados sin previa sedación [30].

VIII. LA NUEVA ORIENTACIÓN DE LOS TRIBUNALES

Los musulmanes y judíos afectados no estuvieron conformes con esta decisión, y los correspondientes recursos abrieron paso a la intervención de sucesivos tribunales. Ya que se trataba de recurrir decisiones de las regiones federales belgas, el primer recurso se presentó ante el Tribunal Constitucional de Bélgica, que en el año 2021 [31] consideró que no se estaba vulnerando el derecho a la libertad religiosa con una normativa que exigía la sedación de los animales con prioridad sobre su sacrificio; se desestimó pues el recurso de casación de los demandantes afectados, que habían alegado que los decretos flamenco y valón hacían imposible sacrificar sin anestesia previa animales en conformidad con los preceptos de su religión en orden a obtener carne como alimento humano.

Interviene además el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [32], que el 17 de diciembre de 2020 declara que el aturdimiento previo a la matanza es aplicable en el caso de sacrificio prescrito por ritos religiosos. Puede entenderse que así tiene lugar el establecimiento de un cierto límite al ejercicio de la libertad religiosa, pero el bienestar animal constituye un objetivo que la Unión Europea considera de interés general: se dan pues también la mano el bienestar animal, la moral pública y la libertad religiosa. Y se alcanza así un equilibrio entre el bienestar animal y los restantes factores que intervienen en el problema.

Se concluye así que la medida contenida en la legislación de Flandes permite garantizar un cierto equilibrio entre el bienestar animal y la libertad de los creyentes judíos y musulmanes de manifestar su religión. Por un lado, existe un consenso científico sobre el hecho de que el aturdimiento previo constituye el medio óptimo para reducir el sufrimiento animal en el momento de la matanza. Por otra parte, la norma cuestionada no prohíbe ni obstaculiza la comercialización de productos de origen animal procedentes de animales sa-

[30] El Parlamento de la Región de Valonia publicó un Código de Bienestar Animal, en el que se hacía constar que todos los animales deberán ser sacrificados con anestesia o aturdimiento previo. Dicho código define a los animales- no solo domésticos- como «seres sensibles con necesidades específicas según su naturaleza». *Vid.* https://www.wallonie.be

[31] Arrêt núm. 117/2021, de 30 de septiembre de 2021.

[32] Asunto C-336/19 Centraal Israëlitisch Consistorie von België, y otros.

crificados conforme a una práctica ritual cuando procedan de un territorio donde su obtención de conformidad con el rito religioso sea legal [33].

Y coinciden así los actuales tribunales, en sus más recientes sentencias, en la tesis de que no vulnera el derecho a la libertad religiosa una normativa que exige el aturdimiento de los animales previo a su sacrificio cuando su objetivo es garantizar su máximo bienestar en el proceso de muerte [34].

Sometido al problema belga todo el planteamiento precedente, se abrirá paso a una proyección mucho más amplia del tema cuando el recurso llega al Tribunal de Estrasburgo, el Tribunal Europeo de Derechos humanos.

Asistimos así al hecho de que hoy en día la noción de moralidad dista de ser estable, como lo fue durante siglos; todo lo contrario, es ahora una noción en evolución continuada, abierta a modas, pensamientos, costumbres, que cambian y se alteran con frecuencia, y que hubiesen resultado de todo punto inaceptables hace dos siglos, y muy discutibles hace uno; en la hora presente, estamos viviendo con notoria naturalidad tales cambios. Y entre los datos que pueden considerarse –en mi parecer– positivos, figura hoy en nuestra sociedad el bienestar animal, que ha alcanzado el carácter de valor ético, un carácter al que cada día otorgan mayor importancia las sociedades democráticas contemporáneas.

IX. UNA REFERENCIA A ESPAÑA

Es pronto para poder establecer ya una elaboración doctrinal y científica de la repercusión que ha de tener en España la sentencia del Tribunal de Estrasburgo del pasado febrero de este año. Habrán de entrar en juego nuestras leyes constitucionales, las leyes europeas vigentes entre nosotros, y los diversos Acuerdos firmados por España y que afecten al tema, de entre los cuales van a ser muy dignos de atención los que tenemos establecidos con el Islam y el Judaísmo.

Sí que cabe comenzar recordando que la libertad religiosa aparece reconocida y regulada en nuestra Constitución de 1978 y en nuestra Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980 [35]. Dada la tan reciente fecha de la Sentencia del

[33] Argüello Henríquez, A.; Castro Navarro, N.; Romeo Malanda, S., «*El conflicto entre el bienestar animal y el derecho a la libertad religiosa en Europa*», en: *The Conversation*, 2024. https://theconversation.com/el-conflicto-entre-el-bienestar-animal-y-el-derecho-a-la-libertad-religiosa-en-europa-223693

[34] Argüello Henríquez, A.; Castro Navarro, N.; Romeo Malanda, S.; loc. *cit.,* nota 33.

[35] *Vid.* para ambas normas el capítulo titulado «La libertad religiosa en la Constitución y en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa», en: Mantecón Sancho, J., *op. cit.,* nota 1, pp. 121 ss.

Tribunal de Estrasburgo del mes de febrero último, aun carecemos lógicamente de bibliografía al respecto, ni de recepción directa de la misma en nuestro ordenamiento; no cabe contar aún con la opinión y el juicio de la doctrina, y estas mismas páginas son un preludio al estudio de tal sentencia que esperamos que se podrá abordar, con apoyo jurisprudencial, diplomático y científico, en fechas próximas. Entre tanto, están por dar cabida a este tema actual en los Acuerdos con el Islam y el Judaísmo, que se firmaron a raíz de la Constitución [36], siempre teniendo en cuenta que, como ya hemos dejado observado, los cambios en el campo socio-religioso en España son tan recientes como numerosos [37].

Ha de tenerse en cuenta que ya se emplea, a diferencia de las ideas y el lenguaje de antiguos tiempos precedentes, la expresión derecho referida a los animales: éstos tienen derechos. En el Preámbulo de nuestra Ley 7/2023, de 28 de marzo [38], de protección de los derechos y bienestar de los animales, se define a los animales como «seres dotados de sensibilidad cuyos derechos deben protegerse, tal como recogen el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Código Civil español». Nuestras disposiciones seguirán su avance hasta la recepción, según corresponda, de la normativa que ha de generalizarse a partir de la sentencia de Estrasburgo. Conocemos –ha ido quedando señalada más arriba– la discrepancia del Islam con estas ideas; los ritos halal al respecto nos los describe con precisión la doctrina [39], al par que subraya –refiriéndose tanto a España como a otros diversos ámbitos nacionales– la colisión entre tales ritos y la generalizada defensa del bienestar animal [40]. Y al respecto hay que recordar los Acuerdos españoles con el Islam y el Judaísmo [41] –los hay también, como es sabido, con otras confesiones, aunque para nuestra temática interesen en especial los dos señalados– [42], para señalar la necesaria evolución que el tema experimenta entre nosotros: la convivencia entre pue-

[36] *Vid.* al respecto el epígrafe «Acuerdos con otras Confesiones religiosas» del artículo de Motilla De La Calle, A., «Fuentes derivadas», en: Porras Ramírez, J. M., (coord.), *op. cit.,* nota 1, pp. 170-172. Para los inmediatos precedentes a estos Acuerdos, *vid.* De La Hera, A., «Las Confesiones religiosas no católicas en el Derecho español», en *op. cit.,* nota 1, pp. 59 ss.; *vid.*, de este mismo autor, «L'Islam nell'ambito degli Accordi del 1992 tra lo Stato spagnolo e le Confessioni religiose di minoranza», en: VVAA, *Per una convivenza tra i popoli. Migrazioni e multiculturalità*. Cantagalli, Roma, 2002, pp. 35-47.

[37] Urquijo Valdivieso, J. I., «El cambio socio-religioso en España desde 1978 hasta la actualidad», en: Urquijo Valdivieso, J. I.; Calvo Buezas, T. (eds.), *El hecho religioso en España, hoy*. Ediciones Eunate, Pamplona, 2018, pp. 25 ss.

[38] *BOE* núm. 75, de 29 de marzo.

[39] *Vid.* Rossell, loc. *cit.,* nota 25.

[40] *Vid.* Rossell, *op. cit.,* nota 25, pp. 217-218.

[41] *Vid.* al respecto Lombardía, P., Fornés, J., «Fuentes del Derecho Eclesiástico español», en: Navarro Valls, R. (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado español*. Eunsa, Pamplona, 1993, pp. 142-143.

[42] *Vid.* Calvo Buezas, T., «Cristianos, musulmanes, otras religiones y agnósticos, ¿conviviendo democráticamente en España?», en: Urquijo Valdivieso; Calvo Buezas (edits.), *op. cit.,* nota 37, pp. 67 ss.

blos y confesiones puede ser un fenómeno generalizado, pero por razones históricas, geográficas y culturales supone en España uno de los casos y modelos de más alta transcendencia nacional e internacional, que «non può che generare problema, che non è facile affrontare né risolvere» [43].

Ha de bastarnos, pues, aquí, la reiterada referencia a los Acuerdos de cooperación, en cuyas Disposiciones adicionales figura la referencia a un futuro no tan incierto: «la obligación del Gobierno de comunicar a la Federación respetiva las iniciativas legislativas que afecten al contenido de los Acuerdos» [44], teniendo siempre en cuenta que al Estado le corresponde tratar con las Confesiones, no juzgar de la verdad o falsedad de sus doctrinas [45].

X. EL TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS DE ESTRASBURGO: SENTENCIA DEL 13 DE FEBRERO DEL 2024

Esta sentencia, aunque novedosa, podría considerarse previsible si tenemos en cuenta el contenido de decisiones judiciales anteriores; precisamente, porque las resoluciones anteriores no fueron del agrado de los demandantes, estos acudieron al TEDH y es la sentencia que ahora comentamos la que resolvió las diferentes demandas.

Los recurrentes fundamentan su reclamación sobre la base del artículo 9 del Convenio, injerencias en su derecho de libertad religiosa e, invocando también el artículo 14 junto con el artículo 9, alegan discriminación en el disfrute de su libertad de religión.

EL Tribunal admite que la ausencia de aturdimiento antes de la muerte del animal constituye un aspecto importante del rito religioso y no solo un mero detalle, por lo que se podría hablar de interferencia que puede lesionar el derecho a manifestar la propia religión mediante los ritos; sin embargo, pronto matiza que está prevista por la norma y que persigue un objetivo legítimo, siendo una medida necesaria en una sociedad democrática. Se debe considerar que el bienestar de los animales es un valor moral, un principio ético y un bien a proteger por parte de las sociedades democráticas que debe tenerse en cuen-

[43] *Vid.* De La Hera, «L'Islam nell'ambito…, *op. cit.,* nota 36, p. 36.

[44] Fernández-Coronado, A.; Contreras, J. M.; Amerigo, F., «Legislación del Estado español», en: *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, IX, 1993, p. 348.

[45] «La segunda manifestación de la neutralidad del Estado es la incompetencia para juzgar acerca de la verdad o falsedad de las creencias religiosas» (Palomino, R., *La Religión en el espacio público*. Digital Reasons, Madrid, 2016, p. 41).

ta al estudiar y ponderar las restricciones impuestas a la manifestación externa de las creencias religiosas [46].

Aunque son escasos los comentarios doctrinales a esta resolución judicial, ya ha puesto de relieve algún autor temas interesantes que derivan de la solución que los respectivos tribunales están adoptando en ese equilibrio del respeto a los ritos religiosos y la defensa del bienestar animal; López Sidro destaca que «el respeto de esos presupuestos tomados de la religión, lo que haya que entenderse por kosher y halal, persiste en lo conceptual, pero su virtualidad se acerca progresivamente al impacto más nulo» [47], y se plantea si el poder público no estaría induciendo a una redefinición de lo que es kosher o halal, ya que, en su opinión, se están relativizando los criterios que las confesiones consideran imprescindibles en esos conceptos [48].

Y al llegar a este momento histórico, la bibliografía ha de ir surgiendo ahora para comentar la sentencia; una bibliografía de la que podremos obtener el juicio de la doctrina, y su incidencia en nuestra vida, sobre la relación entre los tres elementos que han presidido estas páginas: el bienestar animal, la moral pública y la libertad religiosa [49].

---

[46] López-Sidro López, A.; *op. cit*, nota 24.
[47] *Ibidem*.
[48] *Ibidem*.
[49] *Ibidem*.

ALGUNOS DEBATES DOGMÁTICOS SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Antonio Troncoso Reigada
Universidad de Cádiz

El estudio del derecho fundamental a la protección de datos personales ha dado lugar a debates dogmáticos, en algunos de los cuales han existido importantes divergencias, siendo muy relevante la contribución de la Profesora Yolanda Gómez Sánchez en este ámbito, especialmente en relación con la protección de los datos genéticos y el derecho a la autodeterminación informativa, donde ha realizado una aportación señera [1], junto con otros profesores que han conformado la doctrina en este ámbito [2]. Así, la academia ha avanzado en la

[1] Cfr. Gómez Sánchez, Y., «Los datos genéticos en el Tratado de Prüm», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, 2007, pp. 137-166; id., «Protección de datos genéticos: nuevos derechos para nuevas biotecnologías», *Revista Española de Protección de Datos*, núm. 1, 2006, pp. 61-91. También he tenido la suerte de poder contar con la valiosa aportación de la profesora Yolanda Gomez en algunas obras colectivas que he dirigido: «Categorías especiales de datos personales: los datos de origen étnico o racial, los datos genéticos, los datos biométricos, los datos relativos a la salud, los datos relativos a la vida sexual y la orientación sexual (Comentario al artículo 9.1 RGPD)», en el *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.* Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, I, pp. 1041-1065; «Datos de salud como datos especialmente protegidos», en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.* Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 647-671. Recientemente «Datos de salud (Comentario al artículo 10 de la DPDP y al artículo 13 de la LOPDP», en: *Prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos, autoridades de control y protección de datos personales.* Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2024.

[2] Hay que destacar especialmente Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa.* Tecnos, Madrid, 1990, pp. 173-196; id., *Informática y protección de datos personales.* CEC, Madrid, 1993, pp. 47-88; Lucas Murillo de la Cueva, Pablo y Piñar Mañas, José Luis, *El derecho a la autodeterminación informativa.* Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009, pp. 13-25 y 101-118; Perez Luño, A-E, *Cibernética, Informática y Derecho (Un análisis metodológico).* Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1976, pp. 76-81; id., *La tercera generación de los Derechos Humanos.* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 87-122; id., «Informática y libertad: Comentario al ar-

determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales recogido en el artículo 18.4 CE y en el artículo 8 CDFUE; ha analizado cómo ese contenido esencial se encuentra configurado a nivel legislativo en el RGPD y en la LOPDGDD; y ha delimitado los elementos constitutivos del derecho fundamental a la protección de datos personales, esto es, su titularidad, objeto y límites [3].

I. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿CLAVE DE LA BÓVEDA JURÍDICA DE TODO EL SISTEMA?

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce en el artículo 8 la protección de datos personales como derecho autónomo, ha sido considerada como la clave de la bóveda jurídica de todo el sistema, subrayando que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretar las normas nacionales de conformidad con la Carta, incluido el propio texto constitucional [4]. Desde una perspectiva formalista es plausible seguir este camino, si bien razones de carácter material aconsejan valorar también un planteamiento más matizado. La aprobación de una Constitución requiere de ordinario la existencia de un «momento constitucional» que demande el establecimiento de un nuevo pacto social y político sobre el que se fundamente la convivencia y en el que intervenga claramente el titular de la soberanía, después de un amplio debate político [5]. Esto ocurrió en España después de las primeras elecciones democráticas de junio de 1977, donde se hizo evidente que, al

---

tículo 18.4 de la Constitución», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 24, 1981, pp. 31-54; id., «La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 9, 1979, pp. 59-72; Rallo Lombarte, Artemi (Dir.), *Tratado de Protección de Datos.* Tirant lo blanch, Valencia 2019; García Mahamut, Rosario, y Tomás Mallén, Beatriz (Ed.), *El Reglamento General de Protección de Datos.* Tirant lo Blanch. Valencia, 2019; Piñar Mañas, José Luis (Dir.), *Reglamento General de Protección de Datos, Hacia un modelo europeo de privacidad.* Reus, Madrid, 2016.

[3] Entre las aportaciones doctrinales más recientes hay que destacar a Jove Villares, Daniel, *La protección de lo sensible, o cuando la naturaleza del dato no lo es todo.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 91-162; y Villalba Cano, Laura, *El contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa.* Aranzadi, Cizur Menor, 2024, donde se aborda los principales debates dogmáticos sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales en los últimos años, teniendo la brillantez de abrir otros nuevos. El presente trabajo tiene su origen en el «Prólogo» al libro de Laura Villalba, que me permitió apuntar algunas cuestiones sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales, entrelazadas con algunas reflexiones personales.

[4] Cfr. Jove Villares, D., *op. cit.* pp. 91-111; Villalba Cano, L., *op. cit.,* se cita la tesis, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 69-79.

[5] Un ejemplo de momento constitucional es la situación que ha vivido Chile en los últimos años, si bien los distintos proyectos de Constitución presentados a la ratificación popular no han suscitado el grado de consenso esperado por los promotores.

término de una dictadura que había durado treinta y seis años, era necesario establecer un régimen político sobre nuevas bases. Algo semejante sucedió al finalizar la II Guerra Mundial con una Alemania dividida que, frente al horror del nazismo, quería asentar un nuevo régimen político sobre la base de una Constitución que proclame que «la dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo» –artículo 1.1 y 2 de la Constitución Alemana–[6]. O en una Italia que había votado en 1946 por el establecimiento de un régimen republicano –54% a 45% , norte republicano y sur monárquico– y que se encontraba dividida en dos grandes bloques ideológicos –democracia cristiana y partidos de inspiración marxista, que todavía no habían abrazado el eurocomunismo de Berlinguer y el alejamiento del modelo político de la Unión Soviética–, lo que no impidió un *compromesso istitutionale* que se notó sobre todo en la parte programática de la Constitución Italiana y que permitió en 1947 que en la Asamblea Constituyente la Constitución italiana recibiera 453 votos a favor y sólo 62 en contra[7]. Distinto es el caso del Reino Unido cuya Constitución no está codificada[8], en gran medida por la ausencia de un momento constitucional –una declaración de independencia, una revolución– y por el hecho de que la historia política del Reino Unido, a diferencia de otros países de la Europa Continental, haya evolucionado de manera más amable y pacífica. Todos estos momentos constitucionales que justificaban la aprobación de una Constitución contrastan con el proceso de aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sin entrar ahora a analizar el fracaso de la aprobación de una Constitución europea, la Unión Europea no ha vivido un momento constitucional, siendo la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea un texto elaborado y debatido principalmente por las élites y con una falta de implicación del pueblo, una realidad material que debiera tener también unas consecuencias formales.

---

[6] Hemos analizado esta cuestión en *Los bioderechos y la interpretación constitucional a la luz de la dogmática alemana.* Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018. Cfr. también Hillgruber, C., «Artículo 1-19», en Epping, V. y Hillgruber, C., *Grundgesetz Kommentar*. C. H. Beck, München, 2.ª ed., 2013, pp. 1-22 –Schutz der Menschenwürde. I. Die Grundrechte–; Höfling, W., «Artículo 1» –Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechtsbindung–, en Sachs, Michael, *Grundgesetz Kommentar.* C. H. Beck, München, 8.ª ed., 2018, pp. 95-96; Müller-Terpitz, R., *Der Schutz des pränatalen Lebens.* Mohr Siebeck, Tubingen, 2007, pp. 344-345.

[7] Cfr. Amato, G. y Barbera, A., *Manuale di Diritto Púbblico.* Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 985-988.

[8] Sobre las principales características de la Constitución del Reino Unido –escrita pero no codificada, unitaria y no federal, religiosa y no secular, etc–, cfr. Elliot, M. y Thomas, R., *Public Law.* 4.ª ed., Oxford University Press, 2020, pp. 17-49; Feldman, D., «None, One or Several? Perspectives on the UK's Constitution(s)», *Cambridge Law Journal* 329, 2005, pp. 329-351; Wheare, Kenneth Clinton, *Modern Constitutions.* 2.º ed. Oxford University Press, 1966, p. 1. Recientemente se valoró que la aprobación del Brexit en referéndum y la salida de la Unión Europea aconsejaban la codificación de una Constitución que permitiera establecer nuevas bases para la convivencia en el Reino Unido.

II. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL ENTONCES NUEVO DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES COMO DERECHO AUTÓNOMO Y COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL DE OTROS DERECHOS

Tradicionalmente en los años ochenta y noventa del siglo pasado hubo autores en España que se habían ocupado de diferenciar entre el derecho a la intimidad y el entonces nuevo derecho a la protección de datos personales [9], ahondando en la necesidad de que se reconociera un nuevo derecho fundamental en el artículo 18.4 CE, una delimitación interesante y necesaria que tenía consecuencias tanto en el ámbito de aplicación del derecho a la protección de datos personales –que se extendía también a los datos personales no íntimos sometidos a tratamiento [10]– como en el haz de facultades positivas que formaban parte del contenido del derecho a la protección de datos personales, que permiten el control de la propia información personal y de los que carecía el derecho a la intimidad [11]. En otros aspectos, el debate sobre el derecho a la protección de datos personales como derecho autónomo o dependiente de la intimidad ha tenido un carácter más académico, sin consecuencias prácticas en la aplicación de la normativa por las autoridades de control [12], a diferencia, por ejemplo, de la discusión sobre la ubicación del derecho de acceso a la información pública en el artículo 105.b) CE o en el 20.1.d) CE, que sí tenía consecuencias en las garantías genéricas y específicas de los derechos constitucionales [13].

---

[9] Cfr. Lucas Murillo De La Cueva, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, *cit.* pp. 147-196; id., *Informática y protección de datos personales, cit.* pp. 47-91.

[10] Pues los datos relativos a una persona no son algo anecdótico, sino que representan el registro de su vida, sus opciones vitales, también sus debilidades; todo ello sin perjuicio de la dificultad añadida de precisar en la tipología de datos cuáles son o no íntimos, cuestiones que abordé en *La protección de datos personales. En busca del equilibrio.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 32 y pp. 780-796.

[11] De esta realidad se hizo eco la propia STC 292/2000, de 30 de noviembre. La distinción entre el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales se encuentra *ibídem* pp. 36-37, pp. 71-76 y pp. 133-140.

[12] *Ibídem* p. 76. Sobre las aproximaciones marcadamente teóricas a la protección de datos personales que estudian el derecho de manera abstracta, despojado de su conexión con la realidad, y la necesidad de valorar la aplicación de los principios y derechos a la realidad que ordenan –que es siempre sectorial-, dando respuestas jurídicas a problemas concretos, cfr. *ibídem* pp. 27-31.

[13] La vinculación entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a recibir libremente información veraz y la relevancia de la STEDH, de 8 de noviembre de 2016 –Magyar Helsinki Bizottság v. Hungría– las hemos abordado en «La transparencia, el derecho de acceso a la información pública y sus límites», en Pérez Tremps, Pablo y Revenga Sánchez, Miguel (Coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y lucha contra la corrupción.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 168-175.

Posiblemente en la actualidad tenga un mayor interés abordar la protección de datos personales como derecho autónomo y como garantía institucional de otros derechos –libertad religiosa, libertad ideológica, libertad sindical, derecho de sufragio, etc.–. Sin negar el carácter autónomo del derecho a la protección de datos personales, en la mayoría de los casos que se aplica este derecho –*law in action*– se observa su carácter instrumental en relación con la garantía de otros derechos fundamentales y no sólo del derecho a la intimidad, como reconoce expresamente el artículo 18.4 CE *in fine*. Esto no es consecuencia únicamente de que el derecho a la protección de datos personales, como todos los derechos fundamentales, tenga su fundamento en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad [14], como recordó muy tempranamente la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán –BverfGE–, de 15 de diciembre de 1983, que declaró inconstitucionales algunos preceptos de la Ley del Censo, de 4 de marzo de 1982 [15], sino del hecho de que el derecho a la protección de datos personales tenga dentro de su naturaleza jurídica su carácter instrumental [16]. La protección de datos personales es un derecho autónomo, con una sustantividad propia, que en alguna medida también reside en que actúa como garantía institucional de otros derechos [17]. Ade-

[14] BVerfGE 15, 255; BVerfGE 6, 36; BVerfGE 35, 235.

[15] BVerfGE 65, 1, 41. En esta dirección, cfr. Badura, P., *Staatsrecht.* 7.ª ed., C. H. Beck, München, 2018, pp. 157, 159 y 161, núm. 36. Epping, V.., *Grundrechte.* 6.ª ed., Springer, Berlín, 2015, pp. 309-310, núm. 636. Ipsen, Jörn, *Staatsrecht II Grundrechte.* 22.ª ed., Verlag Franz Vahlen, München, 2019, p. 87, núm. 314. Jarass, Hans Dieter y Pieroth, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.* 15.ª ed. C. H. Beck, München, 2018, p. 80, núms. 42 y 43; p. 83, núm. 53; p. 86, núms. 59 y 59a; p. 87, núms. 62 y 63; y p. 88, núm. 66. Kloepfer, M. y Greve, H., *Staatsrecht kompakt.* 2.ª ed., Nomos, Baden Baden, 2016, pp. 183-184, núm. 567. Manssen, G., *Staatsrecht II. Grundrechte.* 16.ª, C. H. Beck, München, 2019, p. 13, núm. 43 y pp. 81-82, núm. 262. Sachs, M., *Verfassungsrecht II Grundrechte.* 2.ª ed., Springer-Verlag, Berlin, 2003, p. 192, núm. 57. Murswiek, Dietrich y Rixen, Stephan, «Artikel 2» en Sachs, M., *Grundgesetz Kommentar, cit.* p. 142, núm. 121. Sodan, H., *Grundgesetz.* C. H. Beck, München, 2018, p. 45, núm. 6b y p. 150, núm. 11. Antoni, Michael, «Artikel 1» y Wolff, Heinrich Amadeus, «Artikel 35» en Wolff, Heinrich Amadeus, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. 12.ª ed., Nomos, Baden Baden 2018, p. 59, núms. 9 y 10 y pp. 62-63, núm. 14; y pp. 403-404, núm. 4, respectivamente. Hemos analizado el reconocimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y de la dogmática alemana en «Introducción y Presentación» al *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos*, *cit.* pp. 155-165.

[16] Como hemos señalado, «*este carácter autónomo frente al derecho a la intimidad del derecho a la protección de datos personales es también consecuencia de su carácter instrumental en relación con otros derechos fundamentales*» *–La protección de datos personales, cit.* p. 73–.

[17] Hemos insistido desde muy temprano en que la protección de datos personales es un instituto de garantía de otros derechos fundamentales *–ibídem* pp. 36-39-. Así, el respeto al principio de finalidad en el tratamiento del dato de la cuota sindical representa una garantía de la libertad sindical –artículo 28 CE–. La cancelación del dato de pertenencia a una institución religiosa es una consecuencia de la libertad religiosa en sentido negativo. En general, la tutela especial que en el ámbito de la protección de datos personales merece la información sobre ideología, afiliación sindical, religión o creencias es una exigencia de la libertad ideológica y religiosa y de la previsión constitucional de que «*nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias*» –artículo 16 CE-. El principio de calidad en la historia

más, la autodeterminación informativa no es solo una garantía de las posibilidades de desarrollo del individuo sino que es «es una condición funcional elemental de una sociedad democrática y libre que esté basada en la capacidad de actuar y de participar de sus ciudadanos» [18], por lo que tiene «una orientación al bien común que va más allá del interés individual» [19].

III. LA PROTECCIÓN DE *TODOS* LOS DATOS PERSONALES SOMETIDOS A TRATAMIENTO: LOS DATOS DE CONOCIMIENTO PÚBLICO, LOS DATOS DE LOS AUTÓNOMOS Y DE LOS FALLECIDOS

Hay dos elementos que han tenido un especial interés porque afectaban a la aplicación del derecho fundamental a la protección de datos personales y a su especificidad en relación con otros derechos fundamentales.

El primero sería la afirmación de que el derecho fundamental a la protección de datos personales protege todos los datos personales sometidos a tratamiento. La normativa de protección de datos no ha excluido históricamente de la definición de dato personal ningún tipo o clase de dato o de información atribuida a una persona –artículo 2.a) de la Directiva 95/46/CE y artículo 3. a) LOPD– [20], además de poner el acento en determinar cuándo se considera que

clínica –también el derecho del paciente a que consten en ella todos los datos que reflejen su estado de salud- y la seguridad de la historia clínica para preservar la disponibilidad y la integridad de la información son una garantía del derecho a la vida y a la protección de la salud, que se concreta en el derecho a recibir una adecuada asistencia sanitaria –Artículos 15 y 43 CE–. El cumplimiento del principio de finalidad en el uso de los registros de población evita su utilización por el Gobierno para funciones distintas de las propiamente administrativas como es el marketing político, lo que supone una garantía del principio democrático –artículo 1.1 CE-. El principio de calidad de los datos tutela también a la persona en el acceso a servicios públicos en el Estado social, ya que un dato personal inexacto o inexistente en un sistema de información impide la percepción de prestaciones.

[18] BVerfGE 65, 1, 41. «*Y es que si existiera incertidumbre sobre qué información ha sido reunida, evaluada y transmitida y sobre cuál es el organismo que lo ha hecho, ello podría conducir a graves deterioros de la autodeterminación individual, en particular a una autorrepresión en la comunicación o a modificar la propia conducta, llegando incluso a la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales*» –BVerfGE 100, 313, 381–. Cfr. Murswiek, Dietrich y Rixen, Stephan, «Artikel 2» en Sachs, M., *Grundgesetz Kommentar, cit.* p. 130, núm. 73.

[19] BVerfGE 100, 313, 381. De esta forma, «*existe un interés público en el respeto a la protección de los datos personales al ser también un instituto de garantía de otros derechos fundamentales, de tal manera que protegiendo los datos personales frente a los tratamientos estamos protegiendo al mismo tiempo el ordenamiento constitucional*». Esta reflexión la hemos hecho en *La protección de datos personales, cit.* pp. 37-38 y en la «Presentación» a los *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.* Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 73-74.

[20] Villalba Cano, al igual que Jové Villares, han detectado algunas incongruencias en el concepto de dato personal en la SSTJUE en el asunto YS y otros (2014), y en el asunto Nowak (2017). Cfr. STJUE asuntos acumulados C-141/12 y C-372/12, YS contra Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel y Mi-

una persona física es identificable –artículo 4.1 RGPD–. Por tanto, el derecho fundamental a la protección de datos personales protege todos los datos personales, sean o no íntimos, incluso aunque sean ya de conocimiento público. Como señala el Tribunal Constitucional Federal alemán, datos insignificantes en sí mismos pueden ofrecer perfiles de personalidad completos mediante sistemas modernos de procesamiento de datos sin grandes gastos de tiempo, dando lugar a lo que se ha dado en llamar «persona de cristal» –*gläserner Mensch*–[21].

Este planteamiento obliga siempre a llevar a cabo una ponderación entre la publicidad de la actividad administrativa y el derecho de acceso a la información pública, por una parte; y el derecho a la protección de datos personales, por otra, una cuestión sobre la que veníamos incidiendo desde el 2008 y que se recogió cinco años más tarde en el artículo 15.2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que establece la obligación de ponderar con la protección de datos personales o con otros derechos constitucionalmente protegidos, incluso cuando «la información contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano». En cambio, el Defensor de Pueblo Europeo –incluso un sector de la doctrina– consideraba que, si los datos son públicos, estos no están protegidos por el derecho fundamental a la protección de datos personales. Lógicamente, hay datos personales –como los de ideología, religión o creencias, raza, salud, vida sexual, biométricos, genéticos, condenas o infracciones penales– cuyo tratamiento puede suponer una mayor injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales, por lo que la presencia de esta tipología de datos personales influirá en la prohibición de tratamiento salvo supuestos tasados, en la exclu-

---

nister voor Immigratie; Integratie en Asiel v. M y S, de 17 de julio de 2014; y STJUE asunto C-434/16, Peter Nowak v. Data Protection Commissioner, de 20 de diciembre de 2017. Así, en la primera Sentencia, el Tribunal adoptó una interpretación más restrictiva del concepto de dato personal, rechazando que tenga ese carácter la valoración de los datos personales para denegar una solicitud de permiso de residencia, al ser una simple aplicación de lo previsto en las normas. En cambio, en la segunda Sentencia el Tribunal consideró que las valoraciones realizadas por un evaluador –las anotaciones subjetivas– en un examen de admisión a un instituto de auditores públicos son un dato personal no sólo del examinador sino también del examinado, al ser informaciones sobre el autor del examen respecto del cual se hacen evaluaciones sobre sus conocimientos y capacidades. Además, el hecho de tener esta información consecuencias en sus expectativas laborales y vitales permite otorgar preferencia al derecho de acceso del examinado sobre el también dato del examinador. Cfr. Villalba Cano, L., *op. cit.* pp. 322-343. y Jové Villares, D., *cit.* pp. 278-286.

[21] Cfr. Epping, V., *Grundrechte*, *cit.* p. 309, núm. 635. Cfr. BVerfGE 118, 168, 185; 130, 151, 183; 120, 399. Lo que se protege es el «*derecho del individuo a decidir en principio cuándo y dentro de qué límites se revelan los hechos personales de la vida*», incluso si los datos no se refieren a la esfera privada o incluso a la intimidad. Cfr. Jarass, Hans Dieter y Pieroth, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, *cit.* p. 80, núm. 42 –con referencias a Sentencias del BVerfG–.

sión del acceso a la información por decisión del legislador o afectará en el desarrollo del juicio de proporcionalidad. No obstante, como señalamos tempranamente, «una información relativa a una persona física identificada o identificable, por nimia que parezca, sometida a tratamiento, puede limitar los derechos de las personas. No tiene sentido tratar de limitar el concepto de dato personal para facilitar el acceso a información pública. […] Que el dato sea público influirá en el equilibro entre el derecho fundamental a la protección de datos personales y el derecho de acceso a archivos y registros administrativos a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad, pero el carácter público no sirve para negar su condición de dato personal. Para limitar el derecho fundamental a la protección de datos personales no es necesario cargarse el concepto de dato personal, sino entender que este derecho está sometido a límites» [22].

El legislador europeo y nacional ha considerado históricamente, al regular el objeto y el ámbito de aplicación, que la titularidad del derecho fundamental a la protección de datos personales le corresponde a las personas físicas [23], excluyendo expresamente a «personas jurídicas y en particular a empresas constituidas como personas jurídicas» [24], lo que no evitó la necesidad de resolver cuestiones problemáticas como las relativas a los datos de los autónomos o de los fallecidos, donde existieron algunas divergencias. En el primer caso, el artículo 2.3 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre –RLOPD–, afirmó que «los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal». Sin embargo, a nuestro juicio, esta previsión del RLOPD limitaba el objeto y el ámbito de aplicación de manera incompatible con la Directiva 95/46/CE y con la LOPD, que se extendía a todos los datos de perso-

[22] Esta reflexión la hicimos en «La protección de datos personales como límite al acceso a la información pública en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Comentario al artículo 15», en *Comentario a la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.* Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, p. 977 y anteriormente en *La protección de datos personales, cit.* pp. 729-732, especialmente notas 59 y 61.

[23] El RGPD, al regular el «Objeto», señala que «*establece las normas relativas a la protección de las personas físicas*» –artículo 1.1– y «*protege los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas*» –artículo 1.2–, definiendo también dato personal como «*toda información sobre una persona física identificada o identificable*» –artículo 4.1-; expresiones semejantes se incluían en la Directiva 95/46/CE –arts. 1.1 y 2.a)– y en la LOPD –arts. 1 y 3.a)–.

[24] Cfr. el Considerando 23 del RGPD. Recientemente se ha publicado un interesante trabajo sobre el derecho al honor de las personas jurídicas. Cfr. Tenorio Sánchez, P., «Derecho al honor o reputación de las empresas mercantiles en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2023, núm. 27(2), pp. 447-477.

nas físicas identificadas o identificables sometidos a tratamiento, sin perjuicio de que los tratamientos de datos personales de los profesionales autónomos sean lícitos y no requieran el consentimiento del interesado cuando sea necesario para la satisfacción de un interés legítimo del responsable o de un tercero –artículos 6.1.b) y f) RGPD y 7.f) Directiva 95/46/CE–, un planteamiento que habíamos defendido reiteradamente durante muchos años[25] y que se encuentra ya recogido en el artículo 19 LOPDGDD. En el segundo caso, hemos defendido que algunos principios de protección de datos son aplicables a la información sobre fallecidos, también como garantía institucional de otros derechos, teniendo en cuenta la legislación, especialmente sanitaria y de patrimonio histórico, que establece la obligación de preservar la confidencialidad de la información sobre fallecidos y la subsistencia del deber de secreto, por lo que los datos de los fallecidos no son *res nullius* sino un bien jurídico que merece protección[26]. En todo caso, como señalamos en su momento, no le correspondía al RLOPD definir los titulares de un derecho fundamental o establecer su ámbito objetivo de aplicación, para reducir el nivel de protección y excluir tratamientos de datos personales que estaban incluidos en la Directiva 95/46/CE y en la LOPD.

IV. EL CONCEPTO DE TRATAMIENTO Y LA NOCIÓN ESTRICTA DE TRATAMIENTO NO AUTOMATIZADO

El segundo elemento que afecta a la especificidad del derecho fundamental a la protección de datos personales es el concepto de tratamiento. La exigencia de que exista un tratamiento forma parte esencial de la delimitación del objeto y del ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos personales –artículos 1.1 y 2.1 RGPD, artículo 3.1 Directiva 95/46/CE, artículo 2.1 LOPDGDD y artículos 1 y 2.1 LOPD–[27], lo que evita también que las autoridades de control puedan pretender ejercer una jurisdicción universal sobre todos los datos personales, aunque no estén siendo sometidos a tratamiento. Así,

[25] Cfr. Troncoso Reigada, A., *La protección de datos personales...*, *cit.* pp. 791-793 y 950-953; anteriormente «Introducción y Presentación», en *Protección de datos personales para Administraciones Locales.* Civitas-APDCM, 2008, pp. 24-27; recientemente en «Las categorías especiales de datos personales y los tratamientos de datos de salud (Comentario al artículo 9 RGPD y a la Disposición adicional decimoséptima de la LOPDGDD)», en el *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos, cit.* p. 4633, nota 24.

[26] Esta cuestión la hemos recordado recientemente en «Las categorías especiales de datos personales», *cit.* pp. 4634-4636, esp. nota 30, donde se recogen los trabajos anteriores que abordaban la cuestión.

[27] El objeto y el ámbito de aplicación del RGPD y de la LOPDGDD lo hemos abordado en «Las categorías especiales de datos personales», *cit.* pp. 4629-4639 y en «Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales», *REDE*, núm. 43, 2021, pp. 72-79.

como insistimos tempranamente [28], no es suficiente la presencia de un dato personal para que entre en juego el derecho fundamental a la protección de datos personales. El derecho fundamental a la protección de datos personales no es un derecho que tiene por objeto proteger en todos los supuestos los datos personales –siempre ha habido datos personales–, sino que nace para proteger los datos personales frente a las amenazas que suponen los tratamientos, primero en el tiempo y principalmente los automatizados –Convenio 108 del Consejo de Europa, LORTAD–, después también los no automatizados para evitar los «riesgos graves de elusión», como señalaba el Considerando 27 de la Directiva 95/46/CE, reproducido con peor técnica normativa en el Considerando 15 RGPD [29]. Por tanto, cobra una especial importancia para el ejercicio del derecho a la protección de datos personales determinar si existe o no tratamiento, una afirmación que es más sencilla en el tratamiento automatizado, antojándose más complicada en el caso de los tratamientos no automatizados, tratándose de una definición en términos negativos, si bien los Considerandos 15 y 27 de la Directiva 95/46/CE contuvieron unos criterios muy sólidos para su determinación que han sido seguidos en gran medida por el RGPD [30]. Esta cuestión se hizo especialmente acuciante en nuestro país al transponerse la Directiva 95/46/CE a través de la LOPD y tuvo su traducción práctica, por ejemplo, en el debate sobre si el derecho a la protección de datos personales era aplicable a los libros de bautismo, especialmente el derecho de rectificación y cancelación, cuando los expedientes de bautismo en papel no eran objeto de un tratamiento no automatizado y, por tanto, no existía un fichero manual-estructurado [31]. Igualmente, la existencia de un tratamiento no

[28] Esta cuestión la abordamos en «La protección de datos personales como límite al acceso», *cit.* pp. 980-984 y *La protección de datos personales, cit.* pp. 731-741 («La exigencia de que exista tratamiento. El concepto de tratamiento automatizado y manual estructurado»), que recoge sustancialmente un texto de 2008.

[29] Las diferencias en la definición de tratamiento no automatizado en el RGPD y en la Directiva 95/46/CE las hemos abordado en «Las categorías especiales de datos personales», *cit.* pp. 4630-4632, y en «Hacia un marco jurídico europeo», *cit.* pp. 72 y 73.

[30] Durante esos años defendimos un concepto estricto de tratamiento no automatizado en virtud del cual para que pueda afirmarse que un documento en papel con datos personales es objeto de un tratamiento manual es necesario que ese documento esté contenido, destinado a ser contenido o proceda de un fichero manual-estructurado, entendiéndose por tal cuando la documentación en papel está organizada y archivada conforme a criterios específicos relativos a las personas que faciliten la accesibilidad a los datos de forma sencilla sin esfuerzos desproporcionados, como, por ejemplo, cuando la información en papel esta alfabetizada u organizada en virtud de un DNI. Es esta estructuración de la información en virtud de personas y la fácil accesibilidad lo que supone una amenaza a los derechos de las personas y lo que obliga al responsable a garantizar los derechos de acceso, rectificación y cancelación de la información en un plazo breve –*ibídem*–.

[31] Desde esta perspectiva, como habíamos señalado reiteradamente durante esos años, un expediente de bautismo no es un fichero manual-estructurado ya que la información no se encuentra estructurada en virtud de personas sino en virtud de una fecha desconocida para la mayoría de ellas, que es la de su

automatizado de datos personales fue especialmente importante a la hora de determinar si la protección de datos personales suponía un límite al derecho de acceso a la información pública sobre expedientes administrativos en papel, lo que no ocurría cuando estos no conformaban un fichero manual-estructurado. Así, la Directiva 95/46/CE –y ahora el RGPD– dejaba claro que las carpetas y conjunto de carpetas con documentación y expedientes administrativos que no estén ordenadas conforme a criterios personales no conformaban un conjunto estructurado de datos personales y «no están comprendidas, en ningún caso, en el ámbito de aplicación de la […] Directiva» [32]. Esto tuvo también algunas implicaciones en relación con la normativa de seguridad que había que implantar en los ficheros manuales-estructurados. Así, en esa época se abrió un debate sobre la aplicación del Reglamento de Medidas de Seguridad de los Ficheros automatizados que contengan Datos de Carácter Personal, aprobado por el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, a los ficheros manuales. En ese punto, recordamos el especial sometimiento al principio de legalidad del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y la necesidad de interpretar de manera restrictiva la normativa que la regula –que impide la analogía en el procedimiento sancionador–, por lo que ese Reglamento de Medidas de Seguridad de los Ficheros automatizados «no puede servir para declarar una infracción para ficheros manual-estructurados, ya que esto supondría una vul-

bautismo; además de que las personas ignoran habitualmente la parroquia donde se almacena esa información. Tampoco existe una fácil accesibilidad ya que localizar un expediente de bautismo implica un esfuerzo y un tiempo que hace imposible llevar a cabo el acceso, la rectificación o la cancelación y atender múltiples solicitudes de apostasía con los plazos perentorios que exigía la LOPD, justamente porque no existe tratamiento. Por tanto, los expedientes de bautismo no entraban dentro del objeto y ámbito competencial de la LOPD, sin perjuicio de la vigencia de otros derechos como el de intimidad o la libertad religiosa en sentido negativo. Esta posición fue refrendada por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 19 de septiembre de 2008 y de 14 de octubre de 2008, sobre los expedientes de Bautismo –ponentes Margarita Robles y Agustín Puente–, que corrigieron la posición de la AEPD en este punto –*La protección de datos personales, cit.* pp. 735-738, nota 66 y 71; y «Hacia un nuevo marco jurídico europeo», *cit.* p. 72, nota 110, y p. 98, nota 173–.

[32] Cfr. el Considerando 27 de la Directiva 95/46/CE que ha sido recogido sucintamente en el Considerando 15 del RGPD. Sin embargo, había autores que afirmaban que cualquier acceso de un tercero a un documento administrativo en papel era una comunicación de datos personales –o cualquier pérdida de un documento o carta donde se incluyan datos personales constituía una vulneración de la legislación–, sin valorar acaso si los datos personales figuraban, estaban destinados a incluirse o eran producto de un fichero manual-estructurado, como exigía la Directiva 95/46/CE. Esto suponía aplicar la normativa de protección de datos personales fuera de su objeto y de su ámbito de aplicación. Este planteamiento olvidaba que lo que pretendía la Directiva cuando extendió la protección de datos personales a los tratamientos no automatizados era garantizar la confidencialidad de los ficheros manual-estructurados en papel -historias clínicas, historias sociales, expedientes psicopedagógicos, etc.–, evitando el riesgo de que los responsables mantuvieran esa información en papel para eludir la normativa de protección de datos personales si ésta tenía como objeto únicamente los tratamientos automatizados. Esta cuestión la analizamos en «La protección de datos personales como límite al acceso», *cit.* pp. 737-741 y *La protección de datos personales, cit.* p. 983.

neración del principio de tipicidad y una interpretación extensiva del tipo in malam partem, lo que es incompatible con el principio de legalidad establecido en el artículo 25 CE» [33]. Por ello, se hizo necesario aprobar una normativa de seguridad de los ficheros manual-estructurados, lo que se llevó a cabo con el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD –artículos 105-114– [34].

V. UNA RESPUESTA LEGISLATIVA LENTA QUE NO SIEMPRE RESPETÓ LOS PARÁMETROS NORMATIVOS EUROPEOS: LAS CATEGORÍAS ESPECIALES DE DATOS PERSONALES Y LA CLÁUSULA DEL INTERÉS LEGÍTIMO

La normativa de protección de datos personales que desarrolla el artículo 18.4 CE ha sido una respuesta obligada a compromisos europeos [35]. En general, hay que señalar que las regulaciones generales de protección de datos personales han sido aprobadas en algunas ocasiones después que las sectoriales [36], especialmente en Latinoamérica [37]. Además, teniendo en cuenta el mandato constitucional al legislador contenido en el artículo 18.4 CE, el derecho a la protección de datos personales tuvo un desarrollo legislativo tardío en nuestro país. La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal –LORTAD– fue aprobada bastante más tarde que la Ley Federal de Protección de Datos de Alemania, de 27 de enero de 1977, o que la Ley francesa núm. 78-17, de 6 de

[33] Esta cuestión la mencionamos expresamente en *La protección de datos personales, cit.* pp. 100-101, nota 121 –refiriéndose a un trabajo de 2004–; p. 359, nota 185; pp. 487-495 –esp. p. 495, nota 450–; y p. 1839, nota 22.

[34] Muchas de estas medidas de seguridad provienen de dos Recomendaciones de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid: la Recomendación 2/2004, de 30 de julio, sobre custodia, archivo y seguridad de los datos de carácter personal de las historias clínicas no informatizadas; y la Recomendación 1/2005, de 5 de agosto, sobre archivo, uso y custodia de la documentación que compone la historia social no informatizada por parte de los Centros Públicos de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid.

[35] Hemos analizado cómo el derecho a la protección de datos personales se ha configurado con la influencia de instrumentos internacionales y, especialmente en nuestro país, se ha desarrollado en un contexto de integración supranacional, en «Introducción y Presentación» al *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos*, *cit.* pp. 171-176 –y, anteriormente, en «Hacia un nuevo marco jurídico europeo», *cit.*–. Cfr. también Villalba Cano, L., *op. cit.*

[36] El análisis sobre las ventajas de las regulaciones generales y sectoriales y la prevalencia de los modelos mixtos lo hemos abordado en *La protección de datos personales, cit.* p. 86-89.

[37] Cfr. Ordoñez Pineda, L. O., *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Ecuador. Situación actual y presupuestos para la formulación de un marco jurídico que asegure un nivel adecuado de protección.* Tesis doctoral, Universidad de Cádiz, 2021, Cap. III.

enero de 1978, sobre informática, ficheros y libertades y nació por el impulso europeo: el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, el Acuerdo de Schengen y la Propuesta de Directiva [38]. La aprobación de la Directiva 95/46/CE conllevó su transposición a través de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que pasó de ser un proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LORTAD para adaptarla a la Directiva a convertirse en una nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal [39]. Si el legislador se tomó siempre su tiempo, tampoco se dio mucha prisa el Gobierno pues hubo que esperar prácticamente a 2008 para que se aprobara el Reglamento de desarrollo de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, a través del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre [40]. Si el RGPD fue aprobado por el Parlamento Europeo y por el Consejo el 27 de abril de 2016 –publicado el 4 de mayo de 2016– y era aplicable a partir del 25 de mayo de 2018, el Gobierno apuró excesivamente el plazo de *vacatio legis* para ejercer la iniciativa legislativa [41], siendo finalmente aprobada la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, retraso que había obligado al Consejo de Ministros a aprobar previamente el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos. Peor le fue a la Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales y a la libre circulación de dichos datos, cuyo plazo de transposición finalizó el 6 mayo de 2018, y que finalmente se llevó a cabo mediante la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, después de una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que condenó a España [42]. En cam-

[38] Esta cuestión la analizamos en *La protección de datos personales, cit.* p. 81-89, esp. p. 84, nota 77.

[39] *Ibídem* pp. 89-95.

[40] *Ibídem* pp. 95-104.

[41] Si bien el Consejo de Ministros aprobó finalmente el 10 de noviembre de 2017 el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, hay que tener en cuenta que la Propuesta de Reglamento fue aprobada por la Comisión en enero de 2012 y tuvo una tramitación muy lenta en las instituciones europeas, interviniendo el Gobierno en el procedimiento legislativo por lo que este había dispuesto de la información y del tiempo suficiente para haber elaborado el anteproyecto con anterioridad. Esta cuestión la hemos analizado en «Introducción y Presentación» al *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos*, *cit.* pp. 188-189 y pp. 198-210.

[42] Cfr. la Sentencia del TJUE, de 25 de febrero de 2021, asunto C-658/19, Comisión Europea v. Reino de España, que condeno a España a pagar una suma de 15 millones de euros y una multa coercitiva diaria de 89.000 euros por no haber transpuesto la Directiva ni haber comunicado medidas para su transposición.

bio, en Alemania se aprobó el 30 de junio de 2017 la Ley de adaptación de la legislación vigente en materia de protección de datos al Reglamento (UE) 2016/679 y de trasposición de la Directiva (UE) 2016/680 [43].

Esta normativa española de protección de datos, a pesar de ser aprobada con demoras y por impulso europeo, no siempre respetó lo establecido en esos parámetros normativos, sino que en ocasiones se apartó de ellos. La LORTAD, al adelantarse a la Directiva 95/46/CE, trabajó con los primeros borradores de esta, mucho más exigentes que el texto definitivamente aprobado [44]. La LOPD, planteada por el Gobierno inicialmente como una simple modificación y adaptación de la LORTAD a la Directiva 95/46/CE, miró más a la LORTAD y menos a las novedades que suponía la Directiva 95/46. De hecho, algunas de las novedades que el RGPD introduce en nuestro ordenamiento jurídico nacional de protección de datos personales –como la cláusula del interés legítimo del responsable– ya estaban en la Directiva 95/46/CE y lo son por no haber sido adecuadamente transpuestas en la LOPD. Esta querencia de la LOPD hacia la LORTAD, que lógicamente le alejaba de la Directiva 95/46/CE, se observa, por ejemplo, en la supervivencia en el Título IV de la LOPD de la distinción de régimen jurídico entre ficheros de titularidad pública y de titularidad privada, que provenía del también Título IV de la LORTAD y que no estaba presente en la Directiva.

Esta querencia de la LOPD hacia la LORTAD también se apreciaba en la denominación «Datos especialmente protegidos» y en el régimen jurídico del consentimiento expreso y escrito para el tratamiento de datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias –artículo 7.2 LOPD–, que tampoco estaba en la Directiva 95/46/CE y que también procedía del artículo 7 de la LORTAD [45]; consentimiento expreso y es-

[43] Cfr. Badura, P., *Staatsrecht*, *cit.* pp. 157-158, núm. 36. Posteriormente se promulgó la segunda Ley de adaptación de la legislación vigente en materia de protección de datos al Reglamento (UE) 2016/679 y de trasposición de la Directiva (UE) 2016/680, de 20 de noviembre de 2019, y la Ley de trasposición de la Directiva (UE) 2016/680 en el procedimiento penal y de adaptación de disposiciones jurídicas de protección de datos al Reglamento (UE) 2016/679, también de 20 de noviembre de 2019.

[44] Cfr. *supra* nota 38.

[45] Como ya hemos explicado en otro momento, «*inicialmente se puede afirmar que la regulación de las categorías especiales de datos personales en el RGPD presenta una cierta continuidad en relación con la que sobre esta materia hacía el artículo 8 de la Directiva 95/46/CE. De hecho, el título del artículo 9 del RGPD "Tratamiento de categorías especiales de datos personales" mantiene en términos generales la terminología empleada en el artículo 8 de la Directiva 95/46/CE que era "Categorías especiales de tratamiento", esta última mucho más confusa. Más diferencias presenta el artículo 9 del RGPD en relación con la regulación sobre esta materia recogida en los artículos 7 y 8 LOPD. Esto es debido a que la LOPD, más que una transposición de la Directiva 95/46/CE, era una adaptación a ésta de los artículos 7 y 8 LORTAD. Así, la LOPD tiene una mayor conexión material con la LORTAD que con la Directiva 95/46/CE. Realmente, como hemos dicho en otro momento, a la hora de llevar a cabo un análisis del derecho europeo y nacional sobre protección de datos personales, es necesario no perder de vista las rela-*

crito que se trasladó al artículo 15.1 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno –LT– para el acceso a información administrativa que contuviera datos personales que revelen la ideología, afiliación sindical, religión o creencias. La LOPDGDD, al regular el tratamiento de las categorías especiales de datos personales basado en el consentimiento del afectado –artículo 9–, teniendo en cuenta el artículo 9.2.a) RGPD, no incluye el requisito del consentimiento expreso y escrito para el tratamiento de los datos de opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas o afiliación sindical que antes estaba presente en el artículo 7.2 LOPD. Sin embargo, extrañamente, la nueva redacción del artículo 15.1 de la LT ofrecida por la Disposición final undécima. Dos de la LOPDGDD, en relación con el ejercicio del derecho de acceso cuando la información solicitada tuviera datos especialmente protegidos, redacta de nuevo el artículo 15.1, primer párrafo, suprimiendo la mención al artículo 7 LOPD, pero manteniendo la regla del consentimiento expreso y escrito [46]. Esto lleva «a la situación paradójica de que sea suficiente el consentimiento expreso para el tratamiento o la cesión a un tercero de datos de opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas o afiliación sindical, pero para el ejercicio de un derecho de acceso a información administrativa en la que se contuviera esta clase de datos serían necesario el consentimiento expreso y escrito. Esto no parece ser algo buscado de propósito por el legislador sino un problema de técnica legislativa característico de la modificación de los proyectos de ley en el trámite de enmiendas» [47].

La mala transposición de la Directiva 95/46/CE por la LOPD y su querencia por la LORTAD se manifestó especialmente en la omisión en el artículo 7 de la LOPD de la cláusula del interés legítimo del responsable o de un tercero como supuesto de legitimación del tratamiento –artículo 7.f) Directiva 95/46/CE–, como puso de manifiesto la STJUE, de 24 de noviembre de 2011 [48]. Al no transponer este supuesto de licitud del tratamiento, el legis-

---

ciones entre RGPD y Directiva 95/46/CE y entre LOPD y LORTAD» –«Las categorías especiales de datos personales», *cit.* p. 4646–.

[46] Así, este precepto establece que «*si la información solicitada contuviera datos personales que revelen la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el 'consentimiento expreso y por escrito del afectado', a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso*».

[47] *Ibídem* pp. 4655-4660.

[48] Un análisis temprano de esa Sentencia lo realizamos en «Hacia un nuevo marco jurídico europeo», *cit.* pp. 55-66. Como señaló esta Sentencia, el artículo 7.f) de la Directiva contenía dos requisitos acumulativos para que un tratamiento de datos personales sea considerado lícito sin que medie el consentimiento del interesado: que sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos; y que en el caso

lador se vio obligado a incluir otro supuesto como la no exigencia del consentimiento para el tratamiento cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público –artículos 6.2 y 11.2.b) LOPD–, debilitando la ponderación con los derechos y libertades fundamentales del interesado prevista en el artículo 7.f) de la Directiva 95/46/CE [49] y determinando previamente qué concretos ficheros tenían la consideración de fuentes accesibles al público «cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona» –artículo 3.j) LOPD–. De esta forma, el legislador anticipaba los supuestos en los que el *balance test* justificaba que los responsables lleven a cabo los tratamientos de datos personales sin consentimiento del interesado, como eran, por ejemplo, la notificación de riesgos crediticios o la actividad de publicidad y prospección comercial, sin permitir ponderar los derechos en conflicto en cada caso concreto más allá de las fuentes accesibles al público. La exigencia de que la información figurase en fuentes accesibles al público y la regulación tasada de estas suponía una restricción indebida de los tratamientos y de las cesiones sin consentimiento previstas en el artículo 7.f) y establecía una obligación adicional que no estaba contemplada en la Directiva, que no era de mínimos sino de armonización completa, que funcionaba como norma de máximos y que impedía que el legislador nacional introdujera una protección más rigurosa de los datos personales. La falta de transposición de la cláusula del interés legítimo también obligó a interpretar la regla del consentimiento para permitir el consentimiento tácito –para llamarle consentimiento a lo que no lo era o a lo que podía ser, en el fondo, la satisfacción de un interés legítimo del responsable– [50]. La Sentencia del TJUE, de 24 de noviembre de 2011, fue muy importante, porque ponía de manifiesto lo que veníamos diciendo años antes: que España había transpuesto mal la Directiva 95/46/CE [51], siendo excesivamente garantista con

concreto no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado, lo que obligaba siempre a llevar a cabo una ponderación. Este precepto contenía una obligación incondicional y suficientemente precisa que tenía efecto directo.

[49] Inicialmente la LOPD regulaba el tratamiento de datos personales que figuren en fuentes accesibles al público cuando fuera «*necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el tercero a quien se comuniquen los* datos, *siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado*» –artículo 6.2 LOPD *in fine*–, lo que llamaba a una ponderación por parte del responsable que en la práctica ni se exigía ni se llevaba a cabo.

[50] Esta cuestión la hemos analizado en «Las categorías especiales de datos personales», *cit.* pp. 4641-4642 y anteriormente en «Hacia un nuevo marco jurídico europeo», *cit.* 93-96. El Tribunal Constitucional Federal alemán también admitió en su momento que el consentimiento podía ser tácito –BVerfGE 106, 28/45 s–.

[51] Esta cuestión la habíamos abordado en *La protección de datos personales, cit.* pp. 198-2006 y anteriormente en *An Approach to Data Protection in Europe.* Thomson Civitas-APDCM, Madrid, 2007, pp. 27-30

el derecho a la protección de datos personales, dejando desamparados otros bienes constitucionales.

VI. UNA CONTRIBUCIÓN NO SIEMPRE POSITIVA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL QUE AÑADIÓ ALGUNAS RIGIDECES A LA LEGISLACIÓN

A esta situación se añadió una contribución no siempre positiva de la jurisprudencia constitucional, que añadió algunas rigideces a la legislación española en este ámbito, especialmente cuando resolvió los recursos de inconstitucionalidad contra los preceptos de la LORTAD que se mantenían en la LOPD [52]. Así, teniendo claro que la legislación española llevó a cabo una transposición más exigente de la Directiva 95/46/CE que la que hicieron la mayoría de los países europeos y habiendo puesto de manifiesto la Comisión Europea que «el hecho de que la Ley Española atribuya un tratamiento especial a los procesos que consisten en la revelación de información a terceras personas –cesión de datos– hace que los tratamientos de datos personales sin el consentimiento del interesado sean considerablemente más difíciles en España que en otros países» [53], llamaba la atención que el Tribunal Constitucional en la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, cuando tuvo que enjuiciar la constitucionalidad del precepto que preveía la cesión de datos entre Administraciones Públicas afirmara su inconstitucionalidad por ser excesivamente flexible, apartándose de la opinión generalmente admitida en el derecho europeo sobre lo que el derecho a la protección de datos personales significaba. Además, lo que planteaba la doctrina crítica con la LORTAD y con la LOPD –también la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre– era difícilmente exigible por las autoridades de control competentes sobre los tratamientos de datos personales por las Administraciones Públicas [54].

---

[52] Hemos tenido la oportunidad de analizar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental a la protección de datos personales en *La protección de datos personales, cit.* pp. 105-168.

[53] Cfr. *Analysis and impact study on the implementation of Directive EC 95/46 in Member States*, que analizamos en *An Approach to Data Protection in Europe, cit.* Cfr. nuestro comentario al artículo 11 de la LOPD «La comunicación de datos personales», en Troncoso Reigada, Antonio (Dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal.* Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 950-1005.

[54] La Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre también contenía apreciaciones interesantes en relación con la información al interesado y el derecho de acceso. La crítica a esta Sentencia la hemos realizado *ibídem* pp. 140-162.

VII. EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES COMO INJERENCIA EN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES O LA PRESUNCIÓN GENERAL DE LICITUD DEL TRATAMIENTO

Posiblemente uno de las conclusiones más interesantes a las que ha llegado la doctrina recientemente es que el tratamiento de datos personales no supone de por si una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales pues es el presupuesto del ejercicio del derecho [55]. Ya hemos mencionado anteriormente cómo en el pasado hemos insistido en la exigencia de que exista un tratamiento para que pueda ejercerse el derecho fundamental a la protección de datos personales. Desde este planteamiento, la injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales se produce cuando el tratamiento de datos personales no cumple unas condiciones –no respeta los principios, los derechos y las obligaciones del responsable–, lo que supone, de alguna manera, una revisión de la doctrina tradicional.

Sobre esta cuestión quisiera apuntar únicamente dos ideas. Así, en primer lugar, la consideración del tratamiento de datos personales como una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales obligaba a llevar a cabo un juicio de proporcionalidad de esta injerencia y, por tanto, a realizar una ponderación, de forma que se proteja mejor el derecho. Además, en segundo lugar, la consideración del tratamiento de datos personales como una injerencia era, en gran medida, consecuencia de la comprensión del derecho fundamental a la protección de datos personales como un derecho a la autodeterminación informativa, que pivotaba sobre el principio del consentimiento del interesado. Esta construcción doctrinal en nuestro país no era una mera elucubración sino el resultado de que tanto la LORTAD como la LOPD –arts. 6 y 11– regularan el tratamiento de datos y las cesiones sobre la base del consentimiento del interesado. Los artículos 6 de la LOPD y de la LORTAD se titulaban «Consentimiento del afectado», siendo configurados el resto de supuestos contemplados en estos preceptos como excepciones al consentimiento del interesado [56]. En el fondo, para que el tratamiento de datos personales fuera lícito, o había consentimiento o había ley. La Ley era considerada un límite

[55] A esta conclusión han llegado por caminos separados Jové Villares y Villalba Cano. Cfr. Jové Villares, D., *Tratamiento frente a dato*. Tesis doctoral, Universidad de La Coruña, 2022, pp. 286-295.,*cit.* pp. 286-295. y Villalba Cano, Laura, *op. cit.*

[56] Así, el artículo 6.1 LOPD establecía que «*el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa*», incluyéndose seguidamente en el artículo 6.2 LOPD un conjunto de supuestos donde «*no será preciso el consentimiento*» del interesado.

al derecho fundamental que implicaba el consentimiento del interesado para el tratamiento. Teniendo en cuenta la regulación contenida en la LORTAD y la LOPD, se entiende que el derecho a la protección de datos fuera calificado, desde una perspectiva doctrinal, como un derecho a la autodeterminación informativa, una expresión que manifestaba la importancia del consentimiento individual [57], y que los tratamientos de datos personales sin el consentimiento de la persona fueran considerados injerencias en el derecho a la protección de datos personales [58].

Distinta es la posición del RGPD, que sigue en este punto –como en muchos otros– la estela de la Directiva 95/46/CE. El RGPD, al regular la «Licitud del tratamiento» de datos personales en el artículo 6, no establece en los supuestos de licitud del tratamiento de datos personales una preeminencia o preferencia de unos supuestos sobre otros. Así, el RGPD señala que «el tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones» –artículo 6.1–. Este planteamiento también es coherente con la previsión contenida en la CDFUE que señala que los datos se tratarán «sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la Ley» –artículo 8.2–, en concordancia con lo que ya en ese momento contemplaba la Directiva 95/46/CE. De esta forma, el RGPD, después de afirmar el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos personales como primer supuesto para la licitud del tratamiento –artículo 6.1.a)–, al mismo tiempo regula un conjunto de supuestos de licitud del tratamiento de datos, que no están configurados como excepciones al consentimiento del interesado, siguiendo un modelo de regulación semejante al previsto en la Directiva 95/46/CE –artículo 7– [59]. Además, el hecho de que el artículo 6 del RGPD lleve por título «*Licitud del tratamiento*» supone una cierta presunción de que el tratamiento de estas categorías generales de datos es lícito, por ejemplo, cuando es

[57] La expresión de derecho a la autodeterminación informativa refleja la importancia en el derecho fundamental a la protección de datos personales de la voluntad del interesado, que también se manifiesta en el ejercicio de otras facultades como el derecho de oposición, de supresión o de rectificación –*La protección de datos personales, cit.* p. 137–.

[58] Lógicamente, hay que tener en cuenta la evolución en las distintas generaciones de leyes de protección de datos personales, desde un modelo de prohibición o represivo a un modelo más permisivo que afirma un principio de libertad de tratamiento de datos y que se centra en que se respeten los derechos de las personas. Como ejemplo paradigmático de Ley de la primera generación estaría la ley alemana de 27 de enero de 1977, que era la Ley de protección frente al uso indebido de datos de carácter personal en el tratamiento de datos –*Gesetz zum Schutz vor Missbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung–,* más conocida por Texto antiguo de la Ley Federal de Protección de Datos –*Bundesdatenschutzgesetz alte Fassung* (BDSG aF)–. Esta cuestión la hemos abordado en *La protección de datos personales, cit.* p. 77-81.

[59] Este planteamiento lo habíamos realizado en «Las categorías especiales de datos personales», *cit.* pp. 4639-4646.

necesario para la satisfacción de intereses legítimos del responsable o de un tercero, lo que se corresponde con lo ya previsto en el artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, que se titulaba «Principios relativos a la legitimación del tratamiento». Desde este nuevo modelo normativo se puede plantear doctrinalmente que los tratamientos de categorías generales de datos personales no deban ser considerados necesariamente injerencias en el derecho a la protección de datos personales. Esto contrasta con la regulación de las categorías especiales de datos personales donde se establece que «quedan prohibidos el tratamiento» de categorías especiales de datos personales –artículo 9.1 RGPD–, en la misma medida que lo hacía la Directiva 95/46/CE que establecía que «los Estados miembros prohibirán el tratamiento» de estas categorías especiales –artículo 8.1–. De esta forma, se establece una presunción de que los tratamientos de categorías especiales datos personales no son conformes a derecho y suponen de por sí una grave injerencia no sólo en el derecho fundamental a la protección de datos personales sino también en otros derechos fundamentales de los que la protección de datos personales es una garantía institucional, por lo que deben superar un control estricto de legitimidad [60].

VIII. LA RELEVANCIA DE LOS PRINCIPIOS DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL CONSTITUCIONALISMO QUE CUIDA A LOS DÉBILES. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El derecho a la protección de datos personales no tiene en el consentimiento del interesado su principio jurídico fundamental pues es mucho más que un derecho a la autodeterminación informativa, formando una parte esencial de su contenido los principios relativos al tratamiento –artículo 5 RGPD–. Estos suponen, de alguna manera, la bóveda del sistema de protección de datos personales, una especie de cláusula de cierre. Además, los principios relativos al tratamiento, por su conexión a un derecho fundamental, tienen un carácter dogmático-axiológico y recogen cómo los datos personales deben ser tratados para respetar la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad –artículo 10.1 CE– [61]. Estos principios suponen el marco normativo que protege a las personas más vulne-

[60] *Ibídem* pp. 4652-4653.

[61] Esta cuestión la hemos analizado en «Los principios relativos al tratamiento (Comentario al artículo 5 RGPD y al artículo 4 LOPDGDD)», en el *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos, cit.* pp. 848-855, esp. p. 851.

rables –menores, inmigrantes, personas mayores– y son manifestación de un constitucionalismo que cuida a los débiles, que no siempre encuentran en el consentimiento su principal instrumento de garantía [62]. En especial, hay que destacar el principio de calidad y proporcionalidad. Así, tradicionalmente hemos insistido que el consentimiento del interesado no convierte en legítimo un tratamiento de datos personales que vulnere el principio de calidad.

Durante muchos años las autoridades de control no han aplicado frecuentemente el principio de proporcionalidad en las resoluciones o en los informes jurídicos. Tampoco la LORTAD ni la LOPD mencionaban siquiera la palabra proporcionalidad [63]. Por ese motivo, la mayoría de los informes del servicio jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos en su primera época resolvían las consultas teniendo en cuenta principalmente si existía consentimiento o habilitación legal [64], sin mencionar el juicio de proporcionalidad. En cambio, la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid sí resolvió muchas de las cuestiones a la luz del principio de proporcionalidad, criterio esencial en la aplicación de los límites a los derechos fundamentales y, por tanto, anterior al RGPD. Además, el principio de calidad, presente en el artículo 4 de la LORTAD y de la LOPD, correctamente entendido, se correspondía en gran medida con el principio de proporcionalidad. Por este motivo, el enjuiciamiento constitucional de la legitimidad de la videovigilancia por las Administraciones Públicas se podía hacer a la luz del principio de proporcionalidad. Lo mismo podía decirse del enjuiciamiento constitucional de la publicidad administrativa, donde había que aplicar el subjuicio de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto [65], frente a la doctrina administrativa que

---

[62] Cfr. «Introducción y Presentación» en el *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos*, *cit.* p. 153.

[63] Únicamente existe una referencia indirecta en el artículo 5.5 LOPD, que exonera del cumplimiento de la información al interesado cuando los datos no hayan sido recabados del mismo y «*la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados, a criterio de la Agencia de Protección de Datos o del organismo autonómico equivalente, en consideración al número de interesados, a la antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias*».

[64] Así, en este aspecto hay que destacar los informes jurídicos en la etapa como Director de la AEPD de Juan Manuel Fernández –1998-2002–, un magistrado que había sido Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y que impulsó con mucho acierto la actividad de inspección.

[65] Así, la Instrucción 1/2007, de 16 de mayo, de la APDCM, sobre el tratamiento de datos personales a través de sistemas de cámaras o videocámaras en el ámbito de los Órganos y Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid exigía al responsable un informe que justificase la proporcionalidad del tratamiento de datos personales –artículo 2.2–. Igualmente, la Recomendación 2/2018, de 25 de abril, de la APDCM sobre publicación de datos personales en boletines y diarios oficiales en Internet, en sitios web institucionales y en otros medios electrónicos y telemáticos, aplicaba el principio de proporcionalidad –artículos 5-12–. Cfr. también *Principios y derechos de protección de datos personales. Doctrina de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid 2002-2009.* Thomson Reuters Civitas-APDCM, 2010, pp. 221-342. Esta cuestión la hemos explicado en «Los principios relativos al tratamiento (Comen-

se inclinaba por el principio de máxima publicidad [66]. También muchas cuestiones relativas al derecho al olvido en el pasado se podían resolver a la luz del principio de proporcionalidad [67].

En cambio, el RGPD subraya la importancia del principio de proporcionalidad en la actividad del legislador, exigiendo que cuando la base jurídica prevea el tratamiento, este sea proporcional al objetivo perseguido, respete en lo esencial el derecho a la protección de datos personales y establezca medidas para proteger los derechos del interesado –artículos 6.3 y 9.2g), i) y j)–. También el RGPD está llamando a una constante ponderación de la autoridad de control para la resolución de los conflictos en protección de datos personales, aplicando el principio de proporcionalidad y subrayando la necesidad de esgrimir una adecuada argumentación y llevar a cabo un equilibrio de bienes e intereses. Especialmente el RGPD dirige esta exigencia de ponderación al responsable del tratamiento. Así, la responsabilidad proactiva le obliga al responsable a tomar las medidas apropiadas a fin de garantizar que el tratamiento de datos personales sea conforme al RGPD, teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento, así como los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas –artículo 24.1–, especialmente a la hora de garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo –artículo 32–, realizar una evaluación de impacto –artículo 35– o una consulta a la autoridad de control –artículo 36–. Existe una intensa relación entre la responsabilidad proactiva y la autorregulación, en la que están muy presentes también las obligaciones de ponderación. Especialmente el RGPD está llamando a la ponderación del responsable del tratamiento cuando pretende aplicar la cláusula del artículo 6.1.f) como supuesto de licitud, que permite el tratamiento de datos personales sin consentimiento del interesado cuando «es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no

tario al artículo 5 RGPD y al artículo 4 LOPDGDD)», en el *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos, cit.* pp. 873-876.

[66] Estas consideraciones las hemos realizado tempranamente en «Transparencia administrativa y protección de datos personales». Civitas-APDCM, Madrid, 2008, pp. 23-170; posteriormente en *La protección de datos personales, cit.* pp. 760-830 y pp. 871-883, nota 340, con crítica a la primera jurisprudencia constitucional en este ámbito; y, recientemente, «La protección de datos personales como límite al acceso a la información pública en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. Comentario al artículo 15», *cit.* pp. 991-1007.

[67] Sobre esta cuestión, cfr. Jiménez-Castellanos Ballesteros, Inmaculada, *El derecho al olvido digital del pasado penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021 –en el que tuvimos la oportunidad de hacer el prólogo donde se encuentra nuestra posición sobre la cuestión, pp. 15-66–. Cfr. también Álvarez Caro, M., *Derecho al olvido en Internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital.* Reus, Madrid, 2015.

prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales».

IX. LA RELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES COMO DERECHO DE LIBERTAD

La normativa de protección de datos personales sigue apostando por el consentimiento del interesado como instrumento esencial para el control de su información personal, por lo que la doctrina tradicionalmente ha considerado que el consentimiento y, en general, la autonomía de la voluntad del interesado sigue estando en el centro del derecho fundamental a la protección de datos personales, aunque no sea el principio jurídico fundamental. Sin embargo, recientemente se ha tanteado un posible cambio de paradigma en este sentido, planteando que no haría falta el consentimiento, existiendo otros instrumentos de control sobre los tratamientos de datos personales. En esta dirección, Gil González ha puesto de manifiesto brillantemente los límites de ese consentimiento del interesado [68]. Así, el consentimiento parte de que la persona ha leído la información que se le presenta, la comprende y toma una decisión, lo que sólo se cumple en entornos comprensibles y previsibles. Sin embargo, para esta autora, el consentimiento no funciona bien en entornos cambiantes y complejos, como es el *big data*. En estos ámbitos, el consentimiento se convierte en algo automático e irreflexivo. Además, la regla del consentimiento supone responsabilizar a la persona por la toma de decisiones para las que no está preparada, de forma que al final el consentimiento se vuelve en su contra. Esto lleva a la autora a valorar otros instrumentos de control. Así, considera que no hace falta aferrarse al consentimiento como salvoconducto único, planteando el interés legítimo como garantía del interesado en entornos de *big data*. De esta forma, se lleva a cabo una comparación crítica entre un consentimiento idealizado *versus* un interés legítimo demonizado.

Evidentemente, el encaje doctrinal de la cláusula del interés legítimo del artículo 6.1.f) del RGPD es una novedad entre nosotros, aunque estuviera ya

[68] Cfr. Gil González, E., *El interés legítimo en el tratamiento de datos personales masivos.* Tesis doctoral, Universidad CEU San Pablo, 2020, esp. cap. IV y V. Otro trabajo muy relevante en el que no podemos detenernos ahora es el de Recio Gayo, M., *Análisis de la figura del delegado de protección de datos y cuestiones relevantes para el futuro desarrollo de su estatuto jurídico.* Tesis doctoral, Universidad CEU San Pablo, 2018, ambos dirigidos por Piñar Mañas, J. L., (el primero de ellos junto con Díaz-Romeral, A.).

contemplado como supuesto de licitud del tratamiento de datos personales en el artículo 7.f) de la Directiva 95/46/CE. En todo caso, el consentimiento es una facultad esencial del titular del derecho fundamental a la protección de datos personales, sigue siendo el principal instrumento de control de la información personal, y, por tanto, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales –de su naturaleza jurídica, de su tipo abstracto–, además de que sin el consentimiento para el tratamiento de los datos personales los intereses jurídicos que hacen nacer al derecho quedan desprotegidos. Además, las facultades del derecho a la protección de datos personales son manifestaciones de esa autonomía de la voluntad. Por tanto, el interés legítimo del «responsable» no es comparable con el consentimiento del «interesado», en lo que hace referencia a las facultades de control de la información personal y al contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales. No olvidemos que el consentimiento es una facultad del titular del derecho mientras que el interés legítimo es un criterio al que puede acudir el responsable para llevar a cabo un tratamiento de datos personales lícito, al margen del titular del derecho, sin perjuicio del ejercicio del derecho de oposición.

El mantenimiento de la relevancia del consentimiento es una doctrina clásica que sigue vigente porque está vinculado a la protección de datos personales como derecho de libertad. Así, la protección de datos personales nace como derecho de libertad, como se desprende de la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 15 de diciembre de 1983, sobre la Ley del Censo. Como no podía ser de otra forma, el RGPD sigue apoyándose mucho en el consentimiento y en la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de que establezca límites como la cláusula del interés legítimo [69]. Es verdad que el consentimiento no siempre es libre porque no hay transparencia en muchos tratamientos de datos personales, no es completa la información al interesado y hay asimetría de la información, etc., lo que hace que, en ocasiones, el control de la persona sobre sus datos personales se convierta en algo ilusorio. Pero ahí tiene que estar el legislador y la autoridad de control para garantizar la prestación efectiva de ese consentimiento, con las mejoras que en su momento supuso el RLOPD y en la actualidad el RGPD. Así, si el consentimiento está vinculado a

[69] Tradicionalmente el legislador español y la autoridad de control española han mirado con sospecha la cláusula del interés legítimo del responsable. Así, la Agencia Española de Protección de Datos ha sido contraria a la aplicación del interés legítimo en entornos de tratamiento de datos personales a gran escala. En cambio, GIL GONZÁLEZ es favorable. Lógicamente, las posiciones dogmáticas suelen estar justificadas o pueden ser explicadas desde planteamientos doctrinales en virtud de Resoluciones precedentes o a la luz de la posición profesional de cada uno.

la protección de datos personales como derecho de libertad, la existencia de una previsión legal que habilita el tratamiento de datos personales en virtud de un interés legítimo del responsable estaría más relacionado con los límites al derecho fundamental a la protección de datos personales. De esta forma, si el consentimiento es una herramienta de la que dispone el interesado para ejercer su derecho fundamental a la protección de datos personales, en cambio, la cláusula del interés legítimo es la habilitación que permite al responsable del tratamiento limitar el derecho fundamental. Por tanto, consentimiento e interés legítimo no están en el mismo plano y no son intercambiables.

X. LA EFICACIA HORIZONTAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y LA VISIÓN HOLÍSTICA DEL LEGISLADOR

Evidentemente, el consentimiento o el contrato no puede ser el único supuesto de licitud del tratamiento de datos personales porque esto convertiría la protección de datos personales en un derecho absoluto. Así, hay supuestos en los que puede existir un tratamiento de datos personales, aunque no haya consentimiento del interesado, porque existe un interés legítimo del responsable o de un tercero. Por tanto, el consentimiento individual no puede ser el único criterio porque en ocasiones se toman decisiones en función de los propios intereses, por lo que el legislador pone límites al consentimiento individual, también para el tratamiento de categorías especiales de datos personales. En este caso, lo que limita el derecho fundamental a la protección de datos personales no es el interés legítimo del responsable, sino la Ley que lo establece como supuesto de licitud del tratamiento en virtud del ejercicio de otro derecho fundamental o interés legítimo. Estamos, pues, en un supuesto de eficacia de los derechos fundamentales entre particulares por mediación del legislador. Es el legislador el que establece la eficacia limitada del derecho a la protección de datos personales en beneficio de la libertad de empresa. Se produce una eficacia mediata e indirecta *–mittelbare Drittwirkung–* de la protección de datos en las relaciones entre particulares por la interposición del legislador [70].

Es, por tanto, el legislador el que tiene la visión holística –total y completa– de la protección de datos personales que supera la perspectiva meramente

[70] El problema de la eficacia horizontal de los derechos *–Drittwirkung der Grundrechte-* y la distinta posición constitucional de los poderes públicos y de los particulares *–unmittelbare* y *mittelbare Drittwirkung–* lo hemos abordado en *Privatización, empresa pública y Constitución,* Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 169-181.

individual. Así, como señaló el Tribunal Constitucional Federal alemán, el individuo no tiene un derecho en el sentido de un dominio absoluto e irrestricto sobre «sus» datos; es más bien una personalidad que se desarrolla en el seno de la comunidad social y que depende de la comunicación [71]. Por ello, en principio el individuo debe aceptar las restricciones a su derecho a la protección de datos personales en virtud de un interés público superior. Le corresponde al legislador trascender del interesado concreto para estudiar los problemas de la sociedad en su conjunto, siempre sin afectar al contenido esencial del derecho fundamental, desarrollando la perspectiva colectiva del derecho a la protección de datos personales, que supere una visión meramente individual. Esta visión holística de la protección de datos personales no la tiene, obviamente, sólo el legislador sino también los jueces o las autoridades de control, siempre que estas últimas actúen de manera equilibrada y ponderada y no lleven a cabo una interpretación extensiva de la protección de datos personales que suponga una vulneración de otros derechos fundamentales y, por tanto, del ordenamiento constitucional. Y esa visión holística no la tiene ni el interesado ni tampoco el responsable del tratamiento de datos personales. No se puede pedir al ciudadano que tenga una perspectiva social. El ciudadano, cuando da su consentimiento, lo hace desde una perspectiva individual. También el responsable del tratamiento, cuando acude a la cláusula del interés legítimo y lleva a cabo la ponderación, no tiene una perspectiva social, sino que tiene un enfoque individual; no tenemos ese alto grado de confianza en el sentimiento ético del responsable [72]. Por tanto, el

[71] La información, incluso en la medida en que es personal, es un reflejo de una realidad social que no puede atribuirse exclusivamente a la persona interesada. La Constitución Alemana, como se ha subrayado repetidamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha decidido la tensión entre el individuo y la comunidad en el sentido de la relación con la comunidad y la obligación comunitaria de la persona. Cfr. BVerfGE 4, 7, 15; 8, 274, 329; 27, 1, 7; 27, 344, 351; 33, 303, 334; 50, 290, 353; y 56, 37, 49. Esta jurisprudencia aparece citada en *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* https://www.grundrechteschutz.de/gg/recht-auf-informationelle-selbstbestimmung-272 –*infra* nota 73–.

[72] Es positivo que en la propuesta sobre el resultado de la ponderación intervenga el delegado de protección de datos, el departamento jurídico o el responsable de seguridad, pero la decisión final le corresponde al responsable. La propia Gil González reconoce un cierto grado de parcialidad por parte del responsable. Así, señala en la Guía que «*si la ponderación de intereses arroja un resultado contrario al tratamiento, el responsable puede tomarlo como resultado provisional, adoptar nuevas medidas y garantías, y repetir la ponderación*» –*op. cit.* p. 495–. En general, la apuesta por el interés legítimo crea también una fuerte desigualdad entre empresas, pues no todas van a poder aplicar una guía tan sofisticada sobre el uso del interés legítimo. Para muchas pymes, lo más sencillo va a seguir siendo recurrir al consentimiento como supuesto de legitimación del tratamiento. La autora ha analizado de manera muy interesante las tecnologías *big data* como un proceso compuesto de tres fases: fase de recogida de datos; fase de análisis, que se caracteriza por un uso de algoritmos para descubrir correlaciones y patrones de comportamiento y que permite crear perfiles; y fase de aplicación de los resultados y de aplicación de los perfiles. Aborda el estudio de las diferentes bases de licitud en los distintos momentos del ciclo del proceso del tratamiento masivo de datos personales. Así, es en la fase de análisis donde se aplicaría el interés legítimo que puede servir de solución garantista para el interesado a la par que suficientemente flexible para el responsable.

centro focal de la normativa de protección de datos personales no puede ser el responsable y un sistema de obligaciones dirigido a este. Piénsese que los responsables también son los poderes públicos, la policía o los servicios de inteligencia cuando hacen búsquedas de arrastre, aunque no puedan emplear la cláusula del interés legítimo –artículo 6.1.f) RPDD, *in fine*–.

XI. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: DE DERECHO FRENTE AL ESTADO AL DESARROLLO DE SU DIMENSIÓN OBJETIVA E INSTITUCIONAL QUE PERMITE AL ESTADO PROTEGER A LA PERSONA FRENTE A LAS CORPORACIONES PRIVADAS

Por ese motivo, no se puede cambiar la visión clásica de la protección de datos centrada en la persona. Lógicamente, el derecho fundamental a la protección de datos personales ha sufrido una evolución histórica desde su nacimiento hasta la aprobación del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea que se ha reflejado en la dirección de la protección [73]. Así, el derecho a la protección de datos personales surge como derecho frente al Estado, como ponía de manifiesto la Ley del Estado de Hesse de 1970 que se limitaba a regular los tratamientos de datos personales de las Administraciones Públicas. La propia expresión «autodeterminación informativa», que eligió el Tribunal Constitucional Federal alemán en la Sentencia de 15 de diciembre de 1983 que declaró inconstitucionales algunos preceptos de la Ley del Censo, puso de manifestó que estamos ante un derecho de estatus negativo, que trataba de evitar fundamentalmente la recopilación estatal de datos personales. Por tanto, el derecho fundamental a la protección de datos personales como derecho de libertad se opone, por una parte, a los tratamientos que llevan a cabo los poderes públicos. En la actualidad sigue manteniendo ese carácter de derecho frente al Estado, como puso de manifiesto la Sentencia del Tribunal Constitu-

Esta autora plantea un concepto de interesado medio razonable. En todo caso, se trata sobre todo de una tesis que pasa *de las musas al teatro*, pues contiene una guía de buenas prácticas para la aplicación del interés legítimo en entornos *big data*. Además, la tesis contiene un modelo de autoevaluación, un «*test de confianza*», que busca identificar si el responsable se sentiría cómodo o seguro revelando de forma transparente cuáles son las finalidades del tratamiento. Otro trabajo muy interesante en estos últimos años es el de Perez Campillo, L., *El Derecho de la Protección de Datos Personales y la Industria de la Salud Digital.* Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2019.

[73] Seguimos en este punto lo expuesto en «Introducción y Presentación» al *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos*, *cit.* pp. 161-162.

cional Federal alemán, de 27 de febrero de 2008 [74], sobre búsquedas en línea por parte de los poderes públicos para la investigación criminal. Especialmente será un derecho frente al Estado en aquellos Estados constitucionales no suficientemente consolidados, democracias iliberales o constitucionalismos autoritarios, como ocurre en el centro y este de Europa o en Latinoamérica [75].

Además, como hemos señalado en otro momento, la protección de datos personales como derecho fundamental no tiene sólo un carácter defensivo sino también una dimensión objetiva e institucional en virtud de la cual el Estado tiene la obligación de impedir, a través de medidas legislativas, que el individuo sea objeto de una recopilación de datos personales. El legislador tiene un deber de protección que se aplica a las transacciones jurídicas privadas por lo que es un derecho fundamental que tiene una eficacia indirecta frente a terceros y supone una limitación a la libertad de contratación por intervención del legislador, especialmente pertinente en el caso de las relaciones contractuales en las que una de las partes contratantes tiene tal peso «que puede determinar de facto el contenido del contrato» [76]. Por tanto, las leyes de protección de datos cumplen el mandato constitucional de proteger los datos personales que son sometidos a tratamiento tanto por autoridades y organismos públicos como también por personas físicas o jurídicas de Derecho privado. Es relevante la cuestión de la eficacia horizontal del derecho fundamental a la protección de datos personales, especialmente por la situación de fuerte asimetría en este campo. Los agentes económicamente poderosos pueden invocar a menudo los derechos fundamentales con respecto a sus actividades mientras que los agentes económicamente más débiles –los portadores de los bienes protegidos perjudicados por los actores económicamente fuertes– están en muchas ocasiones sólo resguardados por la dimensión institucional del deber del Estado de pro-

[74] BVerfGE 120, 274. Hemos tenido recientemente la oportunidad de analizar esta Sentencia en «El derecho a la garantía de la confidencialidad e integridad de los sistemas de tecnologías de la información: un ejemplo de nuevo derecho digital», en López Ulla, J. M., *El impacto de la era digital en el derecho.* Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 239-282. Sobre la importancia de esta Sentencia en la doctrina alemana, cfr. Badura, P., *Staatsrecht*, *cit.* p. 162, núm. 36. Epping, V., *Grundrechte*, *cit.* pp. 310-311, núms. 637-638. Jarass, Hans Dieter y Pieroth, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, *cit.,* p. 78, núm. 37a; p. 81, núm. 46; p. 83, núm. 53; p. 84, núm. 53a; p. 87, núm. 62; y p. 88, núm. 66. Kloepfer, M. y Greve, H., *Staatsrecht, cit.* p. 184, núm. 568. Manssen, G., *Staatsrecht, cit.* p. 82, núm. 263 y pp. 179-180, núm. 587. Murswiek, Dietrich y Rixen, Stephan, «Artikel 2» en Sachs, M., *Grundgesetz Kommentar, cit.* pp. 134-135, núm. 88c. Sodan, H., *Grundgesetz*, *cit.* p. 45, núm. 6c. Antoni, Michael, «Artikel 1», en Wolff, Heinrich Amadeus, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, *cit.* pp. 62-63, núm. 14.

[75] Cfr. recientemente Melica, L., «Isotopía y distinciones entre lo viejo y lo nuevo: constitucionalismo democrático liberal y "constitucionalismo" autoritario», *RDP,* núm. 119, 2024, pp. 99-133.

[76] Cfr. Jarass, Hans Dieter y Pieroth, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, cit.* pp. 84-85, núms. 54 y 57; Sodan, H., *Grundgesetz*, *cit.* p. 45, núm. 6b.

teger los derechos fundamentales. Se ha llamado así la atención sobre la economización de los derechos fundamentales, donde los derechos fundamentales económicamente relevantes han adquirido una importancia desproporcionada porque las grandes empresas y las asociaciones empresariales pueden representar con éxito sus casos ante los Tribunales Europeos y Constitucionales y se están convirtiendo en actores decisivos en la lucha por los derechos fundamentales y sus límites. Así, pues, muchos de los procedimientos ante el Tribunal Constitucional se refieren típicamente a la defensa de los intereses colectivos por medio de los derechos fundamentales, lo que ha traído como consecuencia su desindividualización. «El hombre contra el Estado», como señala Kloepfer, parece ser hoy una definición nostálgica de la función de los derechos fundamentales, que está siendo desplazada cada vez más por la «organización contra el Estado» [77]. En todo caso, hay que subrayar que si este derecho a la protección de datos personales tiene su fundamento en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad, tiene también un efecto directo sobre terceros y supone una norma de conducta para todos [78]».

De esta manera, progresivamente la protección de datos personales pasa a ser también un derecho frente a las empresas privadas. La amenaza ya no es solo la Administración Pública sino también las grandes Corporaciones Privadas *–Google, Facebook o Cambridge Analytica–,* a las que Rodotá llamaba señores feudales de la información, que acumulan más información personal que el propio Estado y a las que los ciudadanos dan una información que negarían al Estado. En la actualidad, estamos en una etapa de la protección de datos personales donde ponemos al Estado frente a las Corporaciones Privadas o a las Corporaciones Privadas se posicionan contra el Estado. Por tanto, no estamos en un escenario «sólo» de derechos frente al Estado. Estamos en un escenario de derechos fundamentales frente a los particulares, especialmente frente a las corporaciones privadas [79]. Cómo el individuo no puede enfrentarse a las grandes corporaciones privadas, busca el apoyo del Estado. Aparece el Estado para proteger a los individuos frente a las Corporaciones. Y estas Corporaciones se enfrentan abiertamente al Estado. Desde esta perspectiva deben leerse muchas de las últimas Sentencias del TJUE. Así, la protección de datos personales no es sólo un derecho de libertad sino también un derecho de prestación, que exige del Estado una labor positiva de promoción y de garantía del

[77] Cfr. Kloepfer, M. y Greve, H., *Staatsrecht, cit.* p. 136, núm. 421.

[78] Cfr. Antoni, Michael, «Artikel 1», en Wolff, Heinrich Amadeus, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, *cit.,* p. 59, núm. 9.

[79] Cfr. Jové Villares, D., subraya que con esta evolución «*el deber de abstención y no injerencia del Estado* […] *se amplía a otros sujetos*» *Tratamiento frente a dato, –cit.* pp. 65-69, esp. p. 67–.

derecho. De esta forma, un derecho de libertad clásico ha ido evolucionado hacia un derecho de prestación. La novedad con el RGPD es que este deber positivo de prestación o de garantía del derecho se extiende a los particulares, a través del principio de responsabilidad proactiva –artículo 5.2– y a través de muchas obligaciones del responsable del tratamiento recogidas en el Capítulo IV. En este último proceso, ha sido decisiva la intervención del legislador, pero también las exigencias del mercado que ponen de manifiesto que la protección de datos personales es también una ventaja competitiva que obliga a implementar mecanismos de autorregulación [80].

Escribir este trabajo lógicamente me ha traído muchos recuerdos, «mi» memoria de la protección de datos personales en nuestro país, que las personas más jóvenes que se acercan ahora a esta materia no tienen por qué conocer. Pido disculpas por estas reflexiones rápidas, extensas y quizás más personales, vivencias que por su prolongación en el tiempo han dejado una cierta huella personal pero que puedo fácilmente compartir al ser de un tono muy menor que no me obligan a optar entre «la escritura o la vida», como magistralmente expuso Semprún [81]. No obstante, la vida «sólo puede ser entendida mirando hacia atrás, pero tiene que ser vivida hacia delante» –Kierkegaard–. Lo más importante en este caso es constatar que la academia cuenta ya con un grupo amplio de compañeras y compañeros que han leído sus tesis recientemente entre los que destacaría a Laura Villalba Cano, Daniel Jové, Inmaculada Jiménez-Castellanos, María Álvarez Caro, Elena Gil, Miguel Recio, Lorena Pérez Campillo, María Arias y Luis Oswaldo Ordóñez, entre otros, que nos permiten mirar el futuro con esperanza. «Gracias, Señor, la casa está encendida» [82].

[80] Esta cuestión la hemos analizado en «Introducción y Presentación» al *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos*, *cit.* pp. 185-188.

[81] Cfr. Semprún, J., *La escritura o la vida.* Tusquets, Barcelona, 1995.

[82] Cfr. Rosales, L., *La casa encendida.* Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1949.

EL DERECHO A LA LIBRE PRODUCCIÓN Y CREACIÓN ARTÍSTICA DEL ARTÍCULO 20.1, B) CE/78: EMPEZANDO POR EL FINAL PARA COMENZAR POR EL PRINCIPIO

Esther González-Hernández
Universidad Rey Juan Carlos

I. INTROITO

El objeto de estas breves líneas no es solo el mero hecho de comentar uno de los preceptos constitucionales, por el que, a menudo se suele pasar de puntillas, sino otro mucho más gratificante, como es el participar en el libro homenaje a una de las primeras catedráticas en Derecho Constitucional, la profesora Gómez Sánchez, que marcaron el camino a las que acabamos de llegar. En los tiempos de la transición y sucesivos años fueron muy pocas las que mostraron el camino a seguir. Todos sabemos quiénes conforman, todavía, ese pequeño grupo de expertas del Derecho Constitucional que consiguieron el reconocimiento que suponía alcanzar tan merecida cátedra, en aquellos tiempos en que apenas empezaba a echar a andar esa efectiva y real igualdad de derechos que exige el artículo 9.2 de nuestra Norma Fundamental.

En ese pequeño grupo de «catedráticas» estaba, y está Yolanda Gómez Sánchez, trabajadora incansable, y profesional precisa y rigurosa con la que tuve la oportunidad de trabajar (sin duda, menos tiempo del que hubiéramos querido) en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en el 2018, cuando se incorporó como directora del mismo.

Vaya, por delante, pues, mi agradecimiento por poder participar en este merecido homenaje, en que ofrezco una pequeña aportación sobre ese «dere-

cho» tan olvidado como importante, en los tiempos, que corren. Un «derecho a la libre creación y producción artística» a la sombra de la casi omnipotente «libertad de expresión», uno de los pilares esenciales sobre los que asienta todo estado democrático. Ahora bien, derivar o formar parte de esta libertad de expresión no le resta un ápice de importancia, a juzgar de cómo ocupa la actualidad de tanto en tanto, más ahora, con esto de las redes sociales. Redes sociales que yo prefiero llamar «virtuales», pues de lo contrario estaríamos abocados a relacionarnos solo por dichos canales. Esos canales no son los más apropiados para la manifestación artística. Es más, en algunos casos, como el humor la reducen al mínimo del proceso creativo, hasta tal punto que la hacen desaparecer.

El derecho a la libre creación y producción artística es mucho más que ese reducto «X», en que el humor, la ilustración o la fotografía se utilizan como ofensa más que como esa actividad que nos trasciende: el arte. Comencemos, pues, por intentar identificar el objeto de estudio: la creación y producción de arte.

II. ¿QUÉ ES Y QUÉ NO ES ARTE?

Decía León Tolstoi en su famosa obra *¿Qué es el arte?*: «lo que […] distingue [al arte] de la palabra es que esta le sirve al hombre para transmitir a otros sus pensamientos mientras que por medio del arte solo se transmiten sus sentimientos y emociones». La afirmación cuenta, sin duda, de una plasticidad que la hacen muy atractiva. Es decir, hacen de las palabras y de la definición del» Arte», arte en sí mismo. Por tanto, el galimatías está asegurado. Es más, está constitucionalizado por en nuestra Carta Magna de 29 de diciembre de 1978.

Definir el arte es una empresa prácticamente imposible, más desde el punto de vista jurídico. Pareciese que intentar acotar un concepto tan amplio como atractivo es una tarea estéril tanto por su alto nivel de abstracción como de subjetividad. Pocas empresas son tan arduas y difíciles como la determinación conceptual de determinados términos. Esos que en, derecho denominamos «conceptos jurídicos indeterminados», sobre los que la STC 102/1995 /F.j. 4.º) señala como «no resulta ocioso insistir en el hecho inconcluso de que la Constitución española, como las demás, utiliza palabras, expresiones o conceptos sin ocuparse de definirlos, por no ser misión suya y cuyo significado hay que extraer del sustrato cultural donde confluyen vectores semánticos antes todo y jurídicos en definitiva, con un contenido real procedente a su vez de diferentes

saberes y también de la experiencia [1]. Este es el caso, obviamente de derecho a la «creación y producción artística» como concepto jurídico indeterminado.

Sea como fuere, hasta el siglo XVIII, aún con matices, la definición del «arte» era algo más estable, pues se orientaba a la representación técnica, armónica y precisa de lo que el ojo humano veía o imaginaba, pero siempre dentro de las reglas de la reproducción fidedigna de la realidad perceptible visualmente. Así ocurría en la escultura o la pintura. Otra cosa era el caso de la arquitectura, donde, si bien con matices, había más libertad creativa, pero siempre dentro de determinados cánones entendidos como clásicos. Caso muy similar al de la música que no se puede ver, pero debía respetar armonía y ritmo.

Sin embargo, en los tiempos actuales todo ha cambiado. Es más, me atrevería a decir que todo está patas arriba. Hoy en día los cánones de la estética y de la belleza no rigen, o no son suficientes, para calificar algo como creación artística, en el arte contemporáneo lo más importante es la innovación más que la representación de la realidad». O la presentación de lo bello. Así, señala Valenzuela y Castillo: «cosa vaga inexplicable es en sí la idea de belleza […] Esa insuperable dificultad qué ofrece el hallazgo de una fórmula que exprese concretamente el concepto abstracto de la belleza, es la misma que se presenta para encontrar una regla que enuncie el contenido total de las ideas de bondad y de verdad y en suma las llamadas absolutas la por extensión, ya que la inteligencia del hombre no le es dado franquear en el orden de lo cognoscible de la esfera de lo limitado y lo contingente, y si lo bello, lo bueno y lo verdadero, según confesión de los más reputados estéticos y filósofos, son entidades metafísicamente indefectibles, cómo de ese algo secreto y misterioso cuya alma no se acierta a determinar podrá, sin embargo; colegirse por los mismos que dicen enamorar su esencia la correlación que existe o la diferencia que nos separa a unos de otros conceptos» [2]. El «arte» es una creación humana tan sublime que es capaz de convertir lo bello en lo más sublime de la vida humana. Así sublima la muerte, el sufrimiento y la tristeza o el dolor tanto físico como mental; dolor o tristeza cuya representación artística engancha, atrae conmueve y, a la vez, tiene la capacidad de convertirse en una especie en catarsis momentánea pero reparadora del alma afligida que la observa.

---

[1] La indeterminación de los «conceptos jurídicos indeterminados» es tal que el propio TC hace uso de varias (y variadas) expresiones para referirse a ellos. Es decir, que ni siquiera hay determinación en su indeterminación. Así utiliza indistintamente expresiones como «concepto abierto» (STC 10/1997, F. j. 4.º), «concepto normativo relativamente abierto» (STC 16/1994, F. j. 3.º), «concepto normativo indeterminado» (STC 103/2001, F. j. 8.º), «preceptos generales e indeterminados» (STC 96/2002, F. j. 6).

[2] VALENZUELA Y CASTILLO, L., «El arte por el arte», en: *Boletín de la Real Académica de Ciencias, Bellas Artes y Nobles Artes*, Córdoba, núm. 8, año 2 (abril-junio), 1924, p. 129.

Iguales dificultades encontramos al intentar abordar la valoración y cuantificación del arte desde el punto de vista simplemente sistemático. Ordenar, sistematizar o determinar qué actividades humanas estarán en disposición de considerarse «Arte» encierra, como poco, las mismas dificultades. Incluso su clasificación y consideración siguen estando en constante discusión.

El «Arte» es un proceso tan dinámico como inagotable. Un proceso que, a su vez, dependerá del momento histórico y del contexto territorial-cultural. Pues lo que hace siglos se consideraba arte, ahora puede pasar a la categoría de «artesanía».

En esta labor no ha ayudado la clasificación del arte en tres artes clásicas o bellas artes (arquitectura, pintura y escultura) y artes menores, como tampoco su posterior ampliación a ocho. Tampoco supone ningún avance distinguir entre artes figurativas como la escultura la pintura o artes aplicadas como la alta costura.

En cualquier caso, la aparición de nuevas formas de expresión creativa supuso ampliar a ocho las artísticas disciplinas: la arquitectura, la escultura, la pintura, la música, la literatura, la danza, el cine y teatro. A su vez cada una de estas comprende otras manifestaciones artísticas, no de menor entidad, sino que utilizan un proceso técnico-creativo distinto. Así sería el caso del relieve en el campo más amplio de la escultura o el cortometraje en el cine, la ilustración editorial o el dibujo en la pintura, etc. Por ellos, quizás sería más correcto hablar de «artes plásticas», «artes escénicas», etc. En el primer grupo se comprenderían, además, de la pintura como forma «arquetípica» de arte visual en la que se utilizan los colores y efectos lumínicos para crear determinada representación, otras como, la ilustración, el dibujo o la fotografía, el collage... En el caso de la escultura se situarían la orfebrería, el grabado, la cerámica, la artesanía. En el de las «artes escénicas», desde la danza clásica y contemporánea, hasta las performances, pasando por los musicales, el teatro, los espectáculos de variedades, el flamenco, espectáculos humorísticos o de comedia, etc. Además, no podemos olvidar las «artes audiovisuales» o «audio-musicales», como *videoclips*, espectáculos musicales, conciertos en todas sus versiones, *fashionfilms*…

La cuestión podría analizarse desde las «razones históricas que determinan la aparición del concepto de las Bellas Artes como entidades separadas. En nuestros actuales museos y galerías se han desplazado y almacenado las obras de arte que ilustran algunas de las causas que han operado para segregar el arte en vez de encontrar en él un elemento auxiliar para la caracterización histórica del arte moderno. Este elemento, el del museo, la galería o la exposición es el que permitió, en su día, diferenciar entre Bellas Artes y artesanía; un arte dividido que se desliza con gusto desde cuestiones relativas a la creación de las Bellas Artes, mediante la conformación de factores heterogéneos la actividad

realizada por las reales academias. La aparición de nuevas instituciones como el museo y un público cada día más dotado de juicio, o de la teoría estética como determinada conducta, la actitud estética o la noción de gusto es el cruce de bóveda de lo ocurrido en el siglo XVIII [3], que supuso el punto de corte en la consideración del «Arte» y su enlace con la cultura.

Como ya anticipamos, la cuestión de la «redefinición del arte» surge con la segregación de determinadas manifestaciones artísticas de los cánones estéticos establecidos. Esto es lo que se conoce como «arte moderno», a partir del que es muy difícil perfilar un concepto identitario que permita establecer alguna ordenación genealógica.

En definitiva, es tal la dificultad de la empresa conceptual, que hasta los más eruditos en el tema como Ernst. H. Grombrich escribió que «no existe realmente el arte tan solo hay artista. Estos eran en otros tiempos hombres que cogían tierra coloreada y dibujaban toscamente las formas de un bisonte sobre las paredes de una cueva. Hoy compran sus colores y trazan carteles para las estaciones de metro entre unos y otros han hecho muchas cosas los artistas. No hay ningún mal en llamar arte a todas estas actividades, mientras tengamos en cuenta que tal palabra puede significar muchas cosas distintas en épocas y lugares diversos y mientras advirtamos que el arte escrita la palabra la A con mayúsculas no existe, pues el arte con a mayúscula tiene por esencia que ser un fantasma y un ídolo» [4]. Explica que la confusión proviene de que los gustos y criterios acerca de la belleza varían sustancialmente en función de las épocas. Por ello, es necesario tener en cuenta un repaso de la historia del arte centrándose fundamentalmente en las tres artes clásicas: arquitectura, pintura y escultura, pues seguimos en las coordenadas de una serie de ideas preconcebidas de las que es difícil desembarazarse [5].

En definitiva, la consideración de «Arte» dependerá del tiempo y el lugar concreto en el que haya sido realizado el proceso creativo que lleva a un resultado final. Si bien, ni el resultado ni la finalidad puede ser lo definitivo. El producto final, pues, no puede ser nunca lo exclusivamente determinante para tal consideración. Esa sería una vertiente muy simplista. Y es que, a partir, del siglo XX donde para definir qué es Arte y qué no es arte son cada más grandes las dificultades, también hay que diferenciar entre distintas categorías artísticas, pues, no es lo mismo el devenir histórico creativo de la arquitectura, que de la escultura o que en el caso de la pintura.

---

[3] PUELLES ROMERO, L., «De cómo el arte se convirtió en arte», en: *Contrastes, Revista internacional de filosofía,* volumen 10, 2005, p. 174.

[4] *Historia del arte*. Pahidon, Londres, 1966, p. 19.

[5] *Ibidem*, p. 16.

Junto a esto, existe otra dificultad, que no es otra que la de saber distinguir entre modas pasajeras y logros duraderos. Cuando se abandona el arte figurativo en que el artista pinta lo que ve, se abre un vasto campo de experimentación en el color, en la forma, en la composición, en los materiales, las texturas, la composición… La dificultad está en reconocer aquello que trascenderá al momento actual y será considerado en un futuro como una verdadera verdadero punto disrruptivo de la historia del arte [6]. Un antes y un después. De ahí que la palabra Arte haya significado cosas distintas en épocas distintas y que, en la actualidad, existen artistas que abandonan los métodos convencionales y recurren al punto neurálgico para entender o diferenciar lo que es arte de lo que es un mero juego de alguien inexperimentado.

En el caso de la producción artística, a diferencia de otras áreas de conocimiento donde también es importante la innovación, la clave está en la llamada «creatividad». Más concretamente en el conocido como «proceso creativo». En conclusión, que para comprender la creatividad es esencial prestar atención y examinar diversos aspectos tales como el proceso creativo, el producto creativo de la persona creativa e, incluso, la situación creativa y como todos estos factores interactúan entre sí generando eso: creatividad. Es la creatividad la que activa el resto de los procesos de conocimiento. De ahí, que en ella encontraremos el elemento determinante para hablar de «Arte» y distinguir aquello que se debe proteger en su proceso de manifestación de lo que no. Ahora bien, definir qué es y qué no es proceso creativo es harina de otro costal, dado lo extenso de su comentario, que me veo obligada a dejar para otro momento.

No obstante, daré una sola pincelada, que no hace cuadro, pero nos ayudará en nuestra empresa. Por «creación artística» debe entenderse, siguiendo a Presno Linera la pretensión de representación simbólica del mundo interior o exterior y externo de los seres humanos [7]. En términos jurídicos se correspondería con una de las varias manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad (art. 9.2 CE) en su faceta de exteriorización de su expresión interna; expresión que se reconoce fácilmente en el archiconocido el derecho a la libertad de expresión. Las alusiones a la libertad de expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción son constantes. Con ello, podemos acercarnos a qué es lo que protege el artículo 20. 1 b) CE/78.

---

[6] *Ibidem*, p. 468.

[7] Presno Linera, M. Á., «La prohibición de la censura: perspectivas histórica y comparada y 'nuevas' formas de censura», en: Prieto De Pedro, J. J.; Dedeu Pastor, R.; Lorenzo Moles, M. (coords.), *Libertad, arte y cultura: reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística.* Marcial Pons, 2023, p. 67.

III. LA DIFÍCIL RELACIÓN ENTRE ARTE Y DERECHO: REPASO HISTORIO Y SITUACIÓN ACTUAL

Es el momento, quizás, de una importante matización sobre el comentario del artículo 20.1 b) CE/78, que reconoce y protege el derecho: «A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica».

La matización se refiere a que nos limitaremos al comentario de la segunda parte de este precepto, que recoge, a su vez, varios derechos. No trataremos el caso de la creación literaria, sino la producción y creación artística, donde la atención doctrinal y jurisprudencial ha sido ciertamente escasa [8]. Una parte, que podríamos decir, que pasa, a menudo, desapercibida como si se tratase de una cuestión menor. Nada más lejos de la realidad y así se demuestra cada vez que el Código Penal debe actuar como consecuencia de la transgresión de los límites infranqueables para la libertad creativa.

Contrariamente a lo que se proyecta, en el mundo actual, la libertad creativa será fuente de innumerables conflictos a medida que las nuevas tecnologías sigan desarrollándose, más aun de lo que lo están ahora. Su desarrollo no parará con la denominada «inteligencia artificial», por lo que el futuro es tan impredecible como impredecibles serán las manifestaciones artísticas futuras, sobre todo, porque en el mundo actual el hombre europeo fundamentalmente es un hombre visual atento no solo como los griegos a los volúmenes sino también a las líneas el color el espacio y la composición [9] que le transporte de una realidad que percibe como anodina a otros lugares más estimulantes, donde su libertad pueda manifestarse en toda su plenitud. Precisamente, «esta libertad que es la que ha enriquecido paulatinamente la conciencia de la necesidad de que el Estado constitucional empezase a fraguar la forma de insertarla en garantía de los derechos públicos subjetivos» [10].

Quizás por ello, los textos constitucionales más modernos como el español la reconocen expresamente, a diferencia del constitucionalismo histórico tanto español como foráneo que no incluían referencia explícita a la libre producción y creación artística. Quizás esto tenga que ver como la propia evolución de la historia del arte. Es decir, que antes no era necesario protegerlo porque era un arte estrictamente figurativo y sujeto a unos cánones muy definidos

---

[8] Hasta el punto de que, no ha sido hasta este 2023 cuando ya, por fin, contamos con una obra colectiva completa de comentarios de las varias y variadas aristas de esta cuestión: Prieto De Pedro; Dedeu Pastor; Lorenzo Moles (coords.), *op. cit*, nota 7.

[9] «Prólogo», en: Roca Trías, E. y González-Trevijano, P., *Los derechos constitucionales. Un paseo por el Prado.* Tribunal Constitucional, Madrid, 2022, p. 13.

[10] Presno Linera, *op. cit.,* nota 7, p. 69.

e indiscutibles. Este tipo de arte no resultaba ni molesto, ni grosero, ni ofensivo, es decir, no suponía conflictos que se debiesen resolver jurídicamente.

Pero a finales del siglo XIX todo cambia tanto en el mundo artístico como en el constitucional. Así, tenemos como exponente la Constitución de 1931 en su artículo 45, sí hacía referencia a cuestiones artísticas al afirmar que: «Toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado, que podrá prohibir su exportación y enajenación y decretar las expropiaciones legales que estimare oportunas para su defensa. El Estado organizará un registro de la riqueza artística e histórica, asegurará su celosa custodia y atenderá a su perfecta conservación». Esta circunstancia fue una relevante novedad a la hora de contemplar jurídicamente el mundo artístico-cultural, pues, por vez primera vez, estos aspectos alcanzan rango de mandato constitucional dirigido a los poderes públicos que estaban obligados a conservarlo, pudiendo intervenir para impedir que fuera exportado, en caso de necesidad. Se entendía, por tanto, que este superior mandador estaba subordinado al interés general en lo que se refería a su conservación como permanencia en España.

Por otra parte, el artículo 48 describía a la cultura como una actividad esencial del Estado con la siguiente literalidad: ««el servicio de la cultura es atribución esencial del Estado, y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada».

Con la Constitución de 1931, España se inscribe, sin duda alguna, en el modelo constitucional normativo de entreguerras. Si bien con un ligero retraso. Recordemos como, a partir de la primera Guerra Mundial, el constitucionalismo amplia horizontes en algunos ámbitos territoriales. Ferrando Badía establecía dos grandes grupos entre 1918 y 1939: los democráticos y los autoritarios. Por tanto, a partir de la Primera Guerra Mundial es posible hablar de nuevas formas de constitucionalismo. Además, la difícil situación económica que atravesaba Europa después de la Gran Guerra, aumentaron las demandas sociales por parte de los sectores de población más desfavorecidos, como atestigua la aparición y auge de partidos como los laboristas, socialistas, comunistas… Así ocurrió, entre otros, en Alemania donde se produjeron importantes agitaciones de corte social entre 1918 y 1919, espoleadas en buena medida por la Revolución soviética de 1917. Por ello, este nuevo modelo, el del constitucionalismo centro-europeo del periodo de entreguerras, acusa un alto contenido social.

Las Constituciones que marcaron tendencia fueron aquéllas que pretendían la confirmación de los principios democráticos por oposición a la revolución soviética de 1917, sobre todo la Constitución de Weimar del 19 y la aus-

triaca de 1920 (reformada en 1925 y 1929), pero también la finlandesa de 1919, la de los Estados bálticos de 1920-1922, la polaca de 1921, la checa de 1920 ó la de Hungría también de 1920. Incluso pueden incluirse las de Irlanda de 1922 y 1937, a pesar de su trasfondo profundamente católico y las griegas de 1927 y 1935. Estos textos, junto con la española de 1931, incluyeron expresas previsiones de intervención estatal en la vida económica y social, si bien con diferente intensidad. Sea como fuere, los nuevos «vientos de revolución» fueron por estos nuevos caminos a explorar y desarrollar. Europa conoce el despertar de un gran cambio en el aspecto constitucional, que desde 1919 tomará un nuevo rumbo. El orden político europeo construido a lo largo del siglo XIX se había derrumbado definitivamente. En general, en el periodo de entreguerras, todas las Constituciones que se promulgaron apostaron por una nueva, y más moderna, forma de Estado, la republicana y por una ampliación de los mermados márgenes conceptuales de los derechos fundamentales hacia concepciones y argumentaciones constitucionales más sociales.

Es lógico, por tanto, que en este momento apareciesen nuevas aspiraciones constitucionales, como es el caso de la promoción, fomento y protección de los bienes culturales y el patrimonio de un país. No debe olvidarse que existe otro dato fundamental, al margen de la protección de los bienes culturales y el patrimonio de un país, frente al expolio de los conquistadores o colonos, que recomendaba la protección constitucional de toda expresión artística. Para esas fechas el arte ya había abandonado los estándares que durante siglos lo habían reducido a la reproducción de la realidad o la recreación de pasajes religiosos. La fotografía ya existía, por lo que el arte como reproducción de la realidad ya fuese bidimensional o tridimensional dejó de tener sentido. Para continuar existiendo buscó nuevas formas de manifestación y, sobre todo, nuevas formas de comunicación con sus receptores. Es en este momento, cuando el «Arte» opta por ser disruptivo, por sorprender, por innovar, por mostrar lo que hasta ahora no se conocía. Por ello, si el «arte» trabaja para derribar los cánones establecidos desde antiguo en todas las facetas, lógicamente empieza a ser una actividad molesta, que necesita ser impactante y perturbadora para ser visible y reconocible como tal manifestación artística que no figurativa.

Quizás por todo lo expuesto, algún autor, como Paul Marland, según el estudio de García Fernández, considera que detrás de este artículo del Texto de 1931 estaba la influencia socialista, que bien sabemos que es evidente para el caso del artículo 44 [11]. Por tanto, parece claro que en el contenido de este ar-

[11] García Fernández, J., «La regulación y la gestión del Patrimonio Histórico-Artístico durante la Segunda República (1931-1939)», en: *e-rph*, (diciembre) 2007.

tículo 44.2 de la Constitución de 1931, se reflejaba una línea constitucional, muy seguida, que arranca de la Constitución de Weimar, según la cual la ciencia y su enseñanza son libres y el Estado garantiza su protección y cuida su fomento [12]. Si la ciencia y la enseñanza debían ser libre, libre debería ser también la enseñanza del arte y, por ende, su creación, producción y comunicación.

Por otra parte, quizás como consecuencia de los anterior este derecho aparece sancionado en la mayoría de los Textos constitucionales europeos, así como un muchos tratados, convenios y acuerdos internacionales, como el Pacto internacional de Derechos Sociales, Económicos o Culturales de Nueva York de 19 de diciembre de 1976, en que se garantiza (artículo 15.1) el derecho de toda persona a participar en la vida cultural y (letra c) el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas literarias artísticas de que sea autora, así como la indispensable libertad de actividad creadora (aptdo. 4).

También el Acta de Bruselas de 1948 se reconoce hasta el punto de incluir un listado genérico de las posibles creaciones artísticas o literarias, y el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (art. 2): «los términos obras literarias y artísticas comprenden todas las producciones en el campo literario científico y artístico cualquiera que sea el modo o forma de expresión…» [13]. Por supuesto, también la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea establece que las artes y la investigación científica son libres».

IV. UN ENCUENTRO COMPLICADO: ARTE Y DERECHO

Seguramente no encontremos dos disciplinas más diferentes, enfrentadas y de muy difícil convivencia sobre la faz de la tierra que el «Arte» y el «Derecho». Ambas conviven, pero raramente convergen si no es para escenificar el conflicto, el desencuentro. Son antagonismo en estado puro, pues la esencia de cada una de ellas no puede estar más lejanas en la línea del tiempo, el estado, y la materia. Son los polos opuestos del devenir humano.

La creación artística es un proceso de recreación y materialización de imaginarios no conocidos, de diseño de una ficción transgresora en que una diferente realidad puede ser deformada hasta resultar grotesca, fea, triste o hiriente. El arte busca la belleza, sin duda, pero la puede encontrar en los sitios

[12] Peña, P., «Sinopsis del artículo 44 CE», en: *El Portal de la Constitución*, URL: https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=44&tipo=2 (última consulta 29 de enero de 2024).

[13] Su texto se puede consultar en: https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_uru_Conv_Berna.pdf (última consulta 29 de octubre de 2023).

más insospechados, como el llanto, la soledad, la locura, el dolor o la desesperación. O, incluso, ni siquiera busca la belleza sino la manifestación de ese yo interno. Mientras que el Derecho hace referencia a la idea de «orden. Esto es, un cúmulo de pensamientos vastos y organizados en doctrina, jurisprudencia, leyes, contratos, tratados internacionales, etc. que tratan de reglamentar la convivencia social.

Por otra parte, no debemos olvidar el hecho de que ambos son casi tan antiguos como el origen de la vida en el planeta tierra. Desde las primeras pinturas rupestres se puede hablar de la existencia de esa necesidad humana de plasmar sobre un espacio el mundo que ve y vive. El Derecho también goza de la misma antigüedad. Bien es cierto que el primer texto jurídico escrito conocido es el Código de Hammurabi, 1760 a. C. Pero no debe olvidarse ese Derecho oral que se trasmitía de generación en generación cuando la organización social se correspondía con un modelo netamente tribal. Por muy pequeña que sea la comunidad, bastan dos personas para necesitar de unas mínimas reglas de convivencia o de resolución de conflictos.

Estamos, pues, ante un orden normativo, un conjunto de normas que obedece a unos principios generales como el de la seguridad y la certeza jurídica, y a una sistemática inspirada en el periodo de la Codificación, que pretende responder y ajustarse a unos valores superiores como la Justicia. Este conjunto de normas pretende regular y ordenar conductas y/o resolver conflictos intersubjetivos desde la estricta observancia de unas normas previas y, en principio, con carácter general. Desde estas premisas, es lógico afirmar que el Ordenamiento jurídico, por lo general, huye del caos, y del desorden. Además, no le gusta el vacío, mucho menos, las soluciones imaginativas, los cambios repentinos, la innovación y una libertad desmedida. Recordemos las palabras de Locke en «El segundo tratado sobre el gobierno civil», como describe el estado de naturaleza en el todos son libre de hacer lo que quieran. La paradoja es que esta libertad puede llevar al abuso de unos sobre otros; injusticia que, a la postre, terminará con este estado de la naturaleza por medio del pacto o acuerdo entre ellos, es decir, el comienzo de la sociedad política y, por ende, del Derecho. Es decir, que frente a este «estado de la naturaleza», el Derecho prefiere presentarse como un orden racional y habitualmente jerarquizado y centralizado que funciona sobre criterios territoriales. Ley y orden, esta es la máxima. Ley como creación colectiva parlamentaria y dialéctica, pues se trata de una creación plural que requiere de reglas interpretativas, basadas en cualidades como el rigor, la intención, el sentido común o cierta sensatez. De aquí que exista la «matizable» idea generalizada de la falta de creatividad de juristas.

El caso, es que la incompatibilidad entre el jurista y la creatividad se encuentra residenciada en una dimensión diferente en la naturaleza puramente cultural, es decir, de una determinada actitud deliberada de autolimitación que podría que vendría incrementada por la conocida oscuridad del lenguaje jurídico [14]. Una cuestión la de la «jerga jurídica» que se presenta como dificultad secular que nunca ha querido ser resuelta por el Derecho, pues le reconoce una carta de naturaleza de la que no quiere desprenderse para seguir ocupando un lugar preeminente entre los «saberes». Lamentablemente estamos demasiado acostumbrados a trabajar en compartimentos estancos, tan cerrados como impermeables e impenetrables. De aquí, entre otras causas, es tan difícil encontrar un punto de encuentro.

Uno de los elementos centrales en la historia del Arte: la búsqueda de la belleza; belleza que no necesariamente tiene porqué sujetarse a los cánones clásicos y encontrarse representada visualmente. A este respecto Oscar Wilde rechazaba dar una definición abstracta de la belleza y lo explicaba en que «los trabajos los que trabajamos en el arte no podemos aceptar ninguna teoría sobre la belleza en lugar de la belleza misma y, lejos de aislarla entre una fórmula que apele, al intelecto buscamos, al contrario materializarla en una forma que alegre el alma a través de los sentidos queremos crearla no definirla la definición o debe ser una consecuencia del trabajo y el trabajo no debe adaptarse a la definición». El arte es la ciencia de la belleza» [15]. Por el contrario, el Derecho es pétreo, abrumador, rígido… y de evolución lenta. Así «nuestra hermenéutica artística nos deleita y hace más sabios. El color, tanto el más intenso como el más atemperado de las pinturas de nuestra pinacoteca ilumina, siguiendo la estela de Goethe *–Litch-mehr Lich–*, las contenidas prescripciones constitucionales transcritas inveteradamente en secos y rígidos preceptos» [16].

No será difícil alcanzar, pues, la conclusión de que el «arte» se aparta de la razón y la inmutabilidad y de las prohibiciones, pues si de algo necesita el arte es de libertad, una misma libertad que le aparta, a la vez que le acerca al ordenamiento jurídico de Estado verdaderamente democrático. He aquí el principal punto de fricción, que desde antaño se perpetua en la relación Arte-Derecho. Recordemos que son muchos los ejemplos históricos en que está libertad creativa ha sido puesto en entredicho o directamente sancionada e

[14] García Calderón, M.ª J., «El Derecho como espacio descreativo», en: *Creatividad y sociedad*, núm. 26, diciembre de 2016, p. 15.

[15] Wilde, O., «Conferencia a unos estudiantes de arte leída a los estudiantes de arte de la *Royal Academy* en su *club Golden Square*», en Westminster el 30 de junio de 1883, en: *Las leyes de la belleza. Tres conferencias sobre moda y arte*. Carpenoctem, 2021, pp. 23 y 24.

[16] Roca Trías y González-Trevijano*, op. cit.,* nota 9, p.13.

impedida. Así es bien conocido como en 1857 se sustanciaba en París, uno de los procesos judiciales más conocidos en términos de libertad de creación artística de la historia. Se trataba de un proceso contra el escritor Gustave Flaubert por su obra Madame Bovary. En la Cámara correccional del Palacio de Justicia de París se oía: «los pasajes incriminados, apreciados en abstracto y aisladamente, presentan en efecto expresiones imágenes o retratos que el buen gusto reprueba y cuya naturaleza es capaz de herir legítimas y honorables susceptibilidades […] las mismas observaciones se pueden aplicar precisamente a otros pasajes […] que, a primera vista, parecen presentar la exposición de teorías contrarias tanto a las buenas costumbres, a las instituciones que son base de la sociedad, como al respeto debido a las más antiguas ceremonias de culto, pues la misión de la lectura debe ser de adornar y recrear el espíritu elevando la inteligencia y aprobando las costumbres más incluso que explorar el horror, que explorar el horror al vicio». A pesar de todo, su autor no fue condenado por no seguir el panorama literario de la época, en que la literatura debía rendirse al sublime objetivo de la preservación de la moralidad. Poco tiempo después, al contrario, el mismo Tribunal sí proceso a Baudelaire por *Les fleurs du mal.*

V. EL DERECHO A LA CREACIÓN Y PRODUCCIÓN ARTÍSTICA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: SU CONTENIDO MÍNIMO

En el artículo 20. 1. b) de la Constitución española de 1978: «Se reconocen y protegen los derechos: […] A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica…». Pero, si empezamos por señalar que dicho precepto, también incluye la afirmación del derecho a la libertad de expresión en su aptado 1, a) y la libertad de cátedra en el 1. c), lo que no es más que una prueba más de que no es un precepto de interpretación pacífica. Entre otras cuestiones debe tenerse en cuenta que los derechos mencionados en el artículo 20 CE serían debe ser considerados como derechos autónomos de la libertad de expresión y, a su vez, autónomos entre sí, pues recoge otros cuatro derechos independientes. Así, dentro del apartado b) podemos distinguir, por un lado, el derecho a la libre producción artística, por otro el derecho a la libre producción y creación literaria, y obviamente los derechos a la libre creación y producción científica y técnica. Una primea prueba de la complejidad innata a este artículo de nuestra Norma Fundamental. Parten de una raíz común, pero deben ser tratados independientemente, incluso dentro del apartado b) cada una de las cualificaciones es, en sí misma, un derecho. Baste con fijarse inicialmente en

la interpretación literal del precepto: «se conocen los **derechos** […] **a la producción y creación** literaria**, artística,** científica y técnica». Esto es: la producción y creación de literatura, arte, ciencia y tecnología. El apartado b) está conformado como una serie de cuestiones que se enumeran una tras otras, pero sin establecer las claras y netas diferencias que existen entre ellas, lo que no obsta para que se traten de diferentes cuestiones. Por ello, es necesario analizarlas de forma individual, porque, siendo todas expresiones humanas, ni el arte es como la ciencia, ni la literatura como la tecnología.

El objetivo será aportar algo de luz en el derecho «a la producción y creación […] artística», lo que no es cosa de poco [17]. Pasemos, pues, a la determinación conceptual de qué es lo que se protege en el artículo 20.1 b) CE/79, o, cuando menos, un «contenido mínimo indisponible», que explica la famosa sentencia 11/1981. Una operación jurídica, que no se puede empezar sino por la parte final, es decir, para saber qué está protegido y qué El derecho a la libre creación y producción artística hay que analizarlo desde una vertiente negativa o una operación final: desde los **límites a la «libre» creación artística.** En el ámbito jurídico, no habría quedado más remedio que definirlo a *sensu contrario*. Es decir, determinar aquello que no entraría dentro de un genérico espacio de libertad creativa, por su colisión o conculcación con otros derechos constitucionales. Por ende, todo lo demás, estará protegido por el artículo 20. 1 b) CE/78.

Desde la perspectiva de una sociedad democrática este es un derecho importante porque resguarda de maneras diversas y plurales de entender el mundo, pues con él nuestra Constitución protege la libertad la diversidad y el pluralismo [18]. Por ello, en el tema de los posibles límites al mismo, debe andarse con pies de plomo, pero cuando ello acaece no queda otra alternativa que la determinación de que efectivamente estamos ante un proceso de creación artística para estar amparado por la literalidad del artículo 20. 1 b) CE/78.

Sea como fuere, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 34/2010, de 19 de julio intentar delimita el etéreo concepto de «creación literaria», que puede que nos sirva (desde la analogía jurídica) para la determinación del contenido mínimo de la creación y producción artística en un sentido jurídico. En fin, en esta decisión el Tribunal Constitucional explica consiste en «prote-

[17] Téngase en cuenta, que este derecho, a menudo olvidado por la doctrina, operadores jurídicos y público general, es un derecho especialmente protegido por la Constitución española de 1978, situándolo al nivel de la protección de la libertad de expresión y de todos los derechos contenidos en la Sección 1.ª, del Capítulo II, del Título I de la Carta Magna de 1978.

[18] Timón, M., «Censura directa, autocensura y contextos limitadores de la creación artística», en: *Minerva*, núm. 37, 2021, p. 83.

ger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares. Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica. De ahí que no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre. Además, hay que tener en cuenta que la creación literaria, al igual que la artística, tiene una proyección externa derivada de la voluntad de su autor, quien crea para comunicarse, como vino a reconocer implícitamente la STC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5. De ahí que su ámbito de protección no se limite exclusivamente a la obra literaria aisladamente considerada, sino también a su difusión» (STC 51/2008, de 14 de abril, FJ 5). Máxime si te trata de ofrecer a los espectadores una versión e interpretación de unos hechos reales, utilizando la forma dramática y sus consecuentes licencias creativas para hacer más accesible y amena la información.

Por otra parte, el concepto constitucional protegido de creación artística, literaria, etc. exige que haya un proceso creativo intelectual innovador que otorgue a la obra un valor trascendente y que no sea mera exposición de hechos u opiniones políticas o ideológicas, según ya hemos explicado con profusión. No obstante, el artista, aunque sea de modo inconsciente, se nutre del mundo en el que vive, pero también de sus propias experiencias. Es imposible deslindar lo vivido de lo ficticio por la dinámica propia del proceso de producción artística y creativo. En ocasiones es imposible (casi diría que siempre) evitar ese punto de conexión de ambos mundos. Es por ello que, el Tribunal Constitucional alemán reconoce que la libertad artística incluye el derecho a usar modelos inspiradores en la realidad de la vida. Amén, de la dificultad posterior de distinguir entre lo real y la ficción en determinados procesos creativos artista, que jugará a favor de la misma.

Cuando se trata de «arte» es imposible discernir de forma absolutamente nítida aquella parte de lo vivido por el autor que se refleja en la obra y que reinterpreta, para ofrecer algo diferente o simplemente desconocido. En ocasiones, la distinción entre ficción y realidad es realmente complicada. Ej: La casa de Bernarda Alba, Bodas de sangre o Romeo y Julieta. En estos ejemplos el proceso artístico terminó creando una ficción sobre una base, en parte real.

Téngase en cuanta, además, de que los nuevos formatos de presentación están experimentando en estas últimas décadas por el avance imparable de las nuevas tecnologías, que hacen vislumbrar nuevos e insospechados horizontes, no exentos probablemente de futuras polémicas. Estamos hablando de manifestaciones artísticas menos usuales como performances, *body-art, land-art*, arte sonoro, arte virtual, arte urbano, videoarte, arte sensorial, arte conceptual, escenificación de espectáculos de moda y alta costura y escenografía estilística…

El formato no será el que determine esta condición de creación artística [19]; máxime hoy donde las posibilidades de plasmación artística son inimaginables. Ya lo adelantaba el Tribunal Constitucional en la STC 23/2020: «Con la generalización de las nuevas tecnologías de tratamiento de la imagen esta categoría […] se plasma cada vez con más frecuencia en la alteración de fotografías originales, aunque no pierde por ello su esencia de creación irónica basada en la reelaboración de la fisionomía del modelo que tiene por objeto».

No se trata, en definitiva, de decidir si una obra es buena o mala sino si dicha obra encaja dentro de lo que entendemos por arte, es decir, que para su existencia se ha llevado un proceso creativo *strictu sensu*.

Puestos a analizar si una posible obra, actuación, acción, objeto o situación es una obra de arte habrá que tener en cuenta en primer lugar que esta no puede abstraerse o descontextualizarse del momento en el que es creada, porque los cánones artísticos cambian con cada época, como también cambian los cánones estéticos. Para esta operativa, es fundamental analizar si esta actuación, acción, objeto o situación u obra expuesta al público ha pasado por un proceso creativo con los mínimos requisitos para considerar que entra dentro de la literalidad del artículo 20.1 b) de la Constitución española de 1978. Esto es lo fundamental, pues la Constitución española protege el proceso y el resultado, por mucho que éste pueda ser desafortunado grotesco simplemente de pésimo mal gusto o escasamente estético. Lo que se protege no es la obra, situación acción, fotos o representación visual, auditiva o incluso sensitiva, sino que haya sido realizada conforme al proceso creativo. Si el resultado final se ha realizado conforme a este proceso creativo, la obra será capaz de evitar cualquier injerencia sobre ella con el pretexto de que vulnera de derechos fundamentales. Salvo las excepciones del apartado 4 del artículo 20 CE.

No queda más remedio que concluir que, «el acento está más en la idea o conceptualización que en el objeto en sí mismo considerado dónde está pues

[19] Recordemos que el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad intelectual hablar de: «aquellas creaciones originales literarias artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte tangible o intangible actualmente conocido o que se invente en el futuro».

el arte […] ¿cómo identificar algo, en esencia, tan inasible?» [20]. Este es el camino que, muy previsiblemente transitará la jurisprudencia constitucional, que hasta la fecha no se ha venido obligada a delimitar los límites de estas nuevas manifestaciones artística. Sin olvidar, las que están por venir y, con toda seguridad, crearán graves problemas de seguridad jurídica por la utilización de realidades como el metaverso, la inteligencia artificial, etc.

Así, del mismo modo que hay que cumplir con un procedimiento científico para poder hablar de ciencia en mayúsculas y diferenciarlo así de las denominadas pseudociencias, en el caso del arte debe existir siempre un proceso creativo bajo determinados estándares mínimos para diferenciarlo de otros productos del ser humano.

Vaya por delante, que, en estos casos, es muy difícil una absoluta objetividad con el resultado final, por mucho que se insista en que no debe atenderse al resultado final de la obra en cuanto a su buen gusto, a pesar de que esta libertad protege tanto el momento de gestación de la obra (prohibición absoluta de una censura previa [21]), como la de la difusión del resultado creativo. Si bien, es importante recordar en este punto que, la STC 34/2010, de 19 de julio, que sustancia la cuestión de la posible vulneración de derechos a la intimidad y al honor, por una película sobre la actuación de la Administración ante casos de menores supuestamente desatendidos, a pesar de evitar mencionar nombres y cualquier circunstancia identificadora del menor ni revela datos que no estuviesen ya divulgados.

Obviamente, estamos hablado de los conocidos «límites al ejercicio de los derechos constitucionales»; cuestión de enjundia, sobre todo en los últimos tiempos en los que las redes sociales han contribuido a la difusión de opiniones en forma de «creación» (con todos los «peros» en algunos casos) que han supuesto una clara vulneración de derechos de terceros.

---

[20] Ruiz Palazuelos, N., «La libertad de creación artística, ¿un derecho autónomo? ('L´oiseau rebelle' en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional), en: *Revista de administración pública,* núm. 215, 2021, pp. 115 y 116.

[21] La censura previa, a efectos constitucionales, es definida por la STC 81/2020 (RTC, 2020, 81) como: «la intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales. La presión de ciudadanos o grupos de ellos para impedir esa difusión, aunque consiga obtener el mismo resultado, puede llegar a ser una intromisión en un derecho ajeno, con relevancia penal en más de un caso y desde más de un aspecto, pero no 'censura' en el sentido que le da la Constitución». De este modo, «[l]a prohibición de todo tipo de censura previa, en el marco de la libertad de expresión, no es sino garantía con el fin de limitar al legislador y evitar que, amparado en las reservas de ley del artículo 53.1 y artículo 81.1 CE, pudiera tener la tentación de someter su ejercicio y disfrute a cualesquiera autorizaciones, sea cual fuere su tipo o su carácter» (STC 187/1999, FJ 5)» (RTC, 1999, 187).

VI. EMPECEMOS POR EL FINAL PARA LLEGAR AL PRINCIPIO

La Constitución la protege como expresión concreta y necesaria de la libertad de expresión, pero la limita, además, de por lo que señala el artículo 20.4 CE por determinados tipos penales como los tipos de injurias, calumnias, los delitos de odio, o contra la integridad moral o los sentimientos religiosos, etc. De ahí, que la clave no estará tanto en el resultado artístico (salvo en supuestos muy concretos), como en los sentimientos que genera que son merecedores de mayor protección jurídica que esa libertad. Por ello, para definir su contenido mínimo hay que empezar por el final del análisis jurídico. Esto es, los límites a este particular derecho fundamental.

Por mucho que algunos insistan en ese halo mágico y misterioso alrededor del arte que impone que este siempre sea perturbador [22], dicha perturbación no tiene porqué ser necesariamente negativa, a modo de eso que infunde miedo o desagrado, que ofende y genera malestar. Parece mejor decir que debe conmover. Por esto, son frecuentes las posibles lesiones de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen reconocidos en el artículo 18 CE causadas por el ejercicio de estas libertades. Así como es relativamente fácil, identificar lesiones por el ejercicio de la libertad de expresión o de información, pero, compartimos con Quesada Sánchez que ·resultan más extrañas en nuestro imaginario jurídico lesiones de estos derechos como consecuencia del ejercicio de la libertad de creación por comentarios insertos en la novela por ejemplo» [23].

En el caso de la sentencia que comentamos, la 50/2008, el primero de los temas que aclara la sentencia es que la libertad que está en juego exige respuestas propias diversas a la de libertad de expresión o al derecho a la información. No se olvide que la libertad de creación artística no siempre ha sido adecuadamente diferenciada de la libertad de expresión. En esta sentencia, se aclara que el contenido del mismo incluye tanto la libertad de creación y realización de un trabajo artístico o literario (no científico) original, como el derecho de difusión de la obra creada. Este es un aspecto básico y esencial para que la propia comunidad se beneficie la actividad de los creadores. Por tanto, dentro de la primera parte se debe incluir la libertad de elegir tema, contenido, ideas, como también la forma en la que se haga y de a conocer, sin censura

[22] García, G., «Claridad y oscuridad en el proceso creativo», en: *Arquitectura: Revista del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid* (COAM), núm. 224, 1980, p. 42.

[23] Quesada Sánchez, A. J., «¿Se puede lesionar a otra persona mediante una obra creativa? Reflexiones inspiradas por la STC 51/2008, de 14 de abril», en: *Estudios de Deusto*, volumen 67/2 (julio-diciembre), 2019, p. 33.

previa. El artista es el que crea su propio mundo; un mundo, en mayor o menor medida, desconectado de la realidad.

El creador, en definitiva, tiene derecho a diseñar su obra y ejecutarla materialmente, además de los correspondientes derechos a la propiedad intelectual que resultasen. Pero, junto a esto resulta esencial la cuestión de los límites, pues no existen derechos absolutos. El caso que nos ocupa es, además, el ejemplo arquetípico y único en que la Constitución explícitamente reconoce que los derechos fundamentales son limitados y como tal deben ser entendidos en ese necesario apartado 4.

Como acabamos de decir, desde la lógica creativa no se puede acudir a los mimos criterios que en los casos de la libertad de expresión o del derecho a la información. La lógica de ambas y el bien jurídico protegido es diferente. En el caso de la libre creación y producción artística, no interesa que la información sea veraz, como tampoco se pueden interpretar de una forma excesivamente restrictiva.

No cabe duda de que, tenemos por delante una delicada tarea, que implica valorar, caso por caso, cada supuesto. Habrá, pues, que descender a las circunstancias del caso, pues si la libertad de creación es un derecho fundamental no lo son menos el derecho al honor y a la intimidad. En ocasiones, las dudas pueden ser importantes, como sucede cuando se entra en colisión con ideas políticas, sociales, religiosas… En estos casos, las indeterminaciones que más se han presentado en la práctica han sido obras que pueden ofender a la mujer y el «caso estrella», posiblemente, sea el de las caricaturas de Mahoma o los presuntos ataques al islam [24]. Otros casos bien conocidos son los de Salman Rushdie y los versos satánicos, Teo Van Gogh, Larks Vilks o Charlie Hebdo. Ya en los últimos tiempos en nuestro contexto, las canciones de Shakira.

En estos supuestos, además de la correspondiente ponderación de intereses y bienes jurídicos a proteger, también es importante la sugerente sentencia del Tribunal Supremo 632/2013 en que se alude a la doble valoración del peso en abstracto y del peso relativo de cada uno de los derechos en conflicto. Por ello, en la primera de las valoraciones debe descartarse como las libertades del artículo 20 son esenciales para el correcto funcionamiento del Estado democrático y la formación de una opinión pública, por lo que parece que, en abstracto, deberían ser preferidas. Mientras que, en el segundo paso, la clave residirá en atender a todas las posibles circunstancias concurrentes en el caso concreto para poder resolver final y efectivamente [25]. Además, esta sentencia

[24] *Ibidem*, pp. 38 y 39.
[25] *Ibidem*, p. 39.

establece otra cuestión a tener en cuenta: la brevedad un texto, que, si bien no es criterio de peso para, por sí mismo, negar que pueda existir una vulneración de un derecho, pero en el caso de que esta vulneración se hubiese producido, obviamente es más grave cuanto más extenso sea el texto [26].

Sea como fuere, lo fundamental será que la creación (literaria en este caso, pero por analogía también la artística) suponga y ofrezca una nueva realidad que no se identifique con la realidad empírica. Por tanto, en el derecho a la producción y creación artística no tiene especial sentido ni relevancia el criterio de la relevancia pública de los personajes, como tampoco que este derecho contribuya a la formación de una opinión pública libre o la veracidad se argumente [27].

El derecho fundamental a la producción y creación literaria (y, por ende, artística) protege la creación de un universo de ficción, por mucho que se puedan tomar algunos datos, situaciones o referencias de la realidad. Lo fundamental será que no resulte posible acudir al punto de la vejación, el desmerecimiento o consideración o negativa reputación clara e indubitada. Solo en estos casos o en los de atentados contra la integridad moral o incitación al odio será posible limitar una labor creativa.

VII. CONCLUSIONES

Nadie sabe qué nos deparará el futuro, pero lo cierto es que la capacidad creativa del hombre es inimaginable. De ahí que nos aventuremos a señalar la importancia que puede tener este derecho en un futuro. Por esta razón, conviene dejar claro el grado de protección constitucional de este derecho, que es el máximo de los previstos constitucionalmente, dado que se encuentra dentro de la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I. Es esta y no otra, la principal razón por la que se insiste en el «intensa» e inescindible ligazón entre arte y cultura, dado que las manifestaciones culturales no cuentan con semejante nivel de protección, dada la sistemática constitucional, que reproduce la famosa teoría de las «generaciones de derechos», ampliamente estudiada por la profesora Gómez Sánchez a lo largo de toda su trayectoria académica.

Mucho se ha escrito y discutido sobre el derecho a la libertad de expresión, pero poco, muy poco, sobre una serie de derechos que parten de la común

[26] *Ibidem*, p. 41. Obviamente, no es ilógico que pueda darse una visión negativa en un texto breve, sobre todo, teniendo en cuenta que en el contexto literario se cuida especialmente la palabra como fin en sí mismo. Por ello es bastante más fácil que suceda, por muy breve que sea la referencia injuriosa.

[27] *Ibidem*, p. 42.

raíz de aquel. Quizás fuera porque se ha considerado, erróneamente (si se me permite tal afirmación) que no es un derecho susceptible de grandes o múltiples conflictos. Esto podría cambiar en un futuro inmediato. El desarrollo de la tecnología camina tan rápido que, probablemente cuando termine estas páginas tal vez nada de lo dicho en ellas se tenga en pie. Amén, de que la conflictividad de este precepto que se solía condensar en determinadas creaciones literarias ya pasado a otras latitudes como las letras de canciones o el pretendido «humor» en X y otras redes. Es más, nos atrevemos a avanzar que en el futuro será uno de los derechos más invocados ante los tribunales ordinarios de Justicia y ante el Tribunal Constitucional. Precisamente por esta circunstancia es necesario un estudio actualizado de esta cuestión en sus diferentes variantes.

Hasta ahora la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido más amplia en el comentario del derecho a la libre creación y producción literaria, pero no tanto en el caso del derecho a la libre producción y creación artística que, es, sin duda alguna, el más complicado y complejo porque para empezar requiere de la definición de una serie de conceptos difícilmente determinables, junto con una variedad inimaginable de formatos y formas de la obra final.

LA TRANSPARENCIA EN SU VERTIENTE ACTIVA

Blanca Cid Villagrasa [1]
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. INTRODUCCIÓN

Una de las características principales que diferencia los Estados democráticos de los autocráticos es la transparencia de su actuación. Por esta razón ya dijo Norberto Bobbio [2] que el gobierno democrático puede ser definido de muchas maneras, aunque en ninguna de ellas se puede excluir como un elemento distintivo e imprescindible el de la visibilidad y transparencia del poder. La democracia es aquella en la que los gobernantes ejercen el poder bajo la tutela de los ciudadanos, de modo que sea efectiva la representatividad y la transparencia [3].

Recuerda la doctrina que el principio de publicidad ocupó a finales del siglo xviii e inicios del xix un lugar preeminente en el ámbito de la ilustración para diferenciarlo de la opacidad o secretismo propio del Antiguo Régimen [4]. Así, Feuerbach consideraba la publicidad como símbolo de la «luz», del «bien» y de la «razón», mientras que el secreto lo identificaba con el imperio de las «tinie-

[1] Letrada de la Asamblea de Madrid y Profesora asociada del Departamento de Derecho constitucional de la UNED.

[2] Bobbio, N., *Stato, governo, societá. Per una teoria generale della política*. Einaudi, Torino, 1985.

[3] De Tavira Leveroni, C. E., «Publicidad y poder invisible: Lecciones de Kant y Bobbio para la democracia», en: *Oximora, Revista Internacional de Ética y Política*, 22, enero-junio 2023, p. 13.

[4] Monier, F., et al., *Las sombras de la transparencia: Secreto, corrupción y «Estado profundo» en la Europa contemporánea.* Comares, Granada, 2022, p. X.

blas», del «mal» y de la «arbitrariedad». De tal forma que se podría decir que, por un lado, estaba la publicidad/transparencia y, por otro el secreto/opacidad [5].

Aunque esta transparencia se ofrezca como hija de los ideales de la ilustración, existe una verdadera diferencia entre aquella y la concepción actual, pues la de antaño era entendida como algo más cercano a la libertad de expresión o al derecho de petición que a una noción de gobierno abierto. [6] De hecho en la actualidad la transparencia se identifica con «el grado de publicidad y apertura de los procesos estatales, de la toma de decisiones y de la publicidad en cuanto a los actores que han participado en ellos» [7].

En España la transparencia como derecho de los ciudadanos y deber las instituciones públicas se ha regulado tardíamente mediante la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTAIBG).

Al no establecerse en ningún precepto de la Constitución el término transparencia el Legislador podía haber aprobado una norma conforme a las más actuales tendencias internacionales y nacionales [8]. Sin embargo, ha segui-

---

[5] Fernández Ramos, S., «La transparencia pública: pasado, presente y futuro», en: *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51, 2018, pp. 213-243.

[6] Monier, *op. cit*a, nota 3, p. XII.

[7] Sommermann, K. P., «La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del estado de derecho», en: *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, García Macho, R. J. (coord.). Marcial Pons, España, 2010, p. 11.

[8] El artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo configura como un derecho fundamental autónomo y diferente del artículo 11 de la Carta (libertad de información). La STJUE C-588/21 P afirma que el principio de transparencia está indisolublemente ligado al principio de publicidad, de los artículos 1 párrafo segundo y 10.3 del TUE, los artículos 15.1 y 298.1 del TFUE y el artículo 42 de la CDFUE. Lo que permite garantizar, que la administración goce de una mayor legitimidad y sea más eficaz y responsable ante los ciudadanos. Ver también STJUE de 22 de febrero de 2022, C-160/20, apdos. 35 y 36. Este derecho fue tomado del artículo 255 del TUE sobre cuya base se aprobó el Reglamento 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo y del Consejo y de la Comisión. Por ello, el Tribunal de Justicia ha dicho que el derecho de acceso del público a los documentos de las instituciones de la Unión está ligado al carácter democrático de éstas, por lo que las excepciones del artículo 4 del Reglamento a este derecho deben interpretarse y aplicarse en sentido estricto (STJUE asunto C-64/05P, apdo. 66).

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales no regula la transparencia como un derecho humano y la jurisprudencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el artículo 10 no puede ser interpretado como imposición a un Estado de la obligación positiva de recopilar y difundir información de oficio, porque el artículo 10 no confiere a los particulares un derecho de acceso a la información en poder de una autoridad pública, ni obliga al Gobierno a dar dicha información a la persona salvo que por las circunstancias de esa determinada situación el acceso a esa información pública sea fundamental para ejercer el derecho a la libertad de expresión, en concreto la libertad de recibir y difundir información veraz. Para que esto sea así se requieren cuatro requisitos: que la finalidad sea actividad periodística o que cree un foro para el debate público; que la información solicitada sea de interés público; que quien pide la información desarrolle el papel de perro guardián de la democracia frente a los abusos del poder; y que la información solicitada no tenga que reelaborarse por encontrarse lista y disponible para ser facilitada (STEDH de 8 de noviembre de 2016, *Magyar Helsinki Bizottság* c. Hungría). En la actualidad a la transparencia se rige por el Convenio núm. 105 sobre acceso a documentos

do la tradición del Tribunal Supremo [9] (posterioremente recogida por el Tribunal Constitucional) y ha optado por entender que la transparencia se debe identificar con el principio general del derecho constitucional de acceso a los archivos y registros administrativos del artículo 105 b) CE [10].

La ubicación de la transparencia alejada del derecho fundamental de acceso a la información veraz del artículo 20.1 d) CE, en mi opinión, ha sido un grave error pues las instituciones públicas siguen sin ser conscientes de que no deberían tener secretos para los ciudadanos pues, son estos y no ellos los auténticos titulares y propietarios del poder.

En mi corta carrera como asesora jurídica del Consejo de Transparencia y Participación de la Comunidad de Madrid he podido observar cómo las Administraciones públicas siguen muy alejadas de la transparencia y en muchas ocasiones se han visto obligadas a publicar o suministrar la información gracias a la gran laborar que están llevando a cabo determinados órganos de fiscalización de

---

públicos del Consejo de Europa, ratificado por España el 23 de noviembre de 2021 y aprobado por las Cortes Generales conforme exige el artículo 94.1 CE entrando en vigor el 1 de diciembre de 2024. Ver también sobre este tema Pérez Conchillo, E., «Revisión de la doctrina del TEDH sobre el derecho de acceso a la información pública en el contexto de la pandemia», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 18, núm. 35, enero-junio, 2021, pp. 79-101.

En el ámbito internacional, la Relatoría especial para la libertad de opinión y expresión de la ONU publicó la Resolución 1993/45, de 5 de marzo en la que constataba que existía una obligación de los Estados de asegurar el acceso a la información particularmente respecto de aquella información que está en manos del Gobierno. Y posteriormente en el Informe E/CN4/2000/63 de 18 de enero, sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión dirá que el derecho de acceso a la información pública es un derecho humano y el componente básico de toda sociedad fundada sobre los principios democráticos, de tal forma que la libertad de expresión lleva implícito el derecho del público a tener acceso libre a la información y conocer las actividades que el Gobierno realiza en su nombre, sin lo cual languidece la verdad y se frustra la plena participación del pueblo en el gobierno. En informes posteriores (como el de13 de abril de 2021) la Relatoría vuelve a insistir en el deber de los Estados de garantizar el derecho a la información y recuerda a los países desarrollados la necesidad de hacer un esfuerzo mayor para permitir que los datos que obren en poder del Estado estén disponibles, y no ampararse en el *habeas data* para no suministrarlos, utilizando métodos como la denominada privacidad diferencial que es un sistema de protección encaminada a preservar la utilidad de los datos al mismo tiempo que se respeta la privacidad de los ciudadanos.

[9] El Tribunal Supremo ha dicho que una solicitud de información pública «no guarda relación alguna con el derecho a la libertad de información del artículo 20.1 d) de la CE pues la citada solicitud encuentra su cauce constitucional y legal en la interpretación y aplicación del artículo 105 b) CE y de la Ley 19/2013. Quiere esto decir que, ni puede convertirse el derecho del artículo 105 b) CE en un derecho fundamental, ni podemos extender la libertad de información del derecho del artículo 105 b) a cuestiones que resulten ajenas a la configuración y caracterización de este derecho fundamental». (STS 319/2019, de 7 de febrero de 2023, recurso de casación C-A núm. 8005/2021).

[10] Ver DDSS núm. 136 del Congreso de los Diputados de 12 de septiembre de 2013. Para el Tribunal Supremo el artículo 62 de la Ley de 17 de julio de 1958 de Procedimiento Administrativo y el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común fueron los que dieron cuerpo al mandato constitucional del artículo 105 b) actualmente desarrollado en la LTAIBG. Ver Cid Villagrasa, B., «La doctrina del Tribunal Supremo sobre el alcance de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», en: *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 42, 2022, pp. 177-198.

la transparencia [11] y el Tribunal Supremo que a través de sus resoluciones están haciendo realidad el Preámbulo de la LTAIBG: «sólo cuando la acción de los responsables público se somete a escrutinio», es «cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones».

Ante la imposibilidad de referirme a la transparencia en toda su extensión, en los epígrafes siguientes tras explicar el alcance de la transparencia me referiré sólo a la publicidad activa considerada por muchos la hermana pequeña de la transparencia y por ello menos importante. No es esta mi opinión pues cuanta más información se vea publicada mas transparente será la democracia porque menos tendrá que solicitar el ciudadano y más conscientes serán las instituciones públicas de que los datos que obran en sus archivos, salvo excepciones, deberían ser también accesibles para el público que es su auténtico destinatario y dueño.

II. DEL ALCANCE DE LA TRANSPARENCIA

1. **Definición de transparencia**

El vocablo «transparencia» ha sido utilizado por la legislación para referirse a realidades diferentes.

Algunas Comunidades Autónomas (las que han legislado primero y hasta mediados del año 2014), han identificado la palabra «transparencia» con publicidad activa y el término «publicidad» con el derecho de acceso a la información pública. Han entendido que la transparencia pública es aquella consistente «en facilitar de oficio a la ciudadanía información constante, veraz y objetiva sobre la actuación de las entidades» sujetas a su Ley, «potenciando su accesibilidad en tiempo real y sin tratar para que pueda, además, ser compartida de forma libre y gratuita o reutilizada por la ciudadanía respecto de aquellos datos puestos a disposición en formatos abiertos» [12].

---

[11] Consecuencia de esta gran labor en la Comunidad de Madrid por la Ley 16/2023, de 27 de diciembre, de medidas para la simplificación y mejora de instituciones y organismos de la Comunidad de Madrid se ha modificado la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y Participación de la Comunidad de Madrid suprimiéndose todo el régimen de infracciones y sanciones por el incumplimiento de las obligaciones de transparencia y modificando la composición y naturaleza jurídica del órgano de fiscalización de tal forma que el Consejo de Transparencia y Participación órgano independiente y designados sus miembros por la Asamblea de Madrid ha sido sustituido por el Consejo de Transparencia y Protección de Datos cuyo presidente es nombrado por el Gobierno de la Comunidad a propuesta del Consejero de Presidencia..

[12] Ver artículos 1 y 4 de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura; artículos 1 y 5 de la Ley 12/2014, de 26 de diciembre, de transparencia y acceso a la información pública de Canarias; artículos 1 a 3 de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de transparencia y participación ciudada-

Otras Comunidades Autónomas (aquellas que su la legislación autonómica es de mediados del año 2014 o los posteriores) ha identificado la transparencia con la publicidad activa y pasiva y la han definido como: «la doble vertiente de publicidad activa y de derecho de acceso a la información pública, como instrumento para facilitar el conocimiento por la ciudadanía de la actividad de los poderes públicos y de las entidades con financiación pública, promoviendo el ejercicio responsable de dicha actividad y el desarrollo de una conciencia ciudadana y democrática plena» [13].

Esta última es la postura de la mayor parte de la doctrina [14] que ha entendido que el vocablo transparencia tiene un significado muy amplio y ha de identificarse con la publicidad en sentido global, esto es con la publicidad activa y pasiva, con una concepción de acceso a la información para incidir, pasiva o activamente en los procesos y las decisiones políticas [15]. La transparencia así entendida sería un principio con personalidad propia que serviría para reflejar a la sociedad cómo son las instituciones públicas. Es decir, manifiesta el tipo de relaciones y el grado de apertura y calidad democrática de las instituciones [16].

---

na de Murcia; artículo 2 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña; artículo 1 de la Ley 3/2015, de 4 de marzo, de transparencia y participación de Castilla y León; artículo 2 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la actividad pública y participación ciudadana de Aragón; artículos 1 y 2 de la Ley 1/2016, de 18 de enero, de Transparencia y Buen Gobierno de Galicia.

[13] Ver artículo 1 de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de transparencia pública de Andalucía; artículos 1 y 3 de la Ley 3/2014, de 11 de septiembre, de Transparencia y buen Gobierno de la Rioja; artículos 1 y 2 de la Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla la Mancha; artículos 1 y 2 Ley 1/2018, de 21 de marzo, de transparencia de la Actividad Pública de Cantabria; artículo Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés del Principado de Asturias; artículo 4 de la Ley Foral Navarra 5/2018, de 17 de mayo, de transparencia, acceso a la información pública y buen Gobierno; artículos 1 y 5 de la Ley 10/2019, de 10 de abril, de transparencia y participación de la Comunidad de Madrid, artículos 1 y 5 objeto de la ley y definiciones; y artículos 1 y 2 de la Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y buen Gobierno de Valencia.

[14] Algún autor sostiene que al ser el término transparencia relativamente moderno no cabe confundirlo con publicidad. Transparencia sería derecho de acceso a la información y publicidad se iidentificaría con información disponible y descifrada para el público. Ver en Naurin, D., «Transparency, Publicity, Accountability - The Missing Links», en: *Swiss Political Science Review*, núm. 3, vol. 12, 2006, pp. 90-98; Baume, S., «Publicity and Transparency: The Itinerary of a Subtle Distinction», en: Alloa E. y Thomäp, D. (eds.), *Transparency, Society and Subjectivity*, Critical perspectives. Palgrave Macmillan, 2018, pp. 203-224. Esta autora ha sostenido que la publicidad es un concepto más restrictivo pues la transparencia está vinculada a valores morales asociados a la sinceridad y la eficiencia, como las políticas que combatían los abusos y la tiranía.

[15] La publicidad tanto activa como pasiva tiene una función democrática porque «la función de la información es dotar de materia prima a la discusión racional de una sociedad moderna. Privarlas de datos relevantes es una forma subliminal de autoritarismo más propia de sus enemigos de quienes dicen estar al servicio de ella», Ver. Laporta San Miguel, F. J., «El derecho a informar y sus enemigos», en: Carbonell Sánchez, M. (coord.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión.* Porrúa: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, pp. 93-106.

[16] Pérez Conchillo, E.*, Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Configuración y naturaleza constitucional.* Aranzadi, Pamplona, 2023.

En esta línea se pronuncia la primera acepción del diccionario Panhispánico de la Real Academia Española al definir al transparencia como la «obligación de las administraciones públicas y otras entidades públicas y privadas, como los partidos políticos o las entidades subvencionadas, de dar a conocer periódicamente los datos más relevantes de su actividad, con los elementos económicos y presupuestarios correspondientes, así como facilitar a las personas el acceso a la información pública contenida en documentos y archivos que aquellas custodian».

El Tribunal Supremo considera que los datos que obran en poder de las instituciones u órganos obligados por la LTAIBG «están sujetos a una obligación general de transparencia en su estructura y funcionamiento que abarca no solo una publicidad activa sino también la sujeción al deber de proporcionar información. Es decir, junto a la publicidad activa existe un derecho de acceso a la información pública que trata de reforzar y ampliar la transparencia de la actividad pública y que se reconoce en términos muy amplios a todas las personas sin mayores distinciones, en sintonía con lo previsto en el artículo 105.b) de la CE» [17].

Y, el Tribunal Constitucional la transparencia sería un principio general que debe informar al ordenamiento jurídico, de desarrollo del principio constitucional de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos del artículo 105 b) CE. «El artículo 105 b) CE, encuadrado en el título IV, "Del Gobierno y de la Administración", incorpora un principio objetivo rector de la actuación de las administraciones públicas (art. 103.1 CE), derivado de exigencias de democracia y transparencia, así como un derecho subjetivo de las personas, ejercitable frente a las administraciones, con sujetos, objeto y límites definidos en el propio precepto constitucional, que fue desarrollado inicialmente en los artículos 35 h) y 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y actualmente en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno» [18].

Al no establecer la LTAIBG una definición de lo que debe entenderse por transparencia pero regular en el Título I bajo la rúbrica «Transparencia de la actividad pública», tanto la publicidad activa como pasiva [19], por la redacción

[17] Ver STS 5514/2023, de 11 de diciembre de 2023, Recurso de Casación C-A núm. 628/2022.

[18] STC 164/2021, de 4 de octubre, FJ. 3.

[19] El Título I consta de: Cap. I «Ámbito subjetivo de aplicación» (arts. 2-4), Cap. II «Publicidad activa» (arts. 5-11) y Cap. III «Derecho de acceso a la información pública» (arts. 12 a 24).

del artículo 1 de la Ley [20], cabe definir a la transparencia como la obligación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de publicar de oficio determinada información y el derecho de los ciudadanos de acceder a la información pública que obra en poder de estos sujetos sin más limitaciones que las expresamente previstas en la Ley.

2. **Naturaleza jurídica de la transparencia**

Conforme al concepto de transparencia que se desprende de la LTAIBG ésta se identifica con las dos caras de una misma realidad: la publicidad activa y la publicidad pasiva o el derecho de acceso a la información pública, y por ello su naturaleza jurídica se identifica con una obligación, pero también con un derecho. A saber:

1.º Es una obligación y un derecho constitucional de configuración legal de hacer. Supone referirse a la publicidad activa, también llamada transparencia activa u obligación de las instituciones y Administraciones públicas de publicar de oficio según lo previsto en la LTAIBG, pero también a la publicidad pasiva o derecho de los ciudadanos de acceso a la información conforme establece el artículo 105 b) CE.

En su vertiente activa es a la vez una obligación proactiva o de hacer y en su vertiente pasiva es una obligación reactiva o de suministro de la información solicitada sin más limitaciones que las expresamente previstas en el artículo 105 b) CE y desarrolladas en los artículos 14, 15 y 18 LTAIBG.

2.º Forma parte de lo que se denomina políticas de datos abiertos (Open Data) y gobierno abierto pues cuanta más publicidad activa se dé menos necesidad habrá de ejercer el derecho de acceso o publicidad pasiva. Por otro lado, esta transparencia no sería posible sin las nuevas tecnologías. En concreto sin Internet 2.0. que permite volcar en las plataformas digitales la ingente cantidad de información que obra en poder de los archivos de las Administraciones públicas, y ponerlos a disposición de los ciudadanos en formatos reutilizables [21].

---

[20] Artículo 1 LTAIBG: «Esta Ley tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento».

[21] Esto ha permitido que se pueda hablar de la sociedad en red, políticas de datos abiertos, administración electrónica, etc. Ver Villoria, M., «La publicidad activa en la Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: posibilidades e insuficiencias», en: *Govern Obert 2014*, Generalitat de Catalunya, núm. 1, 2014; Jimenez Aranda, P., «Transparencia algorítmica en el sector público», en: *Govern Obert*, Generalitat de Catalunya, núm. 9, 2023; Garcia Mexia, P., «Parlamento y Ejecutivo en la era di-

3.º Es además una obligación y un derecho transversal de tercera generación, cuya regulación ha de ser supletoria y, en su vertiente pasiva, legislación básica del Estado.

En este sentido el Tribunal Supremo ha reiterado que la LTAIBG «se constituye como la normativa básica transversal que regula esta materia y crea un marco jurídico que complementa el resto de las normas» [22]. Pero además, tal y como establece la disposición adicional primera, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 23 LTAIBG [23], es una Ley supletoria salvo que otra norma de rango legal incluya un régimen propio, específico y completo que permita entender que nos encontramos ante una regulación alternativa por las especialidades existentes en una materia o ámbito determinado, creando una regulación autónoma y completa en relación con sujetos legitimados y/o el contenido y límites que desplace la LTAIBG como norma básica general [24].

El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha explicado [25] que, la disposición adicional primera de la LTAIBG no hace una enumeración taxativa de los procedimientos o áreas de actuación que cuentan con un régimen específico, para no provocar lagunas o introducir rigideces indebidas en el ordenamiento jurídico. Por esta razón la Ley 27/2006, de 18 de julio respecto al acceso a la legislación medioambiental y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, mencionados en esta disposición, lo son a título de ejemplo y admiten la consideración de otros sectores. Ahora bien, estos otros sectores deben tener una norma que prevea una regulación específica propia del acceso a la información, «la interpretación contraria conduciría al absurdo de que sectores enteros de la actividad pública o determinados órganos territoriales quedaran exceptuados de la aplicación del régimen de acceso previsto en la LTAIBG, siendo esta, como es, una ley básica y de general aplicación.»

4.º Finalmente como establece la disposición final octava de la LTAIBG los artículos 12 a 24 del Capítulo III relativo al derecho de acceso a la in-

gital ¿Hacia la autonomía tecnológica de las Cámaras? », en: *Revista de las Cortes Generales*, núm. 105, tercer cuatrimestre, 2018, pp. 247-270.

[22] SSTS 871/2022, de 10 de marzo, Recurso de casación C-A núm. 148/21; 1565/2020, de 19 de noviembre; 1817/2020, de 29 de diciembre de 2020, o ATS 13412/2021, de 20 de octubre de 2021.

[23] Artículo 23 LTAIBG: «1. La reclamación prevista en el artículo siguiente tendrá la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, contra las resoluciones dictadas por los órganos previstos en el artículo 2.1.f) sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo».

[24] SSTS 1817/2020, de 29 de diciembre de 2020; 314/2021, de 8 de marzo, 1565/2020, de 19 de noviembre o 871/2022, de 10 de marzo.

[25] Criterio interpretativo 008/2015, de 12 de noviembre, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de aplicación de la disposición adicional primera de la Ley 19/2013 sobre regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública.

formación pública, salvo el apartado 2 del artículo 21 son legislación básica del Estado, pues como dice el Tribunal Constitucional «el principio constitucional de "acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos", no sólo incrementa la transparencia de la actividad de todos los sujetos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas, sino que exige "garantizar un tratamiento común de los administrados ante todas las Administraciones Públicas." Ello supone que la mayor parte de la regulación del derecho de acceso a la información pública cumpla una función típica de las normas de "procedimiento administrativo común" [SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 27 y 55/2018, de 24 de mayo, FJ 9 b)]». Por lo tanto, los artículos de la LTAIBG reguladores de este derecho se han dictado «legítimamente al amparo de los principios o normas que se insertan en la competencia exclusiva del Estado relativa al establecimiento del "procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE)"… *[SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 27 y 55/2018, de 24 de mayo, FJ 9 b)]»* [26].

III. DE LA PUBLICIDAD ACTIVA

1. **Definición**

Tal y como ocurría con la transparencia, el Capítulo II del Título I de la LTAIBG a pesar de titularse «Publicidad activa» no contiene una definición de lo que se entiende por transparencia activa, sin embargo, algunas leyes autonómicas si recogen definiciones expresas.

El artículo 2 b) de la Ley de Transparencia pública de Andalucía define a la publicidad activa como «la obligación de las personas y entidades a las que hacen referencia los artículos 3 y 5 de hacer pública por propia iniciativa, en los términos previstos en la ley, la información pública de relevancia que garantice la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de su actuación» o el artículo 3 b de la Ley de Transparencia y Buen Gobierno de la Rioja define la transparencia activa como «la obligación de difundir de forma permanente, periódica y actualizada aquella información pública más relevante para garantizar la transparencia de la actividad de la administración pública» [27].

---

[26] STC 104/2018, de 4 de octubre, FJ. 5.

[27] Estas definiciones con ligeras variaciones aparecen recogidas en el artículo 2 de la Ley de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; el artículo 3 de la Ley de Transparencia de la Actividad pública y Participación Ciudadana de Aragón; el artículo 3 de la

Merecen especial atención el artículo 6 de la Ley de Transparencia y Buen Gobierno de Galicia y el artículo 10 de la Ley de transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana pues tras definir de forma parecida al resto de las Comunidades Autónomas lo que se entiende por publicidad activa añaden un último inciso referido a la finalidad de esta publicidad como medio «para fomentar el ejercicio por parte de la ciudadanía de su derecho fundamental a la participación y al control sobre los asuntos público», o «para garantizar la transparencia de su actividad, con el fin de permitir a la ciudadanía la participación y el control de los asuntos públicos». Por otro lado, el artículo 3 de la Ley de Gobierno Abierto de Extremadura define la publicidad activa como: «medios de difusión de la información pública más relevante para garantizar la transparencia de la actividad de la Administración pública».

Todas estas definiciones proporcionan la pauta o el elemento común que han permitido al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno definir la de publicidad activa como la «obligación de los sujetos que determina la Ley de publicar, de forma proactiva y en las condiciones establecidas, los datos o informaciones que sean relevantes para garantizar la transparencia de su actividad y, en todo caso, los designados expresamente en la norma, con vistas a posibilitar el ejercicio por la ciudadanía de su derecho a la participación y al control de los asuntos públicos» [28].

2. **Naturaleza jurídica**

De acuerdo con esta definición la publicidad activa tiene naturaleza jurídica de obligación y se caracteriza por:

1.º Ser una obligación legal o *ex lege* porque surge directamente o de la Ley autonómica o de la LTAIBG, que determina su contenido y la identidad de los sujetos a los que obliga.

Es una obligación legal de hacer por un lado genérica, porque obliga a publicar la información relevante sobre la actividad del sujeto comprendido en su ámbito de actuación, y por otro específica, porque también obliga a publicar información concreta de estos sujetos.

Ley de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha; el artículo 3.2 de la Ley de Transparencia de la Actividad Pública de Cantabria, el artículo 4 d) de la Ley Foral de Transparencia, Acceso a la información Pública y Buen Gobierno de Navarra y el artículo 5 e) de la Ley de Transparencia y Participación de la Comunidad de Madrid.

[28] Criterio Interpretativo 2/2019, de 20 de diciembre: publicidad activa (1). Concepto y naturaleza.

2.º Esta obligación de hacer es proactiva. Es decir, se ha de llevar a cabo de oficio, sin necesidad de instancia o solicitud de parte. Ahora bien, el que los sujetos obligados a publicar la información lo hagan de oficio no empece para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho de acceso. En este sentido, el artículo 22.3 LTAIBG permite a los ciudadanos ejercer esta posibilidad. Aun cuando la información esté publicada en una página web, sede electrónica o portal puede el ciudadano solicitarla a través de su derecho de acceso. En estos casos, según se desprende del artículo 22.3 LTAIBG, «si la información ya ha sido publicada, la resolución» del sujeto obligado por la Ley «podrá limitarse a indicar al solicitante cómo puede acceder a ella.»

Este precepto según el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno [29] significa que la publicidad activa no lleva en ningún caso aparejada una obligación de consulta por parte de los interesados. Es un instrumento que sólo obliga a los sujetos comprendidos en su ámbito de actuación y los ciudadanos si lo desean pueden consultar esta información publicada, pero, la consulta es voluntaria y la oportunidad de acceder a las páginas web o al portal de transparencia es un derecho que se ejerce libremente. El Legislador, al aprobar el artículo 22.3 LTAIBG estaba admitiendo implícitamente un procedimiento de acceso referido a aquella información sometida al régimen de publicidad activa, introduciendo para estos casos la posibilidad (no la obligación) de que la resolución se limite a indicar el lugar o medio de publicación que, en todo caso, deberá ser objeto de una referencia explícita y determinada, no una simple indicación genérica. Esto es, redireccionando al ciudadano el enlace o lugar concreto en el que se encuentra publicada la información solicitada, y dentro de este, los epígrafes, capítulos o datos e informaciones exactas que se refieran a los solicitado. El hecho de que una información se encuentre publicada por exigencias de la Ley no exime de la obligación de dar respuesta concreta en los plazos y condiciones que se señalen en la LTAIBG.

3.º Esta obligación de hacer y proactiva está sometida a control no sólo judicial sino también de una autoridad administrativa independiente como es el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en el ámbito estatal o el órgano de fiscalización o auditoría equivalente de las Comunidades Autónomas cuando así lo hayan previsto en su normativa.

En efecto, el artículo 9 de la LTAIBG no sólo atribuye al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno el control de la publicidad activa, sino que,

[29] Criterio interpretativo 009/2015 de 12 de noviembre: actuación del órgano o unidad competente cuando en el ejercicio del derecho de acceso a la información se solicite por los interesados información ya objeto de publicidad activa por el organismo de que se trate.

«en ejercicio de esta competencia, de acuerdo con el procedimiento que se prevea reglamentariamente, podrá dictar resoluciones en las que se establezcan las medidas que sea necesario adoptar para el cese del incumplimiento y el inicio de las actuaciones disciplinarias que procedan». De tal forma que el incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa «tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora».

Sin embargo, al no ser el artículo 9 de la LTAIBG legislación básica del Estado, a diferencia de lo que ocurre con las reclamaciones en materia de publicidad pasiva, nada dice la LTAIBG de que este control tenga que ser llevado a cabo por los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas. Es decir, el control de la publicidad activa de las Comunidades Autónomas y la posible sanción por su incumplimiento se deja al arbitrio de la legislación autonómica que podrá incluir o no en su normativa si controla y sanciona el incumplimiento de sus obligaciones de publicidad activa.

Por otro, al no haberse desarrollado reglamentariamente no existe por el momento un procedimiento sancionador que permita al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno incoar un expediente disciplinario por el reiterado incumplimiento de la obligación de publicidad activa. Pero además tal y como se desarrolla este precepto en la Ley parece deducirse que el Consejo de Transparencia no es la Autoridad que puede incoar o iniciar la instrucción del expediente sancionador correspondiente, sino simplemente la Autoridad que podría instar al órgano competente de la Administración pública del Estado para que lo haga. De tal forma que, aunque inste al inicio de este expediente sancionador si la Administración no quiere iniciarlo el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno no podrá obligarla.

Además, al no especificar la LTAIBG que se entiende por «reiterado incumplimiento», pero sí considerarlo una falta grave, se considera un concepto jurídico indeterminado fácilmente recurrible pues la imposición de una sanción por este concepto podría generar indefensión.

3. **Ámbito objetivo**

El objeto de la publicidad activa variará en función de la normativa aplicable y como es imposible referirse a toda ella me referiré al ámbito objetivo de la transparencia en la LTAIBG que al ser una ley transversal y supletoria es

lo mínimo que en todo caso debe ser objeto de transparencia [30]. El objeto se regula en el Capítulo II del Título I de la LTAIBG y se refiere a: la información o datos relevantes para garantizar la transparencia de la actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública de los sujetos obligados por la Ley (art. 5.1); información institucional, organizativa y de planificación de estos sujetos (art. 6); información sobre el registro de actividades de tratamiento (art. 6 bis); información de relevancia jurídica (art. 7) e información económica, presupuestaria y estadística (art. 8).

Este último precepto completado por la publicidad que exigen otras leyes como la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014; o la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, [31] etc.

---

[30] Es imposible hacer una relación de todas las obligaciones de publicidad activa que las leyes autonómicas regulan para los sujetos de su ámbito de aplicación. Normalmente esta normativa amplía el objeto materia de publicidad activa exigiendo dar publicidad además de a lo previsto en la LTAIBG a otras materia características o peculiares de su Comunidad Autónoma como por ejemplo Canarias que exige publicar el Régimen Económico y Fiscal o la composición, funciones y funcionamiento básico de los cabildos insulares; o la Región de Murcia que su Ley obliga a publicar información sobre relaciones con los ciudadanos y la sociedad; Cantabria exige publicar todo lo relativo a la ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente; la Ley de Valencia impone la publicidad activa de sistemas algorítmicos o de inteligencia artificial que tengan impacto en los procedimientos administrativos o la prestación de servicios públicos, etc. Ver sobre este último tema Cotino Hueso, L., «qué concreta transparencia e información de algoritmos e inteligencia artificial es la debida», en: *Revista Española de la Transparencia*, núm. 16, primer semestre. Enero-junio, 2023, pp. 17-63.

[31] La STC 68/2021, de 18 de marzo, FJ. 7 recuerda que el informe previo del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que exige el párrafo segundo del artículo 154.7 Ley de Contratos del Sector Público para adoptar la decisión de no publicar determinados datos relativos a la celebración de contratos se *articula como un instrumento para reforzar la transparencia de la actividad pública en materia de contratación,* «y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a dicha actividad contractual. El informe, como se desprende de la norma estatal, tiene carácter preceptivo y es previo a la decisión que adopte el órgano de contratación, pero no vinculante. Desde este punto de vista, nada se opondría a su consideración como básico. Sin embargo, el precepto exige que el informe se recabe del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, a que se refiere la LTAIBG. Esta ley lo configura como un órgano independiente que ejerce sus competencias en relación con la administración general del Estado, salvo que por convenio el ejercicio de sus funciones se extienda a las comunidades autónomas. […] razón esta por la que este precepto de la Ley de Contratos no será legislación básica y quedará al arbitrio de las Comunidades Autónomas su aplicación. La STC 37/2021, de 18 de febrero en el FJ. 7 viene a recordar la STC 33/2018 en el sentido de que la base de datos nacional de subvenciones opera como un sistema nacional de publicidad de las subvenciones para garantizar el derecho de los ciudadanos a conocer todas las subvenciones convocadas en cada momento y para contribuir a los principios de publicidad y transparencia […] El objeto de esta comunicación es garantizar la publicidad y transparencia de las ayudas que se concedan por todos los organismos públicos obligados, con la finalidad de facilitar el conocimiento y acceso a las mismas, en condiciones de igualdad, de cualesquiera interesados en todo el territorio nacional, permitiéndoles presentar sus solicitudes dentro del plazo establecido. Así se señala también en el preámbulo del Real Decreto 130/2019, al afirmar unos de los objetivos que se pretende lograr con el rediseño de la BDNS es: «1. Poner en común en un único punto todas las convocatorias cuyo plazo de solicitud esté abierto para cada momento determinado, permitiendo su consulta a todos los posibles interesados» […].

La LTAIBG ha previsto que la información sujeta a obligaciones de transparencia activa se ha de publicar de forma periódica y actualizada, conforme a lo establecido en el artículo 10, es decir en el Portal de Transparencia dependiente del Ministerio de la Presidencia para la Administración General del Estado o en sus correspondientes sedes electrónicas o páginas web para el resto de los sujetos obligados conforme determine su norma aplicable.

Además, la información, se ha de publicar de manera clara, estructurada y entendible para los interesados, y basándose en los principios de: accesibilidad, interoperabilidad y reutilización.

Respecto a la accesibilidad el artículo 5.4 LTAIBG obliga a la adopción de los mecanismos que la faciliten de tal forma que esté a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad suministrada por medios o en formatos adecuados, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos (art. 5.5). En cumplimiento de esta obligación se ha aprobado el Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público que en su Exposición de Motivos recuerda que en desarrollo de la Directiva (UE) 2016/2102, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público tiene por objeto «aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a los requisitos de accesibilidad, entendiendo la accesibilidad como un conjunto de principios y técnicas que se deben respetar a la hora de diseñar, construir, mantener y actualizar los sitios web y las aplicaciones para dispositivos móviles» [32].

Por otro lado, el principio de interoperabilidad se ha de llevar a efecto conforme al Esquema Nacional de Interoperabilidad, aprobado por el Real Decreto 4/2010, de 8 enero, y el de reutilización de acuerdo con lo previsto en la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del Sector Público y el Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre por el que se desarrolla la Ley 37/2007.

[32] A pesar de que el Real Decreto 1112/2018 se ha elaborado al amparo de las habilitaciones normativas del Real Decreto Legislativo 1/2013 y las Leyes 34/2002, 19/2013 y 40/2015, y de transponer en el ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2016/2102, la STC 100/2019, de 18 de julio, ha declarado que el inciso «de aplicación en todo el territorio nacional» del artículo 15.3 es inconstitucional y nulo al igual que el inciso «de las Asambleas legislativas de las comunidades autónomas,» de la disposición adicional segunda y que el texto restante del artículo 15.3 invade las competencias autonómicas y carece del carácter de legislación básica; así como declarar que parte de los artículos 12, 13, 16.2, 17.4 y 19.3 y la disposición transitoria única del Real Decreto 1112/2018, invaden las competencias autonómicas y carecen del carácter de legislación básica.

Finalmente es necesario recordar que de las obligaciones de publicidad activa sólo podrán exceptuarse los sujetos obligados cuando la materia objeto de publicación se encuentre incursa en alguna de las limitaciones que el artículo 14 de la LTAIBG establece para el derecho de acceso a la información pública o cuando se de cualquier causa derivada de la protección de datos de carácter personal a que hace referencia el artículo 15 LTAIBG, de tal forma que si la información que se quiere publicar afecta a datos especialmente protegidos, la publicidad sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los mismos.

4. **Ámbito subjetivo**

Los sujetos obligados a la publicidad activa serán aquellos que estén expresamente previstos en las normas de transparencia y que en el seno de la LTAIBG se establecen en el Capítulo I, del Título I «Ámbito subjetivo de aplicación» y en el artículo 6 bis.

Hasta la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD), los sujetos obligados a la publicidad activa eran los establecidos en los artículos 2 y 3 de la LTAIBG, en los términos establecidos en los artículos 5, 6, 7 y 8. Sin embargo, tras la entrada en vigor de la disposición final undécima de la LOPDGDD, se ha modificado la LTAIBG y se le ha añadido un nuevo artículo (el 6 bis) que no solo se encuentra ubicado en el ámbito de objetivo de la publicidad activa y alejado del capítulo relativo al ámbito subjetivo, sino que además remite al artículo 77 de la LOPDGDD su especificación.

Las grandes peculiaridades de la LTAIBG y de casi todas las leyes de transparencia, en relación con estos sujetos se resumen en lo que sigue:

1.º Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley están obligados de manera diferente. Cada uno de los preceptos reguladores del ámbito objetivo de la publicidad activa especifica las obligaciones de publicidad que corresponde a cada sujeto. Por ello cada uno de estos grupos de sujetos tendrá que averiguar qué preceptos de la Ley le es de aplicación si quieren dar cumplimiento a las obligaciones de publicidad que le impone la LTAIBG. Así:

– el artículo 5.1 de la LTAIBG establece que sólo los sujetos enumerados en el artículo 2.1 publicarán de forma periódica y actualizada la información

cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública;

– el artículo 6 de la LTAIBG en el apartado 1 obliga a todos los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de este título a publicar «la información relativa las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación y su estructura organizativa», y en el apartado 2 obliga sólo a las Administraciones Públicas a publicar la información relativa a los planes y programas anuales y plurianuales.

– el artículo 6 bis LTAIBG obliga a publicar «el inventario de actividades de tratamiento» a los sujetos enumerado en el artículo 77 LOPDGDD.

– el artículo 7 LTAIBG sólo obliga a publicar la información de relevancia jurídica a las Administraciones públicas;

– y el artículo 8 LTAIBG impone a los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título la obligación de hacer pública, «como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria» que enumera.

2.º Los sujetos enumerados son *numerus clausus*. Al no preverse en ningún precepto una cláusula residual o general que amplíe o modifique los sujetos obligados, estos son tasados. La enumeración que contiene la LTAIBG es taxativa y *constituye numerus clausus* o *lista cerrada que comprende la totalidad de los sujetos a que resultan de aplicación* y no cabe ni ampliarlos ni reducirlo salvo por reforma de la Ley [33].

3.º Estos sujetos pertenecen a grupos o categorías diferentes y para determinar su naturaleza jurídica hay que acudir a su régimen organizativo o de funcionamiento que además de ser distinto se encuentra en normas diferentes a la LTAIBG.

4.º Estos sujetos se regulan en tres artículos, aunque el Capítulo I regule un artículo 4 relativo a «personas físicas y jurídicas distintas de las referidas en los artículos anteriores que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas», estas personas no tienen obligaciones de publicidad activa sino de «suministrar a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a la que se encuentren vinculadas, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquéllos de las obligaciones previstas en este título».

[33] Criterio interpretativo del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno 3/2019, de 12 de diciembre de 2020: Publicidad activa: ámbito subjetivo.

– El artículo 2 de la LTAIBG[34] bajo la rúbrica «Ámbito subjetivo de aplicación» intenta recoger a casi todos los sujetos públicos pues, junto al sector público, establece como sujetos obligados a los órganos constitucionales o de relevancia constitucional y a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cuando colaboran con la Seguridad Social.

Como la obligación de transparencia de los órganos constitucionales se limita a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo, y esta es residual los principales sujetos que se ven vinculados por el contenido de la LTAIBG son los que artículo 2.2 de la LTAIBG define como Administraciones públicas: «los organismos y entidades incluidos en las letras a) a d) del apartado anterior». En concreto la Administración General del Estado regulada en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; la Administración autonómica que se especifique como tal en la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de que se trate, conforme a lo establecido en su Estatuto de Autonomía; la Administración Local según la Ley 7/1985 reguladora de las Bases del Régimen Local; las universidades públicas (art. 2.1 d) según su propia normativa; y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cuando colaboran con la Seguridad Social (art. 2.1 b) a pesar de que sean sujetos privados y no públicos, porque el artículo 80.4 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social estable-

[34] Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación.1. «Las disposiciones de este título se aplicarán a:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local. b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social. c) Los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad. d) Las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades públicas. e) Las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo. f) La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo. g) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100. h) Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones. i) Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo. Se incluyen los órganos de cooperación previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la medida en que, por su peculiar naturaleza y por carecer de una estructura administrativa propia, le resulten aplicables las disposiciones de este título. En estos casos, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Ley será llevadas a cabo por la Administración que ostente la Secretaría del órgano de cooperación».

ce que, «las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social forman parte del sector público estatal de carácter administrativo, de conformidad con la naturaleza pública de sus funciones y de los recursos económicos que gestionan, sin perjuicio de la naturaleza privada de la entidad».

No cabe olvidar la coexistencia aplicativa que existe en la regulación de la transparencia que se contiene no sólo en la LTAIBG sino también en la legislación específica de las Comunidades Autónomas y para el ámbito local también en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Al no ser la publicidad activa legislación básica del Estado, en caso de tener la Comunidad Autónoma una normativa propia sobre la transparencia activa será esta la norma aplicable a su Administración pública y a la de sus entidades locales, pues, sólo en caso de laguna o vacío legal la Administración pública autonómica aplicará por vía del artículo 149.3 CE con carácter supletorio la LTAIBG [35].

– El artículo 3 de la LTAIBG establece también como sujetos obligados por un lado a los «partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales»; y, por otro a las «entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 % del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros». Este precepto según el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha de interpretarse en sentido finalista. Es decir, aunque el precepto se refiera en exclusiva a los partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales y no regule a las federaciones, confederaciones o uniones de estos partidos u organizaciones, dado el carácter finalista de la LTAIBG, por el Preámbulo de la Ley deberían entenderse incluidos todos.

[35] Es imposible dar cuentas de los sujetos obligados por las leyes de las Comunidades Autónomas pues varia de una a otra en función de sus características y especialidades, pero con carácter general todas han intentado incluir a todo su sector público. Algunas han incluido también a sus entidades de la Administración local, a las asociaciones, fundaciones, corporaciones y demás entes constituidos por las entidades locales en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma y a las universidades públicas de la Comunidad junto con sus entidades u organismos vinculados o dependientes en todo aquello que no afecte a la autonomía local y universitaria reconocida constitucionalmente, tal es el caso de la Comunidad de Madrid, Cataluña o Andalucía. La STS 1422/2022, de 5 de abril de 2022, recurso de casación C-A núm. 3060/2020, recuerda que, aunque una Comunidad Autónoma, en este caso la de Murcia, en su Legislación sobre transparencia no incluya en el ámbito subjetivo de aplicación a las corporaciones locales se debe considerar que en materia de publicidad activa hay una laguna detectada en la norma autonómica que debe colmarse con base a la aplicación de la cláusula de supletoriedad del derecho estatal establecido en el artículo 149.3 CE, sin perjuicio de que al ser la publicidad pasiva legislación básica dictada al amparo de los artículos 149.1 y 149.1 18 CE permite a los ciudadanos formular reclamación contra aquellas resoluciones de los entes locales pertenecientes al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma adoptados en materia de acceso a la información pública ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno del Estado o en su caso ante el organismo de control que se haya creado en esa Comunidad Autónoma.

Además, el artículo 3 incluye también a entidades privadas perceptoras de ayudas o subvenciones públicas por encima del 40 % sea cual sea su forma jurídica y con independencia de la legislación que en su caso sea de aplicación. Al decirse ayudas y subvenciones el artículo se debe entender referido a cualquier disposición de fondos públicos que les produzca una ventaja o un beneficio fiscal o especial como las becas, premios, donaciones, bonificaciones, cesión de suelo, etc. El único requisito que debe exigirse es que la ayuda o subvención sea pública. Y, si recibe ayuda de varias Administraciones públicas el importe que debería tenerse en cuenta para la aplicación del umbral del 40 % debería ser el de la suma de todas, aunque se trate de pagos o cuotas fraccionadas y ayudas y subvenciones percibidas durante el periodo de un año.

– Finalmente, el artículo 77 de la LOPDGDD establece una lista de sujetos obligados [36] a publicar el inventario de actividades de tratamiento en aplicación del artículo 31 de la citada Ley Orgánica. Por tanto, de este artículo se desprende:

a) que la obligación de estos sujetos es la establecida en el artículo 31 de la LOPDGDD que les insta a hacer «público un inventario de sus actividades de tratamiento accesible por medios electrónicos en el que constará la información establecida en el artículo 30 del Reglamento (UE) 2016/679 y su base legal»; [37]

b) que no sólo es una infracción grave el incumplimiento de la obligación de publicidad activa, sino que además el no disponer del registro de actividades de tratamiento establecido en el artículo 30 del Reglamento General de Protección de Datos se considera una infracción grave objeto de sanción, según establece el artículo del artículo 72.1 n) de la LOPDGDD;

c) que la LOPDGDD, además de ser desarrollo de un derecho fundamental (art. 18.4 CE) y de obligado cumplimiento por la Unión Europea se dicta al amparo del artículo 149.1.1.ª de la CE, por lo que su contenido es legislación

[36] Artículo 77. 1. «El régimen establecido en este artículo se aplicará a los tratamientos de los que sean responsables o encargados: a) Los órganos constitucionales o con relevancia constitucional y las instituciones de las comunidades autónomas análogas a los mismos. b) Los órganos jurisdiccionales. c) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración Local. d) Los organismos públicos y entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas. e) Las autoridades administrativas independientes. f) El Banco de España. g) Las corporaciones de Derecho público cuando las finalidades del tratamiento se relacionen con el ejercicio de potestades de derecho público. h) Las fundaciones del sector público. i) Las Universidades Públicas. j) Los consorcios. k) Los grupos parlamentarios de las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas autonómicas, así como los grupos políticos de las Corporaciones Locales».

[37] El artículo 30 del Reglamento general de Protección de datos regula el contenido del Registro de las actividades de tratamiento.

básica del Estado, lo que obliga a todos los sujetos establecidos en su artículo 77 con independencia de que lo regulen o no en su norma correspondiente;

d) que todos los sujetos a que hace referencia el artículo 77 de la LOPDGDD, salvo, los grupos parlamentarios y los órganos jurisdiccionales, aparecen recogidos en el artículo 2 de la LTAIBG lo que convierte a esta lista en superflua, innecesaria y reiterativa.

IV. CONCLUSIONES

En los Estados democráticos la transparencia se considera uno de sus principios fundamentales. La democracia es aquella en la que los gobernantes ejercen el poder bajo la tutela de los ciudadanos, de modo que sea efectiva la representatividad y la transparencia.

A pesar de su importancia no existe un concepto unívoco ni se sabe con exactitud cuál debe ser su naturaleza jurídica. Mientras que para unos se identifica con la publicidad en sentido general tanto activa como pasiva, y por tanto es una obligación y un derecho, para otros es algo diferente que va más allá de la publicidad porque está vinculada a la sinceridad y eficiencia, al verdadero conocimiento de la actividad pública y por tanto a su control y se identificaría sólo con una obligación de los poderes públicos.

Pero incluso para los que consideran que es un derecho tampoco existe consenso sobre su naturaleza jurídica pues mientras que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo regula como un derecho fundamental autónomo, para la ONU forma parte del derecho humano de la libertad de expresión e información, mientras que para el Consejo de Europa no cabe incluirlo en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por no ser un derecho fundamental salvo en aquellos casos en los que se vea afectada la libertad de expresión o más concretamente la libertad de información veraz.

En España la transparencia como derecho de los ciudadanos y deber las instituciones públicas se ha regulado tardíamente mediante la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. De la regulación establecida en el Título I y de la doctrina de los tribunales cabe entender que el Legislador ha regulado la transparencia como la obligación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de publicar de oficio determinada información y el derecho de los ciudadanos de acceder a la información pública que obra en poder de estos sujetos sin más limitaciones que las expresamente previstas en la Ley. Es decir, la transparencia abarcaría tanto la publicidad activa como pasiva.

En el presente artículo me he referido sólo a la publicidad activa y la he definido como aquella obligación impuesta por ley, proactiva y de hacer de los sujetos establecidos en el Capítulo I y el artículo 6 bis, de publicar en las condiciones establecidas en el artículo 5, los datos o informaciones que sean relevantes para garantizar la transparencia de su actividad y, en todo caso, los designados expresamente en los artículos 5 a 8 y 6 bis, con vistas a posibilitar el ejercicio por la ciudadanía de su derecho a la participación y al control de los asuntos públicos.

LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE EN LA DEMOCRACIA DEL SIGLO XXI

Antonia Navas Castillo [1]
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado más de treinta años desde el momento en el que Yolanda Gómez Sánchez, bajo la dirección de mi Tesis Doctoral, me brindase la oportunidad de iniciar ese camino incierto, pero apasionante, de la investigación universitaria, transmitiéndome, desde el inicio, su pasión por el Derecho Constitucional y la necesidad de su análisis desde ámbitos muy distintos; ámbitos, todos ellos, en los que sus aportaciones han adquirido especial relevancia. Ahora bien, su dedicación al estudio de la Bioética, el Derecho y los derechos en el ámbito sanitario, han configurado a las contribuciones de Yolanda Gómez en referente obligado de la doctrina constitucionalista y parámetro del legislativo, de ahí que las páginas que siguen se dirijan, de una u otra forma, hacia la reflexión de una materia, la relación médico-paciente, que alcanza a todas estas cuestiones, una materia en la que, como no puede ser de otra manera, se encuentra reflejado su magisterio.

El reconocimiento de la autonomía del paciente abre la puerta, con carácter general, a esa nueva relación que, entre el responsable sanitario y el paciente, se demanda en la actualidad, es decir, una relación no vertical, donde el médico asume unilateralmente la decisión relativa a cualquier actividad tera-

[1] ORCID: http://orcid.org/0000-0002-8874-2273

péutica sobre el paciente, sino horizontal, donde la voluntad del paciente adquiere especial protagonismo al ser él, y no el responsable sanitario, a quien corresponde adoptar cualquier decisión que afecte a su propia salud.

Lejos está, entonces, el modelo «paternalista» o de «beneficencia» de antaño, en virtud del cual, el paciente, dada su singular situación y su falta de conocimientos científicos, debía, sin más, aceptar las decisiones que el médico consideraba como más adecuadas para el restablecimiento de su salud, en tanto se entendía que dichas circunstancias le hacían incapaz de adoptar cualquier decisión al respecto. Esto es, el médico decidía y el paciente, sin posibilidad de cuestionar la decisión, obedecía. Se trataba, pues, de un modelo en el que la relación médico-paciente se basaba en una posición de superioridad del responsable sanitario respecto del enfermo, lo que, evidentemente va en contra del principio de igualdad que debe de presidir cualquier relación de esta índole en un sistema democrático.

En este contexto, se puede afirmar, que la consolidación de la democracia traerá como consecuencia, en el ámbito sanitario, la definitiva crisis del denominado modelo «paternalista» o de «beneficencia» [2], y ello por varias razones: la primera se deriva de la virtualidad de los valores superiores que definen y sustentan la democracia; la segunda trae su causa en la aparición de la Bioética como una nueva ciencia, así como en su progresiva expansión y relevancia; y, por último, la tercera deviene del propio modelo democrático que, en cuanto tal, exige, de un lado, el reconocimiento y la garantía de los derechos y libertades, y de otro, permite la apertura de otros derechos nacientes.

II. LA DEMOCRACIA Y SUS VALORES SUPERIORES: LOS DERECHOS DEL PACIENTE

No hay duda de que el carácter democrático del ordenamiento jurídico, permite el reconocimiento constitucional, o legal, de futuros derechos que anta-

[2] Sobre la evolución del modelo tradicional de relación médico-paciente, véanse, entre otros: Cadenas Osuna, D.: *El consentimiento informado y la responsabilidad médica,* Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho Privado, Madrid, 2018. Galán Cortés, J. C.: *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios,* Colex, Madrid, 1997. García Hernández, T.: *Manual del médico clínico para evitar demandas judiciales,* La Ley-Actualidad, Madrid, 1999. Guerrero Zaplana, J.: *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia,* Lex Nova, Madrid, 2004. Martín Bernal, J. M.: *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes,* La Ley-Actualidad, Madrid, 1998. Pelayo González-Torre, Á.: *La intervención jurídica de la actividad médica: consentimiento informado,* Cuadernos «Bartolomé de las Casas», Dykinson, Madrid, 1997. Simón, P.; Júdez, J.: «Consentimiento informado», en: Gracia, Diego y Júdez, Javier (eds.), *Ética en la práctica clínica,* Fundación de Ciencias de la Salud Editorial Triacastela, Madrid, 2004.

ño eran impensables, así como redefinir aquellos otros en atención a esos derechos nacientes para, de ese modo, poder garantizar la eficaz tutela de los derechos y libertades constitucionales, ya que, la democracia, al ser manifestación del «pluralismo», «proscribe cualquier opción a favor de unos únicos principios éticos y una única moral» y da entrada a esa pluralidad de opciones que demanda la sociedad, siempre desde el respeto de los valores, los principios y los derechos fundamentales en que estos valores y principios se concretan [3], consiguiéndose, con ello, la «justicia» que el Derecho democrático reclama.

El «pluralismo», y muy especialmente el denominado «pluralismo social» en tanto que alcanza al pluralismo ideológico, religioso, valorativo, moral, cultural y profesional [4], determina, al ser consustancial a la democracia, la necesidad de reconocer y garantizar nuevos derechos desde el respeto a las diferentes alternativas y opciones presentes en la sociedad, deviniendo, de este modo, los llamados «derechos del paciente». Reconocimiento y garantía que, además, se ha pretendido y se sigue pretendiendo, tanto desde los ámbitos internacional y europeo, como desde el ámbito interno de los Estados, procediéndose progresivamente, en todos ellos, a la juridificación de los derechos de los enfermos.

Así es, tras los horrores acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial, el Código de Nüremberg de 1947, en relación con la investigación en seres humanos, supone uno de los primeros antecedentes legislativos en el reconocimiento de algunos de los derechos de los pacientes, en concreto, de aquellos sujetos que se encuentran sometidos a una actividad médica experimental, exigiéndose, en tal caso, su voluntario consentimiento. Al Código de Nüremberg le sucederán otras Cartas o Códigos declarativos de los derechos de los pacientes, como pueden ser, la Declaración de Helsinki adoptada por la décimo octava Asamblea Médica Mundial en junio de 1964, relativa a los principios éticos que deben presidir las investigaciones médicas en seres humanos; o la *Carta de derechos del paciente* de 1973 promovida, en Estados Unidos, por la Asociación Americana de Hospitales; o la *Carta de Derechos y Deberes de los Pacientes* aprobada en Francia mediante Decreto en 1974; o la *Carta del Enfermo Usuario del Hospital* aprobada en 1979 por la Asamblea del Comité Hospitalario de la Comunidad Económica Europea; o la Resolución 613/1976 y la Recomendación 779/1976, relativas a los derechos de los enfermos y mo-

[3] Gómez Sánchez, Y., «Las mujeres y la delimitación constitucional de la Bioética», en: *Mujeres y Constitución en España,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 2000. También véase de la misma autora *El derecho a la reproducción humana asistida,* Marcial Pons, Madrid, 1994.

[4] Sobre la pluralidad de pluralismos véase Navas Castillo, F.: *Estado Constitucional Multinivel,* Dykinson, Madrid, 2016, pp. 115 ss.

ribundos, que dicta la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa; así como la Carta de Derechos del Enfermo Usuario del Hospital, editada y difundida por el Departamento de Sanidad y Seguridad Social español en 1984.

El reconocimiento de los «derechos de los pacientes» es ya una realidad imparable que demanda, inexcusablemente, una nueva relación entre el responsable sanitario y el paciente, pues, el «paciente» a pesar de su especial situación es, ante todo, ciudadano y, en consecuencia, titular de derechos, los cuáles no pueden verse mermados, sin más, por su condición de «enfermo».

Ahora bien, los derechos no son absolutos y, por tanto, pueden ser susceptibles de límites, tanto más cuando, como puede ocurrir en este caso, el titular de los derechos se encuentra inmerso en una relación de especial sujeción, como por ejemplo sucede en aquellos supuestos en los que el enfermo se encuentra internado en un centro hospitalario. Esto es, el carácter limitado de los derechos se reconoce expresamente en las Declaraciones Internacionales de derechos, además de ser nota común de los Textos Constitucionales democráticos actuales. En este sentido se expresan los artículos 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948; los artículos 17 y 18 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950; así como el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en Niza en diciembre de 2000.

En esta línea de entendimiento, y por lo que al Estado español se refiere, los límites de los derechos se encuentran en la ley –que en todo caso deberá respetar su contenido esencial (art. 53.2 CE)–, en los derechos de los demás, y en otros bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 11/1981, de 8 de abril; 91/1983, de 7 de noviembre; 233/1993, de 12 de julio; así como STS de 11 de junio de 1980, entre otras).

Sin embargo, los límites tampoco pueden ser absolutos, ya que, deben encontrarse dirigidos a la consecución de «fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución», de ahí que su interpretación deba hacerse «con criterio restrictivo, a fin de no imponer a las personas otras limitaciones en el ejercicio de sus derechos fundamentales que las que exijan el bien común y el respeto de los derechos de los demás» (STS de 11 de julio de 1980. Sala 3.ª del TS), esto es, los derechos, y por tanto también los derechos del enfermo, deben ser interpretados extensivamente y sus límites con carácter restrictivo (STC 3/1997, de 13 de enero). Es por ello que, el Tribunal Constitucional ha venido a considerar que «la extensión de los derechos fundamentales a todos los ciu-

dadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la «relación de sujeción especial» en que se encuentran ciertas categorías de personas, sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial» (STC 21/1981, de 15 de junio). Esto es, la relación de sujeción especial en la que puede encontrarse el enfermo no habilita, por sí misma, la limitación de sus derechos.

Pues bien, diversos son los derechos del paciente que pueden verse afectados como consecuencia de una relación sanitaria y cuya vulneración conculca, al tiempo, el derecho a la protección de la salud encomendada a los poderes públicos. En este sentido y, por lo que hace al ordenamiento jurídico español, cobran especial relevancia la igualdad y la prohibición de discriminación (art. 14 CE); el derecho a la vida (art. 15 CE); el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE); la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE); la libertad y su concreción como derecho a la libertad de autodeterminación física (art. 17.1 CE); el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE); el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 18 CE); el derecho a la información (art. 20.1 CE); así como, y muy especialmente, la dignidad de la persona que nuestra Constitución define como fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE).

En cualquier caso, de este elenco de derechos que se reclaman, con carácter general, como derechos propios del paciente, considero que son dos de ellos los que cobran una singular significación al incidir directamente en la definitiva crisis de la relación médico-paciente basada en el modelo «paternalista o de beneficencia», cuales son, la igualdad y la libertad, y muy especialmente, el derecho de libertad en su consideración como derecho a la libertad de autodeterminación física [5]. Y es que, debemos tener presente que, la igualdad y la libertad, en tanto pilares de la democracia, se configuran por nuestra Constitución, no sólo como derechos, sino como «valores superiores» de nues-

[5] Pelayo González-Torres, *op. cit.,* nota 1, pp. 55 ss. Para este autor, es la «libertad» la que entiende que merece una atención especial en la modificación del modelo paternalista o de beneficencia. Sobre la libertad en su consideración de derecho a la libertad de autodeterminación física ya me pronuncié en «El principio de libertad y el principio de igualdad», *Derecho Constitucional (III). Derechos y Libertades,* Colex, Madrid, 2003, pp. 96 ss. Sobre esta misma cuestión Freixes Sanjuan, T.; Remotti, J. C.: *El derecho a la libertad personal,* Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1993, pp. 14 ss. La consideración del artículo 17.1 de la Constitución como fundamento de la libertad de autodeterminación física ha sido ampliamente desarrollado por Gómez Sánchez en diferentes publicaciones, entre ellas, *El derecho.. op. cit*, nota 3, pp. 42 ss; «El derecho de autodeterminación física como derecho de cuarta generación», *Panorama Internacional en Salud y Derecho* (coord. Brena Sesma, Ingrid), Colecciones Capítulos (Biblioteca Jurídica Virtual), pp. 205-251, http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/27908, Fecha de consulta 22 de julio de 2024. «El derecho de autodeterminación física» en: *Revista de la Sociedad Internacional de Bioética*, núm. 16, 2006, pp. 7-23.

tro ordenamiento jurídico (art. 1.1), y que además «todos los derechos que se reclaman prioritariamente de la libertad o la igualdad, son derechos de libertad que pretenden, en última instancia, de una u otra forma, utilizando una u otra técnica jurídica el facilitar y el hacer posible el desarrollo integral de la persona y el ejercicio efectivo y real de su dignidad» [6].

De ahí que se considere que la persona, de acuerdo con su condición de ser racional «merece y necesita vivir en un entorno que permita y favorezca el desenvolvimiento, desarrollo y perfección de su naturaleza humana, tanto a nivel individual como social. Esta es la razón por la que la dignidad se encuentra unida, de modo indisociable, a las ideas de libertad e igualdad» [7]. En otras palabras, no es posible predicar la existencia de libertad e igualdad, si la persona no cuenta con las mínimas exigencias que hacen posible su digno desarrollo.

Antes bien, la libertad aún adquiere una mayor significación al configurarse como el «valor supremo fundamentador del sistema constitucional de derechos», valor supremo respecto del cual todos los demás valores –igualdad, justicia, pluralismo e incluso la dignidad de la persona– son valores instrumentales o derivados, ya que «el hombre, al reconocerse como hombre libre, se reconoce distinto de los otros seres, dotado de la dignidad óptica de ser libre. Por eso, por esa dignidad que corresponde a un ser libre, no tolera ser tratado con injusticia, con desprecio, como un mero instrumento. Considera una indignidad y una injusticia ser tratado como inferior a otro hombre. «Porque nadie es más que nadie». Es la libertad, pues, la que nutre y da sentido a la dignidad, a la justicia, a la igualdad y a todo sistema de derechos en un Estado democrático de Derecho [8].

---

[6] Peces-Barba Martínez, G.: *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales,* Madrid, Mezquita, 1982. También en: «Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución», en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* núm. 2, Madrid, 1979.

[7] Alegre Martínez, M. Á.: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español,* Universidad de León, 1996, *cit.* p. 19.

[8] Torres Del Moral, A.: «Fundamento y naturaleza de los derechos», en: Gómez Sánchez, Yolanda (coord.): *Los Derechos en Europa,* Estudios UNED, Madrid, 1997, pp. 61 ss. El autor considera que la dignidad humana, a pesar de no haber sido calificada por nuestra Constitución de «valor» sino de «fundamento» del orden político y la paz social, es un valor de excelencia no inferior a los del artículo 1.1 de la Constitución española. En el mismo sentido López Guerra, L.; Espín, E.; García Morillo, J.; Pérez Tremps, P.; Satrustegui, M.: *Derecho Constitucional, Vol. I,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, 2018, p. 31, para quienes el artículo 10.1 encierra en sí mismo «afirmaciones valorativas o de principios contenidos en la Constitución». En la misma línea de pensamiento en López Guerra, L.; Espín, E.; Díaz Revorio, F. J.; García Mahamut, R.; Medina Guerrero, M.; Oliver Araujo, J.; Ridaura Martínez, M. J.; Serra Cristobal, R.: *Manual de Derecho Constitucional, Vol. I,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. Fernández Segado, F., en relación con los valores del artículo 1.1 y la dignidad humana (art. 10.1 CE), considera que «la conexión es evidente, pues no existe ni puede existir dignidad humana sin libertad, justicia, igualdad y pluralismo político; además estos valores serían indignos si no redundasen a favor de la dignidad del ser humano». En: *El sistema constitucional español,* Dykinson, Madrid, 1992, p. 163. El mismo autor califica de «valor jurídico fundamental del constitucionalismo de la segunda posguerra» a la

En el contexto descrito, la igualdad, exige que la relación médico-paciente se conciba como una relación donde el responsable sanitario, lejos que ostentar una posición superior, debe respetar los derechos del enfermo y su «dignidad».

Por su parte, el reconocimiento de la libertad y su concreción en el derecho a la libertad de autodeterminación física supone otorgar al paciente un ámbito de autonomía personal que le permite decidir libremente sobre su propia salud. Derecho a la libertad de autodeterminación física que, como ya expuse en un momento anterior, entiendo que forma parte del contenido del derecho de libertad del artículo 17.1 de la Constitución a pesar de la restrictiva doctrina que el Tribunal Constitucional ha venido manteniendo sobre este aspecto, y que viene a ratificar en sus recientes Sentencias 19/2023, de 22 de marzo [9] y 44/2023, de 9 de mayo [10], mediante la exclusión de la libertad de autodeterminación de la persona del contenido esencial del artículo 17.1 de la Constitución, fundamentándolo en los derechos a la integridad física y moral reconocidos en el artículo 15 de la Constitución, en conexión con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1CE) y el valor libertad (1.1 CE) [11].

A su vez, la garantía de ambos derechos impone a los poderes públicos la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para poder conseguir la plena efectividad de su ejercicio. Reconocimiento y garantía que, dada la relación de igualdad entre el médico y el paciente, puede contraponer, incluso, en algunos casos la autonomía personal del paciente y su propia salud, lo que era del todo impensable en el modelo paternalista de antaño. De este modo, la libre, voluntaria e informada decisión del paciente vendrá a ser determinante en aquellas situaciones en las que el «enfermo», en contra del parecer médico, disponga no someterse a un concreto tratamiento, o considere que es más beneficioso, en atención a sus propias convicciones o creencias, e incluso, a su propia «dignidad», un acto médico alternativo al propuesto,

---

dignidad humana en: «Filosofía política de la Constitución española», en: *Revista de Ciencias Sociales,* núm. 4, 1991, p. 50. Véase también del mismo autor «La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español», en: *Revista Vasca de Administración Pública,* núm. 43*,* 1995, pp. 57 ss.

[9] STC 19/2023, de 22 de marzo https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/29280 Fecha de consulta 22 de febrero de 2024.

[10] STC 44/2023, de 9 de mayo, https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-13955 Fecha de consulta 22 de julio de 2024.

[11] Comentario a las SSTC 19/2023, 22 de marzo y 44/2023, de 9 de mayo puede verse en Torres Díaz, M. C.: «Sobre el derecho de autodeterminación para decidir libre, informada y conscientemente el modo y momento de morir en un contexto eutanásico»; Gómez Fernández, I.: «Una jurisprudencia nueva sobre la interrupción voluntaria del embarazo», respectivamente ambas en: *Reseñas de Jurisprudencia Constitucional (enero-junio 2023), Ars Iuris Salmanticensis,* vol. 11, diciembre 2023, Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 237-242 y 257-262. Sobre estas cuestiones Gómez Sánchez, Y.: *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*, Sexta Edición, Sanz y Torres, Madrid, 2023, pp. 420 ss.

aun cuando desde los conocimientos de la ciencia, sea menos efectivo para procurar el restablecimiento de su salud.

III. LA BIOÉTICA COMO CIENCIA Y SU PROGRESIVA RELEVANCIA

La consolidación de los regímenes democráticos y, por ende, la sociedad «plural» que la democracia ampara, ha sido determinante para dar paso a otro de los factores que, de acuerdo con Pelayo González-Torres [12], ha incidido en ese cambio que se ha producido en la relación actual médico-paciente, cual es la aparición de la Bioética. La Bioética y su auge, en los últimos años, ha derivado en la progresiva pérdida de control de la clase médica sobre la regulación de la actividad curativa e investigadora que desarrolla, lo que no sorprende, si tenemos en cuenta que la complejidad actual de los avances biomédicos impiden al profesional de la medicina o al investigador poder tomar, por sí mismo y sin tener en cuenta ninguna otra opinión, la mejor decisión en interés del paciente, así como la mejor decisión en interés de la colectividad en la que este paciente se integra [13].

Así es, el vertiginoso avance que las Ciencias Biomédicas han experimentado durante los últimos cincuenta años, y el hecho de que esas nuevas tecnologías hayan venido a incidir directamente sobre el propio devenir de la «vida humana», ha dado lugar a la necesidad de que se replanteen, desde muy diversos ámbitos –jurídico, ético, sociológico, religioso, etc.–, y no sólo desde el ámbito médico y científico, cuestiones que durante mucho tiempo se han manifestado como inalterables, dada la imposibilidad, hasta tiempos muy recientes, de «manipular el comienzo y el "fin natural" de la vida humana por medios artificiales» [14].

No es de extrañar, entonces, que en el contexto descrito la actitud ante la ciencia y la técnica se haya vuelto, como señala Andorno «profundamente ambivalente: por un lado, sigue habiendo una suerte de confianza ingenua en

[12] Pelayo González-Torres, *op. cit.,* nota 2, pp. 58 ss.

[13] Sobre esta cuestión véase Romeo Casabona, C. M.: *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana,* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, SA, Madrid, 1994, pp. 3 ss. Del mismo autor «El Bioderecho y la Bioética, un largo camino en común» en: *Revista Iberoamericana de Bioética. Genética y Humanismo,* núm. 3, 2017, https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/7658/7478 Fecha de consulta 23 de julio de 2024.

[14] Kaufmann, A.: «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?, en: *Avances de la Medicina y Derecho Penal,* (ed. S. Mir Puig), Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988, p. 41. Bueno Sánchez, M: «Algunos problemas médicos en pediatría», en: *Arch. Esp. De Pediatría,* núm. 34, 1991, p. 409.

los beneficios que ambas prometen; pero al mismo tiempo, hay un temor creciente ante los riesgos desmesurados que representan para la humanidad» [15].

Son, precisamente, estos miedos que la ciencia y la técnica despiertan, los que alumbran la necesidad de establecer dónde, cómo y cuáles son los límites en los que se han de inscribir los avances biotecnológicos, en general, y los progresos biomédicos, en particular. A tal fin se configura una nueva Ciencia denominada por Potter como Bioética [16], cuya preocupación última será la de encontrar ese punto de encuentro y equilibrio entre los desarrollos biotecnológicos y la dignidad del ser humano, cuya salvaguarda, se constituye en su principal objetivo. De ahí que la Bioética, en tanto disciplina especializada de otra más genérica, la Ética, se dirija hacia la determinación de los criterios morales que han de presidir, en todo caso, la actividad de los poderes públicos, para de esta manera, orientar las decisiones de los técnicos, médicos y científicos hacia aquéllas que se consideran «éticamente correctas» por la comunidad social.

Se observa, pues, una dimensión «pública» de la Bioética [17] en la que el Derecho se encuentra llamado a jugar un papel fundamental, ya que, dado que el Derecho debe ser la expresión de lo «justo» y, por ende, de lo que se entiende como «éticamente correcto» por la sociedad plural [18], su fuerza de obligar hace posible la conversión de lo que todavía puedan ser meras declaraciones de buenos principios dirigidos a los poderes públicos, en verdaderas normas jurídicas de forzoso cumplimiento [19]. Se produce, de este

---

[15] Andorno, R.: *Bioética y dignidad de la persona (versión española del propio autor),* Tecnos, Madrid, 1998, segunda edición 2012, p. 16, https://www.researchgate.net/publication/299564168_Bioetica_y_dignidad_de_la_persona_2_ed, Fecha de consulta 23 de julio de 2024.

[16] A Resselaer Van Potter se le debe la utilización, por primera vez, del término Bioética, en lugar del de Ética Médica empleado hasta ese momento, en sus obras *In Bioethics: The sciencie of survival, 1970* y *Bioethics brigde to the future,* Prentice-Hall Biological Sciencie Series, New Jersey, 1971.

[17] Gómez Sánchez, «Las mujeres…», *op. cit.,* nota 3, p. 624. Para la autora la Bioética es un concepto relativo a lo público, es decir, un «concepto jurídico-público».

[18] Sobre la distinción entre «ética privada» y «ética pública» véase Peces-Barba Martínez, Gregorio; y Fernández García, Eusebio (dirs.): *Historia de los derechos fundamentales, Vol. I,* Dykinson, Madrid, 1998, pp. 49 ss. Peces-Barba Martínez, G.: «Ética pública-ética privada» en: *Anuario de Filosofía del Derecho XIV,* 1997, pp. 531 ss.; del mismo autor «Ética pública y ética privada» en: *Aportaciones a las religiones a una ética universal,* pp. 16 ss.

[19] Algunos autores han definido mediante el término de Biojurídica «la Ciencia que tiene por objeto la fundamentación y pertinencia de las normas jurídico-positivas, de "lege ferenda" y de "lege data", para lograr verificar su adecuación a los principios y valores de la Ética en relación con la vida humana, que es tanto como decir, su adecuación a los valores de la Bioética». Véase Vila-Coro Barrachina, M.D.: *Introducción a la Biojurídica,* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1995, p. 22. Otros autores denominan como Bioderecho a la conversión de la Bioética en un «derecho de vida», esto es, a la positivación de la protección del hombre por el hombre Muñoz De Alba Medrano, M.: «Del patrimonio universal al comercial del genoma humano: Pragmatismo poco simbólico. El síndrome bioético», en *Bioética y Genética,* Ciudad Argentina, Buenos Aires 2000, *cit.*

modo, la irrupción del Derecho en la actividad médica, científica e investigadora, con todo lo que ello implica.

Sin embargo, para que el Derecho venga a cumplir tan destacado papel, será preciso que las decisiones que a su través se normativicen sean el resultado del consenso conseguido tras la confrontación plural de las distintas opciones que sobre el tema en cuestión se mantienen, como es propio de un Estado democrático de Derecho. Lo que, por otra parte, no es tarea fácil, si tenemos presente que la regulación de los progresos que se derivan de la biotecnología, y más concretamente, de la biomedicina, por lo que a nosotros interesa, requiere un estudio multidisciplinar, al ser diversas las Ciencias que se encuentra implicadas (Biología, Medicina, Sociología, Derecho, Psicología, …).

Una dificultad que se ha tratado de atemperar mediante los Comités internacionales y nacionales de Bioética y Derecho [20] cuya composición plural (juristas, médicos, biólogos, psicólogos, especialistas en ética y moral, …) ha permitido ofrecer, desde distintas perspectivas del pensamiento, la información requerida por el legislador, y en los que es de destacar el papel que los juristas están llamados a cumplir, sobre todo si tenemos en cuenta, de un lado, que las denominadas *soft law* [21] (resoluciones o declaraciones que carecen de obligatoriedad jurídica) de estos órganos inciden directamente en el impulso que favorece la expansión del Derecho en el ámbito de la biomedicina [22], de otro, la «influencia de la tendencia norteamericana a elaborar los problemas éticos como si fueran problemas legales, conflictos de intereses y "valores subjetivos"» [23].

Desde esta perspectiva, los problemas de la salud dejan ya de ser una cuestión a resolver exclusivamente por la Ciencia Médica y por sus profesionales, pues, la Bioética y el Derecho, así como el resto de las Ciencias, lejos de avanzar por caminos diferentes, deben ser entendidos desde su conexión y complementariedad. Conexión y complementariedad que se reclama como una necesidad desde el ámbito internacional, de ahí que, desde la UNESCO, la OMS, el Consejo de Europa y la Unión Europea se aprueben Resoluciones, Declaracio-

---

p. 246. Romeo Casabona, Carlos María (dir.); Nicolás Jiménez, Pilar y Romeo Malanda, Sergio (coords.): *Manual de Bioderecho,* Dykinson, 2022, https://bioderecho.eu/manual-bioderecho/. Fecha de consulta: 23 de julio de 2024.

[20] Entre otros: Comité de Bioética del Consejo de Europa DH-BIO; Comité Internacional de Bioética de la UNESCO (IBC); Comité de Bioética de España; Comités de Bioética de las Comunidades Autónomas. Sobre todos estos Comités https://comitedebioetica.isciii.es/organos-analogos/. Fecha de consulta: 23 de julio de 2024.

[21] López Guerra, L.: «*Soft law* y sus efectos en el ámbito del Derecho Europeo de los Derechos Humanos» en: *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico,* n.º, 11, 2012, pp. 150-160.

[22] Romeo Casabona, «El Bioderecho…», *op. cit.,* nota 13, pp. 8 ss.

[23] Romeo Casabona, *El Derecho…, op. cit.,* nota 13, p. 10.

nes, Convenios o Protocolos dirigidos, directamente, a resolver determinados problemas relativos a la salud, tanto desde una perspectiva clínica como investigadora, así como a limitar la posibilidad de manipular la vida humana a través de los nuevos descubrimientos producidos en el ámbito de la Biomedicina.

La conexión y complementariedad invocada también se advierte como necesaria en el ámbito interno de los Estados. Ahora bien, la concepción normativa de la Constitución y, por tanto, su configuración como la norma suprema del ordenamiento jurídico estatal, determina una especial relación entre la Bioética y el Derecho Constitucional. Así es, la Bioética, en tanto Ciencia innovadora, es, en principio, previa en su relación con el Derecho, al venir asumiendo el Derecho los criterios que, tras un estudio multidisciplinar, aporta aquella Ciencia. Sin embargo, y aunque es lo cierto que el discurso metodológico argumentado podría tener cabida para explicar el principio que debe presidir la relación entre la Bioética y otras ramas del Derecho, como puedan ser el Derecho Penal o el Civil, no es válido, en mi opinión, para comprender la inexcusable relación que debe subsistir entre la Bioética y el Derecho Constitucional, por una razón fundamental, y es que el Derecho Constitucional es, a mi juicio, previo y, por tanto, referente obligado de la Bioética y del resto de las ramas del Derecho en el ámbito nacional.

No hay que olvidar que es la Constitución, norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, la que, a través de los valores, los principios y los derechos y libertades que proclama, se erige en el marco de referencia necesario de la Bioética, al configurarse en el «instrumento adecuado de donde extraer esos valores aceptados socialmente» [24] en el marco interno del Estado.

Otro tanto puede decirse del resto de las ramas del Derecho que integran el ordenamiento jurídico, al que la Constitución, dota de unidad y coherencia, debiendo ser interpretado de conformidad con la Norma Suprema.

No asombra, entonces, que se pretenda, al abordar algunos temas, como es el relativo a la nueva relación que en la actualidad existe ente el médico y el paciente, así como, a la incidencia que tiene en esa nueva relación el reconocimiento del denominado consentimiento informado, más que oponer Bioética y Derecho, intentar determinar la Bioética que puede deducirse del Derecho [25], y

[24] Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética…, op. cit.* nota 13, p. 12. Romeo Casabona, C. M.; Romeo Malanda, S.: «El Bioderecho y su *corpus iuris*» en: *Manual de Bioderecho,* Dykinson, 2022, pp. 36 ss. https://bioderecho.eu/manual-bioderecho/. Fecha de consulta: 23 de julio de 2024. Clotet, J.: «Posición ética ante el progreso de la genética en el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina», en: *Bioética y Genética,* Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 99.

[25] En este sentido Gómez Sánchez, «Las mujeres…», *op. cit.,* nota 3, p. 624.

más concretamente, en mi opinión, del Derecho Constitucional, en tanto disciplina jurídica orientada al estudio de la Constitución y, por ende, de los valores, principios, y derechos y libertades que en ella se reconocen.

Podría afirmarse, entonces, que la Constitución democrática se constituye en la fuente primera de la Bioética en el ámbito interno de los Estados democráticos. En definitiva, la Constitución en el ámbito interno se configura como el referente obligado de la Bioética, así como del Derecho y los derechos, cobrando, de este modo, el Derecho Constitucional especial significación en la materia que nos ocupa, ya que, «bien por la penetración del Derecho internacional en el Derecho interno, bien por la necesidad de reinterpretar los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones modernas a la luz de los nuevos dilemas bioéticos, el caso es que el Derecho Constitucional presenta una enorme potencialidad tanto como receptor de los derechos humanos que de forma específica se ven involucrados por las Ciencias biomédicas como de instrumento para resolver los conflictos que de éstas emergen» [26].

En el contexto descrito, junto a los Comités Internacionales y Nacionales de Bioética que favorecen la transformación de esas «buenas prácticas» o «buenos principios» en normas jurídicas, en la relación médico-paciente, adquieren especial significación los Comités de Ética Asistencial (CEA) y los Comités de Ética de la Investigación (CEI), en tanto asumen el relevante papel de orientar, desde su composición multidisciplinar, tanto la actividad médica asistencial como investigadora en su relación con el paciente en el intento de resolver los conflictos éticos que acontecen durante su práctica [27]. Comités que, desde los principios bioéticos de autonomía, beneficencia, no-maleficencia y justicia, contribuyen, sin duda, a la «humanización» de la actividad sanitaria e investigadora, una actividad que, desde el respeto a la autonomía del paciente, deja de concebir al paciente como un número, como un objeto, y al profesional sanitario como un mero técnico [28].

---

[26] Gros Spiell, H.: «Constitución y Bioética», en: *Derecho Biomédico y Bioética* (coord. Romeo Casabona*,* C. M.ª*)*, Ed. Comares y Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 1998, *cit.* p. 147. *Informe sobre Clonación en las fronteras de la vida,* Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, Instituto de Bioética, Fundación Ciencias de la Salud, Madrid, 1999, p. 172.

[27] González-Bermejo, D; Solano, Md; Polache, J; Mulet, A; Barreda, D; Soler-Company, E.: «Los Comités de Ética Asistencial y los Comités de Ética de la Investigación en España: organización, regulación y funciones», *Revista de la OFIL,* núm. 30 (3), 2020, 206-211.

[28] Sobre la necesaria humanización de la salud ante las nuevas tecnologías Oger, S. N.: «The Humanization in Health and the New Thecnologies», en: *Revista Iberoamericana,* núm. 8*,* 2018, pp. 1-11, https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/8716/8937. Fecha de consulta: 24 de julio de 2024.

IV. EL ESTADO DEMOCRÁTICO COMO RECONOCEDOR Y GARANTE DE NUEVOS DERECHOS

Los derechos no son todos los que están ni están todos los que son en la Norma Suprema, sin embargo, como se ha manifestado en un momento anterior, el carácter democrático del ordenamiento jurídico permite el reconocimiento constitucional de nuevos derechos que van a entrar a regular situaciones que tiempo atrás eran impensables [29]. Es por ello que, junto a los derechos que expresamente regula el Texto Constitucional, se pueden distinguir los denominados «derechos de configuración legal» que encuentran su fundamento en la propia Constitución [30]; los «derechos de configuración legal» que son expresión de un derecho fundamental [31]; y los «derechos de configuración jurisprudencial» [32].

Por otra parte, la democracia determina la posibilidad de redefinir derechos constitucionalmente reconocidos en atención de esos otros derechos nacientes, para, de este modo, garantizar la eficaz tutela de los derechos y libertades, una redefinición de la que, en cierta forma y no siempre con acierto, se hace eco el Tribunal Constitucional a través de la denominada «interpretación evolutiva» de los derechos [33].

Esto es, junto a los derechos constitucionales, la democracia ampara el reconocimiento de nuevos derechos y la redefinición de los ya consagrados por el Texto Constitucional, derechos nacientes que, en su mayor parte y por lo que

---

[29] Sobre el Estado democrático como garante de derechos y libertades véase Navas Castillo, F., *op. cit.,* nota 4, pp. 296 ss.

[30] La STC 19/2023, de 22 de marzo, define el derecho de autodeterminación personal para decidir, en este caso, sobre la propia muerte en un contexto eutanásico, como un derecho de configuración legal de carácter prestacional que encuentra su fundamento en los derechos a la integridad física y moral del artículo 15 CE en su conexión con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y valor libertad (1.1 CE).

[31] Como ya se ha advertido en un momento anterior, frente a la configuración mantenida del derecho de autodeterminación personal por el Tribunal Constitucional en las SS 19/2023 y 44/2023, de 9 de mayo, considero que el derecho de decisión informada sobre la propia salud, conocido como consentimiento informado, es expresión del derecho a la libertad de autodeterminación física del artículo 17.1 del Texto Constitucional. Sobre esta cuestión véase Gómez Sánchez, *Constitucionalismo…, op. cit.,* nota 11, pp. 422 ss.

[32] Mediante STC 292/2000, de 30 de noviembre, el Tribunal Constitucional define a la protección de datos como un derecho fundamental con contenido propio e independiente del derecho a la intimidad personal reconocido en el artículo 18.1 de nuestra Constitución.

[33] La interpretación evolutiva como método ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, con ocasión de su pronunciamiento sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. El Tribunal Constitucional ha utilizado de nuevo la doctrina de la interpretación evolutiva para llevar a cabo una reinterpretación de los derechos a la integridad física y moral del artículo 15 CE, así como del derecho a la salud del artículo 43 CE, aunque quizás con menos acierto, en sus Sentencias 44/2023 y 19/2023. Sobre esta cuestión véase Gómez Fernández, *op. cit.,* nota 11, pp. 258 ss.

aquí interesa, se vienen a integrar en la denominada por Gómez Sánchez «cuarta generación de derechos», una nueva generación de derechos que si bien, como advierte la autora, no coincide con ningún nuevo modelo de Estado [34], si considero que se sitúa en la evolución actual del Estado democrático hacia la configuración del Estado Constitucional «Multinivel» de nuestros días [35]. Y es que, en el ámbito de la salud, las nuevas reivindicaciones sociales de los ciudadanos, el avance de las tecnologías biomédicas y la nueva relación médico-paciente que define y exige el régimen democrático, alcanza a buena parte de los derechos que Gómez Sánchez define como derechos relativos a un «nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana» [36], derechos del paciente, en su mayoría, que gozarán o no de las máximas garantías constitucionales del artículo 53 de la Constitución, dependiendo, en cada caso, de su configuración o no como derecho fundamental.

En el contexto descrito y, al objeto de garantizar los derechos del paciente, su regulación jurídica y tutela jurisdiccional es ya una realidad, produciéndose inevitablemente la proliferación de textos legislativos en este sentido y un progresivo aumento de las reclamaciones médicas. Ni que decir tiene que, ante esta nueva situación, el responsable sanitario no sólo está obligado a poner a disposición del enfermo todos los conocimientos de los que dispone la ciencia en aras de procurar el restablecimiento de su salud, sino que, además, deberá cumplir, en el ejercicio de su actividad profesional, todas las exigencias que legalmente se establecen en defensa de los derechos del paciente, siempre que no quiera tener que hacer frente a una posible reclamación médica.

Por ello, no extraña que desde el ámbito sanitario se pretendan extremar las cautelas ante una posible reclamación médica, cobrando carta de naturaleza, a estos efectos, la libertad de autodeterminación física, que se expresa a través del consentimiento informado [37], y cuya vulneración puede derivar, ade-

[34] Sobre la «cuarta generación de derechos»: Gómez Sánchez, *Constitucionalismo…, op. cit.,* nota 11, pp. 37 ss.

[35] Sobre esta cuestión ya me pronuncié en relación a la igualdad junto a Florentina Navas en *El Estado …, op. cit.,* nota 4, pp. 107 ss.

[36] Gómez Sánchez, *Constitucionalismo…*, *op. cit.,* nota 11, pp. 39-40.

[37] Frente a quienes han considerado el consentimiento informado como una garantía de los derechos del paciente, en este sentido Rovira, A.: «Dignidad, autonomía, libertad y consentimiento informado», en: *Revista de las Cortes Generales*, núm. 67*,* 2006, pp. 7-54, https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/553. Fecha de consulta: 24 de julio de 2024; otros configuran al consentimiento informado como un derecho subjetivo y derecho fundamental en tanto manifestación del derecho a la integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución Martínez Doallo, N.: *El derecho al consentimiento informado del paciente. Una perspectiva iusfundamental,* Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida, Editorial Comares, Madrid, 2021; en la misma línea de entendimiento Cadenas, D., *op. cit.,* nota 2, p. 210.; en su consideración como derecho fundamental en tanto expresión del derecho a la libertad de

más, en la conculcación de otros derechos, como pueden ser los derechos a la vida, a la integridad física, psicológica y moral, así como a la dignidad de la persona. Y es que, la complejidad de algunos actos médicos en la actualidad, y el reconocimiento jurídico de los derechos del paciente, determinan la necesidad de hacer efectiva la obligación de informar que el personal sanitario debe cumplir para hacer posible que el paciente pueda adoptar con libertad su decisión de asumir o no los riesgos que se derivan de cada acto médico concreto. El personal sanitario debe actuar de acuerdo con la voluntad del paciente, incluso cuando el paciente decida ejercer su derecho a no querer saber, salvo en aquellos supuestos que expresamente establezca la ley, ya que, de no ser así, el personal sanitario, y en su caso la Administración sanitaria, deberá de asumir la responsabilidad que se derive de dicha actuación [38].

No debemos dejar en el olvido que un Estado democrático es siempre un Estado de Derecho y, por ende, un Estado que reclama el control y la responsabilidad de los poderes públicos, lo que inevitablemente, y de un modo directo, incide en esa nueva relación médico-paciente. Esta es la razón de que, tanto la Administración como el personal sanitario, cada uno cuando proceda, deban responder de todas aquellas actuaciones que se realicen al margen del Derecho y de los derechos reconocidos a los pacientes.

Sin embargo, el reconocimiento constitucional de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública (art. 106.2), así como la responsabilidad en la que puede incurrir el personal sanitario, no debe llevar al paciente a caer en el error de considerar que cualquier resultado no querido de un deter-

---

autodeterminación física del artículo 17.1 de la Constitución, consideración que, por otro parte, vengo manteniendo, Gómez Sánchez, *op. cit.,* nota 3; *Constitucionalismo…, op. cit.,* nota 11, pp. 40; 422-423; Villar Rojas, F. J., *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Wolters Kluwer, Madrid, 2002, p. 161. Por otra parte, como derecho fundamental ha sido reconocido por el Tribunal Supremo en sus Sentencias 3/2001, de 12 de enero y 447/2001, de 11 de mayo, cuyo fundamento residencia en la dignidad de la persona (art. 10 CE) y el valor libertad del artículo 1.1 CE; en la misma línea de entendimiento, tal y como se ha dejado apuntado a lo largo de estas páginas, el Tribunal Constitucional encuentra su fundamento en los derechos a la integridad física y moral del artículo 15 CE, en su conexión con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y el valor libertad (1.1 CE) SSTC 19/2023 y 44/2023 donde vuelve a excluir la «libre autodeterminación de la persona» del artículo 17.1 de la Constitución que si entiende recogida en la libertad como «valor (art. 1.1 CE)» SSTC 89/1987, de 3 de junio; 120/1990, de 15 de febrero; 37/2011, de 28 de marzo. Frente a la doctrina mantenida por el TC, el Dictamen de Consejo Consultivo de Andalucía 194/2004 de 17 de junio de 2004, fundamenta la libertad personal de autodeterminación en el derecho de libertad del artículo 17 de la Constitución, https://www.iberley.es/resoluciones/dictamen-consejo-consultivo-andalucia-446-2007-19 de septiembre de 2007-515900. Fecha de consulta: 24 de julio de 2024.

[38] Sobre la responsabilidad del profesional sanitario y la Administración sanitaria Sola Reche, E.; Guanarteme Sánchez Lázaro, F.: «Responsabilidad jurídica del personal sanitario», *Manual de Bioderecho* (dirs. Romeo Casabona, Carlos María; Romeo Malanda, Sergio)*,* Dykinson, Madrid, 2022, pp. 493 ss. Gallardo Castillo, M. J.: *Administración Sanitaria y responsabilidad patrimonial,* Colex, Madrid, 2021.

minado acto médico es, en sí mismo y en cualquier circunstancia, indemnizable, ya que, en tal caso, el modelo médico pretendido a través del reconocimiento jurídico de los derechos de los pacientes cedería para dar paso al modelo denominado de «medicina defensiva», es decir, a aquél modelo en el que, en palabras de Guerrero Zaplana «la prescripción de las indicaciones médicas tiene por objeto, exclusivamente, la protección del médico, y no están orientadas al beneficio del propio paciente» [39], un modelo, éste último, no sólo contrario a la ética médica, tal y como establece el artículo 18.2 del Código de Deontología Médica de 2022 [40], sino que además encarece y enlentece sobremanera la actividad sanitaria, habida cuenta de que, el personal sanitario derrochará tiempo, esfuerzos e información al objeto de garantizar que su actividad no sea susceptible de una futura reclamación, lo que supone, por otra parte, un importante aumento del gasto sanitario, y ello sin contar el gasto que pueda proceder del aumento de seguros médicos dirigidos a garantizar la responsabilidad civil de la clase médica [41].

En el mismo sentido y, por lo que a la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria se refiere, se ha de observado que «la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad objetiva hasta cubrir cualquier evento, ya que […] de seguir profundizándose en la generosidad del sistema de partidas comprometidas en el pago de indemnizaciones consumirían un considerable porcentaje de los presupuestos generales de las Administraciones públicas, impidiendo su empleo en la mejora de los propios servicios causantes de los daños» [42].

En efecto, el aumento del gasto, tanto público como privado, así como el exceso de información que puede, incluso, redundar en perjuicio del propio paciente, y que vienen a caracterizar a la denominada «medicina defensiva», debe tratar de paliarse con normas claras y precisas que sirvan, tanto a la Administración como al personal sanitario, como parámetro adecuado de actua-

---

[39] Guerrero Zaplana, *op. cit.,* nota 2, pp. 48 ss.

[40] Código de Deontología Médica 2022, OMC, Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, https://www.cgcom.es/sites/main/files/minisite/static/828cd1f8-2109-4fe3-acba-1a778abd89b7/codigo_deontologia/4/. Fecha de consulta 22 de julio de 2024.

[41] En este mismo sentido se manifestaba Sánchez-Caro, J.: «Configuración actual de la relación clínica», *Revista de Administración Sanitaria Siglo xxi*, Vol. 2, núm. 3, 2004, https://www.elsevier.es/es-revista-revista-administracion-sanitaria-siglo-xxi-261-articulo-configuracion-actual-relacion-clinica-13066632. Fecha de consulta: 25 de julio de 2024.

[42] «Doctrina acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», en: http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/consentimiento_informado.html Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración véase Gallardo Castillo, *op. cit.,* nota 38.

ción en orden a dar efectividad a esa nueva relación que entre el médico y el paciente se reclama desde el sistema democrático garante y reconocedor de los derechos del ciudadano, y en consecuencia, garante y reconocedor de los derechos del ciudadano «paciente» y ciudadano «enfermo».

Pues bien, esta es la tendencia del ordenamiento jurídico español, tanto en el ámbito estatal [43] como autonómico [44], en cuya virtud se determinan cuáles son los derechos de los pacientes al tiempo que se arbitra el marco legal de actuación de la Administración y personal sanitario. Sobra decir que, es preciso que el personal sanitario se preocupe por conocer tanto la normativa como los principios bioéticos en los que se debe inscribir su actividad y que tome plena conciencia de esta necesidad [45], pues, sólo así se podrá conseguir el justo equilibrio que debe existir entre la actividad asistencial y el respeto de los derechos del paciente, sólo así se podrán evitar futuras reclamaciones médicas, el desmesurado incremento del gasto sanitario y la apertura hacia la no querida «medicina defensiva», en definitiva, sólo así se podrá atemperar esa «conflictividad» que algunos autores consideran que caracteriza el nuevo modelo de relación médico-enfermo [46] de nuestros días, en tanto, la irrupción del Derecho en la regulación de la actividad médica abre la puerta al control jurisdiccional de una posible mala práctica médica, esto es, a la vía jurisdiccional ordinaria, ya sea civil, contencioso-administrativa, o penal.

---

[43] La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica

[44] En esta línea se inscriben, en el ámbito autonómico, la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid; Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de Aragón, modificada por la Ley 2/2005, de 24 de febrero; Ley 5/2003, de 4 de abril, de salud de las Islas Baleares; Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación sanitaria de Cantabria; Ley 7/2003, de 25 de abril, de protección de Salud de Cataluña y Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica, modificada por Ley 2/2024, de 6 de febrero; entre otras.

[45] La encuesta realizada sobre los conocimientos de bioética y actitudes morales de los profesionales de la salud llevada a cabo, como estudio piloto, en 2019, determinó que las preguntas respondidas de forma correcta por los profesionales sanitarios (médicos, enfermeros y dietistas) fueron el 33 % , siendo las menos conocidas las cuestiones relativas a los menores maduros, las leyes de Bioética y algunos conceptos teóricos. Ruiz Montilla, M. J.; Costa, J; Esquerda Aresté, M.; Pifarre, J.: «Survery on the Knowledge of Bioethics and Moral Attitudes by Healthcare Professionals: A Pilot Study». Study 10, septiembre 2019. https://www.researchgate.net/publication/335527893_SURVEY_ON_THE_KNOWLEDGE_OF_BIOETHICS_AND_MORAL_ATTITUDES_BY_HEALTHCARE_PROFESSIONALS_A_PILOT_STUDY. Fecha de consulta: 25 de julio de 2024.

[46] Gracia, D.: *Fundamentos de bioética,* Eudema Universidad, Madrid, 1989, p. 18. También «La deliberación moral: el método de la ética clínica», en: Gracia, Diego y Júdez, Javier (eds.), *Ética en la práctica clínica,* Fundación de Ciencias de la Salud, Editorial Triacastela, Madrid, 2004. Esta «conflictividad» ha sido matizada por Pelayo González-Torres en *op. cit.,* nota 2, p. 55, para quien la relación médico-paciente es «potencialmente conflictiva».

V. A MODO DE REFLEXIÓN ÚLTIMA: HACIA UNA NUEVA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE EN LA ERA TECNOLÓGICA DEL SIGLO XXI

La irrupción de las TIC en la medicina asistencial a través de las web, las consultas a través de internet o consultas telemáticas o teleasistencia, los diferentes portales del paciente, apps, firma digital, telemedicina, Big Data, determina la apertura hacia una profunda transformación de la tradicional relación médico-paciente; una relación en la que cobra vida el denominado tecnopaciente (E-Health, E-Salud) de la llamada «Salud electrónica» [47] y que, así mismo, alcanza importantes beneficios, en tanto favorece la inmediatez en el acceso a la salud; la movilidad del paciente y del profesional sanitario y, en consecuencia, la sanidad transfronteriza [48]; la rentabilidad y la eficiencia de la prestación asistencial; y la reducción de costes sanitarios, en tanto, la sanidad pública occidental del siglo XXI deberá de afrontar la atención de una población envejecida [49].

Ahora bien, a pesar de sus beneficios, la «Salud electrónica» no está exenta de relevantes riesgos, especialmente en lo que acontece a esa posible «deshumanización» que se puede derivar del distanciamiento personal entre médico-paciente que la «Salud tecnológica» ampara; así como la incidencia que el uso de las tecnologías de la información y la Inteligencia Artificial puedan recabar en determinados derechos del «enfermo», especialmente en lo que pueda afectar a los derechos a la intimidad, a la protección de datos de carácter personal, así como a la igualdad y al derecho a no ser discriminado en su acceso respecto de los grupos más vulnerables [50].

---

[47] Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre el Plan de acción sobre la salud electrónica 2012-2020: atención sanitaria innovadora para el siglo XXI (2013/2061(INI)) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2014-0010_ES.html. Fecha de consulta: 25 de julio de 2024. Sobre la sanidad electrónica en la UE https://health.ec.europa.eu/ehealth-digital-health-and-care_es. Fecha de consulta 25 de julio de 2024.

[48] Sobre sanidad transfronteriza en la UE Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32011L0024. Fecha de consulta: 25 de julio de 2024. Trasposición en España mediante Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-1331. Fecha de consulta: 25 de julio de 2025.

[49] Informe sobre la relación clínico-digital del Comité de Bioética de Castilla-La Mancha aprobado por su Presidente, Javier Sánchez Caro, en enero de 2023. SÁNCHEZ CARO, J.: *Cambio de paradigma en la relación clínica asistencial: aspectos bioéticos y legales,* Fundación Merck Salud, Madrid, 2020.

[50] *Ibid.*

Es evidente que, ante la ausencia de normativa específica sobre «Sanidad electrónica» que en la actualidad viene a ser sustituida por los Códigos Deontológicos Médicos [51], la Bioética y el Derecho están llamados, una vez más, a cumplir un relevante papel en aras de conseguir que la relación médico-paciente en la E-Salud no se desvirtúe; esto es, en el intento de hacer posible una «Salud electrónica» presidida por la libertad de autodeterminación física del paciente, dado su carácter transversal, y respetuosa con todos los principios bioéticos y los derechos de los que el paciente es titular en un Estado social y democrático de Derecho, como lo es el Estado español [52].

[51] Código De Deontología Médica de 2022. Capítulos XXIII y XXIV. Disponible en https://www.cgcom.es/sites/main/files/minisite/static/828cd1f8-2109-4fe3-acba-1a778abd89b7/codigo_deontologia/4/

[52] Entre otras: Secretaría General de Salud Digital, Información e Innovación para el SNS. Estrategia de Salud Digital. Sistema Nacional de Salud. Ministerio de Sanidad, 2021. Disponible en: https://www.sanidad.gob.es/areas/saludDigital/doc/Estrategia_de_Salud_Digital_del_SNS.pdf. Fecha de consulta: 25 de julio de 2024. Gobierno de España. Plan España Digital 2025. Agenda 2030. Disponible en: https://avancedigital.mineco.gob.es/programas-avancedigital/Documents/EspanaDigital_2025_TransicionDigital.pdf. Fecha de consulta: 27 de julio de 2024. Itinerario estratégico hacia la Década Digital del Consejo Europeo, https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/12/08/path-to-the-digital-decade-council-adopts-key-policy-programme-for-eu-s-digital-transformation/. Reglamento de la UE 2021/522 por el que se establece el «programa UEproSalud» para el período 2021-2027.

https://health.ec.europa.eu/funding/eu4health-programme-2021-2027-vision-healthier-european-union_en. Fecha de consulta: 25 de julio de 2024. OMS, Estrategia mundial sobre salud digital 2020-2025, https://www.who.int/es/publications/i/item/9789240020924. Fecha de consulta: 25 de julio de 2024.

EL TRATAMIENTO DISPENSADO A LAS PERSONAS CON FACTORES NATURALES FÍSICOS, MENTALES, INTELECTUALES O SENSORIALES DE DIFERENCIACIÓN SOCIAL EN EL MODELO DE PRESCINDENCIA

FLORENTINA NAVAS CASTILLO
Universidad Rey Juan Carlos

I. INTRODUCCIÓN

Tantas y tan fructíferas han sido las enseñanzas que he recibido de la profesora Yolanda Gómez Sánchez a lo largo de las más de tres décadas que llevo disfrutando de su magisterio, que me resulta difícil elegir un tema para desarrollar en esta contribución.

De la mano de la profesora Yolanda Gómez Sánchez inicié mi andadura docente e investigadora, realizando bajo su dirección mi Tesis Doctoral enmarcada en el ámbito del Derecho Parlamentario. Ulteriormente, a lo largo de todos estos años me ha contagiado su entusiasmo por el estudio, entre otras materias, de la Monarquía Parlamentaria, Unión Europea, Biomedicina y Derecho, derechos fundamentales e Igualdad.

Finalmente, he optado por hacer una reflexión en materia de Igualdad; y más en concreto hacer una reflexión sobre cuál ha sido el tratamiento dispensado a las «personas con factores naturales físicos, mentales, intelectuales o sensoriales de diferenciación social» en el denominado por la doctrina científica *modelo de prescindencia.*

Es una realidad, que, las «personas con discapacidad» constituyen un grupo vulnerable al que, a lo largo de la historia y de forma sistemática, se le ha sometido a una situación de exclusión social; y ello, por el mero hecho de

contar con una diferencia natural en relación con lo que, en cada momento, la mayoría dominante consideraba «normal» o «estándar».

Afortunadamente, el trato dispensado desde el ámbito social, y, por ende, desde el ámbito jurídico, a las «personas con factores naturales de diferenciación social», ha ido variando a lo largo de la historia; de ahí, que, tal y como señala la doctrina científica[1], sea posible vislumbrar diferentes «modelos». Por un lado, estarían los tres «modelos clásicos»: el «modelo de prescindencia; el modelo médico, rehabilitador o individual; y el modelo social». Junto a estos tres «modelos clásicos», ciertos sectores doctrinales, están alzando su voz, con el objeto de reivindicar la necesidad de que surjan nuevos «modelos» cuya finalidad última sea la total aceptación social de la «diversidad humana», a los que, sin duda, me sumo.

Si he optado por dedicar las páginas que siguen a hacer una reflexión sobre el tratamiento social dispensado a las «personas con factores naturales de diferenciación social» por el «modelo de prescindencia», es porque, a mi juicio, la sociedad española del siglo XXI debe sentirse dichosa por los avances que en esta materia se han ido consiguiendo. Y, aunque es cierto que aún queda mucho camino por recorrer, creo que es posible aseverar que las metas alcanzadas resultaban absolutamente inconcebibles para nuestras generaciones pasadas.

II. EL MODELO DE PRESCINDENCIA: ELEMENTOS DEFINITORIOS

El «modelo de prescindencia» se caracteriza fundamentalmente por dos órdenes de circunstancias:

[1] En este sentido, vid, entre otros, Palacios Rizzo, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Ediciones Cinca, Colección CERMI, núm. 36, Madrid, 2008. Quinn, G.; Degener, T., *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad.* Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002. Aguado Díaz, A. L., *Historia de las deficiencias.* Escuela Libre Editorial, Colección Tesis y Praxis, Madrid, 1995. Braddock, D. L.; Parish, S. L., «An Institucional History of Disability», en: Albrecht, Gary L.; Seelman, Katherine D.; Bury, Michael (eds.), *Handbook of Disability Studies.* Sage Publications, Thousand Oaks, 2001. Biel Portero, I., *Los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. Palacios Rizzo, A., et al.: *Sobre la accesibilidad Universal en el Derecho.* Dykinson, Madrid, 2007. Andrés Valencia, L., *Breve historia de las personas con discapacidad: De la opresión a la lucha por sus derechos.* Editorial Académica Española, 2018. Toboso Martín, M.; Arnau Ripollés, M.ª S.: «La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen», *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades,* vol. 10, núm. 20, Universidad de Sevilla, 2008, pp. 64-94.

1.ª En primer lugar, porque se considera que la causa que da origen a la *diversidad* es de carácter religioso. El *factor natural diferencial* se presenta, entonces, como un castigo o una advertencia de los dioses.

2.ª En segundo lugar, porque se entiende que, las «personas con factores naturales físicos, mentales, intelectuales o sensoriales de diferenciación social,» son «innecesarias» para la comunidad; razón ésta, por la cual, se puede «prescindir» de ellas.

Si se pone el acento en la respuesta que, desde el ámbito social y jurídico, se otorga a las personas con *factores naturales de diferenciación social*, en su consideración de «personas innecesarias para la comunidad», de cuya vida, se puede, por tanto, «prescindir», será posible distinguir, dentro del *modelo de prescindencia,* los dos *submodelos* siguientes: el *submodelo eugenésico* y el *submodelo de marginación.*

III. EL SUBMODELO EUGENÉSICO

1. Las personas con factores naturales de diferenciación social en el pensamiento y orden político antiguo

El «submodelo eugenésico» se puede situar en el mundo antiguo. Para entender los elementos definitorios del mismo, es necesario contextualizarlo y, en consecuencia, tener en cuenta cuales eran sus rasgos básicos [2].

En este orden de ideas, es posible afirmar que, en el pensamiento y orden político antiguo: 1) Existe una profunda confusión entre lo «político» y lo «religioso»; 2) A pesar del reconocimiento que, en la Grecia y Roma clásicas, se produce de la libertad, ésta no se concibe, todavía, como una esfera privada de la persona exigible frente al Estado, sino que se configura como una facultad que se concede al ciudadano y que le permite participar en el gobierno del Estado. Nos encontramos ante sociedades en las que la distinción entre hombres libres y esclavos era concebida como algo natural, excluyéndose, con ello «una de las ideas centrales en las que se asienta el concepto de los derechos funda-

[2] A estos efectos, la presente contribución se ha centrado en analizar el trato social y jurídico otorgado a las *personas con factores naturales de diferenciación social* en la Grecia y Roma clásica; prescindiendo, por ello, de llevar a cabo el estudio dispensado a las mismas en otras formaciones preestatales.

mentales, esto es, la idea de igualdad entre todos los seres humanos» [3]; 3) Era «la utilidad para la comunidad» lo que daba sentido a la vida de las personas.

En este contexto, la sociedad clásica consideraba que, los «factores naturales de diferenciación social» tenían su origen en causas religiosas. En el caso griego, se entendía que era un castigo por algo que ya había ocurrido; mientras que, en Roma, se veía como una advertencia de algo que iba a acontecer [4].

Las «personas con factores naturales físicos, mentales, intelectuales o sensoriales diversos», a los que eran considerados como «normales» por la sociedad, no eran de «utilidad común», al contrario, suponían una carga, tanto para los padres como para la comunidad; no tenían ni siquiera la condición de «seres humanos», sino que, más bien, eran concebidos como «seres deformes», cuya vida no merecía la pena ser vivida.

En coherencia con los planteamientos descritos, la solución adoptada en la antigüedad clásica, por el «submodelo» que aquí se analiza, fue la de «prescindir» de las «personas con factores naturales de diferenciación social». A pesar de todo, si bien es cierto que esta era la regla general, también lo es que, la concepción y trato social que se les dispensaba difería en función del momento en el que la persona había adquirido ese «factor natural de diferenciación social», siendo, por ello, posible distinguir los casos en los que la «diversidad funcional» era «congénita», y, aquellos otros en los que era «sobrevenida».

2. Las *personas con factores naturales de diferenciación social* en la Grecia clásica

En la Grecia clásica, si los «factores naturales de diferenciación social» eran congénitos, se recurría a la eugenesia y al infanticidio. La utilización de estas prácticas no sólo estaba justificada por motivos religiosos, sino que, igualmente, eran acordes con el culto a la belleza y la perfección física que se profesaba, y que, en realidad, «estaba relacionado con la estructura económica de la sociedad, basada en la explotación de mano de obra esclava. Los grandes logros alcanzados en la filosofía, las artes, la política y la arquitectura fueron posibles gracias al trabajo esclavo que liberaba a los "ciudadanos libres" para la meditación y la creación intelectual: La formación militar se volvía así inevitable ya que la guerra era la forma de proveer prisioneros para ser esclavi-

[3] De Esteban Alonso, J.; González-Trevijano Sánchez, P. J., *Curso de Derecho Constitucional Español. Vol. I.* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1992.

[4] Palacios Rizzo, *op. cit.*, nota 1, p. 48.

zados», esto explica que, «la buena forma física e intelectual fuera esencial en esa sociedad» [5], y que las personas con «factores naturales de diferenciación social» no tuvieran cabida en la misma.

En Esparta, los niños eran examinados al nacer por los más ancianos, y, aquellos que, a su juicio, fuesen considerados «débiles», podían ser abandonados en los alrededores del Monte Taigeto. Según se disponía en las *Leyes de Licurgo* [6], el niño que, al nacer, presentara alguna «deformidad, debilidad o tara», debería ser arrojado desde el Monte Taigeto [7].

En Atenas, también se recurrió al infanticidio de los recién nacidos que fuesen «débiles o deformes». En este caso, se exponía al recién nacido en un recipiente de barro a las afueras de la ciudad, para que muriese de hambre o fuese alimento de las fieras, salvo que alguien, por compasión, lo recogiera. Con el transcurso del tiempo, el recurso al infanticidio fue, incluso, más frecuente, hasta el punto, que la decisión de llevar a cabo dicha práctica se debía tomar de forma inmediata tras el nacimiento. En el caso de que el recién nacido no hubiese sido eliminado antes de cumplir diez días de edad, recibía el nombre de su padre; lo que suponía una cierta protección [8].

La preocupación griega por la perfección física se expresó tanto en la filosofía como en la mitología. En el ámbito filosófico, se pueden destacar, entre otras, las palabras de Platón, cuando señala: «Digo, pues, que ya ha sido sentado el principio de que los mejores de cada sexo deben unirse con los mejores con tanta frecuencia, y los inferiores con los inferiores tan rara vez, como sea posible; y que es preciso criar a los vástagos del primer tipo de unión, pero no del segundo, si la estirpe se ha de mantener en condiciones óptimas…Los funcionarios pertinentes llevarán los hijos de los padres selectos al redil o guardería, y allí los depositarán en manos de ciertas nodrizas que habitarán un cuarto separado; pero los vástagos de los inferiores, o de los superiores cuando hayan nacido deformes, serán rechazados.» [9]

---

[5] Andrés Valencia, *op. cit.,* nota 1, p. 20.

[6] Los Historiadores las ubican entre los Siglos ix y vii a. C.

[7] En este sentido *vid.* Scheerenber, R. G, *Historia del retraso mental*, Traducción de Isabel Villena Pérez. Real Patronato de Educación y Atención a Deficientes, Servicio Internacional de Información sobre Subnormales, San Sebastián, 1984, p. 18. En el mismo sentido, Palacios Rizzo, *op. cit.*, nota 1. p. 43. También *vid.* Andrés Valencia, *op. cit.,* nota 1, p. 23.

[8] Palacios Rizzo, *ibid.* También *vid.* Scheerenber, *ibid.*, p. 104.

[9] Protágoras, Gorgias, *Carta Séptima,* Introducción, Traducción y notas de Martínez García, J. Alianza, Madrid, 1998, p. 28. Esta cita ha sido tomada de Palacios Rizzo, *op. cit.*, nota 1, p. 45.

Por su parte, en su obra la «Política», Aristóteles se expresará en los siguientes términos: «En cuanto a la exposición o crianza de los hijos, debe ordenarse que no se críe a ninguno defectuoso» [10].

En la mitología griega, donde los dioses y diosas se constituían en modelos a imitar, sólo existió un dios con un «factor natural de diferenciación social»: Hefesto. En relación con esta cuestión, comenta Garland, que, «las circunstancias de la concepción de Hefesto fueron completamente desfavorables. Su madre Hera lo dio a luz sin tener contacto sexual previo, con el motivo de mortificar a su marido Zeus. Parece ser que su objeto fue vengarse porque Zeus había dado vida a Atenas sin su asistencia. Y así fue como Zeus cometió una especie de infanticidio al privar del cielo a su hijo. Posteriormente, Afrodita, la diosa del amor, se apiada de Hefesto y se casa con él. Pero el matrimonio no duró y la diosa toma como amante a Ares, porque su marido era un "lisiado". En la Odisea, luego de su hermosa mujer le ha sido infiel, Homero hace decir a Hefesto que nadie era responsable por el hecho de ser defectuoso, excepto sus propios padres, y que ellos nunca debieron haberle hecho nacer. Esta exposición de Hefesto denota la creencia acerca de la angustia que pudiera producir el hecho de padecer una "diversidad funcional" en una manera que solo puede ser encontrada en la literatura clásica, y esto claramente tiene implicaciones para su permanente status como un "lisiado", que va más allá de su predicamento como esposo engañado» [11]. Hefesto fue expulsado del Olimpo residiendo en el mundo subterráneo donde se desempeñaba como joyero y herrero de los dioses [12].

En cualquier caso, en la Grecia clásica existían «personas con factores naturales de diferenciación social». En efecto, por un lado, estaban aquellos recién nacidos que lograron sobrevivir, bien porque alguien sintió compasión por ellos, bien porque el «factor natural diferencial» se manifestó con posterioridad al nacimiento. En estos casos, por lo general, como consecuencia de la preocupación griega por la perfección física y su falta de utilidad para la comunidad, fueron objeto de desprecio, burla y trato cruel.

Resulta conveniente advertir, como, sin embargo, parece que las «personas con discapacidad visual» constituyeron una excepción a la regla, ya que podían ser profetas, adivinos, músicos o poetas. Este es el caso de Homero, poeta griego al que se le atribuye la autoría de la *Ilíada y la Odisea*, admirado

---

[10] Aristóteles, *Política*, Capítulo XVI, Versículo 1335, Edición Bilingüe. Traducción por Marías, Julián y Araujo, María. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, Libro VII, p. 145.

[11] Garland, R., *The eye of the beholder. Deformity & Disability in the Graeco-Roman world.* Duckworth, London, 1995, p. 19. Citado por Palacios Rizzo, *op. cit.,* nota 1, p. 44.

[12] Otras versiones atribuyen la diversidad funcional de Hefesto a una herida de Zeus cuando salió en defensa de su madre. En este sentido *vid.* Grimal, P., *Diccionario de Mitología Griega y Romana. Paidos,* Barcelona, 1979, pp. 228-229. También *vid.* Andrés Valencia, *op. cit.,* nota 1.

y seguido por poetas, filósofos y artistas griegos, y del que se dice que perdió la vista como consecuencia de una enfermedad. Quizás también, por esta razón, cuando el «factor natural de diferenciación social» se quiso ver como un castigo por las faltas cometidas, tanto en la tragedia griega como en la mitología, se recurrió a la pérdida de visión. Este es, por ejemplo, el caso de *Edipo,* en la tragedia de Sofocles [13]; o de Tiresias [14].

Por otro lado, estarían aquellas otras personas, cuyo «factor natural de diferenciación social», fue adquirido con posterioridad al nacimiento como consecuencia de un accidente, una enfermedad o la guerra. Parece que éstos tuvieron mejor suerte, especialmente aquellos cuyo «factor natural de diferenciación social» fue debido a su participación en la guerra, ya que en la Antigua Atenas llegaron, incluso, a recibir pensiones. «Es probable que ello se deba a dos causas. La primera sería que, al no haber nacido con la diversidad funcional la persona no llevaba el estigma generado por la creencia religiosa que la suponía un castigo de los dioses. En cuanto a la segunda, se sospecha que fueron los veteranos de guerra heridos en las batallas los primeros beneficiarios. Como señala Garland, parece que semejante gesto por parte de Atenas intentaría demostrar que los luchadores que quedaran imposibilitados tendrían un resguardo, y así incentivarlos para las batallas» [15].

A pesar de todo lo expuesto hasta ahora, lo cierto, es que, en la Grecia clásica, se llevaron a cabo estudios sobre algunos de los «factores naturales de diferenciación social»; así como tratamientos de carácter asistencial.

En este sentido, cuando en Atenas, Pericles (499-429 a. C) llega al poder, se efectuaron toda una serie de reformas que sirvieron para acercar la Constitución al pueblo. Con el esplendor de la civilización helénica, se fundaron hospitales y casas para convalecientes, en lugares con aguas curativas y clima propicio, en los que se dio atención a los enfermos y a las personas con «factores naturales de diferenciación social». [16]

En la Grecia de Pericles, aparecieron, además, los escritos hipocráticos (alrededor del 400 a. C). Hipócrates (460-357 a. C) y sus discípulos de la Escuela de Cos, desarrollaron la medicina griega de carácter científico. Hipócrates, considerado como el padre de la medicina moderna, se apartó de las supersticiones y creencias de la época, al considerar que la «enfermedad» tenía

---

[13] Sofocles, *Edipo Rey.* Editorial Mediterránea, Madrid, 1981, p. 60.

[14] Andrés Valencia, *op. cit.,* nota 1, p. 25.

[15] Palacios Rizzo, *op. cit.,* nota 1, p. 41.

[16] Restrepo Arbeláz, R.; Cano Restrepo, B. C., «Historia y Filosofía de la rehabilitación», en: Salinas Duran, Fabio; Lugo Agudelo, Luz Helena; Restrepo Arbeláez, Ricardo (eds.), *Rehabilitación en Salud.* 2.ª ed., Colección Salud/medicina, Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, 2008, p. 4.

una causa natural y, en consecuencia, no debía ser entendida como un castigo de los dioses. Con Hipócrates se produce la escisión entre «medicina» y «religión». Así, por ejemplo, en su obra *La enfermedad sagrada,* Hipócrates dejó de considerar que la epilepsia fuera un «mal sagrado», susceptible de curación [17]. Hipócrates, concibió a la epilepsia como un «desequilibrio de los humores, donde predominaba el carácter flemático y por lo tanto para su tratamiento se debía de restituir el equilibrio perdido con dietas y drogas» [18].

Siguiendo con esta línea argumental, también es posible citar al propio Aristoteles, que, en su *Tratado sobre la historia de los animales*, consideró que la causa de la tartamudez estaba en la lengua que es incapaz de seguir la velocidad con la que fluían las ideas [19].

En otro orden de ideas, a pesar de que, en la Grecia clásica, las personas con «factores naturales de diferenciación social» eran tratadas, con carácter general, con desprecio y de forma cruel, no cabe duda, que, como viene siendo una constante en la historia, la incidencia que, el «factor natural diverso», tenía sobre la vida de la persona que lo poseía, estaba también condicionada por su condición social. Un claro ejemplo de ello fue el famoso orador ateniense Demostenes (385-322 a. C), hijo de una familia acomodada, que logró curar su tartamudez hablando con piedrecitas en la boca.

Finalmente, es importante constatar, como en la *Constitución de los Atenienses* [20], al regular las competencias del Consejo de los Quinientos, encontramos una disposición cuyo objeto es socorrer a los pobres e impedidos; una disposición que, si bien al principio parece que estaba dirigida a favorecer tan solo a los ciudadanos que habían sido heridos de guerra, ulteriormente, tal limitación fue eliminada. Esta Institución se atribuye a Pisistrato. Así, de conformidad con el capítulo 49.4 de la *Constitución de los Atenienses*: «Examina también el Consejo a los inútiles; hay, en efecto, una ley que dispone que los que poseen menos de tres minas y estén impedidos físicamente de manera que

[17] Riggs, A. J; Riggs, J. E., «Epilepsy's Role in the Historical Differentiation of Religion, Magic and Sciencie», en: *Epilepsia,* Mar; 46 (3): 452-3, 2005, pp. 452 y 453.

[18] Figueroa-Duarte, A. S.; Campbell-Araujo, O. A., «La visión de la epilepsia a través de la historia», en: *Bol Clin Hosp Infant Edo Son,* 32 (2), 2015, pp. 87-101.

[19] Brobrick, B., *Knotted Tongues. Stuttering in History and the Quest for a Cure.* Kodansha America Inc., Nueva York, 1996, p. 51.

[20] Aristóteles, *Constitución de los Atenienses. Pseudo-Aristóteles económicos.* Introducciones, traducciones y notas de García Valdés, M.. Editorial Gredos, Madrid, 1984. p. 171. En relación con el capítulo 49.4, García Valdés introduce la nota 436 con el siguiente tenor: «Sobre tal disposición para socorrer a los pobres e impedidos cf. Escolios a Esquines, I 103. Al principio fue sólo para ciudadanos que quedaban incapacitados a causa de la guerra. Esta institución se atribuye a Pisístrato (cf. Plutarco, Solón 31). Tal limitación fue después eliminada (cf. Lisias, 24, el discurso va dirigido al Consejo)».

no pueden hacer ningún tipo de trabajo, los examine el Consejo, y se le conceda a coste del fisco, dos óbolos diarios a cada uno como alimento».

3. **Las *personas con factores naturales de diferenciación social* en Roma**

Durante la República Romana, al igual que ocurría en la Grecia clásica, si los «factores naturales de diferenciación social eran congénitos», se recurría a la eugenesia y al infanticidio. En efecto, a pesar de que en la *Ley de las XII Tablas* (451-450 a. C) [21] se limitó legalmente, por primera vez, el poder del «pater familias» sobre su familia [22], en la Tabla IV, se establecía «Matado nada más nacer el niño espantosamente monstruoso» [23]. Como se puede observar, en este caso, el «pater familias», sin necesidad de testigo alguno, podía dar muerte a su hijo en el supuesto de que fuese extraordinariamente deforme.

Los recién nacidos que lograron sobrevivir, recibieron un trato cruel el resto de sus vidas. Así, por ejemplo, Andrés Valencia, relata como en las luchas de gladiadores se obligaba a las personas con acondroplasia a luchar contra mujeres –otro sector carente de derechos– para la diversión de la plebe [24].

En la etapa del Imperio Romano, las prácticas eugenésicas fueron disminuyendo, hasta que el infanticidio fue eliminado. Lo habitual, es que, las «personas con factores naturales de diferenciación social fuesen arrojados al Tíber» en cestas o abandonados en la calle, con el objeto de que se hicieran cargo de ellos aquellos que quisieran utilizarlos como mendigos profesionales o esclavos. Algunos de estos niños fueron recogidos para explotarlos como pordioseros, al ser éste un negocio lucrativo, llegando incluso, a mutilarlos, a través de aberrantes operaciones quirúrgicas, con la finalidad de obtener una mayor rentabilidad. A pesar de que esta circunstancia fue planteada por los filósofos de la época, «lo justificaban aduciendo que era mejor que dejarlos morir» [25].

---

[21] Las diez primeras Tablas se elaboraron en el año 450 a. C.; las Tablas XI y XII se elaboraron en el año 451 a. C. https://www.derechoromano.es

[22] En este sentido en la Tabla IV, se permitía el divorcio de la mujer si ésta se ausentaba tres días del domicilio conyugal con ese propósito. Igualmente, se preveía que el padre perdía la *patria potestad* sobre los hijos, en el caso de que los explotase comercialmente en tres ocasiones, en estos supuestos, el hijo quedaba emancipado. En este sentido, es necesario advertir, como hasta ese momento, tal y como describe Palacios, A., «la potestad que ejercía el padre romano sobre la vida de sus hijos *–patria potestas–* no ha tenido parangón en ninguna otra sociedad. Podía matarlos, mutilarlos o venderlos. Y ello se debía a que, en Roma, al igual que el caso griego, no se concebía a los jóvenes de otro modo que, como propiedad de los adultos y la comunidad, cuyos intereses siempre se priorizaban», Palacios Rizzo, *op. cit.*, nota 1, p. 48.

[23] *Ley de las XII Tablas.* Estudio Preliminar, Traducción y Observaciones de Rascón García, C. y García González, J. M.. Tecnos, Madrid, 1993, Tabla IV, 1, p. 9.

[24] Andrés Valencia, *op. cit.*, nota 1, p. 30.

[25] Palacios Rizzo, *op. cit.,* nota 1, p. 50.

Por otro lado, los esclavos con *factores naturales de* «diferenciación social» sirvieron de entretenimiento a la alta sociedad romana, quienes llegaban a pagar elevados precios para adquirirlos. Quizás, «esa moda por coleccionar este tipo de personas también fue promovida por la creencia de que algunas de ellas eran dotadas con poderes sobrenaturales, o también eran utilizadas como amuletos para la suerte» [26].

En cualquier caso, al igual de lo que ocurría en la Grecia clásica, la incidencia del «factor natural diverso» sobre la vida de la persona que lo poseía estaba condicionada por su condición social. Un claro ejemplo de ello fue el caso del Emperador Claudio (10 a. C– 54 d. C), quien, a pesar de estar inicialmente apartado del poder como consecuencia de sus «factores naturales de diferenciación social», llegó a ocupar el más alto cargo de su civilización.

La situación de las «personas con factores naturales físicos, mentales, intelectuales o sensoriales "diversos"», mejorará notablemente con la llegada del cristianismo; «el cristianismo otorga al individuo la condición de persona, proyectando hacia su intimidad –*in interiori homini hábitat veritas,* dirá San Agustín– la dotación de valores humanos, pues es en esa intimidad, hecha ya sustantiva con la persona, donde se manifiesta la semejanza del hombre con Dios» [27]; y en tal sentido, es posible aseverar que el cristianismo innovó el concepto de «hombre» con las repercusiones que ello conlleva en los ámbitos político y jurídico, dada la necesidad de adaptación a la ideología naciente de las instituciones existentes.

En efecto, al «reconocer a toda criatura humana como ser individual, con destino inmortal», el cristianismo «dio impulso a un sentimiento fraternal y con éste a la protección de los débiles en nombre de Dios y al fortalecimiento de las instituciones» para con las «personas con factores naturales de diferenciación social [28]». En el contexto descrito, no es de extrañar, entonces, que, en Roma se comenzara a aplicar un sistema de retribución para las «personas con factores naturales de diferenciación social» por causa bélica. Igualmente, para los casos en que el «factor natural diferencial» hubiera sido sobrevenido, se desarrollaron técnicas de hidroterapia y de mantenimiento físico, aunque, lo cierto, es que, como consecuencia de su alto coste, a las mimas, sólo podían acceder las clases dominantes de la sociedad. Finalmente, con el Emperador Constantino en el poder (272 d. C-337 d. C), se crearon los «nosocomios», instituciones cuya finalidad era dar alojamiento, manutención y ayuda espiri-

[26] *Ibid.*, p. 51.

[27] Fernández-Galiano, A., «El cristianismo y la filosofía jurídica del mundo clásico», en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid,* Vol. V, Núm. 10, 1961, pp. 99-115.

[28] Restrepo Arbeláz; Cano Restrepo, loc. *cit.,* nota 16.

tual a aquellas «personas con factores naturales de diferenciación social» que careciesen de medios de subsistencia [29].

IV. EL SUBMODELO DE MARGINACIÓN

El elemento definitorio de este «submodelo» es el de la «marginación»; bien por considerar que las «personas con factores naturales físicos, mentales, intelectuales o sensoriales de diferenciación social», eran personas de «menor valor» a las que, por ello, había que tener compasión; bien como consecuencia del «miedo» por considerarlas poseídas o endemoniadas. Es decir, en el «submodelo de marginación», la respuesta social que generan las «personas con factores naturales de diferenciación social» es, ni más ni menos, que el de la «exclusión».

Aunque algunas de las características de este «submodelo» han sido una constante a lo largo de la historia, la doctrina científica suele identificar este «submodelo» con el que ha sido propio de la Edad Media, o al menos, ven en el mismo un ejemplo ilustrativo [30].

El Medievo, se volverá a caracterizar, entre otras circunstancias, porque en el mismo todavía no se había producido la efectiva separación entre el Derecho y la Moral, aunque, hay que decir que se vislumbra una cierta distinción entre ambos órdenes, de ahí que se cifre la importancia política del Bajo Medievo, como advierten Álvarez Conde y Tur Ausina [31], en haber sabido liberar el poder temporal de las ataduras religiosas.

Partiendo de tales planteamientos, es posible aseverar que la Iglesia ejerció, sin duda, una clara influencia sobre el trato social y jurídico que, durante la Edad Media, se dispensó a las «personas con factores naturales de diferenciación social». La influencia ejercida por la Iglesia fue, sin embargo, de carácter ambivalente.

En efecto, durante la Alta Edad Media, a diferencia de lo ocurrido durante la Antigüedad, y como consecuencia del influjo de los valores cristianos, se dejaron de llevar a cabo prácticas eugenésicas, condenándose, por ello, el infanticidio. «Las personas con factores naturales de diferenciación social» eran

[29] En este sentido *vid.* Valencia, A.,*op. cit.,* nota 1. También *vid.* Barnes, C., «Las teorías de la discapacidad y los orígenes de la opresión a las personas discapacitadas en la sociedad occidental», en: Barton, L., (comp.); Filella, R., (trad.), *Discapacidad y Sociedad.* Morata, Fundación Paideia, Madrid, 1998. p. 69. También *vid.* Restrepo Arbeláz; Cano Restrepo, loc. *cit.,* nota 16, p. 4.

[30] Palacios Rizzo, *op. cit.,* nota 1. p. 54.

[31] Álvarez Conde, E.; Tur Ausina, R., *Derecho Constitucional.* Tecnos, Madrid, 2023.

concebidas como «personas de menor valor», que, de conformidad con los postulados de la caridad cristiana, debían ser tratadas de forma compasiva y misericordiosa. En este contexto, y con el objeto de dar cobijo a los niños con «factores naturales diversos» a los considerados «normales» por la sociedad, se crearon orfanatos y asilos dependientes del clero. A pesar de todo, desafortunadamente, existió un alto índice de mortalidad, consecuencia tanto de la falta de recursos económicos, como del hecho de recurrir a la «fe», en lugar de a los conocimientos médicos, para la curación de las enfermedades.

En cualquier caso, «las personas con factores naturales diversos» que lograron sobrevivir, y aquéllas otras cuyo «factor natural diferencial» lo adquirieron de forma sobrevenida, no tuvieron mejor suerte que en la etapa anterior, ya que, como consecuencia de sus medios de subsistencia, sólo pudieron ocupar en la sociedad una posición: la de los marginados [32].

Así, por un lado, la sociedad de la época incluía a «las personas con factores naturales de diferenciación social» en el grupo de pobres y mendigos. La mendicidad acabó siendo, en la mayor parte de los casos, su profesión, convirtiéndose, por ello, en la herramienta, a través de la cual, los ricos y poderosos podían redimir sus pecados mediante la realización de obras benéficas. Por otro, también fueron utilizados como objeto de diversión y burla grotesca.

En buena lógica, como ciertamente señala Agustina Palacios, también en este «submodelo» la pertenencia a una clase social acomodada determinaba el destino de la «persona con un factor natural de diferenciación social», que, en lugar de apelar a la caridad pública, apelaba a la caridad de su familia, lo que le permitía no formar parte del grupo de marginados definido básicamente por la carencia de los medios elementales de subsistencia [33].

Frente a los postulados de la caridad cristiana, defendidos por la Iglesia durante la Alta Edad Media; en el Bajo Medievo, marcado por la crisis de los siglos XIV y XV, el clero concibió a «las personas con factores naturales diversos» como un castigo enviado por Dios, como una amenaza social que debía ser perseguida. Las «personas con factores naturales de diferenciación social» eran excluidas de la sociedad, sufriendo, en consecuencia, marginación.

Esta es la razón, por la que, como relata Andrés Valencia, en el siglo XIV, se construyeron en Francia auténticas fortalezas y ciudades amuralladas, en las que se confinaban a las «personas con factores naturales físicos, sensoriales o mentales de diferenciación social», para, posteriormente exhibirlos en zooló-

[32] PALACIOS RIZZO, *op. cit.,* nota 1, p. 56.
[33] *Ibid.*, p. 56.

gicos o espectáculos circenses, con el propósito de manipular a la conciencia social, al ser presentados como una señal de castigo enviada por Dios [34].

Con la llegada de la Inquisición, las «personas con factores naturales de diferenciación social» eran confundidas, en muchos casos, con brujas o herejes, llegando, incluso, a representar a Satanás. «Así, el concepto de pecado y la idea de posesión diabólica se institucionalizaron y se convirtieron en la ideología dominante. Se puede citar como máximo exponente de esta ideología al *Malleus Maleficarum* [35], el cual establecía que cuando el paciente no encontrara alivio en los medicamentos, sino que más bien empeorara con ellos, la enfermedad era producto del demonio. De este modo, se pensaba que los niños con discapacidad manifiesta habían suplantado subrepticiamente a otros al nacer y que eran los sustitutos del diablo. Esto también se declaraba en el *Malleus Maleficarum*: esos niños eran el producto de las prácticas de brujería y hechicería de sus madres» [36].

Debe aclararse, sin embargo, que, «si bien ningún ser humano física o mentalmente «diferente» de la norma se escapaba de la acusación de brujería, a las personas con discapacidad intelectual y las denominadas «locos no alborotadores» se les permitía vagar en libertad. En este contexto, se consideraba que existía la «buena» y la «mala» locura medieval, por lo que se trataba de personajes sociales a «sanar» o a «segregar» [37].

V. EL TRANSITO DEL MODELO DE PRESCINDENCIA AL MODELO MÉDICO

Al «modelo de prescindencia» le sobrevino el «modelo médico, rehabilitador o individual», un modelo que se consolida en la primera década del siglo XX, al finalizar la Primera Guerra Mundial y muy especialmente al finalizar la Segunda Gran Guerra. Para este «modelo» la causa que da origen al «factor natural de diferenciación social» es el problema ocasionado por las condiciones de salud del individuo; por ello, las respuestas jurídico-políticas del mismo se encaminan en una doble dirección: 1) Tratar de reparar el factor natural diferencial o hacer que sea lo menos perceptible posible con el objeto de «nor-

[34] Valencia, A., *op. cit.*, nota 1, p. 26. También *vid.* Di Nasso, P., «Mirada histórica de la discapacidad», en: *Fundación Cátedra Iberoamericana,* Universitat de les Illes Balears, Palma de Mallorca, 2010, p. 10.

[35] El Malleus Maleficarum fue escrito en 1487 por Jacob Sprenger y Heinrich Krämer.

[36] Palacios Rizzo, *op. cit.*, nota 1, p. 65.

[37] *Ibid.*, p. 66.

malizar» a la persona, favoreciendo así su integración social; 2) Cuando no sea posible «normalizar» a la persona adoptar políticas de carácter asistencial.

Aun cuando el «modelo médico, rehabilitador o individual», se consolida en la primera década del siglo xx, ello no obsta, sin embargo, para que sea posible encontrar antecedentes de este «modelo» en épocas anteriores; ejemplos históricos que iban dirigidos a «normalizar» a las «personas con factores naturales físicos, mentales, intelectuales o sensoriales diversos» al «estándar», a través de la curación o atención médica, la asistencia pública y el empleo, así como la educación especial; y todo ello, con el objeto de hacer posible su integración social.

En este orden de ideas, se pueden citar, entre otros, los siguientes precedentes históricos:

1. **Atención médica.**

1. Humanización del tratamiento psiquiátrico, resulta sorprendente que sea precisamente en una época en la que las personas «con factores naturales psíquicos de diferenciación social dejaron de "ser inocentes del Señor" para pasar a ser fruto del pecado y del demonio» [38], cuando se creó la primera institución psiquiátrica de la historia de la mano del religioso español Juan Gilberto Jofré (1350-1417), quien tras presenciar el maltrato que se dispensaba en la calle a un «endemoniado», decidió fundar, en el año 1409, un hospicio para enfermos mentales, bajo el nombre d*e Los Santos Mártires Inocentes* [39].

2. Los avances de la medicina renacentista, dirigidos, fundamentalmente, a «normalizar» a los heridos de guerra. En este sentido, cabe mencionar al cirujano francés Ambroise Paré (1510-1590), quien, en la batalla de Dauvilliers, aplicará, por primera vez, la técnica de la «ligadura de arterias» a los muñones de las amputaciones. Igualmente, se convirtió en un auténtico experto en la creación de prótesis y aparatos ortopédicos muy desarrollados (mano de hierro con muñeca articulada y dedos móviles).

---

[38] *Ibid*., p. 65.

[39] Como señala Valencia, A., a partir de ese momento, se crearon numerosos psiquiátricos tanto en España como en América: Valencia (1409) Hospital de Santa María de los Santos Inocentes; Zaragoza (1425) Hospital Real y General de Nuestra Señora de Gracia; Sevilla (1436) Hospital de los Inocentes; Palma (1456) Hospital Psiquiátrico; Barcelona (1481) Hospital Psiquiátrico; Toledo (1483) Hospital de los Inocentes; Valladolid (1489) Casa de Orates; México (1565) Hospital de San Hipólito. Valencia, A., *op. cit.,* nota 1. También *vid*. Aguado Díaz, A. L., Historia de las Deficiencias. Escuela Libre Editorial, Fundación ONCE, Madrid, 1995, p. 81.

2. **Asistencia pública y empleo.**

1. Juan Luis Vives (1492-1540) [40], humanista, pedagogo y filósofo español, que, en 1526, publica en Brujas *su Tratado del Socorro de los Pobres (De subventione pauperum. Sive de humanis necessitatibus Libri II*, en el que, además de proponer un conjunto de medidas para prevenir y erradicar la mendicidad, intentó elaborar un programa político dirigido a las autoridades [41]. Para Juan Luis Vives, «no solamente son pobres los que carecen de dinero, sino cualesquiera que estén privados de fuerza, de salud, de ingenio, de juicio» [42]; de forma, que las «personas con factores naturales físicos, mentales, intelectuales o sensoriales diversos al estándar», entrarían en la categoría de «pobres» del humanista español. Relata Matheeussen [43] que, la solución propuesta por Juan Vives a la mendicidad y el vagabundeo, descansa, fundamentalmente, en dos pilares básicos: «preventivo», a través de una enseñanza apropiada; y «curativo», a través de una política de empleo consciente. En este contexto, como señala Gascon Ricao [44], Vives apuntó la necesidad que existía no sólo de dar trabajo a las «personas con factores naturales de diferenciación social», sino además de enseñarles manual e intelectualmente con el propósito de hacerlos útiles para la sociedad. Sugerencia, que no pasó de ser una propuesta de voluntades, ya que, desafortunadamente, para determinados colectivos, no tuvo resonancia alguna.

2. Las *Leyes de Pobres de Inglaterra (Poor Laws):* Las *Leyes de Pobres Inglesas* [45], se constituyen en el primer sistema nacional de asistencia pública a los pobres y tienen su origen en las disposiciones normativas con las que, desde mediados del siglo XVI, se habían pretendido eliminar los males que podían generar las bandas de pordioseros, los «marginados». Todas estas normas fueron recopiladas, durante el cuadragésimo tercer año del reinado de Isabel I de Inglaterra, a través de *la Poor Law* de 1601 (1601-1834). A pesar de que *la Poor Law Isabelina* de 1601, viene siendo concebida, como el inicio de

---

[40] VIVES, J. L., *El socorro de los pobres.* Estudio preliminar, traducción y notas de FRAILE DELGADO, L.. Tecnos, Madrid, 1997.

[41] MATHEEUSSEN, C., «El humanismo de los Países Bajos y Juan Luis Vives», en: PUIG DE LA BELLACASA, R (aa), *La Discapacidad y la Rehabilitación en Juan Luis Vives. Homo homini par.* Documentos 37/93. Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía, Madrid, 1993, pp. 28-47.

[42] VIVES, *op. cit.*, nota 40, p. 111.

[43] Sobre la política de empleo de VIVES, J., *vid*. MATHEEUSSEN, *op. cit.*, nota 43, pp. 43 ss.

[44] GASCÓN RICAO, A.; STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G., *Historia de la Educación de los sordos en España y su influencia en Europa y América. Centro de Estudios* Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 1. También *vid*. VIVES, *op. cit.*, nota 40.

[45] Sobre las Leyes de Pobres, *vid*. HIMMELFARB, G., *La idea de la Pobreza. Inglaterra a principios de la era industrial.* Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

la Poor Law Antigua, con la misma, no se hizo más que formalizar el sistema previo de ayuda a los pobres contenido en la *Ley para la ayuda a los pobres* de 1957.

El concepto de «pobre» de la época ponía su punto de mira en la pobreza como condición social. En este contexto, tal y como señala Patricia James [46], se distinguían cuatro tipos de pobres: a) Los ancianos, los enfermos crónicos y los infantes demasiado pequeños para trabajar; b) Los inhabilitados temporalmente debido a un accidente o a una enfermedad; c) Los desempleados; d) Los vagos, categoría muy flexible que se hacía depender de las costumbres locales de la parroquia a la que perteneciese. Las «personas con factores naturales de diferenciación social» formaban, por tanto, parte de la categoría de «pobre» de la época.

3. **Educación especial [47].**

1. Juan de Pablo Bonet (1573-1633), publicó en 1620, su obra *Reducción de las letras y Arte para enseñar a hablar a los mu*dos. Este trabajo ha sido considerado como el primer Tratado moderno de Fonética y Logopedia, a través del cual, era posible «enseñar una lengua de señas unimanual a personas sordas e hipoacústicas (llamadas entonces sordomudas debido a su falta de oralización)» [48]. Esta obra fue traducida y publicada en varios idiomas, y tuvo una gran difusión durante los siglos XVIII y XIX.

**2. Abate Charles-Michel de L`Épée (1712-1789),** pedagogo y logopeda francés que fundó, en 1771, la primera escuela gratuita para «personas con factores naturales diferenciales auditivos», financiándola el mismo. En 1791, la Asamblea Nacional concedió al Abate Charles-Michel de L`Épée el título de «Benefactor de la Humanidad», declarando, además, que, «las personas con factores naturales de diferenciación social auditivos», tenían los derechos enunciados en *la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*

[46] JAMES, P., *Population Malthus. His Life and Times.* Routledge and Kegan Paul, Londres, 1979. En relación con esta cuestión, también *vid.* MARAVALL, J. A., «Pobres y pobreza del medievo a la primera modernidad», en: *Revista Cuadernos Hispanoamericanos*, Madrid, enero-febrero, 1981, p.14.

[47] En este sentido, *vid.* GASCON RICAO, A.; STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G., «El Real Colegio de Sordomudos en la primera mitad del Siglo XIX», *CEE Participación Educativa*, núm. 18, noviembre 2011, pp. 221-238. También *vid.* Gascón Ricao, Antonio; Storch De Gracia Y Asensio, José Gabriel (coord.), *Homenaje a Juan de Pablo Bonet. Pionero de la educación oral de los sordos.* Institución Fernando el Católico, Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2020.

[48] VALENCIA, A., *op. cit.* nota 1.

de 1789; de ahí, que a partir de esa misma fecha la Institución comenzó a financiarse con fondos públicos.

3. Valentin Haüy (1745-1822), fundó en París, en 1786, el *Instituto de los Niños Ciegos,* primera escuela cuya finalidad era educar y reinsertar en el ámbito laboral a «las personas con factores naturales de diferenciación social de carácter visual»; para ello, diseñó un nuevo método de escritura que podía ser descifrado con el tacto.

4. Charles Barbie de la Serre (1767-1841), militar francés que creó un sistema de escritura nocturna con el objeto de que los oficiales franceses pudiesen escribir en la oscuridad, al que puso por nombre «Sonografía». Por su carácter ambivalente, Charles Barbie presentó este nuevo sistema de escritura ante la Escuela de Ciegos de París en 1821, que lo adoptó como sistema de aprendizaje. Louis Braille tomó como base este sistema para desarrollar el que después se denominaría *Sistema Braille.*

5. Louis Braille (1809-1852), pedagogo francés que diseño un nuevo sistema de lectura, escritura y notación musical, para «personas con factores naturales de diferenciación social de carácter visual». El conocido internacionalmente como *Sistema Braille* fue publicado en 1829 y 1837 [49].

VI. ¿PERSONAS CON DISCAPACIDAD O SOCIEDAD DISCAPACITANTE?

Finalmente, como se señaló con anterioridad, al «modelo de prescindencia» le sobrevino el «modelo médico, rehabilitador o individual», y, a este, el «modelo social» cuyo nacimiento se produce en Estados Unidos y Reino Unido, entre la década de los años sesenta y setenta del siglo XX, como consecuencia de los movimientos reivindicativos que llevaron a cabo los activistas y organizaciones de «personas con factores naturales de diferenciación social».

Para el «modelo social», la «discapacidad» es una construcción social consecuencia del conjunto de barreras sociales que limitan y oprimen a las «personas con factores naturales de diferenciación social»; barreras de tal amplitud que impiden a las «personas con factores naturales diversos al están-

[49] Desde el año 1840, el sistema Braille fue implantado con carácter obligatorio en la Escuela Municipal de Ciegos de Barcelona. Lo mismo ocurrirá en la Escuela de Ciegos de Madrid, que se inaugura en 1842, aunque incorporada a la ya establecida de sordos, ambas bajo la dirección de Juan Manuel Ballesteros. Vid. Casado Melo, A., «Antecedentes de la educación de ciegos y sordos en España», en: *Papeles Salmantinos de Educación,* núm. 12, Universidad Pontificia de Salamanca, 2009. También vid. Burgos Bordonau, E., «La enseñanza musical en el Colegio Nacional de Sordomudos y Ciegos de España desde su fundación hasta la primera república: una aproximación documental», *en Revista General de Información y Documentación,* 2004, 14, núm. 1, pp. 67-78.

dar», derribarlas por sí mismas; y, por ende, les impide participar con plenitud en la vida económica, social y cultural [50]. Entre estas barreras sociales se podrían incluir, entre otras, por ejemplo: la inaccesibilidad en la educación; la dificultad de acceder al entorno laboral; el establecimiento de servicios de apoyo social y sanitarios discriminatorios; transporte, viviendas y edificios públicos y de ocio inaccesibles; la presentación en los medios de comunicación social (televisión, cine, teatro, etc) de una imagen negativa de las «personas con factores naturales de diferenciación social».

Como ciertamente señala Biel Portero [51], «la aceptación del modelo social implica dos consecuencias fundamentales». La primera, es que no debe ser la «persona con un factor natural de diferenciación social», la que tenga que acomodarse a la sociedad, sino que es la sociedad quien debe adaptar sus estructuras, respetando la dignidad de quienes son diferentes. En segundo lugar, como seres humanos iguales en dignidad, las «personas con factores naturales de diferenciación social» no pueden ser tratadas como meros objetos de asistencia o caridad, sino como sujetos, como un fin en sí mismo.

Ahora bien, a pesar de que el «modelo social» ha sido bien acogido desde sus orígenes: por «las personas con factores naturales de diferenciación social» y sus asociaciones; en el marco del Derecho Internacional; y en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados; la realidad es que, el mismo, se presenta como una meta a alcanzar. Por ello, aunque la regulación jurídica en la materia pretenda responder a los presupuestos básicos del «modelo social», lo cierto es que se encuentra a medio camino de dos realidades: el «modelo social» que muestra ese ideal a conseguir y el «modelo médico, rehabilitador o individual»; de ahí, que los ordenamientos jurídicos acaben desenvolviéndose entre ambos «modelos».

En cualquier caso, desde algunos sectores doctrinales, entre los que me incluyo, se está poniendo de relieve la necesidad de que surjan nuevos «modelos» cuya finalidad última sea conseguir la total aceptación social de la «diversidad humana».

¡Basta ya! de planteamientos «caritativos», la sociedad, además de reconocer que la diversidad es enriquecedora, debe asumir su responsabilidad colectiva ante las situaciones de discriminación que sufren una parte de sus miembros, en concreto, aquellas «personas» cuyos «factores naturales físicos,

[50] Biel Portero, *op. cit.,* nota 1, p. 31.
[51] *Ibid.*, p. 32.

mentales, intelectuales o sensoriales», no se corresponden con los que, el grupo social dominante considera «normales» [52].

Es cierto que la sociedad ha ido evolucionando en el sentido descrito, y que, dicha evolución, ha tenido su plasmación en el ámbito jurídico, como lo demuestra la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad,* hecho en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006, que, sin duda, supuso, un antes y un después, en el reconocimiento de la dignidad de las «personas con diversidad funcional».

Desde el «modelo de prescindencia» descrito en estas páginas han sido muchos los logros conseguidos. Ahora bien, ¿es suficiente?; a mi parecer no lo es, «las personas con factores naturales físicos, mentales, intelectuales o sensoriales de diferenciación social», siguen estando hoy discriminadas, marginadas; la sociedad sigue rechazando al que considera «diferente», sigue intentando «normalizarlo», y, en consecuencia, ni acaba de reconocer que la «diversidad» es enriquecedora, ni asume su responsabilidad colectiva.

En definitiva, parece necesario plantear, al menos, la siguiente reflexión: ¿existen «personas con discapacidad» o lo que realmente existe es una «sociedad discapacitante»?

[52] En este mismo sentido se manifiesta Cabra De Luna, M. Á., al incidir en la conveniencia de «superar planteamientos "caritativos" hacia las personas con discapacidad para acentuar la "solidaridad" y la "responsabilidad" colectiva hacia las situaciones de discriminación», «Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias», en: *Revista del MTAS,* núm. 50, 2003, p. 21.

EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN HUMANA EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL

Ana Marrades Puig
Universitat de València

I. JUSTIFICACIÓN E INTRODUCCIÓN

El derecho a la reproducción humana publicado por Yolanda Gómez en 1994 es, sin duda, una obra pionera en derecho constitucional. Por vez primera se acometía la fundamentación y construcción de un nuevo derecho en el marco de la Constitución y, por vez primera y, todavía más importante, se abordada el derecho a la reproducción humana desde una perspectiva constitucional. Rompedora como anteriormente lo fue su *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978* (1990), esta monografía supuso una inspiración definitiva para el desarrollo de mi tesis doctoral y monografía posterior sobre la fundamentación del derecho a la maternidad. Con este trabajo pretendo rendir homenaje a las dos principales obras que guiaron mi trayectoria investigadora desde sus inicios, en particular a la que se dedica a la creación del derecho a la reproducción que hoy, treinta años después, cobra especial relevancia en los estudios de feminismo jurídico.

El derecho a la reproducción es un derecho derivado de la dignidad humana y sus derechos inherentes, así como del libre desarrollo de la personalidad; que consiste en la facultad que toda persona tiene de adoptar y realizar las decisiones relativas a su capacidad de procrear. Es una manifestación concreta de la libertad individual, cuyo ámbito positivo comienza en la libre determinación de concebir, gestar y dar a luz y, termina cuando el sujeto del derecho se

ha reproducido. El derecho a la reproducción –o quizás para ser más precisos terminológicamente, la libertad reproductiva– hallaría su fundamentación específicamente –y siempre bajo la influencia del principio de dignidad y de libre desarrollo de la personalidad–, además de en el derecho a la libertad, en el derecho a la integridad física y psíquica y en el derecho a la protección de la salud, ya que todas las decisiones que afectan al ámbito reproductivo guardan una estrecha relación con la salud y la integridad tanto en la vertiente de decidir procrear, que puede conllevar el someterse a las técnicas de reproducción asistida, cuanto la de decidir no hacerlo que supondría el someterse a tratamientos anticonceptivos o a la interrupción voluntaria o legal del embarazo; y todos ellos en conexión con el derecho a la intimidad. El libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y los derechos que le son inherentes constituyen el cauce oportuno para fundamentarlo. También el derecho a contraer matrimonio, con las salvedades oportunas (puede deducirse de él pero no es exigencia inexcusable); y, el derecho a recibir del Estado la protección de la propia familia. Éstos constituirían los canales expresamente reconocidos por la Constitución para recuperar su construcción. En virtud de la cláusula interpretativa del artículo 10.2 de nuestra Carta Magna, sería también posible encontrar su fundamento en el derecho a fundar una familia reconocido expresamente por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y según lo dispuesto en el artículo 96.1 CE, las disposiciones internacionales relativas a la protección de la familia pasarían a formar parte de nuestro derecho interno.

Desde que en 1994 la Conferencia Mundial sobre derechos reproductivos celebrada en El Cairo definiera su concepto, la evolución del derecho ha ido proyectándose en estas dos manifestaciones: en positivo, la libertad de reproducirse eligiendo también las diferentes posibilidades o técnicas que la ciencia y la medicina han ido procurando y, en negativo, de no hacerlo, dentro del marco normativo que recoge los requisitos legales para la interrupción de la gestación.

II. EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

El derecho a la reproducción es un derecho constitucional inherente a la dignidad humana y proyección del libre desarrollo de la personalidad, siendo, por tanto, una manifestación del ejercicio de la libertad. Consiste en la facultad que toda persona tiene de adoptar y realizar las decisiones relativas a su capacidad de procrear; es decir, decisiones relativas a tener un hijo o evitarlo, al

número de hijos que se desea tener, y a su espaciamiento, a la posibilidad de acudir a las nuevas técnicas de reproducción asistida sin sufrir coacciones, ni discriminación de ningún tipo; y a disponer de los medios necesarios para ello.

El derecho a la reproducción humana de Yolanda Gómez es una obra fundamental que puede considerarse pionera en acometer la fundamentación del derecho a la reproducción humana en el ámbito constitucional español. En otro escenario diferente, el contexto constitucional americano, fue John Robertson [1] quien sentó las bases para la fundamentación del derecho y su reconocimiento. Según Robertson, el derecho a la reproducción consiste en la libertad de tener hijos o evitar tenerlos; es decir, un derecho a impedir cualquier injerencia estatal en el ámbito de la libertad reproductiva; un derecho a impedir cualquier intervención del Estado en la decisión personal de ser madre: «Como derecho perteneciente al espacio del derecho constitucional, el derecho a la reproducción (o la libertad de reproducirse) es un derecho negativo frente a cualquier interferencia estatal en la decisión de reproducirse o evitar reproducirse. No se trata de un derecho positivo a requerir del Estado o de personas particulares los medios o recursos necesarios para tener hijos o evitar tenerlos. El ejercicio de este derecho puede verse severamente limitado por circunstancias sociales y económicas. El acceso al seguro médico, empleo, vivienda, y otros servicios puede afectar de forma muy significativa al ejercicio de la libertad reproductiva. Sin embargo, el Estado no tiene obligación constitucional de proporcionar estos servicios. El hecho de si el Estado debería o no proporcionar estos servicios es una cuestión ya de justicia social». El mencionado autor considera que el derecho a la reproducción afecta sólo al ámbito de la libertad, y no existen más exigencias al Estado que el respeto hacia ella. Hay que considerar que el contexto político, social y económico de los EEUU es bien distinto al nuestro.

Para Robertson los términos «derecho a la reproducción» y «libertad reproductiva» significan la libertad de reproducirse o evitar hacerlo desde el punto de vista genético, pudiendo incluir la crianza. En medio, quedaría también incluida la gestación independientemente de que hubiera una conexión genética con el hijo que naciese. Según este argumento, podríamos interpretar que para Robertson el derecho a la reproducción podría comprender un ámbito mayor que la mera libertad reproductiva. Sin embargo, y a pesar de reconocer la posibilidad de que el derecho incluya otros aspectos, no considera necesaria

[1] Especialmente, entre otras muchas producciones científicas, con su obra «Children of choice» ROBERTSON, J. A., *Children of choice: Freedom and the new reproductive technologies, Princeton University Pres*s, Princeton, New Jersey, 1994, p.22-23. s

la intervención estatal de ningún modo. Hay que entender que el autor sólo matiza que el derecho no contiene ninguna pretensión positiva de cara al Estado, aunque éste pueda intervenir a proporcionar determinados servicios; ya que el derecho a reproducirse se plasma exclusivamente en la libertad reproductiva y el derecho, por tanto, a evitar a toda costa cualquier interferencia estatal en la esfera individual de decisión. No se comprende del todo el hecho de que incluya la crianza, y sin embargo entienda que el derecho no contiene pretensiones positivas dirigidas al Estado para que éste pueda proporcionar la protección necesaria.

En cualquier caso, Robertson[2] expone dos importantes argumentos: Primero, el derecho a la reproducción es un auténtico derecho fundamental, aunque no se especifique expresamente en la Constitución. Segundo, el derecho a la reproducción comprende la concepción, la gestación y alumbramiento, y la crianza. El autor parte de la existencia de un grupo de derechos fundamentales, en los que, declara, se ubica el derecho a la reproducción por su importancia para la vida de los individuos. El derecho a la reproducción no se halla explícito en la Constitución de los Estados Unidos. Sin embargo, el Tribunal Supremo en muchas ocasiones ha reconocido que la reproducción está entre «los derechos civiles básicos de la humanidad» (Skinner v. Oklahoma, 316 U. S., 535, 541, 1942) y que el derecho a concebir y criar al propio hijo era un derecho esencial (Stanley v. Illinois, 405 U. S., 645, 651, 1972). En Eisenstadt v. Baird (405 U. S. 438-453, 1972), el Tribunal declaraba que: «Si el derecho a la intimidad significa algo, es el derecho del individuo, casado o soltero, a ser libre de intromisiones del gobierno en cuestiones que afectan de forma tan fundamental a una persona como la decisión de tener un hijo». De ello se infiere que a nadie debería serle negado el derecho simplemente por ser estéril, por lo que las técnicas de reproducción asistida entran dentro de las vías de ejercicio del derecho a la reproducción. Sólo una razón imperativa (*compelling interest*), que no pudiera ser protegida por medios menos restrictivos, justificaría restringir las acciones de una persona o de una pareja para formar una familia.

El segundo argumento importante consiste en explicar que el derecho a la reproducción abarca más aspectos que la propia concepción y gestación, y que se extiende más allá del alumbramiento. Aunque todos estos componentes se combinan para crear una experiencia única, sin embargo, cada uno de ellos tiene un valor personal y un significado independiente de los otros. Por ejem-

[2] Robertson, J. A., «Reproduction and rights: a response to Dorothy Roberts» en: *Law and social inquiry: journal of the American Bar Foundation*, 1996, p. 1025.

plo, se puede considerar que una persona se ha reproducido cuando ha transmitido sus genes. El sujeto de la transmisión genética puede experimentar como de gran trascendencia el hecho de traspasar su fuerza vital a otras generaciones a través de sus genes. Estos sentimientos persisten incluso aunque la gestación y la crianza –sus aspectos biológicos y sociológicos– no acompañen la transferencia genética.

Por otro lado, según Robertson, la importancia que para algunas mujeres tiene la experiencia biológica de gestar y dar a luz constituye un factor determinante para la consideración de la misma como ejercicio independiente de la libertad reproductiva. Algunas mujeres encuentran una significativa satisfacción en el hecho de desarrollar un embarazo y parir, incluso aunque nunca lleguen a ver o a criar al hijo. La importancia para ellas de llevar a término un embarazo va más allá de la transmisión genética. Según el autor, ello explicaría en parte porqué muchas mujeres desean servir como «madres de alquiler» que conciben y gestan hijos para parejas estériles. De ahí también que haya mujeres que no vean satisfechas sus necesidades maternales mediante la adopción.

Su argumento sobre la gestación está completamente alejado de la realidad ya que trata de justificar esta práctica en la «satisfacción» de la mujer gestante, aunque sea para otros. Éste, que es un argumento claramente basado en una ideología neoliberal, pretende enmascarar la vulnerabilidad de la mujer que se somete a las condiciones que caracterizan este tipo de contrato. De todas formas, lo relevante de su tesis es que va más allá de la concepción y la gestación (aun siendo éstas elementos esenciales del contenido del derecho) incluyendo la crianza. Por eso, igualmente, argumenta que el ejercicio de la maternidad/paternidad (él utiliza el término *parenting* incluyendo ambos progenitores) es un aspecto esencial de la reproducción. Ser madre o padre es una experiencia auténtica y plena en sí independientemente de que se haya concebido o gestado a esa hija o hijo. Negarle a alguien que es capaz de criar un hijo la posibilidad de hacerlo, es negarle una experiencia de importancia crucial para su vida y para el desarrollo de su personalidad. Aunque la crianza de un hijo no es, estrictamente hablando, reproducción, es una parte tan esencial de la experiencia reproductiva que la libertad de desarrollar la actividad de criar un hijo debe considerarse parte de la libertad de procrear. De hecho, concluye, la libertad procreativa incluye el derecho a separar los componentes genéticos, gestacionales o sociales de la reproducción y combinarlos en colaboración con otros.

Robertson [3] destaca por incluir en el derecho a la reproducción los tres elementos: concebir, gestar y criar; pero matiza, sin embargo, dos posibles vertientes del derecho: la libertad de procrear y la libertad en la procreación (freedom to procreate y freedom in procreation). La libertad de controlar cada actividad relacionada con la reproducción –determinar cómo se producirá la concepción, como irá el embarazo, decidir cómo, cuándo, dónde, y con quién se realizará el parto– puede ser de una enorme importancia para los individuos y por ello merece también una especial protección (que en la gestación subrogada solo controlan los comitentes, renunciando completamente a esta libertad la mujer gestante). Aunque si bien estas actividades pueden caber dentro de la rúbrica «libertad procreativa» (o derecho a la reproducción), analíticamente implican elecciones distintas de la decisión de procrear, que es la decisión de concebir, gestar y criar a una persona.

También Gómez Sánchez, [4] afirma que, el problema del derecho a la reproducción como derecho de autodeterminación física es propiamente un problema de libertad. En el caso de la reproducción asistida, el acto procreativo no deriva de la relación sexual; es en sí mismo y directamente un acto de autodeterminación y autonomía del sujeto. A pesar de reconocer un cúmulo de derechos y obligaciones que deriva de él, mantiene que el derecho se reduce al acto de autodeterminación del sujeto que consistirá en decidir sobre su reproducción. En la misma línea, Gisbert Jordá [5] argumenta que toda persona tiene derecho a reproducirse pues si bien la Constitución española no reconoce expresamente un derecho a tener hijos, es evidente que dicha posibilidad es una manifestación de la libertad de la persona, de su dignidad y del libre desarrollo de su personalidad, que le permite optar o no por reproducirse, de lo que se deduce la existencia de un derecho a reproducirse, derivado de otros derechos constitucionales, con los solos límites marcados en la propia Constitución, respetando los derechos de los demás y los bienes constitucionalmente protegidos. Zarraluqui [6] también reconoce el derecho «con valor de fundamental y con individualidad propia, porque tiene su asiento en la propia naturaleza del hombre», considerando que se halla implícito en el derecho a fundar una familia, en el libre desarrollo de la personalidad, o en el derecho a la sexualidad. Así, la construcción de un derecho no positivizado, como en este caso el dere-

[3] Robertson, J. A., «Procreative liberty and the control of conception, pregnancy, and childbirth» en: *Virginia Law Review*, volume 69, April, 1983, p. 408-410.

[4] Gómez Sánchez, Y., *El derecho a la reproducción humana.* Marcial Pons, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, p. 48.

[5] Gisbert Jorda, T., *Legislación sobre el nacimiento con la ayuda de la técnica: La reproducción humana*, AMA, 1998, p. 13.

[6] Zarraluqui, L., *La procreación asistida y los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 68.

cho a la reproducción, y en su vertiente positiva, el derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida, si bien puede hacerse a través de otras aproximaciones, se realiza desde la perspectiva basada en los derechos.

III. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO Y SU FUNDAMENTO EN OTROS DERECHOS [7]

Un derecho fundamental puede ser reconocido por el derecho positivo mediante técnicas diversas: como su inclusión en el catálogo de derechos bajo el título de derechos fundamentales, o su interpretación como derecho fundamental aunque se ubique en un capítulo o sección que recoja derechos diferentes a los fundamentales; o bien, cabe deducirlo de otros derechos o principios constitucionales ya existentes; o, por último, mediante la cláusula interpretativa del artículo 10.2 CE, acudiendo a derechos reconocidos en declaraciones de derechos y tratados supranacionales. En definitiva, todo ello nos reconduce a dos grandes opciones, buscar la fundamentación constitucional del derecho que analizamos en otros derechos constitucionales ya reconocidos; o también, tras hallar su justificación, los motivos por los que conviene su inclusión en el ordenamiento jurídico, proponer su regulación por vía legislativa o constitucional mediante una posible reforma.

El Tribunal Constitucional ha hablado de la libertad de procrear deduciendo ésta del libre desarrollo de la personalidad, pero no ha reconocido un derecho a la reproducción expresamente. Yolanda Gómez fue pionera en la doctrina española al acuñar el «derecho a la reproducción humana» buscando su fundamentación en la dignidad, sus derechos inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, pero también en la libertad personal, el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a contraer matrimonio, y en el derecho a fundar una familia del Convenio europeo de derechos humanos.

El primer texto de carácter internacional que reconocía de forma expresa el derecho a la reproducción fue la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo celebrada en el Cairo en 1994 seguida de la IV Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing, 1995 que también lo reconocía adoptando la misma redacción. De ella pueden extraerse tres aspectos de gran relevancia: primero, el reconocimiento expreso del derecho a la reproducción, lo que significaría que ya no estaríamos ante un derecho no positivizado; más aun, el

[7] Basado en el capítulo dedicado al derecho a la reproducción de mi tesis doctoral «La maternidad: ¿discriminación o derecho?» (2000) que analizaba los postulados de la obra de Gómez, Y. (1994).

propio texto explica que el derecho a la reproducción se fundamenta en otros derechos ya reconocidos en las leyes nacionales y otros textos internacionales, lo cual afianza nuestra teoría de la fundamentación de un derecho a partir de otros ya positivizados. En segundo lugar, reconoce las dos facetas del derecho: decidir libremente tener descendencia y evitar o impedir tenerla, en ambos casos, sin discriminación, coacciones ni violencia. Y tercero, puesto que no se trata de un derecho absoluto, encierra los límites a su ejercicio: el bienestar de sus hijos, la satisfacción de sus necesidades.

De acuerdo con lo que dispone el artículo 10.2 de nuestra Constitución, el presente texto constituye una fuente esencial para la interpretación y configuración de este derecho, puesto que representa el primer reconocimiento formal, escrito, positivo del derecho a la reproducción; y así, también según lo dispuesto en el artículo 96.1 CE, representa la incorporación del mismo a nuestro ordenamiento interno.

La Constitución española no reconoce de forma expresa el derecho a la reproducción ni el derecho de las mujeres a ser madres. Pero, recoge la protección de las madres (art. 39.2) y otros derechos que también los fundamentan. Por un lado, el texto anteriormente comentado nos da la clave de hallar el fundamento de un derecho en otro; y por otro lado, creemos que mediante las técnicas de interpretación que ofrece el ordenamiento jurídico y la labor jurisprudencial, un derecho no reconocido de forma expresa puede hallar reconocimiento en otros incluidos en el texto constitucional.

El derecho a la reproducción, como la mera manifestación de la autonomía de la voluntad del individuo acerca de su reproducción se fundamentaría en varios de los derechos recogidos en la Constitución, especialmente en los derechos de libertad. Nos estamos refiriendo al derecho a la libertad, y al libre desarrollo de la personalidad. Como argumenta Gómez Sánchez [8]: «el problema del derecho a la reproducción como derecho de autodeterminación física es propiamente un problema de libertad… Es una actividad propia de la libertad individual». La autora mantiene la tesis de que es el derecho a la libertad personal el fundamento esencial del derecho a la reproducción, aunque también existen otros derechos, como el derecho a la intimidad, o el derecho a fundar una familia –que no el derecho al matrimonio–. A éstos añadiríamos el derecho a la integridad física y psíquica, así como el derecho a la protección de la salud, que, aunque esté catalogado como derecho social, desde nuestro punto de vista, podría alcanzar la consideración de fundamental. En el fondo de todos ellos –queremos resaltar– subyace, como núcleo esencial, la dignidad de

[8] Gómez Sánchez, Y., *El derecho a la reproducción humana*, *op. cit.*, p. 48 y 57.

la persona que constituiría la esencia del derecho a la maternidad. Por cuanto se refiere al derecho a la vida, no fundamenta el derecho que aquí se analiza, aunque está directamente afectado; de hecho, algún autor lo cita como básico para desarrollar el estudio del derecho a la reproducción, como el primer derecho fundamental del ser humano, presupuesto para la concurrencia de todos los demás. Si bien, por otro lado, actúa como límite a la libertad reproductiva en el sentido de interrumpir una gestación.

Con todo, independientemente de los derechos en que se apoye, el cauce idóneo para fundamentar el derecho será siempre la vía del artículo 10 de nuestra Constitución, tanto en la cláusula de interpretación de su apartado segundo, cuanto, y de forma especial, en el reconocimiento de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social del artículo 10.1.

1. **Derecho a la libertad personal**

A pesar de que en nuestra Constitución no existe un derecho general a la libertad; sería posible, como algunos autores han propuesto, realizar una interpretación amplia del derecho a la libertad personal. Gómez Sánchez parte de una interpretación extensiva del derecho a la libertad personal y considera que el derecho a la reproducción se fundamenta básicamente en él. Este derecho está reconocido en la Constitución en el artículo 17, que para la autora tiene un alcance mayor que el relativo a la prohibición de la detención arbitraria. La libertad personal permite una interpretación menos apegada a los conceptos de detención y prisión, en la cual cabe incluir algunos aspectos muy esenciales de la autodeterminación de la persona, como el derecho a la reproducción. Esta interpretación del derecho a la libertad permitiría dar solución, además de a los problemas derivados de la reproducción artificial, a otros varios como los concernientes a la donación de órganos, tratamientos médicos, eutanasia, etc.

La libertad personal es un atributo específico de la persona, directamente vinculada con su capacidad de obrar y actuar y de no ser conminada a realizar aquello que no desea. La libertad personal es la posibilidad de la persona de determinar libremente su conducta, de actuar, también libremente, de conformidad con dicha determinación sin que esa actuación, siempre que sea lícita, sufra interferencias o impedimentos por parte de terceros y, especialmente, por parte de los poderes públicos. Se trata, del reconocimiento de una potestad y un ámbito de autodeterminación y autoorganización que corresponde a las personas y que implica la capacidad de adoptar y ejecutar libremente las propias

decisiones. Atendiendo a este concepto de libertad puede entenderse que abarca un espectro más amplio que el de los problemas derivados de la prisión y detención; por eso su ámbito va más allá de la libertad deambulatoria, y se refiere en todo caso a la libertad de autodeterminación física. Freixes Sanjuán [9] define el derecho a la libertad personal como un derecho de autonomía que, en principio, postula la no injerencia de los poderes públicos en la esfera de autonomía personal. La función como derecho-autonomía está garantizada a partir de su estructura como derecho público subjetivo que le garantiza la posibilidad de reclamación judicial. Así, la estructura de derecho público subjetivo del derecho a la libertad determinaría la estructura de derecho público subjetivo, y por tanto, de fundamental, del derecho a la reproducción.

2. **El derecho a la intimidad**

La Constitución no nos dice qué es el derecho a la intimidad, ni tampoco determina su contenido la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen. Según M. L. Balaguer Callejón [10] supone el derecho a la no interferencia de otros en la propia esfera personal y familiar…la privacidad como derecho excluyente constituye el contenido esencial del derecho a la intimidad. Que la intimidad suponga el respeto por el ámbito no sólo personal sino también familiar implica que las decisiones sobre la propia vida y sobre la familia que la persona decide formar, están bajo protección, pues la intimidad tiene también estructura de derecho público subjetivo.

Desde el momento en que el derecho a la intimidad se caracteriza por el rechazo de toda intromisión no consentida en la vida privada, prevaleciendo las ideas de autonomía y aislamiento, según Lucas Murillo [11] esa dimensión de privacidad parece ceñirse a lo relativo a las relaciones sexuales y al círculo de la vida doméstica, por lo que el derecho a la intimidad guarda una estrecha relación con las decisiones que una persona toma respecto de sus acciones íntimas; es más, según Zarraluqui [12] «en muchas ocasiones existe una concurrencia de derechos respecto de una misma acción, solapándose por ejemplo el genérico a la libertad, con el de la intimidad, el derecho al ejercicio de la se-

[9] Freixes Sanjuan, T., Remotti, J. C., *El derecho a la libertad personal*, PPU, Barcelona, 1993, p. 11.
[10] Balaguer Callejon, M. L., *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 21 ss; p. 42.
[11] Lucas Murillo De La Cueva, P., «El derecho a la intimidad» en: *Cuadernos de Derecho Constitucional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 15.
[12] Zarraluqui, L., *op. cit.,* p. 54.

xualidad y el de la maternidad o procreación». Sin embargo, no parece, de acuerdo con Gómez Sánchez, que forme parte del contenido esencial del derecho a la intimidad la decisión del sujeto acerca de su propia reproducción (ya que ésta es un acto de libertad). Existe una estrecha relación entre ambos derechos desde el momento en que el derecho a la intimidad impide las intromisiones ilegítimas en la vida privada del sujeto y, por ello, alcanza a las decisiones y circunstancias que rodean a la reproducción humana, pero no se fundamentan éstas en aquél; a pesar de ello, el derecho a la reproducción tiene cabida en el derecho a la intimidad personal, ya que, si bien la intimidad no se identifica con la opción personal de sujeto, contribuye a su posibilidad de elección.

3. **El derecho a la integridad física y moral**

La Constitución española recoge este derecho en su artículo 15, añadiendo que nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Ello implica que toda persona tiene derecho al mantenimiento de su integridad corpórea y a que no se produzcan, y ser protegido, de atentados contra la misma. Ahora bien, esta disposición encuentra una excepción de peso cuando nos hallamos ante un motivo justificado de salud, de ahí que, ambos derechos puedan colisionar, en el momento en que la medicina haya de entrar a curar enfermedades y a impedir la muerte.

El derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes sería de condición negativa por cuanto va dirigido exclusivamente a la protección de la persona frente a tales agresiones. Su correspondiente positivo podría situarse en el derecho a la salud, que acarrea el derecho a un nivel de vida que asegure dicha salud, y a participar del progreso científico.

Dentro del derecho a la integridad debe incluirse la protección frente a la castración y a la esterilización, que constituyen mutilaciones y como tales violaciones del derecho a la integridad. Estas, que pueden ser realizadas tanto quirúrgica como médicamente, constituyen una intromisión en la libre decisión y ejercicio del derecho a la procreación, siempre que sean causadas contra la voluntad, pues de lo contrario no dejaría de ser una manifestación más del derecho a la reproducción en su vertiente negativa de impedir la propia reproducción. El caso más controvertido es el de la esterilización de las personas con discapacidad. Si bien no podemos abordar con detalle esta cuestión resul-

ta muy oportuno el análisis de Beatriz Tomás [13] sobre la sentencia del Tribunal Constitucional que reconoció la libertad sexual de los deficientes psíquicos, pero, no la libertad de reproducirse (Sentencia 215/94, de 14 de julio [14]). Con posterioridad, la LO 2/2020 modificó el artículo 156 del CP español, suprimiendo la posibilidad de autorizar judicialmente la esterilización de personas discapacitadas que el Tribunal Constitucional había confirmado en 1994 [15].

También la administración no consentida de anticonceptivos constituye una intromisión ilegítima en la integridad y la libertad de elegir acerca de la propia reproducción, y lo que es más, un atentado al derecho a la salud. Y aquí no estamos hablando tan siquiera de los casos «justificados» de las personas con graves deficiencias, sino de mujeres –es doblemente lesivo para la mujer y además son ellas a quienes se dirigen estas medidas, constituyendo otra manifestación más de la dominación masculina– perfectamente capaces, que han tenido la desgracia de nacer mujeres y pobres en un país donde la natalidad –de los pobres, claro– es demasiado alta (por ejemplo la India), o donde además de ser marginadas como mujeres son marginadas por su raza (como por ejemplo, Estados Unidos, especialmente en algunos estados del sur, donde ser mujer y negra supone pertenecer al grupo con menos posibilidades vitales) y son utilizadas para experimentar determinados métodos anticonceptivos. Me refiero a las políticas de contraconcepción que utilizan a las mujeres cuya reproducción se quiere controlar como cobayas de tratamientos anticonceptivos: partiendo de la supuesta falta de inteligencia y responsabilidad de estas mujeres, se las convence de la conveniencia del uso de anticonceptivos de larga duración [16], sin advertírseles, por supuesto, de sus perjudiciales efectos secundarios.

---

[13] Tomas Mallen, B., «La esterilización de incapacitadas con graves deficiencias físicas» en: *Mujer y Derecho*, Ayuntamiento de Valencia, Valencia, 1998, p. 151.

[14] Pleno. Sentencia 215/1994, de 14 de julio de 1994. Cuestión de insconstitucionalidad 1415/1992. En relación con el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, en la parte del mismo que da nueva redacción al artículo 428 de dicho Código, autorizando la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica. Votos particulares.

[15] García Arán, M. (2022). «La esterilización de personas discapacitadas: la radical reforma penal de 2020» en: *Estudios Penales Y Criminológicos*, 42, 1-21. https://doi.org/10.15304/epc.8205

[16] Como el método *Norplant* fue aprobado en diciembre de 1990 en los Estados Unidos, por el Federal Food and Drug Administration (FDA), y consiste en la implantación quirúrgica de seis cápsulas en la parte superior del brazo de la mujer que, lentamente liberan bajas dosis de progesterona para evitar la concepción durante un periodo de cinco años. También anteriormente se había utilizado a las mujeres puertorriqueñas con escasos recursos como cobayas de la píldora anticonceptiva. https://www.latinainstitute.org/es/resource/cronologia-de-la-justicia-reproductiva/ 2024

4. **El derecho a la protección de la salud**

Nuestra Constitución lo reconoce como derecho, ubicado en el Capítulo III del Título I, con las consecuencias que ello conlleva. Desde una vertiente negativa implica que el individuo tiene derecho a que el Estado se abstenga de cualquier acto que pueda lesionar la salud de la persona. Volviendo aquí a los casos anteriormente analizados como lesivos de la integridad física y psíquica, cabe aplicar los mismos argumentos y las mismas críticas a las intromisiones estatales. Opera, entonces, como uno de los derechos fundamentales clásicos, pues a su tenor la persona individual obtiene el mismo grado de efectividad de los derechos a la seguridad personal, a la vida, a la integridad, etc. En su aspecto positivo, se perfila como el derecho a un conjunto de medidas que, en cuanto tienen por objeto la prevención y cura de la enfermedad y la mejora de la sanidad, gravitan sobre el Estado. Por último, tiene un aspecto igualitario que se proyecta en que, por un lado, la asistencia sanitaria es para todos, y por otro, los poderes públicos están, por el artículo 9.2 CE, obligados a compensar las desigualdades entre todos los ciudadanos y ciudadanas, para evitar que exista «medicina de ricos» y «medicina de pobres». Es necesario que nos refiramos aquí al problema del acceso a las técnicas de reproducción asistida de las mujeres sin posibilidades económicas para ello. Hay que partir de la base de que son tratamientos muy caros, consideración que se agudiza por la prolongación de los mismos, debido a que es bastante improbable que den resultados positivos inmediatos. Algunos hospitales públicos en España están llevando estos tratamientos, sin embargo, se cuestiona su permanencia. Evidentemente el motivo económico es una razón de peso; pero lo verdaderamente importante sería determinar si la necesidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida es o no un problema que afecte a la salud. Si así es, y más por la naturaleza de derecho fundamental que el derecho a la reproducción humana tiene, los tratamientos de reproducción asistida, como vía necesaria para las mujeres que tienen dificultades para procrear, entrarían dentro de la protección de la medicina pública, sobre la base no sólo del artículo 43 (derecho a la salud), sino también del artículo 9.2 (derecho a la igualdad material), y 10 CE (derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad) [17].

El deseo de una mujer de dar vida a otro ser humano no forma parte, en principio, del ámbito de su salud sino más bien del haz de posibilidades en que se proyecta el libre desarrollo de su personalidad; ahora bien, en el momento en que

[17] Lema Añón, C., «Nuevos modos de reproducción humana y «sujetos de derecho» en: *Entre el nacer y el morir.* Comares, Granada, 1998, p. 91.

la esterilidad causa un desequilibrio físico o psíquico se convierte en enfermedad, y, por tanto, afecta a la salud. La Organización Mundial de la Salud define la salud como «un estado de completo bienestar físico, mental y social y no consiste solamente en una ausencia de enfermedad o dolencia». Por tanto, en el caso que nos ocupa, no es necesario que la esterilidad sea una enfermedad –que lo es, desde el punto de vista de la medicina [18]– o que la cause, sino que afecte al bienestar de la persona en alguna de sus facetas. Desde la óptica médica, por fertilidad se entiende «la capacidad que tienen los seres vivos de reproducirse». La esterilidad indica la pérdida de esa capacidad. Desde el punto de vista médico debemos considerarla como un proceso patológico. Las parejas que consultan por esterilidad lo hacen porque la falta de descendencia les produce la falta de ese bienestar psíquico que constituye uno de los pilares fundamentales que definen la salud. Por tanto, la esterilidad debe considerarse como «una enfermedad por carencia, independientemente de que sus causas residan en una enfermedad orgánica asintomática o en la secuela de una lesión ya curada». Lema Añón no parece estar de acuerdo con la consideración de esterilidad como enfermedad, sin embargo, puede serlo en la medida en que cause los mencionados desequilibrios y afecte al bienestar de la persona que desea tener un hijo, a pesar de que la persona estéril pueda adoptar un hijo, ya que el desequilibrio que afecta a la salud puede estar causado por la necesidad de engendrarlo o gestarlo por sí misma.

Ello introduce un nuevo componente: la necesidad, más bien, el deseo de tener un hijo, y en según qué casos, de engendrarlo y gestarlo. Lema Añón [19] introduce como nuevo elemento de fundamentación: el deseo o la necesidad. Entre las distintas justificaciones para el acceso a las técnicas de reproducción asistida que atendían a la división entre salud y deseo, el autor destaca la importancia del argumento del deseo, ya que éste representa un intento autónomo de fundar el derecho a la reproducción, y quizás una de las tentativas más importantes. Pero al mismo tiempo esa autonomía le va a suponer una mayor dificultad para imponerse y una mayor carga argumentativa para sobreponerse a las objeciones.

Existen también otros derechos en relación con el derecho a la salud que basarían también el derecho a la reproducción como, y según Zarraluqui [20], el derecho a un nivel de vida que asegure la salud y el bienestar, y el derecho a participar en el progreso científico y en los beneficios que resulten de él (Pacto de Derechos Económicos, artículo 15.1, y Declara-

[18] Vanrell, J. A., «Esterilidad, subfertilidad e infertilidad: definición, frecuencia y etiología» en: *Fertilidad y Esterilidad Humanas*, Ediciones Científicas y Técnicas, Salvat, Barcelona, 1994.

[19] Lema Añón, C., *Reproducción, Poder y Derecho*. Trotta, 1999, pp. 292-296.

[20] Zarraluqui, L., *op. cit.*, pp. 46 y 47.

ción Universal, artículo 27.1); pero el que tiene un mayor interés es el derecho a la sexualidad.

5. **El derecho a la disposición sobre la propia sexualidad**

Aunque no creemos que fundamente el derecho a la reproducción –en el sentido de que, por un lado, aquélla puede ejercerse, y todos tienen derecho a ella independientemente de que se produzca o no reproducción como resultado; y por otro, no necesariamente ha de haber una relación sexual previa para que haya reproducción (prueba evidente de ello la inseminación artificial o la fecundación in vitro)– guardan relación.

El Tribunal Constitucional en Sentencia de 3 de junio de 1987 declaraba que: «Para quienes se encuentran en libertad, el mantenimiento de estas relaciones (las sexuales) no es el ejercicio de un derecho, sino una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles. Los derechos fundamentales, que garantiza la libertad, no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, por importantes que estas sean en la vida del individuo» «…el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser, precisamente, una manifestación de la libertad a secas.» Sin embargo, como ya hemos visto, en Sentencia 215/94, de 14 de julio, con motivo de la esterilización de los incapaces reconoce el derecho de todos a la libertad sexual.

Orts Berenguer [21] define el contenido esencial de la libertad sexual como el derecho a escoger y practicar, en cada momento, la opción sexual que más plazca y, ligado a él, el de utilizar y servirse del propio cuerpo en la esfera sexual sin más limitaciones que las derivadas del obligado respeto a la libertad ajena, a las leyes físicas y a las habilidades y reciedumbre de cada cual; así como a escoger a la pareja sexual, con su consentimiento, claro está; y rechazar las proposiciones no deseadas. Así el derecho a la sexualidad tiene, como todos los derechos dos vertientes: una positiva y otra negativa. La segunda implica el derecho del individuo a no ser reprimido en su ejercicio; la primera se manifiesta como tutela de las consecuencias normales (aunque ya hemos dicho que no necesariamente ha de producirse la procreación) de su ejercicio: procreación, maternidad, familia. En este último sentido entendemos la relación de ambos derechos.

[21] Orts Berenguer, E., *Delitos contra la libertad sexual.* Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 25.

IV. LAS DOS CARAS DEL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN

1. **El derecho a procrear**

En un estudio anterior defendí la existencia de un derecho a la maternidad como la construcción del derecho de las mujeres a la libre opción de ser madres en ejercicio de una de las facetas del libre desarrollo de la personalidad, sin menoscabo de otras facetas del mismo para lo que se requiere un compromiso del Estado dimanado del artículo 9.2 de la Constitución, y con las limitaciones derivadas de las obligaciones correspondientes de asistencia y cuidados del hijo o hija. Por lo tanto este derecho implica la libertad de procreación –aunque no solo, porque comprende obviamente también la adopción–; que supone la decisión de concebir, gestar y parir un ser humano, pero no el encargo o contratación de su gestación a otra mujer, ni la gestación para otra persona o personas porque ello se reduce a la cesión temporal del cuerpo durante el tiempo que dure el embarazo.

La libertad de procrear, por tanto, no puede amparar la libertad de la mujer gestante en el caso de la gestación por sustitución porque ella no decide sobre su capacidad reproductiva ni sobre la decisión de tener descendencia sino solo sobre si presta su cuerpo como vehículo para la gestación de un embrión procedente de material genético de otras personas (al menos de un comitente) para luego entregar al bebe cuando nazca. Tampoco equivale al derecho a la reproducción que podría servir para amparar un derecho de los comitentes ya que no hay derechos absolutos, y así todos tienen límites: en este caso, la dignidad de las mujeres, de los y las menores y, sus derechos que son vulnerados al someterse a esta práctica. No se trata de un derecho a procrear a toda costa.

Expertos autores como J. Robertson [22], o Yolanda Gómez [23], reconocían la existencia de este derecho como libertad procreativa, que supondría la posibilidad de recurrir a técnicas de reproducción asistida si fuese necesario para la concepción. Robertson argumentaba el derecho de todas las personas a servirse de las técnicas de reproducción asistida como vías de ejercicio del derecho a la reproducción; y que sólo «por una razón imperativa (*compelling interest*), que no pudiera ser protegida por medios menos restrictivos, justificaría restrin-

[22] Robertson, J. A, *Children of choice: Freedom and the new reproductive technol*ogies. Princeton University Press, New Jersey, 1994, 22-23; Robertson, J. A, «Reproduction and rights: a response to Dorothy Roberts», en: *Law and social inquiry: journal of the American Bar Foundation,* 1996, p.1025. Robertson, J. A., «Liberty and Assisted Reproduction», en: *Trial*, 1994, p. 50.

[23] Gómez Sánchez, Y., *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, Madrid, 1994.

gir las acciones de una persona o de una pareja para formar una familia». Sin embargo, hay que insistir en que por un lado, la gestación subrogada es una práctica que emplea las técnicas de reproducción asistida, pero no es una técnica de reproducción asistida; y por otro lado, en la gestación subrogada existen razones imperativas que justifican la ilegalización de la práctica, como la utilización del cuerpo de una mujer para la satisfacción de un deseo que pretende convertirse en derecho.

Como práctica que involucra a otra persona que tiene que aceptar las consecuencias que puede conllevar someter su cuerpo a un proceso de gestación, excede del ámbito del derecho, y, además, afecta solo directamente a las mujeres que son las que tienen útero para gestar. Por eso la Ley de Técnicas de Reproducción asistida permite a la mujer sola acceder a las técnicas porque puede disponer de su útero y de su cuerpo para gestar. Y por la misma razón la Ley portuguesa, a pesar de sus críticas por posible trato discriminatorio, no permite a los hombres ser beneficiarios de la misma. La Ley 25/2016, de 22 de agosto que regula el convenio de gestación por sustitución en el derecho portugués (superada por la Ley 90/2021, de 16 de diciembre que modifica el régimen jurídico aplicable a la gestación por sustitución al modificar la ley 32/2006 que regula la reproducción asistida) determina que solo será posible en los casos de ausencia de útero, de lesión o de enfermedad de este órgano que impida de forma absoluta y definitiva el embarazo de la mujer beneficiaria o en situaciones clínicas que lo justifiquen.

2. El derecho a no procrear: una mención a las recientes resoluciones jurisprudenciales sobre el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo y la afectación a los derechos fundamentales

Resulta obvio que la otra faceta del derecho a ejercer la capacidad reproductiva es no hacerlo y a veces, esa decisión debe tomarse en el trascurso de un embarazo, es en ese momento cuando el Derecho debe intervenir en el ámbito de la interrupción voluntaria del embarazo.

Recientemente una Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos –caso Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization (Núm. 19-139, 597 U. S., 2022)– ha obligado a revisar los avances que desde «Roe v. Wade» se habían estado sucediendo. Este asunto ha vuelto a reabrir el debate nunca cerrado sobre el aborto, lo que nos reconecta con la actualidad jurisprudencial en España.

En 2010 el Tribunal Constitucional admitió a trámite dos recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a diversos preceptos de la Ley Or-

gánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. El primero (núm. 4523-2010) fue planteado por setenta y un diputados y diputadas del grupo parlamentario popular en el Congreso. El segundo (núm. 4541-2010) por el Gobierno de la Comunidad Foral Navarra. Cinco legislaturas después, y dos modificaciones de la ley (por las leyes Orgánicas 11/2015, de 21 de septiembre, y 1/2023, de 28 de febrero, esta última sustancial), se dictó la sentencia 44/2023, de 9 de mayo de 2023, desestimando el primero de los dos recursos de inconstitucionalidad. Ciertamente que la sentencia obvia la pérdida de objeto del recurso tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2023. Sin embargo, apartándose del criterio jurisprudencial de que la modificación sustancial de la norma impugnada supone la pérdida sobrevenida del objeto del recurso, la sentencia se pronuncia sobre la totalidad de las objeciones de constitucionalidad, con la intención de «formular una teoría completa sobre la interrupción voluntaria del embarazo como ejercicio de un derecho individual». Se trata de un planteamiento integral con el que persigue concluir una doctrina sobre la IVE.

Como bien explica Itziar Gómez [24] «se sacrificó la técnica frente a la pedagogía constitucional y, ello solo se explica pensando en los trece años transcurridos desde la interposición del recurso». ¿Cuáles son los principales pilares que sostienen la Sentencia? El núcleo central se encuentra en el fundamento jurídico 3: Los derechos y bienes constitucionales concernidos por la interrupción voluntaria del embarazo.

La decisión de la mujer de interrumpir su embarazo se encuentra amparada en el artículo 10.1 CE, que consagra «la dignidad de la persona» y el «libre desarrollo de la personalidad», y en el artículo 15 CE, que garantiza el derecho fundamental a la integridad física y moral. Ahora bien, como ningún derecho tiene carácter absoluto, pues su ejercicio se encuentra limitado por los otros derechos o bienes constitucionales con los que pueda entrar en conflicto, y la interrupción voluntaria del embarazo puede llegar a colisionar en algún momento con la vida prenatal, que, según ha afirmado el Tribunal, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el artículo 15 CE (STC 53/1985, FFJJ 5 y 7), para determinar si los preceptos impugnados son o no conformes con la Constitución hay que examinar si las normas recurridas responden a una co-

[24] Gómez Fernández, I., «Una jurisprudencia nueva sobre la interrupción voluntaria del embarazo», en: *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 11, Diciembre 2023, 257-26, eISSN: 2340-5155, Ediciones Universidad de Salamanca - cc by-nc-sa.

rrecta ponderación entre los derechos constitucionales de la mujer embarazada y el deber del Estado de proteger la vida prenatal.

Para resolver la cuestión objeto de este fundamento jurídico, dice el TC que «es preciso analizar, en primer término, los derechos constitucionales de los que puede derivarse el derecho de la mujer a la interrupción voluntaria del embarazo; y, en segundo lugar, en qué medida el deber del Estado de proteger la vida prenatal, en cuanto bien constitucionalmente protegido, puede limitar esos derechos. Y, una vez definido el alcance de estos bienes y derechos constitucionales, debe acudirse a la técnica de la ponderación y verificar si la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo que efectúan las normas recurridas constituye una limitación proporcionada de los derechos y bienes en conflicto» (fto.3).

Para realizar la mencionada ponderación, los argumentos giran en torno a tres ejes: la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento de la libre autodeterminación, la IVE como parte del contenido esencial del derecho a la integridad física y moral y, la vida prenatal como límite.

A) La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del derecho de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción del embarazo (art. 1.1 y 10.1 CE).

En primer lugar, «la interrupción voluntaria del embarazo, en cuanto presupone la libertad de la mujer para la adopción de una decisión vital de la máxima trascendencia, goza de una primera protección constitucional a través del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y de los principios de dignidad y libre desarrollo de su personalidad, que constituyen «el fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1 CE)». La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad –proclamados por el artículo 10.1 CE– no son solo fundamentos abstractos informadores del ordenamiento jurídico en su conjunto, sino que, según dispuso el alto tribunal en la STC 150/1991, de 4 de julio, «integran mandatos jurídicos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional».

Partimos de una realidad incontestable: el embarazo, el parto y la maternidad condicionan indiscutiblemente el proyecto de vida de la mujer. Así «la decisión acerca de continuar adelante con el embarazo, con las consecuencias que ello implica en todos los órdenes de la vida de la mujer –físico, psicológico, social y jurídico– enlaza de forma directa con su dignidad», entendida por el TC como «el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad

de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida» (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7).

Además, esta dignidad «garantiza a toda persona un ámbito mínimo de autonomía que incluye las decisiones que puede considerarse que afectan al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), «un principio que protege la configuración autónoma del propio plan de vida» (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8). También la libertad de procreación es una de las manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad (STC 215/1994, FJ 4). El reconocimiento de dicha libertad, ínsita en el libre desarrollo de la personalidad, pone de relieve que la misma constituye uno de los aspectos configuradores del propio plan de vida».

A la vista de esta doctrina, puede concluirse que la decisión acerca de continuar adelante con el embarazo, con las consecuencias que ello implica en todos los órdenes de la vida de la mujer enlaza de forma directa con su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad, en cuanto afecta a la libertad de procreación de la mujer y condiciona indiscutiblemente su proyecto de vida. Por lo tanto, el legislador tiene que inspirarse en el respeto a la dignidad de mujer y al «libre desarrollo de la personalidad» al regular la interrupción voluntaria del embarazo. Como afirma el TC, «dichos principios resultarían con toda evidencia ignorados si se impusiera a la mujer gestante, en términos absolutos, la culminación del propio embarazo y el consiguiente alumbramiento».

B) En segundo lugar, la interrupción voluntaria del embarazo forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE). «Junto a esa dimensión "negativa", enunciada en términos de incolumidad o derecho de defensa», dice el TC que «su doctrina también ha subrayado la «dimensión positiva» que tiene el derecho a la integridad física y moral «en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad» (en este sentido, entre otras, SSTC 221/2002, de 25 noviembre, FJ 4; 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4; 62/2007, de 27 de marzo, FJ 3, y 160/2007, de 2 de julio, FJ 2).» En esa vertiente positiva, «el derecho a la integridad personal presenta un significado primordial como derecho de autodeterminación individual que protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo (SSTC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13, y 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5).»

«En lo que concierne a la vertiente moral o espiritual de la integridad personal, la decisión acerca de la continuación del embarazo o su interrupción constituye, con toda evidencia, una cuestión de profunda relevancia vital, que

incide de manera trascendente en el proyecto de vida de la mujer embarazada y en el libre desarrollo de su personalidad. Del hecho mismo de la maternidad se derivan obligaciones que pueden, de facto y de iure, imponer a la mujer variar por completo su propio plan de vida.» Por ello, señala el Tribunal que «una regulación que imponga a la mujer gestante una obligación de culminar el embarazo al margen de sus facultades decisorias y con independencia de la fase de gestación en la que se encuentre, equivaldría a la imposición de una maternidad forzada y, en tal concepto, supondría una instrumentalización de la persona contraria al artículo 15 CE.»

Así pues, el Tribunal Constitucional considera que la interrupción voluntaria del embarazo, como manifestación del derecho de la mujer a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE).

C) Por último, cabe resaltar la vida prenatal como bien constitucionalmente protegido y límite a los derechos de la mujer vinculados con la interrupción voluntaria del embarazo como argumento esencial para la ponderación.

Resulta obvia y constantemente argumentado que el límite a los derechos fundamentales de la mujer se encuentra en el deber del Estado de tutelar la vida prenatal, a la que se ha reconocido el carácter de bien constitucionalmente protegido. Solo queda recordar el argumento ya consolidado en sus precedentes doctrinales. «Si la Constitución protege la vida como derecho fundamental esencial, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso de desarrollo que es condición para la vida independiente, por lo que la vida prenatal es un bien jurídico cuya protección encuentra fundamento constitucional en el artículo 15 CE». Esta obligación estatal de tutela de la vida prenatal, afirmada por primera vez en la STC 53/1985, ha sido reiterada en las SSTC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 3, y 116/1999, de 17 de junio, FJ 5. «Ahora bien, la titularidad del derecho a la vida proclamado por el artículo 15 CE corresponde exclusivamente a quienes han nacido y cuentan, por el hecho del nacimiento, con personalidad jurídica plena, sin que quepa extender esta titularidad a quienes han sido concebidos, pero todavía no han nacido. Quien no es persona no puede ser, no es, titular de derechos, ni, por ende, de derechos fundamentales. En el caso de la vida prenatal estamos ante un bien jurídico constitucionalmente protegido, como parte del contenido normativo del artículo 15 CE».

Como puede observarse el Tribunal Constitucional descarta la opción rupturista y opta por seguir en la línea de su anterior doctrina. Como argumenta Itziar Gómez «aunque el pronunciamiento del Tribunal se refiere a un cambio de paradigma, no llega hasta las últimas consecuencias de ese cambio, porque no renuncia a dialogar con el Tribunal del año 1985 ni abandona totalmente las premisas lógicas sobre las que se fundó la decisión de entonces». Efectivamente, parece ser que se trataba de romper radicalmente con el precedente jurisprudencial marcado en la STC 35/1985 pero no se consigue completamente ya que ello «hubiera exigido… asumir que, cuando hablamos de la interrupción voluntaria del embarazo, no existe un conflicto de derechos o de intereses o de posiciones subjetivas y, que el único derecho en presencia es un derecho de autodeterminación de las mujeres sobre su propio cuerpo, que se vincula a los artículos 10 (dignidad), 15 (vida e integridad física y moral) y 43 (salud) CE, que puede admitir límites, justificándose estos en la preservación de un bien digno de protección constitucional como es la vida capaz de mantenerse de forma independiente del cuerpo materno». Por eso la autora cree que «no se está ante un conflicto entre «derecho al aborto» y «derecho a la vida prenatal», sino ante una definición de los límites del derecho a la autodeterminación sobre el propio cuerpo, que debe atender a distintas circunstancias y observar, en todo caso, la adecuada proporcionalidad a la restricción del derecho de las mujeres a continuar o no adelante con un proceso biológico y social sobre el que ellas (nosotras) y solo ellas (nosotras) debemos poder decidir» [25].

V. REFLEXIÓN FINAL SOBRE CUESTIONES PENDIENTES

Como conclusión puede afirmarse que el derecho a la reproducción humana es ya un derecho reconocido, aunque no se haya incluido en el texto constitucional expresamente y, al mismo tiempo, un reto para dar respuesta a los nuevos interrogantes que van surgiendo cada día de la mano de los avances de la biomedicina. Está reconocido en textos normativos internacionales a partir de los que se determina su existencia y, además, está conectado a derechos fundamentales de los que puede deducirse su reconocimiento.

Han pasado treinta años desde que Yolanda Gómez escribiera *El derecho a la reproducción humana* y en estas tres décadas se han dado pasos enormes y han ocurrido acontecimientos singulares que han ocupado el debate político

[25] *Ibídem*, p. 259.

y social acerca de las distintas facetas de la libertad reproductiva (muy particularmente en torno a la gestación por sustitución y a la IVE).

Sería inabarcable recoger en pocas páginas todo lo publicado en torno a la libertad y el derecho a la reproducción, por lo que solo he aspirado a poner de manifiesto la evolución de las cuestiones más relevantes que aquí en este párrafo final me gustaría señalar como urgentes: el avance de la medicina y la tecnología respecto de las posibilidades reproductivas, la gestación subrogada por la grave afectación de los derechos de las madres gestantes y de los bebés nacidos mediante la realización de dicha práctica en el marco de un contexto neoliberal que se afana en satisfacer deseos bajo la pretensión de derechos aprovechando la vulnerabilidad económica y vital de las mujeres y, finalmente, la ofensiva frente a la libertad de las mujeres para decidir sobre sus posibilidades reproductivas.

Estos tres aspectos exigen una intervención jurídica que ofrezca soluciones a las demandas latentes en la sociedad y son, además, objeto de un intenso debate abierto en constante evolución.

REGULACIÓN EN TIEMPOS DE INCERTIDUMBRE: ¿QUÉ PAPEL TIENEN LA BIOÉTICA Y SUS COMITÉS?

Federico de Montalvo Jääskeläinen
Universidad Pontificia de Comillas-ICADE

I. EL ORIGEN DE LA BIOÉTICA Y SUS COMITÉS

Desde la misma aparición de la Bioética, como nueva ciencia del saber, entre la década de los sesenta y la de los setenta, la misma quedará indisolublemente unida a lo que puede considerarse no tanto un modelo o escuela bioética, sino, más bien, en sentido estricto, un método de trabajo como es el de los comités.

El comité se constituye desde los inicios de la Bioética en el instrumento esencial a través del que se desarrollará y expandirá dicho saber. Incluso, puede afirmarse que el método de reflexión y decisión colectiva a través de un comité precede a la propia Bioética o, incluso, viene a justificar en gran parte su aparición como nueva ciencia del saber. Recuérdese, a estos efectos, que el inicio de la Bioética ha sido situado en una fecha muy concreta, como es el mes de diciembre de 1962, con la publicación de un artículo en la revista Life escrito por la periodista Shana Alexander que llevaba por título «They decide who lives, who dies» y que contaba la historia de un comité creado en Seattle con la finalidad de seleccionar a los pacientes candidatos a quienes se podía ofrecer tratamiento de hemodiálisis. En aquel momento, dicho tratamiento era escaso, por lo que sólo podía ofrecerse con criterios muy restrictivos. El artículo provocó un gran debate social, sobre todo, en relación con los criterios del mencionado comité para seleccionar a los pacientes candidatos. El proble-

ma no estaba en el recurso al método de decisión a través de un comité, sino en las herramientas y procedimientos de los que se había dotado al comité para la toma de las decisiones que eran prácticamente nulas o, al menos, no venían fundamentadas en principio o valor ético alguno.

Junto a este acontecimiento que acompaña o que, como hemos dicho ya antes, más correctamente, da lugar a la creación de la Bioética, otro de los grandes hechos que vendrá a marcar el posterior desarrollo y extraordinario impulso de esta nueva área del saber será la creación en 1974 en Estados Unidos de América de la Comisión Nacional para la protección de los seres humanos en el ámbito investigación biomédica, como reacción a los famosos experimentos de Tuskegee, y que es la autora del conocido Informe Belmont [1].

Así pues, la Bioética queda una vez más vinculada a la figura de los comités. La relación entre Bioética y sus comités es, pues, inescindible [2]. La propia Joint Commission de acreditación hospitalaria recoge como criterio que en el hospital se haya constituido un comité de ética en el ámbito de la investigación con seres humanos.

Otro ejemplo de ello lo encontramos en la propia UNESCO, en cuyo seno se creo hace más treinta años y a iniciativa del español Federico Mayor Zaragoza, el International Bioethics Committee, único comité a nivel supranacional y suprarregional. Ello, sin duda, respondió a la exigencia de constituir un foro de debate, reflexión y de propuesta de soluciones en un ámbito tan complejo como es el de la Bioética que en aquellos momentos ya se enfrentaba a muy difíciles retos en los que una respuesta nacional o, incluso, regional se mostraba como manifiestamente insuficiente. Sin perjuicio de que la creación del IBC puede ser considerada, junto con las Declaraciones Universales sobre Bioética y Derechos Humanos y sobre Genoma Humano y Derechos Humanos, como los mayores hitos de la UNESCO en el ámbito de la Bioética, cierto es que la UNESCO ya se aproximó a este campo del conocimiento años antes;

[1] Puede accederse al Informe Belmont a través del siguiente enlace: https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/index.html

[2] Los manuales de historia de la bioética también acostumbran a citar cuando, en 1968, se creó un comité de la Facultad de Medicina de Harvard para establecer el criterio de la muerte cerebral y definir cuándo un paciente ha muerto, afinando el momento en que ya se le puede hacer una extracción del órgano de manera que sea útil para el trasplante. Otro hito reiteradamente mencionado aconteció en 1976 en los EEUU, el caso de Karen Ann Quinlan, una joven en coma profundo por ingesta de alcohol y barbitúricos, cuyos padres solicitaron retirar la ventilación asistida. El Tribunal Supremo de Nueva Jersey dictaminó que autorizaría la demanda si, tras la constitución de un comité de ética en el hospital donde estaba ingresada la paciente, éste confirmaba la irreversibilidad del coma. *Vid.* Altisent, R., Fernández-Letamendi, T. y Delgado Marroquín, M. T., «Una nueva vitalidad para el futuro de los comités de ética asistencial», en: *Folia Humanística, Revista de Salud, ciencias sociales y humanidades*, núm. 13, octubre-noviembre 2019, p. 21.

en concreto, en 1975, en Varna, Bulgaria, en una reunión para reflexionar sobre ética y biología molecular, y en 1997, en Madrid, en un simposio sobre ética y genética [3].

Como se recoge en los propios documentos constitutivos del International Bioethics Committee, la creación de este nuevo órgano colegiado se hizo con el propósito de alentar el debate, a nivel mundial, sobre las consecuencias éticas, sociales y humanas del rápido desarrollo de las ciencias de la vida. Así, la Conferencia General de la UNESCO, en su 27.ª sesión, mediante la Resolución 27 C / 5.15 (15 de noviembre de 1993), aprobó su establecimiento.

Entre estos nuevos retos que exigían una reflexión y respuesta global destacaba, singularmente, el proyecto de secuenciación del genoma humano que fue el mayor proyecto de investigación biomédica de la historia. Con un presupuesto inicial de tres mil millones de dólares y la participación de un Consorcio Público Internacional, formado por EEUU, Reino Unido, Japón, Francia, Alemania, China y otros países, tenía como objetivo último la consecución de la secuencia completa del genoma humano, es decir, el texto lineal constituido por la secuencia de las cuatro bases químicas del ADN que contiene las instrucciones para construir un ser humano. Iniciado en 1990, el proyecto se dio por concluido en el 2003, dos años antes de lo previsto.

Por ello, ante el avance del Proyecto Genoma Humano, en la misma resolución en la que se crea el IBC, la Conferencia General de la UNESCO invitó al Director General a continuar en 1994-1995 la preparación de un instrumento internacional sobre la protección del genoma humano y presentarle un informe sobre la aplicación de la presente resolución en su 28.º período de sesiones. Y, por ello, la primera tarea que el Director General atribuyó al IBC fue la de realizar un estudio exploratorio de las condiciones para la redacción de un instrumento internacional para la protección del genoma humano. A la Comisión Jurídica, establecida en el IBC, se le encomendó la tarea de formular propuestas adecuadas sobre la forma y el contenido del posible instrumento internacional [4].

Sobre la base del Informe del Director General que se presentó a la Conferencia General, en su 28.ª reunión, se invitó a aquél mediante la Resolución 28 C / 2.2, a elaborar un anteproyecto de declaración y, para ello,

---

[3] Solinis, G. (ed.), *Global Bioethics: What for?* UNESCO Publishing, París, 2015, p. 6.

[4] Como recuerda Yolanda Gómez Sánchez, los trabajos de la UNESCO se dirigieron hacia la elaboración de una Declaración específicamente sobre datos genéticos y no, en general, sobre la protección de datos o sobre la protección de datos relativos a la salud, de donde se desprende la capital importancia de los datos genéticos y su especificidad en relación con otras categorías de datos personales. *Vid.* Gómez Sánchez, Y., «La protección de datos genéticos: El derecho a la autodeterminación informativa», en: *Derecho y Salud,* vol. 16, año 2008, p. 65.

convocar, en 1997, un comité de expertos gubernamentales a quienes se les encomendaría la finalización de este proyecto de declaración, para su aprobación por la Conferencia General en su 29.° período de sesiones. Para llevar a cabo esta resolución, el Director General invitó a los Estados Miembros a participar a través de representantes en una reunión del Comité de Expertos Gubernamentales para la finalización de una declaración, que se celebró en la Sede de la Organización del 22 al 25 de julio de 1997. Sobre la base del trabajo del IBC llevado a cabo entre 1993 y 1997, el Comité de Expertos Gubernamentales elaboró y aprobó, por aclamación, el texto del «Proyecto de Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos», que se presentó a la Conferencia General en su 29.ª reunión.

Pero es que, además, la Declaración de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005, la cual justifica su aprobación manifestando que «Teniendo en cuenta los rápidos adelantos de la ciencia y la tecnología, que afectan cada vez más a nuestra concepción de la vida y a la vida propiamente dicha, y que han traído consigo una fuerte demanda para que se dé una respuesta universal a los problemas éticos que plantean esos adelantos», se establece en su artículo 19 que «Se deberían crear, promover y apoyar, al nivel que corresponda, comités de ética independientes, pluridisciplinarios y pluralistas con miras a: a) evaluar los problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales pertinentes suscitados por los proyectos de investigación relativos a los seres humanos; b) prestar asesoramiento sobre problemas éticos en contextos clínicos; c) evaluar los adelantos de la ciencia y la tecnología, formular recomendaciones y contribuir a la preparación de orientaciones sobre las cuestiones que entren en el ámbito de la presente Declaración; d) fomentar el debate, la educación y la sensibilización del público sobre la bioética, así como su participación al respecto.

Y es que para la UNESCO la promoción de la reflexión bioética a nivel universal exige como instrumento para ello la creación de comités. Se hace bioética creando comités, podemos afirmar. El establecimiento de comités de bioética puede ser un primer paso para que los Estados creen plataformas y órganos para el debate, el análisis y el desarrollo de políticas éticas. Y así, en la Guía núm. 1 del área de bioética de la UNESCO [5], se señala que los comités de bioética constituyen una plataforma ideal para implementar los distintos instrumentos normativos adoptados por la UNESCO, en particular la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997)

[5] Puede accederse a dicha guía a través del siguiente enlace en la web de la UNESCO: https://www.unesco.org/en/ethics-science-technology/abc?hub=387

y la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003). Y añade, a continuación, que los códigos y las declaraciones por si mismos son letra muerta. Al margen de lo acertados que sean o de la sinceridad con que se redacten, no garantizan su propio cumplimiento. Para que no se queden en un mero despliegue de retórica, deben asumir su defensa personas encargadas de formular, aplicar y supervisar políticas públicas. A título de ejemplo, cabe señalar la función del Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE) de Francia y del Consejo de Bioética del Presidente de los Estados Unidos (dos de los comités de bioética de carácter normativo o consultivo (CNC) creados a nivel nacional por un número de Estados cada vez mayor) como plataforma de orientación y asesoramiento puesta a disposición de los responsables políticos y los gobiernos de sus respectivos países.

Para la UNESCO, la máxima que inspira la creación de los comités se basa en su propio método de trabajo a través de la deliberación compartida desde la interdisciplinariedad: «Una máxima conocida sostiene que "nadie es más listo que todos nosotros juntos". Al formularla, se produce un efecto parecido al de una cámara moderna que de forma casi automática dirige la lente y enfoca el objetivo, pasando del individuo al grupo, tal vez a una pareja de sujetos, pero, por lo general, a más de dos participantes que colaboran en torno a un objetivo común y a una serie de metas concretas».

Sin comités, por tanto, las normas bioéticas quedarían en papel mojado y no sería posible un marco de deliberación interdisciplinaria.

II. BIOÉTICA Y DERECHO CONSTITUCIONAL EN TIEMPOS DE DISRUPCIÓN

Es habitual tildar los tiempos que vivimos como tiempos extraordinariamente disruptivos. Así, la Inteligencia Artificial, la robótica, el Big Data o, más recientemente, ChatGPT se nos presentan como verdaderos impulsores de este cambio o transformación inaudito. La disrupción digital emerge como el fenómeno que marcará inexorablemente el futuro del ser humano. Una mera búsqueda sencilla en internet de la palabra disrupción nos ofrece un ejemplo paradigmático de ello. La disrupción queda en casi todas las entradas que un buscador nos ofrece vinculada a la tecnología o al mundo de lo digital. Las palabras «disrupción» y «digital» o «tecnológica» constituyen el resultado más habitual de dicha búsqueda. De hecho, la propia palabra disrupción parece que fue usada por primera vez para describir los

tiempos actuales en un artículo publicado en 1995 en la Harvard Business Review (*Disruptive technologies: catching the wave*, Joseph L Bower y Clayton M Christensen), vinculada al cambio tecnológico de la empresa, lo que obligaba a los emprendedores a reinventarse.

Pero, también, desde la perspectiva del impacto en la propia naturaleza e identidad del ser humano, la disrupción viene igualmente de la mano de la Biología y la Medicina. El cambio que puede transformar al ser humano de manera tal que no encuentra precedente en la Historia nos lo ofrecen las nuevas posibilidades de actuar sobre el propio genoma humano, es decir, sobre el conjunto de genes que constituyen el ADN de cada individuo. No se trata ya de alterar el entorno del ser humano para superar las capacidades de éste, sino de transformar directamente al propio ser humano para «mejorarle».

En este complejo futuro que se nos predice, no solo se nos podrá superar en nuestras capacidades intelectuales o físicas, incorporando a nuestro entorno y a nuestro propio cuerpo un ingente aparataje tecnológico, sino que se nos podrá mejorar, y ello, incluso, antes de nacer, interviniendo directamente sobre el embrión. La naturaleza de lo humano se pone en cuestión, sobre todo, cuando la alteramos en su propia esencia, no solo en su entorno, y, además, desde su propio inicio. Se trata, pues, de una disrupción y alteración sustancial *ad intra* del ser humano, no *ad extra*, como ocurre con la tecnología, aún cuando ésta también, obviamente, tiene muchos efectos en el interior de aquél.

Como apunta con acierto Vicente Bellver Capella, la ciencia y, singularmente, la Biomedicina, empiezan ya a ser como un instrumento para alcanzar, no ya un mundo más humano, sino un mundo mejor que humano [6] o, incluso, añadiríamos nosotros, distinto a lo esencialmente humano.

Los hallazgos y los interrogantes de la Biología y la Biotecnología contemporáneas son de tal alcance y radicalidad que remueven los cimientos de múltiples saberes y convicciones en los que tradicionalmente se había afincado nuestra idea del hombre y de aquello que, en especial, fundamenta su condición ética. Y ello obliga a atender de manera especial al impacto que la revolución genómica pueda tener en estos estratos tan básicos como universales, y a desarrollar, en consecuencia, una bioética filosófica que reflexione sobre sus propios fundamentos y acceda, en suma, a las cuestiones de orden ontológico [7].

Por todo ello, Stefano Rodotà recuerda que esta nueva sociedad post-genómica hacia la que avanzamos pondrá en manos de todos y cada uno de noso-

[6] Bellver Capella, V., *Por una bioética razonable. Medios de comunicación, comités de ética y derecho*. Comares, Granada, 2006, p. 33.

[7] González Valenzuela, J., *Bíos. El cuerpo del alma y el alma del cuerpo*. Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2017, p. 77.

tros el genoma humano y, a partir de ahí, cada cual podrá emprender un camino que le lleve a ocupar, con sus propias decisiones, territorios antes confiados únicamente a la causalidad o la necesidad. Y ya no será ni la naturaleza ni la planificación sino la concurrencia de infinitas elecciones lo que nos dará la organización social del futuro, cambiando profundamente la evolución misma del género humano. No será un único poder, de un Dios lejano o un científico cercano, sino múltiples voluntades serán las que vengan a diseñar el mundo [8].

A tal reto no puede estar, obviamente, ajeno el Derecho y, concretamente, el Derecho constitucional en atención a los valores, intereses y derechos en conflicto. Si la pregunta que debemos nuevamente formularnos es qué es el hombre o qué es la naturaleza humana, el Derecho debe también ofrecer respuestas que permitan dar un sentido jurídico contemporáneo a tal esencia, preguntas que conectan directamente con el propio concepto jurídico de dignidad, no solo en cuanto valor ontológico del ser humano, sino también, recogiendo los términos explícitos del artículo 10.1 de nuestra Constitución, en cuanto fundamento del orden político y de la paz social.

Los nexos interdisciplinarios que el concepto jurídico de dignidad tiene con la Bioética y la Filosofía no se patentizan meramente en sus fundamentos histórico-culturales, sino también en el significado práctico que este derecho fundamental tiene con respecto a otras disciplinas científicas. Así pues, debe ser el Derecho el que ofrezca también una interpretación actualizada de la dignidad ante los retos que plantea el avance de la Biología y Biotecnología, y ello, sin olvidar que, si bien es imposible determinar de modo satisfactorio qué es la dignidad de la persona humana, sí es posible, al menos, fijar cuándo se la está vulnerando [9], para lo cual el Derecho constitucional ocupa un papel indiscutible [10].

Y si el Derecho constitucional es la rama del conocimiento jurídico que se encarga de la división y organización del poder no como un fin en sí mismo, sino como instrumento o garantía de los derechos y libertades del ser humano, es decir, de su dignidad, si el ser cambia sustancialmente en su naturaleza y características, ello debe preocuparle sobremanera a aquél. La conexión, pues, entre Derecho constitucional y avance biomédico es inescindible, como lo es entre aquél y dignidad humana, tal y como iremos desarrollando a través de nuestro trabajo, y pese a que no haya merecido una especial atención por parte de la doctrina más allá de algunos casos excepcionales.

---

[8] Rodotà, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*. Trotta, Madrid, 2010, p. 190.

[9] Von Münch, I., «La dignidad del hombre en el Derecho constitucional», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, mayo-agosto 1982, pp. 13 y 19.

[10] Sobre la dignidad, *vid.* Gómez Sánchez, Y., «Dignidad y ordenamiento comunitario», en: *ReDCE*, núm. 4, julio-diciembre 2005, pp. 219-254.

Y la Constitución es una realidad social, en la que norma y ser están unidos en relación dialéctica; por ello, es posible extraer de tal realidad unos contenidos de significación a los que se objetiviza, y este territorio, así destacado, es lo que forma el objeto de la dogmática jurídico-constitucional. Pero la conexión con la realidad social, por un lado, y la finalidad de toda norma de servir al mantenimiento de una determinada conducta social, por el otro, hace que los preceptos jurídicos no puedan ser plenamente explicados más que con referencia a la situación total, y, en consecuencia, que la dogmática jurídica no sea plenamente autárquica y que, por tanto, precise referencias metajurídicas [11]. Y así, si la evolución de la biomedicina y la biotecnología suponen una alteración sustancial del propio concepto de ser humano y de su dignidad consagrada constitucionalmente, el fenómeno no puede serle ajeno al Derecho constitucional; antes al contrario, debe ser su objetivo prioritario ya que su fin principal es organizar político y jurídicamente la sociedad en salvaguarda de la dignidad del ser humano y en pos de la justicia.

Stefano Rodatà en sus comentarios sobre el artículo 32 de la Constitución italiana de 1947, que de manera muy novedosa introduce la regulación del consentimiento informado en el ámbito de la salud y, por ende, del derecho a autorizar o rechazar los tratamientos médicos, nos recuerda el papel esencial que cumplió dicho precepto y, más adelante, el resto de lo que se aprobaron posteriormente en otros textos constitucionales e internacionales, al romper la clásica alianza entre poder político y poder médico que se manifestó en su forma más extrema durante el nazismo. Tal relación se ha disuelto a través de una doble estrategia: retirándole al poder político del instrumento utilizado históricamente para sostener la pretensión de expropiar a la persona de sus prerrogativas y confirmando el respeto que debe prestarse a la libre elección personal [12].

Dicho discurso de principios de la segunda mital del siglo XX entendemos que debe ser retomado nuevamente dados los peligros que se ciernen sobre la propia identidad y naturaleza humana. Si el Derecho constitucional supo responder a las necesidades que surgieron por los excesos de la suma del avance de la ciencia y el extremismo y populismo político, debe ahora también ofrecer respuestas que se ajusten a un contexto que, si bien es distinto a aquél, muestra algunos elementos de similitud, sobre todo, por el poder que otorga a algunos seres humanos, no ya tanto al Estado, sobre otros seres humanos. Si el positivismo y sus aparentemente precisas y certeras reglas fueron puestos en solfa

[11] García Pelayo, M., «Constitución y Derecho constitucional: evolución y crisis de ambos conceptos, en: *Revista de Estudios Políticos,* núm. 37-38, año 1948, p. 119.

[12] Rodotà, S., *op. cit.,* nota 8*,* p. 306.

en la segunda mitad del siglo xx, algo similar se exige ahora, aunque, sin olvidar, que las posibilidades de alteración de la identidad humana y, por tanto, de los derechos fundamentales, es muy superior ahora a la que tuvo lugar a finales de la primera mitad del siglo xx, por muy aberrantes y execrables que fueran los hechos ahí acaecidos.

No se pretende ofrecer una visión extremadamente negativa del avance biotecnológico, comparándola con la experiencia que en el ámbito de la Medicina produjo el nacionalsocialismo. Los contextos no son equiparables, porque, al menos, por ahora, nuestras democracias se ofrecen, aparentemente, como más robustas que la «perfecta democracia» de Weimar. Sin embargo, ello no es óbice para recordar que en muchas ocasiones las amenazas que se ciñen sobre el ser humano no son necesariamente explícitas o rechazables de plano en su apariencia. Muchos de los avances que están alterando nuestras instituciones más indisolublemente unidas a nuestra historia como comunidad política se está produciendo sin que el cambio sea percibido y, por tanto, susceptible de ser evaluado ética y legalmente. Y ahí precisamente se haya el peligro de los tiempos que vivimos en comparación con el cientifismo vivido a principios del siglo xx. Éste fue mucho más expreso, incluso, en lo político, que el actual, el cual se nos ofrece, además, como la solución a muchos de nuestros males como seres humanos. En una sociedad cansada como la define Byung-Chul Han es fácil que la fácil solución que ofrece el avance de la biotecnología pueda ser recibido positivamente y pasar desapercibidas las alteraciones de la identidad humana que ello puede conllevar. Las garantías institucionales que la Constitución no solo se alteran por los poderes públicos, sino, más aún, por la propia realidad.

III. ¿ESTÁ PREPARADO EL DERECHO PARA AFRONTAR ESTOS CAMBIOS?

Como explica con gran acierto Rafael Junquera Estéfani, para algunos actores del actual cambio provocado el avance de la ciencia, el Derecho podría no mostrarse ya como el instrumento adecuado para orientar y limitar las actuaciones y manipulaciones genéticas, y ello, se sostendría sobre la base de los siguientes argumentos: a) la rapidez de cambio de la tecnología convierte en obsoletas las leyes nada más promulgarse, lo que obliga a una constante revisión y modificación de las mismas; b) las actuaciones científicas no conocen fronteras, mientras que las leyes sí, lo que produce corrientes migratorias buscando eludir el control normativo (el conocido en el lenguaje

jurídico anglosajón como *forum shopping*); c) la legislación debe ser altamente técnica y provisional; d) y la mayor parte de los peligros que se describen carecen de realismo [13].

Sin embargo, el mismo autor afirma, a continuación, que tal pretensión no tiene verdadero fundamento, y ello, aunque el reto pueda resultar muy difícil. Si el Derecho tiene como misión regular las acciones que inciden en la vida social, también deberá cumplir dicha función en el ámbito científico [14], más aún cuando estamos hablando de valores y derechos como la dignidad humana, la vida e integridad, entre otros.

El reto, en todo caso, es complejo, no solo por la necesidad de adaptación constante a una realidad cambiante y por la dificultad de anticipar soluciones jurídicas para supuestos de hecho que siempre superan lo escrito en la norma, sino, sobre todo, porque los nuevos conflictos que surgen al amparo del avance de la biotecnología son lo que el jurista Ronald Dworkin denominó casos difíciles, *hard cases*, en la medida que dichos casos no permiten habitualmente una solución ponderada del conflicto, debiendo necesariamente sacrificarse a tal fin uno de los derechos o valores enfrentados o en pugna. La elección supone, en dichos casos, necesariamente un mal, el del bien que hay que sacrificar para salvaguardar uno de los dos en conflicto.

Como ejemplo de caso difícil puede citarse Evans contra el Reino Unido, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2007. Este versaba sobre una mujer que, habiendo sido diagnosticada de tumores precancerosos en ambos ovarios, decide criopreservar sus gametos fecundados con los de su marido por si en el futuro quiere ser madre y no pudiera serlo naturalmente tras al tratamiento médico al que va a ser sometida. El marido acepta dicha criopreservación, pero pasados dos años la relación de ambos se rompe y éste solicita que se destruyan los óvulos fertilizados al no querer ser él padre, a lo que ella se opone ya que dichos óvulos son la única posibilidad para que ella sea madre biológica. El debate jurídico se planteaba entre el derecho de ella a ser madre y el derecho de él a no ser padre, y la dificultad radicaba en que no cabía una solución intermedia del caso, de manera que, reduciéndose proporcionalmente ambos, pervivieran los dos sin sacrificio de ninguno de ellos. Los propios jueces de la minoría del Tribunal (Traja y Mijović) calificaron expresamente el caso de dilemático, debiendo entenderse

[13] Junquera De Estéfani, R., «Interrogantes planteados por la manipulación genética y el proyecto genoma humano a la filosofía jurídica», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, año 2003, p. 180.

[14] *Ibidem*.

dicha adjetivización como referida a un conflicto o situación en la debemos elegir entre dos opciones igualmente buenas o malas [15].

Ya Hans Kelsen hacía mención a un caso difícil vinculado a la Medicina en su Teoría de la Justicia: «Tras un detenido examen de su paciente, el médico descubre un mal incurable que en poco tiempo provocará la muerte del enfermo. ¿Tiene el médico que decirle la verdad al enfermo o puede y hasta debe mentir diciendo que la enfermedad es curable y que no hay peligro inmediato? La decisión depende de la jerarquía que se establezca entre los valores de verdad y compasión. Decirle la verdad al enfermo implica afligirlo con el temor a la muerte; mentirle significa ahorrarle ese dolor. Si el ideal de la verdad se considera superior al de la compasión, el médico debe decir la verdad; en caso contrario, deberá mentir. No obstante, sea cual fuere la jerarquía asignada a estos valores, resulta imposible darle a esta pregunta una respuesta cimentada en consideraciones científico-racionales» [16].

En tales casos difíciles, lograr soluciones intermedias es harto complicado y en la mayoría de las ocasiones imposible. Se trata de casos dilemáticos en los que no cabe más que decidir en favor de uno de los derechos o intereses en conflicto, sacrificando el otro. Es decir, uno de los derechos acabaría por llevarse el todo, mientras que el otro quedaría reducido a la nada. Sin embargo, pese a tratarse de decisiones dilemáticas, la casuística es mucho más compleja por su riqueza de matices. Si la decisión se plantea como un cara o cruz, el caso concreto, por el contrario, suele ser muy poliédrico.

Además, las nuevas posibilidades que ofrece dicho avance biotecnológico suscitan incertidumbre acerca de las consecuencias de su aceptación o regulación jurídica. El marco de certeza y previsibilidad en el que han venido desarrollándose habitualmente la actividad jurídica, tanto normativa, que desarrollan el poder legislativo y ejecutivo, como jurisprudencial, que desarrollan los Tribunales de Justicia, parece haberse ya esfumado en diferentes áreas de la realidad. Como recuerda José Esteve Pardo, el sistema jurídico de la modernidad se edificó sobre seguridades, sobre certezas, sobre normas escritas

[15] Curiosamente, algún caso prácticamente idéntico se ha planteado ante los Tribunales de Israel, habiendo resuelto su Corte en sentido diferente a como lo hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Supremo israelí, en Nachmani v Nachmani, 1996, declaró que si debe prevalecer la voluntad de quien desea revocar su consentimiento, siempre y cuando la legislación del Estado en cuestión lo permitiese, ahora bien, esta regla general debería excepcionarse en aquellos casos en los que la otra parte, no teniendo un hijo biológico, no dispone de otro medio de tenerlo. A dicho argumento, el Tribunal Supremo añadió un segundo argumento y era el de identificar dentro del conflicto un tercer sujeto, el embrión criopreservado. Así, la decisión de implantar el embrión en la mujer demandante no solo beneficiaría los intereses de ésta, sino que también daría una oportunidad de desarrollo al embrión.

[16] Kelsen, H., *¿Qué es la justicia?* Fontamara, México, 2003, p. 22.

y oficialmente publicadas a las que atenerse, sobre contratos inamovibles, sobre documentos y registros públicos, sobre declaraciones precisas de las Administraciones y los Tribunales. La propia certeza que generaban las ciencias empíricas se transmitía de algún modo a un orden jurídico que se miraba en ese espejo y que, a su vez, ofrecía certezas bajo la forma de seguridad jurídica para generar seguridades y confianzas en el tráfico económico y comercial [17]. Por ello, cuando la ciencia y sus leyes entran en la era de la incertidumbre, la Ley jurídica no puede ser ajena a esa nueva realidad y pierde su ideal racional en favor de los principios.

El Derecho ya no puede encontrar en la ciencia la certeza a la que aspira aquél para regular con seguridad jurídica, ni la ciencia encuentra tampoco certidumbre en la regulación. La paradoja se expresa a través del temor a que, en un contexto grandes incertidumbres, la respuesta del Derecho sea sustancialmente negativa a todo progreso biomédico, lo que impida luchar efectivamente contra muchas de las enfermedades y mejorar las condiciones de vida del ser humano, mientras que una sustancialmente positiva nos lleve hacia una transformación de la identidad y naturaleza del propio ser humano. La relación entre ciencia y Derecho no es necesariamente dilemática, de manera que haya que optar por una libertad absoluta o una prohibición tajante, sino que caben fórmulas equilibradas y ponderadas que traten de aunar los diferentes intereses y valores concurrentes. Sin embargo, los conflictos concretos que suele traer la ciencia al Derecho sí se muestran ya en muchas ocasiones, como hemos explicado antes, como dilemáticos, en los que la solución intermedia no es posible.

Si bien la falta de certidumbre es un hecho que define la propia existencia del ser humano y el riesgo le es consustancial a su quehacer diario desde sus orígenes, el contexto ha cambiado en los últimos años notablemente. A los grandes beneficios para la humanidad que nos trae dicho avance se suman nuevos riesgos, hasta ahora, desconocidos y, sobre todo, nuevos dilemas e incógnitas que afectan sustancialmente a la toma de decisiones jurídicas sobre su autorización y tolerancia. Como afirma Jesús Ignacio Martínez García, uno de los rasgos más significativos del pensamiento jurídico del siglo XX es una aguda «conciencia de la incertidumbre» en el propio Estado de Derecho [18].

Y Gustavo Zagrebelsky afirma que no sólo es dudoso que la certeza, como fijeza del ordenamiento en todas sus partes, pueda ser hoy un objetivo

[17] Esteve Pardo, J., «Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del Derecho público», en: Darnacutella I Gardella, M. M.; Esteve Pardo, J.; Döhmann, I. S. (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*. Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 36.

[18] Martínez García, J. I., «Derecho e incertidumbres», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, año 2012, p. 105.

realista. También es dudoso que sea deseable, ya que la certeza descargaría sobre el legislador una tarea de incesante modificación del derecho vigente, una tarea que se desarrolla, en cambio, en la labor silenciosa y soterrada de los Tribunales y de los estudios de los juristas. El propio autor cita como ejemplo de su premisa a la biotecnología, señalando que los interrogantes que surgen al amparo de dicho avance pueden encontrar de forma más adecuada una primera respuesta en un procedimiento judicial, en el que se confronten prudentemente los principios implicados, y no en las asambleas políticas, ámbito donde el recurso a los principios es con frecuencia un instrumento partidista [19].

Así pues, desde una perspectiva jurídica, los tiempos que vivimos responden a dos características: dificultad en la resolución de los conflictos entre derechos e intereses que se muestran como verdaderos dilemas, en los que no cabe una solución ponderada, e incertidumbre en las decisiones a adoptar.

El objetivo no es en estos tiempos disruptivos tanto la búsqueda de mejores certezas como aprender a trabajar jurídicamente con la incertidumbre. El Derecho instaura certezas para afrontar la incertidumbre, para controlarla e incluso para dominarla. En todo caso las certezas del Derecho están en función de la incertidumbre. Son formas de tratar con la incertidumbre [20].

Pese a tales dificultades, el Derecho ha ido creando algunas herramientas que le permitan afrontar la incertidumbre. Estas «certezas jurídicas» no son verdades, son convenciones. No pertenecen al ámbito del conocimiento sino de la acción. No pretenden describir la realidad sino afrontar problemas. Son certezas operativas que aspiran a transformar la realidad para hacerla cierta, a convertir situaciones problemáticas en situaciones resueltas. El derecho plantea, por tanto, una certeza sin verdad. Incluso se atreve a tomar el lugar de la verdad. Estas certezas son invenciones, y en ese sentido ficciones (pero no irrealidades) que configuran la realidad. Lo que hace, en definitiva, el Derecho es fingir certezas, y también presuponerlas, darlas por supuesto [21].

Entre ellas, destaca un nuevo principio, el principio de precaución que ya se va incorporando a la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, ya sea en su expresión de mero principio inspirador del ordenamiento, ya sea en la de elemento decisor, como rasgos que lo aproximarían más a una regla. La aparición del principio responde, pues, a la necesidad de adoptar un enfoque precautorio de las nuevas políticas y verificar si pueden surgir riesgos relevantes para, entre otros, el medio ambiente o la salud de las personas a

[19] Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*. 9.ª ed., Trotta, Madrid, 2009, pp. 146 y 147.
[20] Martínez García, J. I., *op. cit.,* nota 18, p. 111.
[21] *Ibidem*, p. 114.

partir de novedades científicas y tecnológicas. Supone la toma de conciencia del legislador acerca de las incertidumbres de los riesgos que pueden acompañar al avance de la ciencia y la técnica. Se trata de un instrumento jurídico del nuevo paradigma científico-reflexivo.

El principio se desarrolla inicialmente en el ámbito del Derecho al medio ambiente para de ahí extenderse a otros campos de incertidumbre. Y así el postulado en el se asienta es el del desarrollo sostenible, es decir, el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer las capacidades de las generaciones futuras para satisfacer sus necesidades. Al salvaguardar contra el daño grave y, en particular, irreversible a la base de recursos naturales que podría poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades, se basa en las nociones éticas de equidad intra e intergeneracional. Sin embargo, el principio pronto se ha extendido a muchos otros ámbitos más allá del medio ambiente.

La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico se produce a través de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, que dispone en su artículo 2 f) que «La investigación se desarrollará de acuerdo con el principio de precaución para prevenir y evitar riesgos para la vida y la salud». También se proclama en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en su artículo 3 d): «Principio de precaución. La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran». En la casi coetánea Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, se recoge dicho principio en su articulado bajo la denominación de principio de cautela aunque se menciona en su expresión más común en el Preámbulo: «la nueva ley atiende a las perspectivas clásicas de la seguridad alimentaria, como son la detección y eliminación de riesgos físicos, químicos, y biológicos, desde un nuevo enfoque anticipatorio que se fundamenta jurídicamente en el principio de precaución».

Un ejemplo paradigmático de recurso al principio de precaución reciente por parte de un Tribunal de Justicia y precisamente en el ámbito de la tecnología CRISPR a la que antes hemos hecho referencia, lo encontramos en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de julio de 2018, en la que se considera que los organismos modificados con nuevas técnicas de edición genética como el CRISPR deben ser considerados transgénicos y, por tanto, están sujetos a las normativas que limitan su cultivo dentro de la Unión Europea. Las razones esgrimidas por el Tribunal hacían referencia a que las nuevas técnicas de edición genética consiguen efectos similares a los de la

transgénesis y permiten crear variantes modificadas genéticamente a un ritmo y en proporciones que no pueden compararse con las resultantes de la aplicación de métodos convencionales de mutagénesis aleatoria. Para el Tribunal, excluir estas nuevas técnicas de edición genética de la normativa sobre transgénicos minaría el objetivo declarado de esta norma de evitar efectos adversos para la salud humana y el medio ambiente y vulneraría, por tanto, el principio de cautela que la Directiva pretende aplicar. De ahí que la Directiva sobre los organismos modificados genéticamente también se aplique a los organismos obtenidos mediante técnicas de mutagénesis aparecidas después de que fuera adoptada.

Como puede comprobarse, el razonamiento jurídico se fundamenta, sustancialmente, en el principio de precaución, aunque en este caso, al tratarse del ámbito alimentario, lo cite nominalmente como principio de cautela.

IV. TOMANDO LOS PRINCIPIOS EN SERIO: CUANDO EL DERECHO SE APROXIMA A LA BIOÉTICA

Antes señalábamos que, además de la incertidumbre, una de las características que presentan los tiempos que vivimos, desde una perspectiva jurídica, es el carácter dilemático de los conflictos entre derechos, de manera que no cabe recurrir al principio de la concordancia práctica, en los términos empleados por Konrad Hesse, en virtud de la cual fuera posible la coexistencia de tales derechos en juego mediante su reducción proporcional.

El carácter dilemático es lo que dota al conflicto entre derechos de una singularidad en cuanto a su resolución. Al ser ésta necesariamente trágica, dado que supondrá el sacrificio de uno de los derechos en pugna, requiere de la exploración y aplicación minuciosa de los diferentes valores que concurren en el caso concreto. La operatividad en estos casos de las reglas no es satisfactoria, por paradójico que resulte.

La regla ofrece una solución simple y basada en un presupuesto de hecho concreto y descrito de manera precisa previamente al caso real al que habría que aplicar la misma. Los casos fáciles pueden ser resueltos por la subsunción. El debate en los casos fáciles suele situarse más en la determinación de los hechos que en el Derecho. Se discute ahí el significado jurídico de los hechos. Por el contrario, en los casos difíciles el debate se ciñe en torno a la interpretación jurídica, se discute el significado del Derecho.

La solución del caso no pasa tanto por la aplicación de la regla de igualdad, sino de la justicia y, por ende, de la equidad. Para poder ser aplicadas a los

casos concretos, las normas jurídicas tienen que ser interpretadas, pues la sola subsunción se presenta como un método insuficiente dentro de la complejidad social y la escasa predictibilidad respecto a los casos que puedan ocurrir en el futuro. Las normas pueden ser aplicadas utilizando una interpretación basada en las razones y no solo en la forma del silogismo y las razones nos las ofrecen los principios. Los principios sólo entrarían en juego en el razonamiento justificatorio de los órganos jurisdiccionales cuando éstos tienen que hacer frente a «casos difíciles», pues en los «casos fáciles» las reglas son elementos necesarios y suficientes para justificar la decisión.

El Derecho debe apostar, entonces, por un nuevo iusnaturalismo en su forma de expresión a través de principios y valores (un modelo de principios como expresión de la voluntad creadora del hombre, no un iusnaturalismo tradicional, supra norma, ya que los principios son, ante todo, norma jurídica, aunque de características bien distintas de las reglas) o en su forma de argumentar o, en similares términos, por un iuspositivismo moderado para resolver, precisamente, los conflictos jurídicos derivados del avance de la Biociencia.

No se trata de retornar al iusnaturalismo tradicional, sino, volver a los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado que el constitucionalismo moderno incorporó. Porque, además, si en los casos difíciles es muy complejo alcanzar los necesarios consensos democráticos en una sociedad tan plural como la nuestra, cómo podemos, pues, pretender reducir las soluciones a la mera subsunción del supuesto de hecho en una regla clara y precisa ¿Cómo puede alcanzarse el consenso que en la solución del caso es harto difícil en la etapa previa de redacción consensuada de la regla? Como se deduce de las palabras de Gustavo Zagrebelsky, existe, por tanto, una correlación entre pluralismo político (y también moral, añadiríamos nosotros) que es propio de nuestras actuales sociedades democráticas y el pluralismo de valores que el sistema jurídico ha de acoger [22]. Los principios no son algo impropio del Derecho constitucional, sino expresión de Constitución.

Como afirma Laura Palazzani, es importante recuperar en el Bioderecho el significado estructural y específico de la juridicidad, precisamente frente a las nuevas provocaciones de la tecnociencia y a las nuevas posibilidades de manipulación de la vida que corren el riesgo de poner en peligro la indentidad humana. No cabe ya un Derecho que sea radicalmente extraño a la Ética. La función del Bioderecho no puede ser solamente formal y empírica, ni neutral en una sociedad pluralista postmoderna, sin una evaluación sustancial mínima que reconozca el valor ético del Derecho en defensa de la dignidad objetiva del

[22] Zagrebelsky, G., *op. cit.,* nota 19, p. 14.

ser humano [23]. En el Bioderecho hay que mirar más allá de la validez y de la efectividad, preguntándose si la solución jurídica en estas materias es justa [24].

Se necesitan, por tanto, también soluciones abiertas, porque el caso sobre el que se aplicará la norma es precisamente muy abierto, imprevisible en sus características y de una riqueza tal en matices que la mente legisladora difícilmente puede prever dotarle de una respuesta jurídica concreta que satisfaga los derechos e intereses en conflicto. El legislador es capaz de prever soluciones abiertas y generales, pero no ya una concreta frente a una realidad que, ante el incesante avance de la ciencia, ofrece supuestos de hechos en extremo difícilmente predecibles.

Frente a la justicia de la regla que refuerza la seguridad jurídica y la certeza de que los casos sucesivos serán resueltos conforme a los precedentes, se aplica la justicia del acto que promueve la equidad y pondera los principios. Y esta es precisamente la paradoja de los casos difíciles que, pese a presentarse como casos dilemáticos en los que uno de los derechos o intereses ha de sacrificarse en beneficio del otro, al no ser posible la reducción proporcional de lo derechos en lid, la regla que opta por el todo o nada no será la herramienta útil para la solución del conflicto.

Si la ciencia genera incertidumbre, ¿debe también generarla el Derecho? ¿puede lucharse frente a la incertidumbre científica con la incertidumbre jurídica que suponen los principios? ¿no es un oxímoron? En todo caso, no se trataría de la incertidumbre asentada en el Derecho, sino de la certidumbre basada en el principio y no tanto en la regla.

En palabras de Ernesto J Vidal Gil, a través del valor que cobran los principios para la resolución de los conflictos en el sistema jurídico se produce la conexión del Derecho y la Bioética. El Derecho acude ahora a la fórmula tradicional de resolución Bioética de los casos difíciles, y no porque se haya producido una positivización o juridificación de la ética de las ciencias de la salud, sino porque los principios se presentan ahora como los únicos instrumentos que permiten alcanzar una solución mínimamente satisfactoria en los casos díficiles. Y si la Bioética ha superado los métodos tradicionales de la deducción, de la subsunción o de la inducción del caso, también el Derecho va más allá del formalismo y del decisionismo. La deliberación exige una actitud formal pero no formalista, real pero no realista, normativa pero no normativista y principial pero no principialista. Frente a los extremos del noble sueño y

[23] Palazzani, L., «Bioética y derechos humanos», en: Ballesteros, J. y Fernández, E. (coords.), *Biotecnología y posthumanismo*. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 396 y 397.

[24] Palazzani, L., *Introduzione alla biogiuridica*. G. Giappichelli, Turín, 2002, pp. 82 ss.

de la pesadilla, la vigilia guarda los límites del Derecho [25]. Y así, podemos añadir que si Toulmin acuñó hace ya unos años la frase de que la Medicina le ha salvado la vida a la Ética [26], podemos afirmar ahora que ésta o, más concretamente, la Bioética le puede salvar la vida al Derecho, librándole de la tiranía reduccionista de las reglas en el marco de la incertidumbre biotecnológica.

No obstante, este viraje del Derecho y del ordenamiento jurídico hacia los principios no es una novedad ni se incardina indispensablemente en el ingente avance de la Ciencia. De hecho, el cambio de rumbo se produjo antes, tanto como reacción al extremo iuspositivismo que presidió el Derecho en la primera mitad del siglo XX (el nuevo constitucionalismo que se inaugura tras la Segunda Guerra Mundial se basa ya en principios y no solo en reglas, dotándose, además, en la Europa occidental de un garante de la interpretación del texto abierto, un nuevo poder distinto de los tres clásicos, el Tribunal Constitucional), y la necesidad, como anticipábamos antes, de que el Derecho sirviera a su principal fin, la justicia, como reconocimiento de una realidad, la extrema complejidad de la nueva realidad social y de los conflictos derivados de ella.

Para Eduardo García de Enterría la ruptura con el positivismo de la primera mitad el siglo XX se produce por dos hechos: la consagración jurisprudencial de los principios generales del Derecho, y no solo como fuente subsidiria, sino también como elemento informador de todo el ordenamiento jurídico en bloque, con espectacular confirmación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (a la que añadiríamos nosotros también la propia labor que en la consagración de los principios ha desarrollado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito de los derechos y libertades); y la instauración de la justicia constitucional que pone claramente en duda el dogma basilar de la superioridad irresistible y absoluta de la Ley y la correlativa prohibición de indagar en el proceso aplicativo sobre las razones de sus reglas. El proceso aplicativo del Derecho deja de entenderse como una operación mecánica, convirtiéndose en algo necesariamente axiológico [27], desde el momento que la justicia constitucional deberá llevar a cabo su valor recurriendo a los principios y valores consagrados en la Constitución.

Y como nos advertía Eduardo García de Enterría, muy tempranamente, en los inicios de los años sesenta, se advierte ya que la tipificación de supues-

---

[25] Vidal Gil, E. J., «Bioética y Derecho: la positivización de los principios», en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, año 2018, p. 37.

[26] Toulmin, S., «How medicine saved the life of Ethics», en: *Perspectives on Biology and Medicine*, núm. 25, 1982, pp. 736 a 750.

[27] García De Enterría, E., y Menéndez Menéndez, A., *El Derecho, la Ley y el juez. Dos estudios*. Civitas, Madrid, 2000, pp. 47 a 49.

tos de hecho por el legislador no puede jamás agotar la variable y proteica riqueza de situaciones capaz de presentarse en una vida social cuya evolución nada detiene. Y esta constatación va a motivar un artificioso esfuerzo para apuntalar la teoría básica que sostenía que las lagunas de la ley se integraban mediante un proceso deductivo operado inmanentemente a partir de las propias leyes positivas, mediante la llamada expansión lógica de las normas singulares, sin acudir a ningún principio trascendente de justicia material, y ello con objeto de no romper la unidad y homogeneidad del sistema [28].

Puede, por tanto, afirmarse que la respuesta del Derecho al avance de la ciencia es precisamente, al contrario de lo que ocurriera en la primera mitad del siglo xx, cuando el Derecho pretendió aproximarse al propio método y discurso científico, es apartarse de ella en su construcción y aplicación. El cientifismo se equilibra jurídicamente con los valores y la incertidumbre del avance de la ciencia se afronta con la menor certidumbre jurídica de los principios. Como dijera Manuel Aragón Reyes, no asistimos realmente a la crucifixión del positivismo, sino a la positivización del iusnaturalismo [29].

V. INCERTIDUMBRE, PRINCIPIOS Y PAPEL DE LOS TRIBUNALES Y LOS COMITÉS

El protagonismo de los principios tiene su impacto también en la propia división del poder, en la parte orgánica del ordenamiento jurídico, ya que conlleva que el poder judicial deba ocupar un papel estelar, como último intérprete de la solución jurídica al conflicto. Como señala Lucas Murillo de la Cueva, el optar por cláusulas generales, dotadas de flexibilidad, en lugar de por cláusulas cerradas (reglas), afecta directamente al sujeto que ha de adoptar la decisión. Y, así, en el caso de las reglas será el legislador el que tome la iniciativa, en el segundo será el juez el llamado a desempeñar la función esencial en el sistema [30]. El dogma de la posición del juez como *bouche qui prononce les paroles de la loi,* como *être inánime,* en la clásica expresión de Montesquieu, es abandonado, y con ello, quizá el punto clave a que pretendía conducir toda

[28] García De Enterría, E., «Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho», en: *RAP*, núm. 40, 1963, p. 191.

[29] Aragón Reyes, M., «Dos problemas falsos y uno verdadero: "neoconstitucionalismo", "garantismo" y aplicación judicial de la Constitución», en: *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 29, julio-diciembre 2013, p. 23.

[30] Lucas Murillo De La Cueva, P., «Derechos fundamentales y avances tecnológicos. los riesgos del progreso», en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 109, enero-abril de 2004, p. 90.

la construcción positivista [31]. El ideal asentado tras la Revolución Francesa, en virtud del cual el Juez es la mera boca de la Ley, debiendo ser borrado de nuestra lengua el término jurisprudencia, tal y como proclamara Robespierre en 1790 ante la Asamblea Constituyente, ha perdido su vigencia. La Ley será nuevamente más un género filosófico que una técnica jurídica en los términos empleados por Carbonnier [32]. La pretensión de reducir el Derecho a un conjunto cerrado y sistemático de normas positivas y la exclusión de él de toda referencia al valor material de la justicia no es ya posible ni admisible.

En este contexto de los casos difíciles es en el que Carlos Bernal Pulido, en su defensa de la racionalidad de la regla de ponderación, desarrolla la noción del margen de deliberación del juez. Y así, señala que en los casos difíciles el juez se encontrará con la dificultad de determinar qué derecho tiene más peso, lo que en muchas ocasiones no será posible establecer dado que los que se encuentran en colisión son de la misma naturaleza (los denominados empates ponderativos), como ocurre, por ejemplo, cuando se trata de la protección de la vida o de la dignidad humana. En estos casos, la determinación del peso abstracto de los principios y, por tanto, de la solución del caso depende de la búsqueda por parte del juez de la mejor teoría sustancial de la Constitución. Si se asume que esta teoría es individualista, entonces el juez atribuirá el peso más alto a la libertad. Si, por el contrario, esta teoría es comunitarista, entonces el juez atribuirá el máximo peso a los principios vinculados con bienes colectivos. El juez debe resolver cada caso de acuerdo con la mejor teoría sustancial de la Constitución. El problema, sin embargo, es que a veces no es fácil saber cuál es esa teoría. La respuesta correcta para estos casos es que de la Constitución no deriva ninguna respuesta correcta. No puede esperarse que, ni aún en el sistema constitucional más preciso, exista una única respuesta correcta para controversias de esta magnitud y complejidad. Ello hace que se le abra al juez un ámbito de deliberación en el cual, su decisión depende de sus apreciaciones acerca de la moral crítica, así como de su ideología política [33]. Sin embargo, al exigírsele un método concreto de argumentación, cabe un control estrictamente jurídico sobre la solución adoptada. De este modo, el método argumentativo que proporcionan los principios y, en especial, el principio de proporcionalidad permite desterrar la arbitrariedad en la toma de decisiones, promueve la deliberación de los asuntos públicos de la sociedad y, al

[31] García De Enterría, E., *op. cit.,* nota 28, p. 193.

[32] García De Enterría, E., *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*. Civitas, Madrid, 1999, p. 18.

[33] Bernal Pulido, C., «La racionalidad de la ponderación», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, mayo-agosto 2006, p. 71.

contar con un mecanismo más o menos riguroso y racional de interpretación sobre los principios constitucionales, satisface el valor de seguridad jurídica, con lo cual se fortalece el Estado constitucional [34].

Así pues, los cambios en la forma de interpretar la Ley que, es lo que a la postre venimos planteando, conlleva no sólo el cómo ha de ser interpretada, sino también quién ha de interpretarla. Dentro de esta pregunta se encuentra la respuesta no sólo a un problema hermenéutico, sino más allá, a un verdadero problema de índole jurídico-político: el determinar en manos de quién está la última palabra en el sistema de poderes que configura el orden constitucional. El cómo y el quién van indisolublemente de la mano. Ambos problemas están perfectamente interrelacionados, dado que las propias singularidades de la interpretación de la norma van a provocar que el intérprete ostente necesariamente un campo más o menos amplio de interpretación. Las propias características del objeto y manera de la interpretación provocan la amplitud de los poderes del intérprete.

En todo caso, los jueces no son ahora los señores del Derecho en el mismo sentido que lo era el legislador en el siglo pasado. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del Derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre Ley, derechos y justicia [35]. Y en este marco, la confianza en los jueces no deriva ya de una posición elitista, sino en la mera necesidad, en la dificultad de hacerlo de otra manera. El juez quedará, como garantía de la seguridad jurídica, sujeto por los principios y por la exigencia de la argumentación de acuerdo con unos estándares preestablecidos, como, por ejemplo, ocurre con el principio de proporcionalidad. Estaremos, una vez más, ante una legitimidad, la del juez, que se fundamenta no en el principio democrático, sino en la argumentación y motivación de las decisiones.

El propio Gustavo Zagrebelsky, en su defensa del importante papel que deben desempeñar ahora los jueces en el marco de un sistema jurídico en el que los principios son ya instrumentos indispensables del mismo, destaca la trascendencia de contar con jueces, no solo bien reclutados y responsables, sino formados en un nuevo panorama que exige una transformación del poder judicial y una superación del modelo anacrónico en el que los jueces siguen viéndose como depositarios de conocimientos eminentemente técnico-jurídicos, válidos en cuanto tales, pero alejados de las expectativas que la sociedad necesita poner en ellos [36].

---

[34] Cárdenas Gracia, J., «Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad», en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014, p. 82.

[35] Zagrebelsky, G., *op. cit.,* nota 19, p. 153.

[36] *Ibidem*, pp. 149 y 150.

El escenario que debe desarrollarse frente al avance de la biomedicina y de las nuevas incertidumbres que ello conlleva debe dotarse también de herramientas que permitan una participación efectiva de los ciudadanos. Y ahí es cuando el papel de los comités de bioética encuentra su justificación en el contexto actual.

Un ejemplo en España y en el ámbito de la reproducción humana asistida, sería la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, órgano colegiado del Ministerio de Sanidad, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde aquéllas se realizan. La Comisión fue creada mediante Real Decreto 415/1997, de 21 de marzo, que fue modificado por Real Decreto 42/2010, de 16 de enero, adaptándose así a las nuevas técnicas, y otras que en un futuro puedan surgir por los avances científicos, y que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida contempla en su articulado.

Los Tribunales pueden recurrir en su análisis de los casos a la opinión fundada en bioética de los Comités de Ética, como de hecho está ocurriendo en algunos casos en la realidad (véase, el caso de la donación entre vivos de órganos o la toma de decisiones sobre los tratamientos al final de la vida). Sin embargo, tal criterio experto no puede fundamentar la decisión final, sino solo ofrecer elementos para la argumentación.

En palabras de la Comisión Presidencial de Bioética de Estados Unidos los organismos nacionales de Bioética pueden ayudar a facilitar el proceso deliberativo, actuando como una forma de conciencia nacional. Así, pueden proporcionar un foro público para la evaluación de los conflictos muy complejos que sea utilidad para los órganos que, a la postre, han de adoptar las decisiones [37].

En definitiva, parece que los comités que surgen como figura inescindible de la Bioética encontrarán de nuevo una etapa de esplendor derivada de la incertidumbre y de la necesidad que esta conlleva de promover fórmulas jurídicas más abiertas y flexibles. Si los Tribunales han de tener un importante rol ante el avance de la biomedicina, al exigirse la interpretación de principios para resolver nuevos supuestos de hecho inciertos, también han de tenerlo los comités en apoyo de la labor de aquéllos.

[37] Presidential Commission for the study of bioethical issues, *Bioethics for every generation: deliberation and education in health, science, and technology*, Washington DC, mayo 2016, p. 29.

EL DERECHO DE INFORMACIÓN SANITARIA: UN ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

Antonio Pérez Miras
Universidad de Granada

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL MAGISTERIO DE YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ Y LA JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

La vasta producción científica de Yolanda Gómez Sánchez es un reflejo del magisterio que ha irradiado no sólo entre sus compañeros de la UNED sino también entre muchos otros estudiosos del Derecho Constitucional de España y no sólo. Para reconocer ese magisterio es necesario irremediablemente que haya quien se considere aprendiz de sus ideas, y es este el caso de quien escribe: me considero un deudor intelectual por todo lo que he aprendido leyendo y escuchando a esta catedrática que ha hecho honor a este título universitario. Desde que conocí a la Profesora Gómez Sánchez en la tesis doctoral de Joaquín Sarrión Esteve en Bolonia no sólo tengo la suerte de haber aprendido de una autora que ha marcado mi pensamiento científico sino especialmente de haber crecido académicamente con una referente del modelo y estilo de Universidad que comparto, y que sin duda son un reflejo de su personalidad y calidad humana. La generosidad que me ha mostrado la Profesora Gómez a lo largo de mi carrera académica sólo puede ser fruto de una maestra que no sólo enseña su pensamiento sino que transmite su bonhomía. Así, es justo reconocer su decisivo apoyo a la creación e impulso del Seminario Ítaloespañol, sin cuya colaboración y ascendencia no habría llegado a los doce años que en 2024 celebraremos en la ciudad italiana de Nápoles.

Entre los muchos y variados temas de los que se ha ocupado –de los que se darán cuenta seguro a lo largo de esta obra colectiva– creo que sin duda hay uno con el que obviamente me siento muy cercano y que ha motivado la elección del tema. Quizá de las primeras cosas que leí de la Profesora Gómez fueron sus estudios en el ámbito bioético y sanitario [1], cuyo magisterio tuve además la suerte de disfrutar en las lecciones que impartió en el Máster en Derecho Sanitario, Bioética y Derecho a la salud en la Unión Europea de la Universidad de Granada en una fecha ya que no hace falta recordar. En esa época también tuve el honor de coordinar la primera tríada que publicamos con el Seminario Ítaloespañol, en el que colaboró Yolanda Gómez con un capítulo sobre la participación de voluntarios en la investigación [2]. Fruto del aquel Máster realicé un Trabajo de Fin de Máster sobre el consentimiento informado, algunas de cuyas ideas han sido publicadas [3] y otras están en curso de publicación. En esta ocasión, pues, quiero contribuir al merecido reconocimiento que Yolanda Gómez merece con este sucinto análisis constitucional del derecho de información sanitaria.

Para ello, articularemos el presente trabajo en dos apartados y unas reflexiones finales a modo de conclusión. En el siguiente apartado presentaré mi tesis sobre la importancia del derecho de la información sanitaria dentro del paradigma personalista de la relación médico-paciente, como superación del clásico paradigma paternalista como consecuencia de la irradiación del principio de dignidad y el reconocimiento de los derechos fundamentales (obviamente en su perspectiva multinivel), y más allá, por tanto, de la tradicional visión del consentimiento informado como mera exención de responsabilidad médica [4]. A continuación, presentaremos el régimen jurídico de la información sanitaria, de acuerdo con la transcendental Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de

[1] Sin duda, el libro que más me ha marcado y que considero un referente imprescindible es Gómez Sánchez, Y., *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, Madrid, 1994.

[2] Gómez Sánchez, Y., «Reflexiones sobre la participación de voluntarios en la investigación», en: Pérez Miras, A.; Raffiotta, E. C.; Teruel Lozano, G. M. (Dirs.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo xxi: Vida y Ciencia*. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 335-354.

[3] Pérez Miras, A., «La relación sanitaria como relación jurídica y su especial trascendencia constitucional», en: *Derecho & Salud*, vol. 16, núm. extra 1, 2016, pp. 512-541.

[4] Cfr. Gómez Sánchez, Y., «Dignidad y autodeterminación física como fundamento del estatuto del paciente», en: *Acta Bioethica* 17 (1), 2011, quien señala que «[el] rechazo a la instrumentalización de las personas está permitiendo delimitar ámbitos positivos de protección, ámbitos de inmunidad, tanto en el ámbito internacional como en el de los ordenamientos nacionales. Ello es especialmente evidente en relación con el espacio de la biomedicina, en el cual el principio de no instrumentalización ha sido consagrado en tratados y declaraciones internaciones y ha tenido reflejo también en la legislación de desarrollo de algunos países.» (p. 41).

información y documentación clínica [5] (en adelante, LAPID) y con una breve referencia a la legislación especial.

II. NO ES SÓLO UNA CUESTIÓN DE CONSENTIMIENTO: EL DERECHO DE INFORMACIÓN SANITARIA COMO CUESTIÓN CONSTITUCIONAL

El consentimiento informado es quizá una de las cuestiones más relevantes y conocidas en el mundo que une la medicina y lo jurídico. De hecho, el consentimiento informado nace inicialmente como un modo de exonerar de responsabilidad al médico. Esto nos conduce a poder entender este consentimiento como una suerte de aceptación del riesgo [6] y sus consecuencias, incluso las más negativas. Pero esa aceptación sólo puede venir de una libre y autónoma voluntad. En tal sentido, podríamos afirmar igualmente que el riesgo es una de las fuentes del derecho a la información, porque es origen de la necesidad comunicativa. Si acudo al médico porque me duele el pecho querré saber qué tengo y si es peligroso o no; si me someto a una rinoplastia querré conocer si los riesgos compensan mi deseo de tener una nariz diferente; si me hago análisis todos los años es para prevenir los riesgos que me puedan acaecer y ade-

[5] *BOE* núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

[6] Este riesgo debe enmarcarse dogmáticamente en la idea de la «sociedad del riesgo» de Beck, U., (*vid. La sociedad del riesgo*. Paidós, Barcelona, 1998; y *La sociedad del riesgo global*. Siglo xxi, Madrid, 2002), que es quizá una de las aportaciones más originales de los últimos tiempos junto con la idea del «desconcierto del Leviatán» de Esteve Pardo, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la Ciencia*. Marcial Pons, Madrid, 2009. *Vid.* también del mismo autor, «Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión», en: *Documentación Administrativa*, núm. 265-266, 2003. Desde la Prehistoria, el ser humano ha tenido que hacer frente a los peligros de la naturaleza, defendiéndose de los mismos con su ingenio; sin embargo, ante los riesgos creados por los propios humanos con el desarrollo de distintas técnicas, me atrevería a decir casi desde los primeros utensilios en piedra del Paleolítico, el ser humano ha tenido que defenderse de sí mismo, y ello no puede entenderse sin una sociedad sin Derecho, y en nuestra situación actual, incluso con una respuesta constitucional. En este sentido es siempre clarificador el pensamiento de Sánchez Barrilao, J. F., para quien «la configuración normativa de la Constitución no muestra su mejor eficacia real, tanto a nivel material como procedimental, dadas las peculiaridades propias del fenómeno tecnológico y su integración en la globalización, lo que al tiempo redundará negativamente en la plena efectividad y validez de la propia Constitución; con lo que, o se alcanza un entendimiento actualizado de la Constitución normativa con relación a los nuevos tiempos, pero capaz de mantener su núcleo o esencia, o nos encontraremos con su progresivo desvanecimiento. Y es que constituir y ordenar no puede ser sólo un mero marco constitucional de razonabilidad y proporcionalidad en la interacción de actividades científicas y tecnológicas, de una parte, y derechos y libertades de otra. Ha de ser también, y de acuerdo con el principio democrático, orientación en negativo y positivo de la investigación en tanto que instrumento de realización de valores y los principios que vertebran todavía el constitucionalismo, además de garantía de los mismos; forma y sustancia, así, de la Constitución.» Sánchez Barrilao, J. F., «Sobre la Constitución normativa y la tecnología», en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8, 2005, pp. 277-278).

lantarme a un empeoramiento. En todos estos casos se ha establecido una relación comunicativa fruto de una relación jurídico-sanitaria con un profesional de muy distinta naturaleza. Más allá de las imágenes que estos ejemplos nos sugieran, conviene precisar que la idea de riesgo no debe confundirse con la idea de gravedad ni con la de inmediatez; el riesgo no tiene por qué ser grave ni haber un porqué inmediato para que el riesgo siga existiendo. Su modulación sí puede acarrear consecuencias jurídicas diferentes, como será en el caso que nos ocupa del derecho a la información sanitaria.

Por consiguiente, el riesgo explica una razón de la información ya que no nos valdría decir que hay que informar porque lo dice la ley. Detrás de las regulaciones, y más a tan alto nivel fundamental, como considero que se encuentra incardinado este derecho, siempre existe una necesidad. Que luego ello se transforme en una cláusula prescriptiva concreta sólo es síntoma, por una parte, de la preeminencia de las Ciencias Jurídicas, de modo general, en las actividades humanas; por otro, es una prueba más de que las relaciones sanitarias tienen todas una traducción jurídica, conforme a la prescripción de la norma en juego.

El otro fundamento se encuentra, como podemos imaginar, en la Constitución misma [7]: es evidente que el derecho a la información tiene un entronque directo con el artículo 20 CE, y en especial la letra d), y ello porque la información misma es la que tiene tal fundamento. Me explico. Si todas las relaciones sanitarias son relaciones jurídicas porque se despliegan desde el paradigma de los derechos fundamentales, es evidente que la información que se genera para que el informado conforme una opinión y una voluntad, tiene que tener asimismo protección constitucional, protección deducida además por una correcta interpretación sistemática de la Carta Magna, que es lo que venimos llamando autonomía [8]. Por tanto, como garantía de esta autonomía, la información se reviste de derecho para todas aquellas situaciones en que el paciente (o en su faceta de usuario e incluso consumidor) se va a posicionar ante una de las clases de información que le pueden interesar.

Este derecho de información sanitaria tiene, pues, para el paciente una trascendencia singular. De hecho, no podemos obviar la realidad cuantitativa y cualitativa de la información que el paciente, en su condición concreta de tal, debe conocer para poder realizar su autodeterminación personal, y sanitaria en particular. Y ello, desde una doble perspectiva: como información en estado

[7] Ya Beltrán Aguirre, J. L., «La información en la Ley General de Sanidad y en la jurisprudencia», en: *Derecho & Salud*, vol. 3, 1995, pp. 172-173.

[8] Cfr. Rovira Viñas, A., *Autonomía Personal y Tratamiento Médico. Una Aproximación Constitucional al Consentimiento Informado*. Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

puro, como conocimiento general; como información previa y necesaria para poder expresar una declaración de voluntad determinada y concreta. Es decir, desde el primer aspecto no hay que negar al paciente el conocimiento de aquello que quiera saber. Y ello porque, obviamente, la motivación, en este caso, se traslada en exclusiva al interesado paciente; esta es la idea general que recorre este derecho de información dado que puede ser aplicable con independencia de la posición subjetiva que la demande. Por el otro lado, esa información previa es la que ha tomado quizá mayor interés en la doctrina por ser la base directa del consentimiento informado y sobre la que se ha pronunciado la Justicia en sus numerosas sentencias. Desde esta perspectiva dual, se comprende bien la naturaleza de garantía constitucional, para la salud y la vida, de la información sanitaria, pero también para la libertad de conciencia, la delimitación de la intimidad o la exigencia de una tutela judicial efectiva.

Todo ello nos lleva a poner en valor la importancia constitucional del derecho de información, y para ello debemos fijarnos en la STC 37/2011, pues parte de la reflexión del derecho a la información como paso necesario para el consentimiento del paciente. Conviene acudir a las propias palabras del Alto Tribunal:

«[…] para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos.» (FJ 5)

Queda claro que la base del consentimiento es una información libre y adecuada. Razonable, podríamos añadir.

Por otro lado, el fundamento constitucional de la información también se trasluce del artículo 23 CE, entendido en sentido amplio de su inciso 1 *ab initio* cuando dispone que «los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos». Pues bien, dado que el ámbito sanitario no puede separarse del mundo cotidiano, *mutatis mutandis*, este inciso sería garantía de ese derecho a la información en sentido amplio que va más allá del carácter asistencial determinado por la visión del consentimiento informado y que se reflejaría mejor en la perspectiva de la salud pública; idea esta que todos pudimos comprobar durante la pandemia y, en especial en los momentos de los confinamientos puesto que los márgenes de libertad dependía de la información sanitaria que las Autoridades iban proporcionando a la población.

Todo ello nos coloca en la posición de poder afirmar que el derecho a la información es en sí mismo una garantía para el ejercicio del resto de los derechos fundamentales. Así, el derecho a la información sanitaria garantizaría la condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al sistema sanitario, y por ello, se convierte en uno de los pilares del ámbito sanitario; por tanto es un presupuesto material necesario para la autodeterminación subjetiva, no solo del paciente, sino de cualquier usuario de los servicios sanitarios tanto públicos como privados; en definitiva, de cualquier persona.

Conviene advertir, no obstante, de las dificultades de trasladar tal cual la amplia doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, esencialmente preocupada por el ámbito principal al que da cobertura y por los profesionales de la información y la comunicación. Así por ejemplo, desde la perspectiva que queremos sostener no podríamos compartir la idea de que el derecho de información no es individualizable, dado que el derecho a recibir información es el derecho a recibir información general y no información a la que se tiene derecho por estar en una situación jurídica particular[9]. Y ello es evidente, porque en el ámbito sanitario subjetivo, el que tiene y usa la información para conseguir un fin es el obligado a proporcionarla, siendo el paciente el que tiene el derecho a recibirla. En realidad se trata de una situación curiosa porque el paciente es el titular auténtico de la información veraz (datos objetivos sobre su salud), que cede (permite conocer) a un profesional para que éste, a su vez, le devuelva esa información decodificada a un lenguaje común que pueda entender de acuerdo con la aptitud intelectual media individualizada (principio de diseño para todos). Esta necesaria decodificación es consustancial a cualquier relación jurídico-sanitaria que se establezca.

Por tanto, lo que nos interesa resaltar es que la protección constitucional a la información veraz se ha trasladado, en lógica y en consecuencia, a la LAPID y a todas aquellas leyes específicas en que se exige un consentimiento informado. Y ello no es capricho, es necesidad impuesta por la misma naturaleza de la información como sustrato del desarrollo de la personalidad[10], luego que haya un ámbito profesional específico que trabaja con el bien jurídico-constitucional de la información, en este caso como base para la mejor conformación de la opinión pública, ello no quiere decir que no se deduzca en otros ámbitos consustanciales a nuestra existencia, como sabemos que lo es el mun-

[9] *Vid.* Pérez Royo, J., *Curso de Derecho Constitucional*. 11.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 365.

[10] Sobre la relación del libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales, *vid.* Presno Linera, M. Á., *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*. Marcial Pons, Madrid, 2022.

do sanitario. No podemos afirmar, por tanto, que porque el artículo 20 CE sea producto de una reivindicación y lucha históricas, no quepa deducir sus principios más elementales, especialmente la veracidad, en aquellas relaciones jurídicas fundamentales basadas principalmente en la intercomunicación. Que el artículo 20 CE sea la clave fundamental para garantizar una opinión pública democrática y que, por este motivo, los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto hayan ido siempre en esta línea, no nos puede impedir sustentar la idea de información sanitaria veraz en la misma garantía constitucional del artículo 20 CE. Además, si no es de acuerdo con la eficacia horizontal que predica el artículo 9 CE en aplicación a este derecho de información (sanitaria) podría haber algunas situaciones en que podrían eludir una obligación constitucional y violar, con ello, la garantía del paciente; por ejemplo, en el caso de que yo acuda a un centro privado para un tratamiento voluntario y se me niegue una información clínica relevante para mi proceso tras unas complicaciones, so pretexto de que en el contrato no se prevé más que el asesoramiento médico en las cuestiones específicas del tratamiento. Es claro que se está violando mi derecho a ser informado, con incidencia, como suele ser habitual en el artículo 15 CE y también en el artículo 18 CE. Esto demuestra su carácter de sustrato, de base para principiar una correcta relación jurídico-sanitaria.

Esta idea garantista la expresó muy bien el legislador en el artículo 4.2 LAPID cuando establece que la información clínica (la decodificación de datos personales) será verdadera, y por ello el artículo 4.3 LAPID señala:

«El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.»

Así, este derecho a la información sanitaria viene a poner luz jurídica a todo el camino que médico y paciente deben recorrer. Como en un matrimonio, es transcendentemente importante la manifestación de la voluntad libre, pero no lo es menos, si no más, el noviazgo, más o menos largo, en el que la pareja se conoce y en el que empiezan a compartir sus verdades y secretos.

Con todo, podemos afirmar que el derecho a la información, como tal derecho no es una obligación para el paciente sino que lo es para el profesional; de ahí que su regulación implique una garantía y no una imposición. En este punto es clarificador consultar a la Profesora Gómez Sánchez en la voz «derecho a no saber» de la Enciclopedia de Bioderecho y Bioética dirigida por Romeo Casabona. Nuestra homenajeada Autora disecciona perfectamente la diferencia entre el derecho a la información y el derecho a no saber, pues su

regulación conjunta en el artículo 4.1 LAPID podría entenderse como una vertiente positiva y negativa de un mismo derecho. Según su tenor literal:

«1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. […]»

Pues bien, lo mejor es acudir directamente a la literalidad del pensamiento de la Profesora Gómez cuando acertadamente señala que:

«[el] contenido esencial del derecho a la información es la facultad del sujeto de obtener información veraz (este último elemento, distingue el derecho a la información de la libertad de expresión) pero no forma parte del contenido esencial de este derecho la protección de las opciones o decisiones que el sujeto adopte como consecuencia de la información obtenida (o no obtenida). La principal objeción a fundamentar el derecho a no saber en el derecho a la información radica precisamente en ese dato. El derecho a la información no protege las decisiones derivadas de la información recibida o de la renuncia a la misma. La esencia del derecho a no saber es, sin embargo, la decisión libre, no la facultad de recibir información. Debe insistirse, pues, en que el contenido esencial del derecho a no saber es una manifestación de la voluntad libre del sujeto y como tal debe ser protegida por el ordenamiento jurídico.» [11]

Creo que su claridad expositiva bien vale esta larga cita y no cabe sino manifestar mi plena adhesión. Esto es expresión del *agere licere* que implica la autonomía y, como «el fin último del derecho a no saber es proteger la libertad de opción y decisión de la persona» [12]; así se recoge en los límites excepciones del artículo 9 LAPID cuando en su apdo. 1 se puede leer que:

«cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.»

Este derecho a no saber viene limitado, en realidad, por el derecho a la información (y no es al contrario) dado que «el derecho a la información –como principio general aplicable en las relaciones biomédicas y asistencia-

[11] Gómez Sánchez, Y., «Derecho a no saber», en: Romeo Casabona (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Tomo I*. Comares, Granada, 2011, p. 597.
[12] *Ibídem*, p. 595.

les– debe prevalecer sobre la regla excepcional de la activación del derecho a no saber.» [13] Y esto es lo que prevé el artículo 9.1 *ab initio* LAPID cuando admite que «la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso.»

De todo ello podríamos sacar una conclusión no menor y es que quizá la primera información que debería recibir un paciente es su derecho a no recibir información clínica, o al menos modularla a su voluntad, con lo que el médico, en dicha posición de garante en que lo coloca la LAPID, debe tener especial atención y cuidado para no transformar el derecho a la información en una obligación de soportar información no querida. Aquí cobra una gran importancia la actitud del médico; el ejercicio del proceso informativo debe realizarse con sumo cuidado porque, sin duda, ese derecho a no saber guarda relación con el derecho a la intimidad, en el sentido de que no cabe entender dicho derecho a no saber como la fuente de un derecho sustitutorio inmediato en favor de los familiares y allegados. Recordemos que el artículo 5.1 in fine LAPID establece, de manera poco afortunada a mi juicio, que «también serán informadas las personas vinculadas a él [paciente], por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.» Saber dilucidar cuándo el paciente tácitamente activa el derecho de los familiares a la información sobre un tercero (el paciente), en caso de que haya expresado su voluntad de no saber, es muy complicado. No es un derecho absoluto –como ninguno–, por mucho que pueda entenderse la legítima angustia de los allegados en conocer determinadas noticias. Al respecto, la mejor solución es que el médico pregunte directamente al paciente para que se exprese al respecto, y dejar el juego de los silencios y las disculpas posteriores en bienintencionadas presunciones para otras situaciones ajenas al ámbito sanitario. La importancia de entablar una comunicación adecuada se trasluce en estos casos más delicados, como puede ocurrir con enfermos oncológicos [14] o cuando se requieran cuidados paliativos [15].

De todo ello podemos concluir que el paciente, conjugando su derecho a la información con su derecho no saber, es decir, aplicando el artículo 4.1 LAPID, tiene derecho a modular, en ejercicio de su autonomía y de acuerdo con su raciocinio, la información que quiere recibir. Desde nada (con los límites

---

[13] *Ibídem*, p. 600.

[14] Cfr. Hernández García, J., «Derecho a la información y autonomía del paciente oncológico», en: *Derecho & Salud*, vol. 11, núm. 1, 2003, pp. 39-44.

[15] Cfr. Hermida Lazcano, I., Nerín Sánchez, C., «La información en el ámbito de los cuidados paliativos», en: *Derecho & Salud*, vol. 22, núm. 1, 1012, pp. 57-75.

vistos), hasta por encima de lo estrictamente necesario para ponderar los riesgos. Tiene derecho a decir basta como derecho a manifestar la insuficiencia de la información proporcionada, aunque adecuada a juicio del profesional. En tal sentido, hay que resaltar que lo primero que debe tener claro el paciente es que no debe tener vergüenza por preguntar lo que no sabe y querría saber, da igual que quede de manifiesto la estulticia del paciente si con ello se salvaguardan sus derechos fundamentales. Y, desde otro enfoque, podríamos animar al paternalismo informativo, entendido en el sentido de una actitud del responsable en proporcionar en cada momento la información que cada paciente precise, tomándose su tiempo. Claro está, que la realidad de los profesionales por las cuestiones organizativas de los centros es que no disponen del tiempo necesario siquiera para las labores médicas más inmediatas.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INFORMACIÓN SANITARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El régimen jurídico de la información sanitaria se contiene principalmente en la LAPID, en tanto que ley básica. Sin embargo, no podemos olvidar que esta ley viene a regular de manera más detallada y ordenada la perspectiva individual y personal del ámbito sanitario, que hasta entonces se encontraba regulada dentro del escueto catálogo de derechos previsto en la Ley General de Sanidad (en adelante, LGS) de 1986 [16]. También debemos tener presente que la información sanitaria incide y se manifiesta con sus propias particularidades en los distintos sectores y enfoques en los que presenta un contenido necesario, y en concreto desde la perspectiva de la salud pública, ámbito que ha sido cubierto por la Ley General de Salud Pública [17]. Su artículo 4 [18] hay que ponerlo en conexión, necesariamente, con el conteni-

[16] *BOE* núm. 102, de 29 de abril de 1986. Sobre la Ley General de Sanidad, *vid.* Berltrán Aguirre, J. L., «La información en la Ley General de Sanidad y en la jurisprudencia», en: *Derecho & Salud*, vol. 3, 1995, pp. 171-192. Sobre el cambio que supone la LAPID, *vid.* Méjica García, J., Díez Rodríguez, J. R., *El estatuto del paciente. A través de la nueva legislación sanitaria estatal*. Civitas¸ Cizur Menor, 2006; y Gallego Riestra, S., «Información y consentimiento informado: de la Ley General de Sanidad a la Ley 41/2002», en: Palomar Olmeda, Cantero Martínez (dirs.), Larios Risco, González García, De Montalvo Jääskeläinen (coords.), *Tratado de Derecho Sanitario, vol. I*. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 803-827.

[17] *BOE* núm. 240, de 5 de octubre de 2011.

[18] Artículo 4 de la Ley General de Salud Pública: «Los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones en que se agrupen o que los representen, tiene derecho a ser informados, con las limitaciones previstas en la normativa vigente, en materia de salud pública por las Administraciones competentes. Este derecho comprende en todo caso, los siguientes:

a) Recibir información sobre los derechos que les otorga esta ley, así como sobre las vías para ejercitar tales derechos.

do del artículo 6 LAPID, como una concreción de la información epidemiológica en conexión con el dictado del artículo 8.1 LGS, que considera que la realización de los estudios epidemiológicos es una actividad fundamental del sistema sanitario porque estos datos son necesarios para orientar con mayor eficacia la prevención de los riesgos para la salud, así como para la planificación y evaluación sanitaria, como base de un sistema organizado de información sanitaria, vigilancia y acción epidemiológica. Desde la vertiente subjetiva, por tanto, del mencionado artículo 6 LAPID, se reconoce que los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, así como el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud.

A esta vertiente debemos añadir la información que hay que suministrar sobre los servicios del sistema sanitario así como de los derechos y deberes que tienen los usuarios de los distintos servicios de salud, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 LGS, y pormenorizado en el artículo 12 LAPID sobre la información en el Sistema Nacional de Salud (en adelante, SNS) [19]. De estos artículos extraemos que toda persona que se relaciona con los servicios de salud de la correspondiente Comunidad Autónoma tiene que recibir información par parte de esas autoridades de los derechos y obligaciones de que gozan, tanto los generales reconocidos en el conjunto del SNS, como los que se deriven de las diversas legislaciones autonómicas. Este derecho se verá satisfecho con la sola comunicación general por parte de las Autoridades sanitarias mediante elementos estáticos, como pueden ser carteles infor-

---

b) Recibir información sobre las actuaciones y prestaciones de salud pública, su contenido y la forma de acceder a las mismas.

c) Recibir información sobre los condicionantes de salud como factores que influyen en el nivel de salud de la población y, en particular, sobre los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos o de otro carácter, relevantes para la salud de la población y sobre su impacto. Si el riesgo es inmediato la información se proporcionará con carácter urgente.

d) Toda la información se facilitará desagregada, para su comprensión en función del colectivo afectado, y estará disponible en las condiciones y formato que permita su plena accesibilidad a las personas con discapacidad de cualquier tipo.»

[19] Artículo 12 LAPID: «1. Además de los derechos reconocidos en los artículos anteriores, los pacientes y los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán derecho a recibir información sobre los servicios y unidades asistenciales disponibles, su calidad y los requisitos de acceso a ellos.

2. Los servicios de salud dispondrán en los centros y servicios sanitarios de una guía o carta de los servicios en la que se especifiquen los derechos y obligaciones de los usuarios, las prestaciones disponibles, las características asistenciales del centro o del servicio, y sus dotaciones de personal, instalaciones y medios técnicos.

Se facilitará a todos los usuarios información sobre las guías de participación y sobre sugerencias y reclamaciones.

3. Cada servicio de salud regulará los procedimientos y los sistemas para garantizar el efectivo cumplimiento de las previsiones de este artículo.»

mativos en los centros sanitarios, sin que se pueda exigir una atención verbal y personalizada de los mismos.

Centrándonos ya en la información de carácter asistencial, debemos empezar por determinar su ámbito subjetivo. Así, nos encontramos que el titular del derecho es el paciente (art. 5 LAPID) de modo que el médico se nos presenta como el obligado a prestar la información que el paciente necesite. Es necesario no perder de vista esta realidad porque la LAPID otorga al médico un amplio margen para la gestión de la prestación de la información que podría llegar a entender que tiene poder para negar la información misma al, como decimos, auténtico titular del derecho.

Ya hemos defendido en el epígrafe anterior que al paciente le corresponde modular a su voluntad la información que se le debe suministrar. Pero en el momento en que el médico puede poner en duda la titularidad misma del derecho al considerar, según su criterio médico, que el paciente carece de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, ello lo coloca precisamente en una posición de superioridad frente al paciente porque puede directamente dirigirse a los familiares, que en los casos de normalidad sólo tendría acceso a la información en la medida y en el momento que el paciente lo deseara. Que de acuerdo con el artículo 5.3 LAPID el médico siempre esté obligado a suministrar la información necesaria a las personas vinculadas por razones familiares o de hecho no implica, a nuestro juicio, que este privilegio sólo pueda activarse desde un carácter restrictivo de ese criterio médico y en cualquier caso como una *ultima ratio* para evitar conculcar el derecho fundamental del paciente.

La misma idea se predica para la denominada indicación o privilegio terapéutico expresamente previsto en el artículo 5.4 LAPID. Este privilegio del médico supone que el derecho a la información sanitaria de los pacientes pueda limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, entendida como la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Sin duda estamos ante una de las claves de la tradicional relación médico-paciente, un atisbo del paradigma paternalista que, sin embargo, para garantizar en determinadas situaciones extremas la buena práctica médica se considera necesario una base legal semejante. El problema radica, pues, en no abusar de este privilegio y entenderlo –repetimos– como una *ultima ratio*.

No obstante, el análisis sistemático del mismo artículo 5 LAPID nos llevan a entender que el contenido de estos dos apartados deben ponerse en relación, irremediablemente con el principio contenido en el artículo 5.2 LAPID

que señala que «el paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión». Podemos considerar que este apartado recoge una garantía del derecho de información del paciente, que sin duda afecta a los apartados posteriores porque desconecta del criterio médico su sola percepción de incapacidad del paciente, por lo que los límites que los apartados tres y cuatro suponen al derecho de información deben entenderse efectivamente siempre orientados al beneficio del paciente mismo. Así podríamos afirmar que el privilegio terapéutico debe ser una excepción [20].

En cuanto a la finalidad de la información sanitaria, la LAPID prevé que esta sirva para que el paciente pueda declarar su voluntad a través de un documento de consentimiento informado. Esto nos lleva irremediablemente a preguntarnos por su contenido, que deberá ser el mínimo necesario para cumplir dicho fin. En cualquier caso, ese mínimo viene determinado por el artículo 10.1 LAPID, a saber:

«a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.»

El contenido debe completarse con la lectura conjunta del artículo 8 LAPID junto con el artículo 4 LAPID, que conforman el procedimiento del consentimiento informado. De los mismos también extraemos que junto a lo anterior también se debe proporcionar al paciente una información jurídica acerca de las obligaciones para el médico y de los derechos específicos para el paciente. Ello se justifica además por el hecho de que no estamos ante un *numerus clausus* de la información que se debe proporcionar sino ante una descripción de la buena práctica médica que ha sido recogida por la Ley. Con todo ello, queremos remarcar con fuerza el cambio al paradigma personalista dado que, para que el paciente pueda valorar de verdad de manera autónoma, libre y personal sobre las opciones del caso debe poder valorar también su situación

[20] Cfr. Simón Lorda, P., *Bioética y consentimiento informado en la atención sanitaria*. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1996. Por su parte, Gallego Riestra, S., *op. cit.* p. 816 circunscribe dicho privilegio al momento inicial de la relación jurídico-sanitaria en que médico y paciente empiezan a entablar la relación comunicativa que guiará el proceso sanitario y que tendrá sus límites en los correctos contornos de la modulación, la titularidad y la obligación.

jurídica y las consecuencias que, en un sentido amplio, podrían derivarse de su elección, basada así en el ejercicio de derechos y garantías.

En cuanto a la forma de ese contenido, éste deberá transmitirse como regla general de manera oral (*ex* artículo 4.2 LAPID en relación con el artículo 8 LAPID cuando habla del consentimiento verbal). Sin embargo, caben importantes excepciones que vendrán motivadas especialmente por la existencia del riesgo tal y como se desprende del mencionado artículo 10 LAPID. Para estos casos se exige una formalidad específica consistente en transmitir dicha información por escrito, lo que se entiende en el sentido de una mayor garantía para el paciente. Esto es coherente con la idea de que el derecho de información sanitaria, en su carácter fundamental, presenta esa faz de garantía para el ejercicio del resto de derechos en juego y de la manifestación autónoma de la voluntad en concreto. Huelga decir que se entiende que es una garantía para el paciente. Por otro lado, dicha entrega escrita es compatible con la resolución verbalmente de cuantas dudas puedan surgir, incluso de la explicación del contenido que allí se contiene. Cabe la duda de si por parte del profesional cabrá asegurarse de que la información ha sido entendida. A este respecto, el principio de diseño para todos resulta fundamental, con especial incidencia en casos de personas que tengan dificultades de visión. Por tanto, no será lo mismo la captación por parte del profesional de que la información escrita ha sido comprendida con la declaración de voluntad por la que el profesional activa la siguiente fase de la relación jurídico-sanitaria. En general, esta atención debe prestarse a todos los momentos en que haya que recabar el consentimiento verbal pues no es lo mismo decir 'sí comprendo' que 'sí, quiero'. La especialidad de la forma escrita de la información también se va a desprender de las leyes especiales que regulan la investigación biomédica [21], las técnicas de reproducción humana asistida [22], la interrupción voluntaria del embarazo [23] o la eutanasia [24].

IV. REFLEXIONES FINALES A MODO DE CONCLUSIÓN

Hemos ido hilando el estudio de la regulación jurídica de la asistencia sanitaria por las normas generales que afectan a la información sanitaria, así

[21] Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (*BOE* núm. 159, de 4 de julio de 2007).

[22] Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (*BOE* núm. 126, de 27 de mayo de 2006).

[23] Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (*BOE* núm. 55, de 4 de marzo de 2010).

[24] Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (*BOE* núm. 72, de 25 de marzo de 2021).

como unas breves referencias a las leyes especiales que acabamos de mencionar en el apartado anterior. Hemos visto las distintas clases de información que se recogen en la ley, que se puede agrupar en tres grandes grupos: clínica, epidemiológica y jurídica. Frente a una visión médica reduccionista, considero que es más acorde al paradigma defendido en este trabajo que se tenga en cuenta la visión completa de la información, adaptándose al caso particular según las necesidades, con especial hincapié en aquellos casos en que hay que informar de los derechos que se tiene para casos concretos (por ejemplo, a no saber, a rechazar tratamiento o a segunda opinión médica) porque sólo desde este principio podremos tener el marco jurídico suficiente donde ejercer nuestra autonomía responsable mediante el análisis, ya sí, de los datos que nos traducen los profesionales médicos, y cuyo alcance nos compete con el más absoluto respeto a nuestra dignidad en la elección que libremente se adopte. Estas palabras no deben entenderse como que necesariamente hay que elegir la opción trágica, tan solo se busca la opción a que cada persona desarrolle el teatro de su vida como el personaje que, una vez que la enfermedad irremediablemente se cruza en su destino, decida en un circunloquio cerrar el telón, o pasar al siguiente acto.

Se ha defendido que el paradigma personalista tiene una clara base constitucional, en la que el derecho de información cobra una especial importancia en su relación con el conjunto de derechos que se ejercen en el ámbito sanitario y que entroncan directamente con espacios iusfundamentales. Siguiendo el propio razonamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia analizada, la información va a ser la clave de bóveda no sólo del consentimiento informado sino de la relación médico-paciente conforme al paradigma defendido. Sin información, ninguna persona es libre de decidir y, por ende, corre el riesgo de que su dignidad se vea conculcada por precisar de tratamientos médicos. De hecho, el mismo Tribunal lleva consolidando una jurisprudencia en torno al reconocimiento de este espacio de autodeterminación [25], ya desde las famosas STC 53/1985 (aborto) y STC 154/2002 (transfusión de sangre) hasta las recientes sentencias sobre la eutanasia (SSTC 19/2023 y 94/2023) y de nuevo el aborto (STC 44/2023).

Y es que, como afirma la Profesora Yolanda Gómez Sánchez, «[si] los conceptos de dignidad y libertad están, en todo caso, estrechamente vinculados, tal vinculación es mucho más intensa en el ámbito de la biomedicina» [26],

[25] Cfr. Gómez Sánchez, Y., «Dignidad y autodeterminación física como fundamento del estatuto del paciente», *op. cit.* p. 42 ss.

[26] *Ibídem*, p. 41.

por lo que el paciente se convierte en auténtico centro de la relación médico-paciente que se basa principalmente en la comunicación entre ambos, por lo que la garantía de la información y las consecuencias que de las mismas derive el paciente, entronca directamente con los clásicos principios del constitucionalismo de igualdad, libertad y dignidad.

EL CLIMA A JUICIO: LA CAPACIDAD TRANSFORMADORA DE LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS

GIACOMO PALOMBINO
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

I. INTRODUCCIÓN

La mejor manera de empezar este trabajo es probablemente señalando que su título ha cambiado con respecto al comunicado en la primera conversación que mantuve con los directores de este volumen, a quienes agradezco muy sinceramente su invitación a participar en esta obra colectiva. El título original era «El clima a juicio: a la espera de Estrasburgo», formulación que ponía de relieve la ausencia, hasta entonces, de intervención alguna del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el cambio climático, a la espera, de hecho, de que los jueces de Estrasburgo se pronunciaran sobre distintos recursos que, sobre este mismo tema, se habían sometido a su juicio.

Comienzo con esta anécdota porque el hecho de que el TEDH se haya pronunciado sobre el clima y la protección de los derechos es en sí mismo un elemento de gran relevancia, al menos para quienes dedican atención al estudio del cambio climático desde un punto de vista jurídico. Y es relevante porque, frente a los prejuicios o incertidumbres de la doctrina respecto a determinadas cuestiones, la intervención de la jurisprudencia suele ser, en cierto modo, reconfortante, sobre todo cuando se dirige a aclarar determinados puntos que, hasta entonces, se consideraban polémicos: muchos, en el caso del cambio climático, empezando por su propia conexión con la protección de derechos.

En las páginas que siguen, en todo caso, no nos dedicaremos a comentar las decisiones adoptadas por el TEDH en materia climática, sino que, adoptando el Convenio Europeo de Derechos Humanos como eje principal del estudio, reflexionaremos sobre el papel transformador que la protección de los derechos está asumiendo en el contexto del constitucionalismo multinivel, al menos en lo que se refiere al panorama europeo. En particular, a través del análisis de las principales características de la jurisprudencia de Estrasburgo, especialmente en comparación con las decisiones que se han registrado hasta la fecha en algunas jurisdicciones nacionales, se intentará afirmar cómo la clave idónea para abordar la cuestión del cambio climático, desde una perspectiva jurídica, es precisamente la del constitucionalismo multinivel.

Precisamente por ello, he considerado que el tema elegido para esta contribución era adecuado para rendir homenaje a una maestra como la Profesora Yolanda Gómez Sánchez, una de las principales referencias, como es bien sabido, en esta misma materia. Espero, pues, aprovechar sus enseñanzas para reflexionar sobre un tema de gran actualidad, y que requiere con urgencia respuestas cada vez más ciertas, incluso desde el mundo del Derecho [1].

II. LOS LITIGIOS CLIMÁTICOS Y EL PAPEL DEL CEDH: ALGUNAS PREMISAS DE CONTEXTO

El cambio climático constituye uno de los grandes temas del mundo contemporáneo: un fenómeno cada vez más grave y cuyos efectos negativos sobre la vida de los individuos, en distintas regiones del planeta, son cada vez más evidentes. Aunque la configuración de una reflexión jurídica más densa sobre el tema sea reciente, en realidad el tema no es nuevo en el mundo del Derecho. Si bien podemos rastrear la construcción de instrumentos jurídicos en materia de protección ambiental desde la década de 1970 [2], a nivel internacional, para el cambio climático tenemos que esperar hasta la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro, en 1992, donde, entre otros instrumentos, se firmó la Convención Marco sobre el Cambio Climático, tras la cual se celebraron acuerdos posteriores, como el Acuerdo de París de 2015. Remitiéndonos a otros estudios para profundizar en las medidas concretas adoptadas para luchar contra el cambio

[1] Gómez Sánchez, Y., Constitucionalismo multinivel. Sanz y Torres, Madrid, 2023; Gómez Sánchez, Yolanda (coord.), Los Derechos en Europa. UNED, Madrid, 2000.

[2] Nos referimos, en particular, a la a la Declaración de Estocolmo, adoptada en ocasión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medioambiente de 16 junio de 1972.

climático [3], la principal limitación impuesta a los Estados puede resumirse en la obligación de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, principal causa del aumento de las temperaturas.

Todos estos instrumentos, en sí mismos, y las limitaciones que establecen, han vivido, sin embargo, durante mucho tiempo, en una condición de inaplicación sustancial: por una parte, debido a la dificultad de las jurisdicciones internacionales para obligar a los Estados contratantes a respetarlos; por otra parte, debido a la dificultad de los tribunales nacionales para condenar a los Estados pertinentes por un fenómeno global, imputable a varios actores, y en el que resulta, por tanto, complejo delinear un perfil preciso de responsabilidad.

Sin embargo, en los últimos años, algo está cambiando, de forma rápida y consistente, gracias a los litigios climáticos, es decir, aquellas acciones legales, a menudo interpuestas por asociaciones o movimientos ecologistas, que denuncian la violación de los derechos humanos a manos de los Estados precisamente por no cumplir, o no hacerlo adecuadamente, con las obligaciones establecidas en materia de reducción de emisiones [4]. No se puede hablar de un modelo único, o en todo caso aún no del todo definido, pero la fórmula que se viene registrando, al menos en Europa, es aproximadamente siempre la misma. Y es precisamente sobre la base de características que se repiten que los litigios climáticos pueden volver a conectarse con la categoría de la justicia estratégica, acciones judiciales interpuestas no (o no solo) para obtener la protección de un derecho en un único caso concreto, sino para provocar cambios más amplios en la sociedad, especialmente obligando a los responsables públicos a tomar medidas adecuadas [5].

En este panorama, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, junto con la jurisdicción del TEDH, ocupa un papel central. Y esto, podría decirse, paradójicamente: de hecho, es bien sabido que el Convenio no contiene ninguna referencia al cambio climático, ni siquiera al marco más general de la protección del medio ambiente. Sin embargo, se pretende mostrar cómo es precisamente el TEDH el que ha generado un modelo que, basado en la protección de los derechos humanos, constituye, hasta la fecha, la piedra angular de los litigios climáticos, incluso ante los tribunales nacionales. Para reflexionar en estos términos, describiremos brevemente cómo la protección del medio am-

[3] Gómez Ferrer, I., Aplicación de la litigación estratégica para las mujeres y las niñas migrantes por razón del cambio climático, en: Revista de estudios políticos, núm. 204/2024, pp. 161-190.

[4] Zamora Cabot, F. J.; Sales Pallarés, L.; Chiara Marullo, M., La lucha en clave judicial frente al cambio climático. Aranzadi, Cizur Menor, 2021; Vilaseca Boixareu, I.; Serra Calvó, J., «Litigación climática y separación de poderes», en: *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 9, 2, 2018.

[5] Álvarez Carreño, S. M. (coord.), Litigios Climáticos y Justicia: Luces y Sombras. Laborum, Murcia, 2020.

biente ha encontrado una dimensión autónoma en la jurisprudencia del TEDH, para después reflexionar sobre cómo se está configurando de forma cada vez más clara un diálogo multinivel sobre el cambio climático y la protección de los derechos, finalmente confirmado por la jurisprudencia de Estrasburgo del 9 de abril de 2024.

III. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL Y EL PAPEL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La arquitectura del constitucionalismo multinivel ha sido siempre el lugar natural para reflexionar sobre la construcción de instrumentos en defensa del medio ambiente [6], sobre todo si se tiene en cuenta que, al menos en lo que se refiere al constitucionalismo europeo, la preocupación jurídica por las cuestiones ambientales se ha producido a partir de un proceso *top-down* [7]. En este sentido, podría hablarse de una construcción osmótica, ya que tuvo lugar a través de la intervención primero a nivel internacional y luego a nivel regional y nacional [8]. Como muestra de ello, cabe recordar que antes de los años setenta, período en el que la comunidad internacional comenzó a manifestar su preocupación para la protección del medio ambiente mediante la adopción de distintos instrumentos, el constitucionalismo europeo no reconocía ninguna dimensión de protección del medio ambiente, o al menos no de forma explícita [9].

Lo mismo puede decirse del CEDH, que, de hecho, aún hoy sigue sin reconocer expresamente ninguna dimensión de protección del medio ambiente, a diferencia de la mayoría de las constituciones europeas, que, al haber sido modificadas o haber entrado en vigor a partir de los años setenta, contienen ya referencias expresas de este tipo. Sin embargo, aunque desde hace tiempo se debate sobre la necesidad de actualizar el Convenio, esta ausencia no ha impedido al TEDH de reconocer la protección del medio ambiente, sino que, por el

[6] Balaguer Callejón, F., «Tutela dell'ambiente e crisi globali», en: Lamberti, A. (coord.), Atti del Convegno Internazionale di Studi Università degli Studi di Salerno Ambiente, sostenibilità e principi costituzionali. Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 1347-1359.

[7] Iannaccone, R., «Le decisioni della Convenzione Costituzionale cilena in materia ambientale: tra un futuro modello di costituzionalismo e una nuova forma di Stato», en: DPCE online, 2, 2023, pp. 877-890.

[8] Sánchez Barrilao, J. F., «La delimitación por el TEDH de líneas rojas en un derecho global sobre derechos humanos», en: Anales de derecho, número especial dedicado a «El TEDH en su sesenta aniversario», 2020; Sánchez Barrilao, J. F., «European Constitutional Law and Environmental Protection», en, Cremades, J.; Hermida, C. (coord.), Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism. Springer, Cham, 2022.

[9] Canosa Usera, R., Constitución y medio ambiente. Dykinson, Madrid, 2000.

contrario, existe una abundante jurisprudencia al respecto, debida, en particular, a la importante labor de interpretación llevada a cabo por los magistrados de Estrasburgo, encaminada a deducir, a partir de las disposiciones del Convenio, los términos útiles para reconocer una dimensión de protección a las cuestiones medioambientales.

Para ello se basaron en los artículos 2 (derecho a la vida) [10] y –sobre todo– 8 (derecho a la vida privada y familiar) [11] del Convenio [12]. Más concretamente, mediante una interpretación extensiva de estas dos disposiciones, los jueces han afirmado a lo largo del tiempo que el medio ambiente goza de una dimensión propia de protección incluso dentro del CEDH, y ello partiendo del supuesto de que está llamado a constituir, por su propia naturaleza, un requisito previo de los derechos humanos; en otras palabras, la efectividad de los derechos que el Tribunal está llamado a proteger depende también de la calidad del medio ambiente. Es en esta dirección en la que la jurisprudencia de Estrasburgo ha contribuido a la configuración de un enfoque antropocéntrico de la materia. De hecho, aunque la configuración del medio ambiente como objeto de un auténtico derecho subjetivo sigue siendo considerada controvertida por algunos, el TEDH ha resuelto desde hace tiempo esta duda recurriendo al concepto de derecho a un medio ambiente sano. Por otra parte, la preocupación por el medio ambiente no podía entrar de otro modo en la argumentación de la jurisprudencia de Estrasburgo, dado que la misión principal del TEDH es precisamente garantizar la protección de los derechos humanos [13].

El resultado de este planteamiento ha tenido repercusiones considerables, especialmente en relación con las obligaciones a las que el Tribunal ha conde-

[10] Por ejemplo, en el caso *Oneryildiz c. Turquía*, donde los demandantes reprochaban la negligencia del Gobierno con respecto a una explosión de gas en un barrio de chabolas. Según los solicitantes, las autoridades habían permitido la construcción de viviendas en una zona muy cercana a un emplazamiento de enterramiento de residuos sin respetar las reglas dictadas en materia sanitaria. El Tribunal – y la Gran Sala también – afirmó que en este caso no hay obstáculos en reconocer el perjuicio del derecho a la vida, el mismo verificándose también en presencia de actos de omisión. Además, en la Sentencia se lee que el derecho a la vida pueda tal vez interpretarse en su configuración más amplia, es decir también cuando se verifica una afectación del mismo frente a daños que reducen la calidad de la vida, determinando, como en este caso, el degrado de las condiciones de la vivienda – la Sala habla de «vivienda decente».

[11] De extrema relevancia es el caso López Ostra c. España63. Frente al recurso de la demandante, que sostenía haber sido afectada en su derecho al domicilio a causa de un enterramiento de residuos cerca de su vivienda, el Tribunal afirma que las condiciones ambientales no solo podían afectar su salud, sino también el general bienestar de la mujer, es decir en la oportunidad de disfrutar de su vivienda y de la vida familiar que desarrolle en la misma.

[12] Palombino, G., «El medioambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la imparcialidad generacional en la perspectiva del constitucionalismo multinivel», en: Anales de derecho, número especial dedicado a «El TEDH en su sesenta aniversario», 2020.

[13] Velasco Caballero, F., «La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en: Revista Española de Derecho Constitucional, 45, 1995, pp. 305-324.

nado a los Estados por violación de los derechos consagrados en el Convenio por su falta de cuidado del medio ambiente. Más concretamente, no se trataba sólo de obligaciones negativas, es decir, de condenar a los Estados a abstenerse de determinados comportamientos, sino también de obligaciones positivas, es decir, de condenar a los Estados a asumir determinadas conductas para preservar un medio ambiente sano, o a orientar las políticas públicas en función de este objetivo [14].

IV. MEDIO AMBIENTE Y CAMBIO CLIMÁTICO: ¿FALSOS AMIGOS?

Lo que se acaba de decir sirve para recordar las piedras angulares de la jurisprudencia de Estrasburgo, ampliamente comentadas en la doctrina, sobre la protección del medio ambiente [15]. Dicho esto, sin embargo, también debe señalarse que sólo existe una coincidencia parcial entre la protección del medio ambiente y el desafío del cambio climático; en otras palabras, lo que el TEDH ha afirmado en el ámbito del medio ambiente no puede considerarse totalmente reproducible en el ámbito del clima. En efecto, la cuestión climática se caracteriza por elementos adicionales que, desde el punto de vista jurisprudencial, complican la reflexión del intérprete.

En general, esta complicación puede resumirse en una idea, la del desajuste espacio-temporal que se produce al reflexionar sobre (cómo aclarar) la responsabilidad de los actores públicos frente al calentamiento global. En efecto, cuando se reflexiona sobre las implicaciones jurídicas de este fenómeno, el espacio y el tiempo parecen distorsionarse o, en todo caso, verse afectados de tal manera que socavan, al menos aparentemente, el papel de la jurisprudencia: con respecto al espacio, esto depende del hecho de que el cambio climático es la consecuencia de múltiples factores, difíciles de circunscribir desde un punto de vista territorial y que, por lo tanto, no pueden atribuirse a un único responsable, razón por la cual también es difícil basarse en los criterios tradicionales de la soberanía; con respecto al tiempo, la crisis climática no siempre permite identificar una lesión actual de los derechos, tal vez traduciéndose en una lesión potencial que sólo puede producirse en el futuro [16]. Además

[14] Papa, A., La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere. Editoriale Scientifica, Napoli, 1998.

[15] Caravita, B.; Cassetti, L.; Morrone, A., (coords.), Diritto dell'ambiente. Il Mulino, Bologna, 2016.

[16] Bifulco, R., Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale. Franco Angeli, Milano, 2008; Bifulco, Raffaele; D'aloia, Andrea (coord.), Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale. Jovene, Napoli, 2008; Brown Weiss, E., «Intergenerational equity», en: Max Planck Encyclopedia of Public International Law,

de estos dos aspectos problemáticos, existe otro, estrictamente científico: se trata de la dificultad, ante los tribunales, de determinar el nexo causal entre las políticas adoptadas, u omitidas, por un Estado, y la aparición del aumento de las temperaturas.

Estas son las principales razones por las que la reflexión jurídica sobre el cambio climático adquiere características especiales en comparación con el marco más genérico de la protección del medio ambiente. En este último ámbito, en efecto, al menos si se tiene en cuenta la jurisprudencia, incluida (pero no sólo) la del TEDH, no se encuentran los perfiles de dificultad que se acaban de apuntar; o más bien, cabe imaginar su configuración, pero sin que acaben adquiriendo un rasgo caracterizador ineludible, como es en el caso del cambio climático. Para ser claros, la responsabilidad medioambiental, aunque su intrínseca relevancia global sea incuestionable, se circunscribe casi siempre a las políticas de un único Estado y, por tanto, puede analizarse utilizando los criterios tradicionales de la soberanía. Del mismo modo, los daños medioambientales, que sin duda también se reflejan en el futuro, también pueden verse con mayor certeza en la actualidad de su manifestación y, por tanto, en detrimento de las comunidades existentes afectadas por ellos [17].

V. EL LITIGIO CLIMÁTICO: DESDE HERRAMIENTAS ESTRATIFICADAS HASTA UN DIÁLOGO MULTINIVEL EN CIERNES

Los elementos críticos identificados en el ámbito del cambio climático, y que distinguen sus rasgos esenciales de la cuestión de la protección del medio ambiente, son esencialmente los expresados por los distintos tribunales que, hasta la fecha, han tenido que pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con los denominados litigios climáticos. Refiriéndonos genéricamente a esta jurisprudencia, sin embargo, es interesante reflexionar sobre un aspecto, es decir, el hecho de que, hasta las sentencias del TEDH de 9 de abril de 2024, no había

Oxford University Press, Oxford, 2013; Palombino, G., Il principio di equità generazionale: la tutela costituzionale del futuro. Firenze, Le Monnier-Mondadori, 2022.

[17] Con estas consideraciones nos referimos al tema de la tutela de las generaciones futuras, ámbito de investigación que goza de una dimensión de estudio muy amplia sobre todo con referencia a las cuestiones medio ambientales y climáticas. Solo cabe mencionar que la jurisprudencia ofrece siempre más herramientas para construir una teoría jurídica sobre la tutela del futuro y de quien lo vivirá, y en este sentido también sirve la doctrina de las obligaciones positivas: estas últimas, dando lugar a un mecanismo de protección de los derechos de carácter objetivo, y no subjetivo, constituye quizá el terreno más fértil para seguir razonando en este sentido. En general, Palombino, G., Il principio di equità generazionale: la tutela costituzionale del futuro. Firenze, Le Monnier-Mondadori, 2022.

habido ningún pronunciamiento de tribunales internacionales sobre este punto [18]: en definitiva, la mayor parte de los litigios climáticos que hoy pueden analizarse se remontan a los tribunales nacionales. A este hecho se añade otro, sólo aparentemente disonante: y es que, si bien la justicia climática ha encontrado principalmente su lugar en el ámbito nacional [19], los instrumentos que caracterizan su desarrollo, con referencia, según los casos, a la demanda o a la decisión del tribunal que conoce del asunto, deben remontarse al Derecho internacional.

Todo ello conduce a la evidencia que el litigio climático se desarrolla sobre la base de herramientas estratificadas, determinadas, por una parte, por una dificultad de los tribunales internacionales que, paradójicamente, relevan cierta dificultad en obligar a los Estados al respeto de las limitaciones que la propia justicia internacional, por su propia naturaleza, debería garantizar; por otra, un mayor activismo judicial por parte de los tribunales nacionales, debido a una demanda cada vez más consistente de justicia climática por parte de los ciudadanos, pero también a la dificultad de encontrar instrumentos útiles, a veces incluso a nivel constitucional, para dar respuestas eficaces a estas demandas.

Un diálogo multinivel en sentido estricto parecería ajeno a este paisaje estratificado, al menos desde el punto de vista jurisprudencial. En otras palabras, esta desviación, al menos aparente, entre el nivel normativo (internacional) y el nivel jurisprudencial (nacional) no daría lugar a un verdadero diálogo entre tribunales (nacionales y supranacionales o internacionales), que a veces se supone ser una de las almas de la reflexión sobre el constitucionalismo multinivel. Sin embargo, pueden observarse algunos elementos interesantes que comienzan a insinuar la configuración cada vez más evidente de dicho diálogo, incluso antes de la intervención del TEDH en materia de cambio climático.

Para reflexionar en este sentido, es necesario recuperar la jurisprudencia del TEDH en materia de protección del medio ambiente. En efecto, aunque no cabe duda de que la reflexión sobre la cuestión climática se caracteriza por elementos distintos, es precisamente de esa jurisprudencia de la que se han nutrido muchos tribunales nacionales para demostrar su legitimidad a la hora de condenar a los actores públicos al cumplimiento de obligaciones positivas de protección. De hecho, la responsabilidad del Estado en la protección de los derechos y su constatación judicial corresponde a una doctrina típica del TEDH y, al

[18] Hasta hoy, conocemos solamente las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Internacional del derecho del Mar; sigue pendiente una opinión consultiva solicitada ante la Corte Internacional de Justicia.

[19] Gallarati, F., «Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne», en: DPCE online, 2, 2022, pp. 1085-1110.

mismo tiempo, a un aspecto muy descuidado por los tribunales nacionales (con la excepción de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán [20]).

El principal caso de esta contaminación, o emulación del esquema adoptado normalmente por el TEDH, es el caso *Urgenda* [21], en el que los demandantes basaron sus argumentos ante el Tribunal Supremo holandés precisamente en el incumplimiento por parte del Estado de las obligaciones positivas derivadas del CEDH. El esquema seguido en el caso holandés ha tenido cierto éxito en la escena europea, también en otras jurisdicciones, por lo que algunos hablan de una «circulación del modelo Urgenda» [22]. Sin embargo, quizá sería más correcto hablar –aunque el resultado no cambiaría– de una circulación del modelo adoptado por el TEDH a nivel nacional, con la peculiaridad de que los tribunales nacionales habrían anticipado a la jurisprudencia internacional en la aplicación de su propio esquema.

VI. CIRCULACIÓN DE UN MODELO E INVERSIÓN DE UN PROCESO: LA CAPACIDAD TRANSFORMADORA DE LOS DERECHOS EN LA CONSTRUCCIÓN *BOTTOM-UP*

En este contexto, el TEDH parece venir a confirmar la jurisprudencia pronunciada sobre este punto a nivel nacional (por supuesto, esto sólo se refiere a los casos de tribunales que han establecido la responsabilidad del Estado mediante la emisión de sentencias condenatorias) [23]. En lo específico, nos referimos a las tres decisiones del 9 de abril de 2024: *Carême c. Francia* y *Duarte*

[20] La Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 24 de marzo de 2021 constituye seguramente una de las sentencias más relevantes en el panorama de la justicia climática. En este sentido, cabe recordar que el Tribunal de Karlsruhe conoce su propia doctrina en términos de obligaciones positivas del Estado frente a la protección de los derechos. Palombino, G.; Sánchez Barrilao, J. F., «La protección del medio ambiente en Europa ante la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 24 de marzo de 2021», en: Revista de Derecho Constitucional Europeo, 36, 2021. Portocarrero Quispe, J. A., «La proporcionalidad en la protección anticipada de las libertades fundamentales: análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 24 de marzo de 2021 sobre la Ley federal de protección del clima», en: Teoría y Realidad Constitucional, 49, 2022, pp. 387-407; Palombino, G., «La dimensión constitucional del cambio climático en la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 24 de marzo de 2021», en: Revista Española de Derecho Constitucional, 131, 2024, pp. 333-362.

[21] Cavalcanti, M. F.; Terstegge, M. J., «The Urgenda Case: the Dutch Path Towards a New Climate Constitutionalism», en: DPCE online, 2, 2020, pp. 1371-1404; De La Cámara, M. A., «Urgenda Foundation v. State of the Netherlands: desafíos del constitucionalismo global», en: Revista Española de Derecho Constitucional, 126, 2022, pp. 299-330.

[22] Peel, J.; Osofky, H. M., «A Rights Turn in Climate Change Litigation?», en: Transnational Environmental Law, 7, 2015, pp. 63 ss.

[23] Gallarati, F., «L'obbligazione climatica davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: la sentenza KlimaSeniorinnen e le sue ricadute comparate», en: DPCE online, 2, 2024.

Agostinho y otros c. portugal y otros 32 Estados, donde el Tribunal, sobre todo por razones de carácter procedimental, no ha condenado los Estados demandados; y *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros c. Suiza,* que constituye el primer caso de condena al cumplimiento de obligaciones positivas del TEDH por violaciones dependientes del cambio climático.

Esta última, entonces, se considera una confirmación de la jurisprudencia ya conocida porque, de hecho, en la sentencia *Urgenda*, el Tribunal holandés ya había derivado la obligación del Estado de actuar contra el cambio climático interpretando precisamente los artículos 2 y 8 del CEDH. A la luz de lo anterior, y aunque el TEDH haya argumentado su decisión exclusivamente sobre el artículo 8, es verdaderamente complejo probar que hubo una influencia de la jurisprudencia nacional en la jurisprudencia internacional; sin embargo, no cabe duda de que los tribunales nacionales contribuyeron a preparar el terreno para la decisión de los jueces de Estrasburgo incluso antes de que tuvieran conocimiento de los recursos sobre los que entonces decidieron.

Esto, hay que reiterarlo, es ciertamente fruto de la circulación de un modelo, es decir, de la proposición del esquema típico adoptado por el TEDH también por parte de los tribunales nacionales. Y la esperanza es que este modelo se consolide cada vez más en los ordenamientos jurídicos europeos, especialmente en aquellos que no tienen acceso directo a la justicia constitucional (como en Italia) y en los que, si no se produce esta emulación de la fórmula centrada en las obligaciones positivas de protección, el riesgo podría ser el de una marginación del juez nacional en beneficio de una intervención más frecuente de la jurisdicción internacional [24].

Al mismo tiempo, sin embargo, esta contaminación mutua, provocada por el hecho de que el TEDH haya pasado a aplicar su propio esquema de juicio después de los tribunales nacionales, es también un síntoma de otro fenómeno: que la construcción de respuestas jurídicas al cambio climático se está desarrollando sobre la base de un proceso ascendente, al menos desde el punto de vista jurisprudencial. De hecho, aunque los principales instrumentos, a los que también se refiere la jurisprudencia nacional, son de matriz internacional (y de naturaleza distinta, porque van desde los Acuerdos de París hasta el CEDH), su eficacia se está afirmando ante todo en el ámbito nacional. Esta dinámica define la inversión de un proceso, así como una diferencia ulterior respecto de lo que ha sucedido en el ámbito de la protección del medio am-

[24] Por ejemplo, favoreciendo recursos directos al TEDH, sin el previo agotamiento de los remedios internos. Masciotta, Costanza, «Il ricorso "diretto" a Strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento, ex artículo 35 CEDU: un possibile "cortocircuito" tra sistema costituzionale e convenzionale di tutela?», en: Osservatorio sulle fonti, 1, 2018.

biente: en efecto, si respecto de esta última hemos hablado de un proceso osmótico *top-down*, en lo que se refiere a su regulación, en el caso del cambio climático la misma construcción se está produciendo «desde abajo» y en la fase principalmente patológica, es decir, jurisprudencial.

Esta consideración no es meramente descriptiva, sino sustancial, sobre todo porque responde a las posiciones críticas de quienes no comparten una lectura de la lucha contra el cambio climático centrada en los derechos. Nos referimos a la idea de que el compromiso estatal en la lucha contra el calentamiento global es una cuestión de políticas públicas, que puede declinarse en la fórmula de la discrecionalidad política. Por el contrario, lo que se observa en la actualidad muestra que esta distinción entre políticas públicas y protección de derechos sólo es aparente, o al menos no tan nítida, si se adopta la perspectiva de las obligaciones positivas de protección [25].

Es en este sentido en el que los derechos adquieren una capacidad transformadora, sobre todo en la medida en que constituyen la única llave a través de la cual la ciudadanía, al solicitar su protección, puede de alguna manera participar en la toma de decisiones públicas: cuestionando lo ya hecho a nivel legislativo y orientando las decisiones futuras en una dirección más garantista (así como acorde con los condicionantes internacionales).

La capacidad transformadora que aparece en el título hace referencia a esta dinámica, que es extremadamente clara, y cada vez más consolidada, en los litigios sobre el clima. La peculiaridad, sin embargo, sigue encontrándose en el hecho, que es necesario subrayar de nuevo, de que el instrumento-fuente, el CEDH, no contiene ninguna referencia expresa ni al cambio climático ni al marco más general de la protección del medio ambiente; un elemento, sin embargo, que demuestra aún más la capacidad transformadora de la protección de los derechos en la medida en que opera al compás de un contexto social en evolución y es capaz, por sí mismo, de dar lugar a mecanismos de protección incluso cuando no se ha producido ninguna intervención de positivización.

VII. LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS CLIMÁTICA: UN PROBLEMA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Las reflexiones realizadas hasta ahora sobre la capacidad transformadora de los derechos perderían su sentido en ausencia de una declinación centrada

[25] Fernández Egea, R., «El deber de protección frente a los efectos del cambio climático», en: *Aquiescencia*, 2015.

en la dimensión multinivel de la protección [26]. Esta consideración es válida al menos en dos perspectivas distintas: una relativa a la circulación y afirmación del modelo que hemos intentado describir, la otra relativa al mantenimiento y eficacia del propio modelo. Sobre el primero de estos dos aspectos, ya hemos comentado la idea de que el modelo de protección, correspondiente a la doctrina de las obligaciones positivas de protección, se ha afirmado gracias a la influencia, o contaminación, de la jurisprudencia del TEDH en la jurisprudencia nacional (al menos en algunos casos).

Tal modelo, sin embargo, sólo tiene sentido si se aplica en el contexto del constitucionalismo multinivel, y ello a la luz de la naturaleza global del fenómeno considerado en este trabajo. Esto nos remite al debate, no reciente, sobre el papel que la constitución está llamada a desempeñar ante los desafíos globales. Un debate que, aún hoy, gira en torno a lo que, según algunos, constituiría una limitación: el constitucionalismo se funda sobre un paradigma, el de la soberanía, que parecería dejar fuera de las garantías constitucionales todo lo que está fuera del territorio del Estado. Hoy más que antes, sin embargo, podemos afirmar que seguir tal enfoque acabaría por negar la eficacia de la Constitución en su conjunto: en efecto, es extremadamente difícil distinguir los desafíos globales de los que no lo son, o en todo caso es evidente que, hoy en día, los desafíos que llaman la atención de la doctrina sobre la protección de los derechos se caracterizan siempre por su «globalidad». Por tanto, sería paradójico excluir precisamente los principios y garantías constitucionales, y por supuesto los mecanismos conexos, de la reflexión sobre las grandes cuestiones del siglo en que vivimos.

Sin embargo, es precisamente al reflexionar sobre los litigios climáticos cuando se observa que las primeras, y cruciales, respuestas jurisprudenciales proceden precisamente de los tribunales nacionales, tal vez de los jueces constitucionales; y también se ha hipotetizado, entre otras cosas, que fueron precisamente estas intervenciones las que prepararon el terreno para las jurisdicciones internacionales, en la medida en que éstas deberían ser el foro natural para decidir cuestiones de carácter transfronterizo o, por seguir utilizando los términos que se están adoptando en esta reflexión, de carácter global [27].

En definitiva, el «instrumento» último, por así decirlo, siempre puede remontarse al Derecho interno, pero con una composición modulada, de manera siempre distinta, con lo establecido a nivel internacional; e incluso cuando se trata de ins-

[26] Pereira Da Silva, V., «Commentary to a multilevel Court Decision for a multilevel Public Law Professor. An Homage to Jacques Ziller», en: Fromage, D. (dir.), Jacques Ziller, a European scholar. European University Institute, San Domenico di Fiesole, 2022, pp. 242-253.

[27] Hernández González, F. L. (dir.), El derecho ante el reto del cambio climático. Cizur Menor, Aranzadi, 2020.

trumentos que pueden remontarse a la dimensión del *soft law*, ello no excluye en absoluto que puedan conducir, en función de un nivel más o menos elevado de cooperación internacional, a la adopción de instrumentos internos jurídicamente vinculantes, como de hecho ocurrió ante distintos tribunales europeos.

En mi opinión, la dinámica que se acaba de describir configura un modelo de constitucionalismo global [28], al menos en la perspectiva, propuesta por Peter Häberle [29], del constitucionalismo cooperativo: una constitución no debería estar «constreñida» dentro de los límites de las fronteras, sino, por el contrario, abrirse al exterior y participar en un diálogo supranacional e internacional con otras constituciones. Además, esto refleja la idea de universalismo, o en todo caso de aspiración universalista, que, según el pensamiento de Kelsen, debe caracterizar siempre la Ley fundamental. Y este «diálogo» al que se hace referencia, concepto aparentemente vago y destinado a caer en el pozo de la utopía, en realidad no corresponde más (que no es poco, desde luego) que a la participación en procesos de integración: procesos de integración no solo a nivel supranacional, sino también a nivel internacional, incluso en el esquema del constitucionalismo multinivel, concepto a investigar y desarrollar, precisamente, no sólo a nivel europeo, sino también más allá de Europa [30].

A la luz de estas reflexiones, por tanto, es necesario, por un lado, preservar el papel de la constitución o, en todo caso, subrayar hasta qué punto los mecanismos de garantía estrictamente constitucionales pueden ofrecer respuestas frente al cambio climático. Pero, al mismo tiempo, también es necesario subrayar que estos mecanismos de garantía puedan mantener su eficacia, frente a los desafíos globales, sólo si se declinan en un contexto multinivel; al revés, si se aíslan o se limitan al ámbito estatal, de nuevo como demuestra el desarrollo de los litigios climáticos, pierden su razón de ser. Es entonces el diálogo supranacional e internacional, en la perspectiva de los procesos de integración, que, por una parte, desencadena estas garantías y, por la otra, les permite operar, verdaderamente, a escala global.

VIII. CONCLUSIONES

Sin duda, las reflexiones propuestas en este escrito deberán actualizarse en los próximos meses, dado que el fenómeno que contemplan está en cons-

[28] Ferrajoli, L., Per una Costituzione della terra. Feltrinelli, Milano, 2022; Jiménez Alemán, Á. A., «El constitucionalismo global: ¿neologismo necesario o mera cacofonía?», en: Revista Española de Derecho Constitucional, 117, pp. 139-166, 2019.

[29] Häberle, P., Verfassung als öffentlicher Process. Duncker & Humblot, Berlin, 1978.

[30] Gómez Sánchez, Y., Constitucionalismo multinivel. Sanz y Torres, Madrid, 2023.

tante evolución, incluso en el plano estrictamente jurídico. Los litigios climáticos ofrecen cada día nuevos ejemplos y, por tanto, nuevos elementos de reflexión, porque son en sí mismos un fenómeno en ciernes. En este sentido, cabe evidenciar la importancia de un debate doctrinal especialmente vivo y dinámico, y muestra de ello son las tantas contribuciones científicas, de distinto tipo, que aparecen con frecuencia siempre mayor alrededor del tema. Este es un aspecto de grande interés, porque demuestra también la preocupación y la sensibilidad que la lucha al cambio climático va registrando en el mundo académico-jurídico.

También este debate tan dinámico determina una reflexión en continuo desarrollo, pero, aun así, en este trabajo se ha intentado ofrecer algunas consideraciones generales que, se espera, puedan servir para seguir estudiando el tema en el futuro. La idea, en efecto, es que, si bien no existe una fórmula única y definitiva para el litigio climático, los ejes en torno a los cuales éste se mueve son claros e inevitables.

Por un lado, la importancia de construir respuestas al calentamiento global centradas en la protección de los derechos, que adquieren una función transformadora al incidir en la adopción de decisiones públicas. Y quizás este es un punto de grande relevancia de las decisiones del TEDH, también en los dos casos donde no ha habido condena, porque, por el simple hecho de pronunciar su decisión, los magistrados de Estrasburgo demuestran que el cambio climático determina una afectación de los derechos humanos y que hay medidas jurisprudenciales para sancionar la responsabilidad de los Estados.

Por el otro lado, la necesidad de una declinación multinivel de la protección de los derechos, que, manteniendo la centralidad de la constitución, abre sus garantías a un diálogo internacional [31]. Hoy en día, de hecho, no podría reflexionarse en otro sentido, sobre todo frente a desafíos globales, y el fenómeno del cambio climático lo demuestra. En particular, lo que se ha intentado afirmar es que la necesidad no es solo trasladar la toma de decisiones a órganos jurisdiccionales internacionales, lo que en realidad no ha pasado, porque precisamente han sido antes las jurisdicciones nacionales en ofrecer respuestas a la cuestión climática; sin embargo, estas respuestas han sido moduladas sobre la base de herramientas estratificadas y gracias a un diálogo multinivel, todavía en desarrollo, pero implementado desde los tribunales internos [32].

[31] Pérez Marcos, R.M.; Gómez Sánchez, Y., (coord.), Pasado, presente y futuro de los derechos humanos. Comisión Nacional de los Derechos Humanos – UNED, Madrid, 2004.

[32] Gómez Sánchez, Y., Constitucionalismo multinivel. Sanz y Torres, Madrid, 2023; Gómez Sánchez, Yolanda (coord.), Los Derechos en Europa. UNED, Madrid, 2000.

CUARTA PARTE:
Igualdad entre mujeres y hombres

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL FEMINISMO JURÍDICO

María Luisa Balaguer Callejón
Universidad de Málaga

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de perspectiva de género aparece en el ordenamiento jurídico constitucional como una posibilidad de corrección de la desigualdad entre mujeres y hombres a través de la legislación y la aplicación normativa. Su regulación no tiene una formulación clara en la medida en que no ha sido definido jurídicamente en ningún texto legal, ni en la forma ni en el contenido, lo que obliga a una construcción doctrinal que en el transcurso del tiempo se ha reducido a la introducción en los textos normativos de una exigencia a tener en cuenta en el dictado de las resoluciones judicial y en determinados de la Administración, como criterios a tener en cuenta para la formulación de políticas públicas.

Sin embargo, la imprecisión de la expresión «perspectiva de género» permite a los operadores jurídicos una importante versatilidad de acuerdo con pautas de desarrollo de los procedimientos judiciales, no solamente en el momento de la decisión, sino en la trayectoria completa de los conflictos específicos de género.

II. EL FEMINISMO FILOSÓFICO Y EL FEMINISMO JURÍDICO

La importancia de la filosofía para el feminismo «como reflexión acerca de las exigencias de un pensamiento científico para abordar la desigualdad

entre mujeres y hombres, su metodología para el estudio del sujeto mujer ignorado por la historia, aunque exigente en la demanda social y reivindicativa de la igualdad [1]», obliga a realizar una reflexión acerca de hasta qué punto no es la filosofía una condición o antecedente de las diferentes corrientes que se han generado desde la desigualdad entre mujeres y hombres, y de qué manera ha influido el feminismo filosófico en quienes hemos estado empeñadas en la formulación de un feminismo jurídico garantista de la igualdad [2]. En todo caso, lo que la historia del feminismo nos muestra es que en cada momento histórico en el que se desenvuelve una teoría filosófica explicativa del conjunto social, surge un intento feminista de reconducir a los intereses de las mujeres aspectos identificativos de la igualdad [3].

También desde un punto de vista histórico es importante rastrear los orígenes del feminismo jurídico en España. Desde que C. Arenal escribe en 1879 «El derecho de gentes», primera obra importante en España de derecho internacional que se adelanta a la época, se alumbra una importante obra de mujeres que escriben obras jurídicas, pese a que no hayan sido difundidas hasta fechas muy recientes [4].

Igualmente, Clara Campoamor, que, exiliada después de la guerra civil, siguió escribiendo y obras como «La revolución española vista por una republicana», «El voto femenino y yo: mi pecado mortal» y otros numerosos ensayos que se agruparon posteriormente en la obra «La mujer quiere alas», y artículos periodísticos de su juventud, en «La forja de una feminista», además de un libro sobre «El pensamiento vivo de Concepción Arenal» editado en 1939 en Argentina, y que se ha publicado en España en 2013. El libro analiza la obra de Arenal y selecciona fragmentos de cada una de ellas.

También, aunque más ignorada y tergiversada ha sido la obra de V. Kent, que contra lo que ha trascendido de su posición respecto del voto de la

---

[1] Balaguer, M. L., *El feminismo siglo xxi. Del #MeToo al Movimiento Queer.* Huso, Madrid, 2021, p. 19.

[2] Una relación entre filosofía y derecho, explicativa de la influencia que la primera tiene sobre las concretas formas jurídicas en: Balaguer, M. L., *Derecho, sexo y filosofía. Transmodernidad y normatividad.* Comares, Granada, 2023.

[3] Más allá de las posibilidades de clasificar al feminismo desde orientaciones diferentes según la perspectiva que se aborde, es inevitable considerarlo desde las diferentes teorías que en su evolución histórica lo han hecho evolucionar paralelamente a las corrientes del pensamiento generalista. En ese sentido cabe hablar de un feminismo marxista, personalizado en A. Bebel, A. Kolontai O J. Michell, o en España L. Falcón, histórica feminista y pionera también de un intento de síntesis entre feminismo y marxismo. También desde una perspectiva psicoanalítica representada por Meller, Deustch, y otras. Nuestro interés en la evolución del feminismo en España en la Academia nos obliga a reducir a este trabajo al feminismo filosófico y al jurídico.

[4] En lo que se refiere a Arenal, destaca en importancia la biografía reciente Caballé, A., *Concepción Arenal. La caminante y su sombra* publicada por la ed. Taurus en 2018 y que recibió el premio Nacional de Historia en 2019.

mujer, esa oposición nunca fue al voto, sino al momento concreto de su aprobación y la oportunidad de hacerlo en una situación en la que peligraba la república. Sin embargo, no se conoce mucho la actividad de V. Kent en las deliberaciones de la Cámara que discutió el proyecto de Constitución de la República. La Comisión Parlamentaria encargada de redactar el Proyecto de Constitución de 1931, estuvo presidida por Jiménez de Asúa, y formada por 21 diputados. Y ella presentó algunas enmiendas importantes en relación con los derechos de las mujeres [5].

Mas recientemente María Telo será una mujer importante para el feminismo jurídico de la legislación sobre la igualdad. Abogada en ejercicio ingresó en la Federación Internacional de las Mujeres de Carreras jurídicas y en 1969 organizó el Consejo anual de dicha federación en Madrid. La ponencia de María Telo, bajo el título «La mujer en el derecho civil», analizó la situación de inferioridad jurídica de las mujeres españolas. Esta ponencia tuvo gran repercusión. En ese Consejo se conocieron varias abogadas que decidieron crear la Comisión de Estudios dependiente de la FIMCJ, con el objetivo de estudiar las conclusiones acordadas en el Consejo y reivindicarlas ante las autoridades correspondientes.

En julio de 1971 se creó la Asociación Española de Mujeres Juristas (AEMJ), bajo la presidencia de María Telo Núñez para el estudio del Derecho en todo lo relacionado con la mujer, y en 1976 organizó el I Congreso Internacional de Mujeres Juristas que tuvo lugar del 13 al 16 de diciembre en Madrid.

Trabajó en la reforma del Código Civil que terminó con la promulgación de la Ley 14/1975, de 2 de mayo de 1975 en la que se reconoció a la mujer su capacidad plena de obrar al eliminar la obediencia al marido, la licencia marital y todas las discriminaciones por razón de sexo excepto dos, la patria potestad conjunta y la administración conjunta de los bienes gananciales.

En los últimos años de la dictadura, las mujeres se organizan desde el asociacionismo al amparo de la ley 7/1974, de 21 de diciembre de las asociaciones profesionales. Y promueven acciones contra el régimen y llegarán a una toma de conciencia de su situación social y jurídica. Más allá de la doble militancia que las mujeres sostienen integradas también en los partidos políticos de izquierdas, se inicia en esos años una agenda política que todavía aún no se ha completado. La igualdad salarial, los derechos sexuales reproductivos y el

[5] Acerca de la injusta contraposición que se ha hecho en la literatura reciente sobre las distintas posiciones políticas de Campoamor y Kent puede consultarse BALAGUER, M. L., «Victoria Kent: Vida y obra» en: *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 21, 2009.

divorcio, entran juntamente con las exigencias políticas de la libertad, la democracia y la amnistía a los presos políticos del franquismo.

Pero la relación de las mujeres con el derecho cambia con el escenario que se abre en 1978 al publicarse la CE. A partir de 1978, las mujeres contarán con algunos preceptos constitucionales que, aunque no estuvieran específicamente legislados para sus derechos, facilitarán bastante el acceso a la igualdad entre mujeres y hombres.

III. EL FEMINISMO EN EL ENCLAVE DE OTROS GRUPOS DE RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL

Las décadas de los ochenta y los noventa, son de un aprovechamiento decisivo en la teoría feminista, porque avanzan su pensamiento en extensión y en profundidad. En extensión en cuánto relacionan y amplían su conocimiento con aportaciones decisivas para su teoría en modelos contrastados de situaciones comparadas, y en profundidad, porque llegan a conclusiones que son exportables al campo científico de sectores del conocimiento hace un momento mencionados, y empiezan a obtener el respeto de la comunidad científica, que no puede dejar de aceptar en estos sectores los estudios rigurosos y basados en datos homologables a cualquier otro de su misma naturaleza.

En estas décadas el feminismo se implanta con fuerza en España, y adquiere una importante significación en lo que se refiere a sus formulaciones teóricas y a la expansión de su doctrina, auspiciadas ambas, por el institucionismo y la tutela al asociacionismo de las mujeres en sus diferentes aspectos [6].

La legislación de género se inicia desde la consideración de la violencia contra las mujeres, en particular en la pareja, como una exigencia del estado de derecho, que no puede tolerar el número creciente de asesinatos que tienen lugar en la década de los noventa. Pese a un nuevo código penal en 1995, que se llamó el código penal de la democracia, la regulación de los malos tratos en las relaciones de pareja resultaba insuficiente para reprimir estos delitos, y las asociaciones de mujeres plantearon la necesidad de reformas parciales al código. Pero igualmente, la implantación de medidas de alejamiento y otras de naturaleza penal resultaron insuficientes para abordar un problema mucho más amplio, de regulación de los derechos de las mujeres, que exigía una ley integral contra la violencia de género. Esta LO 1/2004, de 28 de diciembre, modi-

[6] Sobre la construcción jurídica del género en estos años, BALAGUER, M. L., *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género.* Cátedra, Madrid, 2005.

ficaba un número importante de leyes civiles, administrativas y laborales, en el intento de atajar el creciente número de mujeres víctimas de sus parejas. Pocos años después, se aprobó, en la misma legislatura, la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

La LO 3/2007, se aprueba además con contenidos de derechos laborales, administrativos, educativos y sociales. Contiene una importante dogmática de los derechos de las mujeres para llegar a la igualdad real, con instrumentos jurídicos útiles para esa finalidad, como la exigencia de una perspectiva de género en el derecho, las acciones positivas para las mujeres en sectores subrepresentados, y otras, que, de haber sido desarrolladas con voluntad política, hoy habrían producido importantes resultados. Es importante situar los efectos de las cuotas electorales en un plano de la realidad, para calibrar sus efectos en el corto plazo. La reticencia que, desde el punto de vista social, tuvo en su momento el debate electoral respecto de la cuota electoral de las mujeres, era compartida por algunos partidos políticos que no aceptaron de buen grado esta norma. Sometido a consideración del Tribunal Constitucional, este resolvió la constitucionalidad de las cuotas como una medida necesaria de acción positiva de los poderes públicos para acortar distancias entre la igualdad reconocida a las mujeres. Pero además ha de tenerse en cuenta, que, una vez validada la constitucionalidad de las cuotas, la presentación de candidaturas por parte de los partidos no cambia sin más la relación de fuerzas de las mujeres en relación con los hombres dentro de esas organizaciones, sino que la cuota se gestiona por parte de los órganos de dirección de los partidos, donde los hombres siguen manteniendo unas relaciones informales, que mediatizan las decisiones acerca de las listas electorales. Y algunos elementos de estas decisiones perjudican a las mujeres y son relativamente insalvables: las mujeres rara vez repiten candidatura, en tanto que los hombres consolidan liderazgos, la depuración de mujeres de ideología feminista condiciona las posibilidades de trabajo efectivo de las mujeres para la igualdad, la propia posición de la maternidad de las mujeres o su falta de autoestima, todavía opera como un factor condicionante, la administración de los puestos reales a conseguir, y la posición preeminente para los hombres en esos puestos garantizados, y muchas otras circunstancias que finalmente operan como disuasorias en relación con la igualdad de género. Todo ello determina que la resultante numérica no sea en los parlamentos u otras instituciones de un 60-40 exigido por la ley, y en cuánto a otros factores no numéricos, que la importancia real de las mujeres quede a veces minimizada por otros factores.

A partir de aquí se ha producido un cambio de paradigma en el estado español, con respecto al movimiento feminista. Algunas de sus características, en rela-

ción con la situación anterior, podrían ser la de como el feminismo deja de ser una ideología minoritaria, para convertirse en un pensamiento generalizado que entra masivamente en la sociedad, con una aceptación de sus supuestos metodológicos y su acción colectiva, como una cuestión de justicia social, de manera equivalente a otras conquistas sociales, como la de clase, o la de la solidaridad social, y de ser connotado a menudo muy negativamente, pasa a justificarse en términos de justicia social, que permite su respaldo ahora en las exigencias de cambios sociales capaces de llegar a conseguir la igualdad entre mujeres y hombres.

Igualmente, se produce una universalización de las reivindicaciones, que consigue unir a todos los feminismos en una acción común, la de mantener una agenda social de mínimos, con independencia de las diferencias ideológicas que presenten las distintas formaciones feministas.

Y en el ordenamiento jurídico entra como uno de los movimientos que de ser reconocidos desde la normatividad y no solo desde el activismo político la voluntad de sus gobernantes. No precisan siquiera un desarrollo legislativo, salvo en lo que se refiera a la distribución, porque lo tienen en el reconocimiento y la participación siguiendo la certera conceptualización de N. Fraser[7].

Desde esa posición el movimiento feminista se conceptúa como un proyecto reivindicativo y de emancipación que pertenece y comparte algunas características con otros movimientos surgidos de la modernidad al hilo de las exigencias civiles de libertad e igualdad que alumbraron el siglo XIX. Desde sus inicios el feminismo cuya primera motivación social la constituye la extensión de los derechos políticos y civiles del liberalismo a toda la humanidad, ha sostenido una concepción universal del humanismo que defendía y por el que luchaba[8].

IV. LA TEORÍA EN EL FEMINISMO JURÍDICO

El intento de formular una teoría del feminismo jurídico desde un origen constitutivo, es decir desde la propia lógica constructivista feminista es de una valorable originalidad, porque por más utópico que pudiera parecer este avance hacia posiciones originalistas en el derecho, como es por definición propia una Constitución, el derecho estaba muy lejos del feminismo todavía, hasta no expe-

[7] FRASER, N., «La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación», en: *Revista de Trabajo,* 6, diciembre, 2008. También en: «¿Que tiene de crítica la teoría critica? Habermas y la cuestión de género en la teoría feminista y la teoría crítica», en: Benhabib, S.; Cornella, D., (eds.), *Teoría feminista y teoría crítica*. Alfons El Magnànim, Valencia, 1990.

[8] YOUNG, M. I., «Imparcialidad y lo cívico público. Algunas implicaciones de las críticas feministas a la teoría moral y política», en: BENHABIB; CORNELLA, *ibid.*, p. 90.

rimentar las constituciones normativas un importante avance en el reconocimiento de los derechos fundamentales. De ahí quizás la moderación del discurso que se posiciona en un liberalismo aperturista e integrador capaz de aglutinar distintas ideologías políticas que recogerían en ese modelo una buena parte del espectro socia[9]l. Y también la vocación integradora de la exaltación de la dignidad del deber moral y del compromiso individual para sostener una concepción propia del bien, pero con vocación además de desplazarse hacia otros sujetos marginados. Es desde diferentes perspectivas desde donde se puede alumbrar un feminismo jurídico, capaz de construirse desde una idea previa de lo que el derecho representa en la totalidad social. También desde propuestas emancipadoras de un feminismo Intersecciones,[10] o desde el constitucionalismo crítico directamente centrado en los derechos fundamentales y su desarrollo subconstitucionales, y desde una perspectiva feminista integradora y universal[11].

Ciertamente, se contienen en la Constitución elementos que refieren esa trascendencia individual, en relación con los derechos fundamentales. El más evidente es el citado artículo 9.2. CE cuando obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos para que el derecho de igualdad de los individuos y «los grupos en que se integran», sean reales y efectivos, pero de esa afirmación, no se ha desprendido sin más, una legitimación activa procesal para hacer valer derechos colectivos, sin necesidad de intermediación legal.

Y de todas las formas de sobredeterminación de las desigualdades la más importante en el orden cualitativo y cuantitativo es la que genera la división sexual de la sociedad. El factor determinante del mayor grado de desigualdad ya no lo proporciona la pertenencia a una clase social, ni el sentido originario de clase formulado por Marx, ni en el desarrollo que haya tenido desde entonces a nivel dogmático, sino que es el sexo que representa hoy el «síntoma» de una sociedad que oprime y aprisiona a las mujeres por encima de cualquier otro grupo social, en un orden discriminatorio acumulativo que cuenta con la primera causa de desigualdad antes de iniciar el computo acumulativo de raza, clase, orientación sexual, y otros. Y esta es la doble exigencia que percibe Fraser para la reformulación de una praxis de igualdad en el reconocimiento y la distribución.[12]

---

[9] Suárez Llanos, M. L., *Teoría feminista, política y derecho*. Dykinson, Madrid, 2002, pp. 205 ss.

[10] Costa, M., *Feminismos jurídicos*. Didot, Caba, Argentina, 2016, pp. 153 ss.

[11] Balaguer, *op. cit.*, nota 1, pp. 86 ss.

[12] Sobre el acierto en la formulación de la teoría de Fraser, POSADA KUBISSA, María Luisa, «Justicia y género: las propuestas de Nancy Fraser», en: *Revista Internacional de Filosofía*, 65, 2015, pp. 10 ss. Mujer y constitucion. La construccion juridica del género. cit. nota 1. pp. 86 y ss.

El sujeto constitucional resulta así un concepto operativo para estudiar en cada constitución y en cada momento constitucional el reparto de las posibilidades constitucionales de cada persona, y por extensión, de cada grupo, en relación con la norma constitucional, y además teniendo en cuenta cada ordenamiento jurídico. Se trata de correlacionar, arrancando del materialismo histórico, al sujeto individual con el sujeto histórico colectivo, como sujetos del derecho constitucional, verdadero centro de imputación de los derecho[13]s. Esta concepción de la estructura constitucional en relación con la posición subjetiva de los individuos es una aportación muy importante para el derecho constitucional, en la medida en que supera el concepto de pacto social, que de manera genérica suponía en la doctrina constitucional, un mero agregado de agentes sociales, que, desde diferentes posiciones, más o menos corporativistas, o desde poderes fácticos constituidos, llegaban a ese consenso básico, que resulta ser una Constitución. Y es la posición ocupada en el sistema productivo la que determina la pertenencia a una clase social, y el proceso constituyente responde históricamente al concepto mismo de la lucha de clases, que operativamente ha servido a la teoría política para explicar otros momentos constituyentes comparados históricamente. Y claro está, por su propia posición en el sistema productivo, hay sujetos constitucionales fuertes y sujetos débiles. Los débiles son «esa inmensa multitud que permanece inicialmente alejada del escenario en el que actúan los protagonistas más visibles de la Historia». Sin embargo, en ellos está «la máxima potencialidad liberadora». [14]

Lo que la Constitución ha dejado diseñado en relación con los sujetos débiles, es un modelo de protección social, escasamente reparador de la marginalidad que genera la posición débil, y sin posibilidad de alcanzar ni a corto ni a largo plazo la igualdad real, en la medida en que los factores de corrección de la desigualdad, no permitirán más que paliativos a la situación, pero no solo están lejos de posibilitar un acercamiento progresivo a la igualdad, sino que están previstos para aumentar la desigualdad. Todo ello, con independencia de su escaso grado de coercibilidad normativa, y de la posibilidad de que, como está ocurriendo en situaciones de crisis del sistema, puedan ser reversibles, en detrimento claro de la seguridad jurídica reconocida en el mismo texto constitucional. Por otra parte, y dado que la consideración de sujeto en la Constitución, salvo escasas referencias sin mucha trascendencia a estos efectos, es de configuración individual de los derechos, la singularidad del cumplimiento de

[13] De Cabo Martín, C., *Teoría constitucional de la solidaridad*. Marcial Pons, p. 24.

[14] De Cabo Martín, C., «La Constitución del más débil», en: *XXV Aniversario de la Constitución española. Propuestas de reformas*, Servicio de publicaciones de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2004, p. 27.

esos derechos queda lejos de la eficacia general, en la medida en que el reconocimiento del derecho se limita al reconocimiento de ese derecho, generalmente en el ámbito jurisdiccional, y de aplicación limitada. Con independencia de la generación de doctrina, cuyo acatamiento será más o menos receptivo, su reversibilidad es igualmente posible, en relación con otros factores ajenos por completo a la materia constitucional.

Hay pues, dos factores de consideración en relación con el reconocimiento constitucional del sujeto débil. El primero es la consideración particular, que no trasciende la individualidad, ignorando lo que se llama el sujeto histórico, que se materializa en grupos estables con intereses compartidos en cada uno de los ámbitos de debilidad, o factores de discriminación negativa respecto del modelo. En la medida en que la Constitución prevé un tratamiento diferenciado e individual de reivindicación de esa igualdad, la medida reparadora constitucionalmente establecida, en forma generalmente de resolución judicial, es de naturaleza individual y no colectiva, lo que tiene consecuencia que ante una nueva violación de ese derecho, haya de acudirse nuevamente a un nuevo pronunciamiento, que esta puede coincidir o no con el anterior, y que en supuesto en que coincida, esta vez de nuevo solamente será válido como un nuevo acto de aplicación, y así sucesivamente, de manera que el sistema no garantiza siquiera la innovación del modelo en ese sentido. El modelo no cambia en ningún caso, con lo que los sujetos débiles seguirán siendo siempre débiles y necesitarán adaptarse permanentemente al modelo [15].

En segundo lugar, la debilidad de las normas que hacen referencia a esos derechos demandados para fortalecer su posición de debilidad. En la medida en que generalmente, lo que los sujetos débiles precisan, es la prestación de servicios que les permita su uso y disfrute del que se ven privados por su especial situación de débiles, la escasa inmediatez jurídica de las acciones procesales que les permitirían el uso de los derechos contribuye a la dificultad de igualación con el modelo.

V. EL GÉNERO COMO CATEGORÍA DE ANÁLISIS EN EL FEMINISMO JURÍDICO

[15] A esta circunstancia se refiere De Cabo, C., cuando considera que la inmensa mayoría es sujeto débil, en tanto que la minoría sería la que disfrutaría de la mayoría de los derechos, así como la necesidad de invertir esa situación, como un argumento de impecable factura democrática, de que la mayoría de los sujetos, tuvieran la mayoría de los derechos. *Ibid.*, p. 38.

La categoría de «género» aparece por primera vez en la legislación española con ocasión de la Ley 4/2001 de 9 de abril [16]. Y se reconoce tributaria de la legislación europea e internacional que adoptó con anterioridad ese término para las políticas de igualdad entre mujeres y hombres. La legislación estatal adopta pronto una medida igual en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. A partir de aquí se generalizan el ordenamiento estatal y autonómico términos como transversalidad de género, mainstreaming de género, perspectiva de género, o violencia de género [17].

Desde el punto de vista jurídico no presenta ningún problema porque refiere una exactitud biológica, constatable y a la que se atribuyen efectos jurídicos. El derecho necesita un sujeto y este tiene un sexo que hasta el momento en nuestro ordenamiento tiene una conceptuación binaria, es decir que se considera como masculino-hombre o como femenino-mujer, y de ese status se desprenden automáticamente consecuencias jurídicas. En ese sentido la

[16] Es la Ley 4/2001, de 9 de abril, de modificación del apartado 2 del artículo 63 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña. El Preámbulo de la ley justifica esas normas por las exigencias europeas e internacionales de la «transversalidad de las políticas de igualdad de oportunidades entre los hombres y las mujeres ("mainstreaming") que requieren un planteamiento global; por eso debe intensificarse su eficacia y ampliarse adecuadamente su ámbito. La Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre las Mujeres, celebrada en Pekín, y el IV Programa de acción comunitario para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, de la Unión Europea, marcan claramente las líneas que han de orientar toda acción de gobierno en el sentido de introducir la óptica de igualdad en todas las medidas que se adopten, para promover la participación de las mujeres en todos los ámbitos, especialmente en la economía productiva, en los centros de toma de decisiones, en el mundo científico y cultural, y, en definitiva, en todos los ámbitos de la sociedad.» La ley contiene un Artículo único por el que «Se modifica el apartado 2 del artículo 63 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña, que queda redactado de la siguiente forma: "La propuesta de disposición ha de ir acompañada de una memoria, la cual ha de expresar en primer lugar el marco normativo en el que la propuesta se inserta, ha de justificar su oportunidad y la adecuación de las medidas propuestas a los fines que se persiguen, ha de valorar la perspectiva de igualdad de género y ha de hacer referencia a las consultas que pueden haberse formulado y a otros datos de interés para conocer el proceso de elaboración de la norma. A la propuesta de disposición también se han de adjuntar: a) Un estudio económico en términos de coste benéfico. b) Una lista de las disposiciones afectadas por la nueva propuesta. c) La tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia, en la cual han de consignarse de forma expresa las que han de quedar total o parcialmente derogadas. d) Un informe interdepartamental de impacto de género de las medidas establecidas en la disposición." Por tanto, ordeno que todos los ciudadanos a los que sea de aplicación esta Ley cooperen en su cumplimiento y que los tribunales y autoridades a los que corresponda la hagan cumplir».

[17] Este último término, violencia de género, fue contestado en su día al informar la LO 1/2004, de erradicación de la violencia de género, por el CGPJ y cuestionado igualmente por la RAE al considerarse propio apropiado para referirse a las mujeres. Las Asociaciones de Mujeres defendieron esa terminología por entender que la violencia de género apuntaba a una construcción social del sexo que determinaba la violencia. El Tribunal Constitucional al juzgar la constitucionalidad de la ley consideró que la violencia de género determinaba un tipo penal específico para penalizar la violencia contra las mujeres en la relación de pareja por el hecho de serlo, y consideró adecuada la expresión «género» (STC 59/2008, de 14 de mayo).

Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral ahora en vigor hace mención en todo momento al sexo de las personas en el proceso de rectificación de un sexo por el otro, desde los requisitos que se exigen como la acreditación médica y otros. Pero desde hace unos años, sobre todo orientado por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, se ha extendido la palabra género como comprensiva del sexo, y se utiliza como sinónimo. Esta expresión sin embargo al hacer referencia a las formas sociales de manifestación de uno u otro sexo es un concepto excesivamente amplio como sustituto del sexo, y no es comprensivo ni exacto en algunas de las regulaciones en las que nos encontramos [18].

VI. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO.

1. **El contenido semántico del término y su dificultad de inserción en las políticas de igualdad.**

Este último término, violencia de género, fue contestado en su día al informar la LO 1/2004, de erradicación de la violencia de género, por el CGPJ y cuestionado igualmente por la RAE al considerarse propio apropiado para referirse a las mujeres. Las Asociaciones de Mujeres defendieron esa terminología por entender que la violencia de género apuntaba a una construcción social del sexo que determinaba la violencia. El Tribunal Constitucional al juzgar la constitucionalidad de la ley consideró que la violencia de género determinaba un tipo penal específico para penalizar la violencia contra las mujeres en la relación de pareja por el hecho de serlo, y consideró adecuada la expresión «género». (STC 59/2008, de 14 de mayo).

El problema terminológico se perfila como el más importante en esa posible colisión de derechos, por lo que sería el artículo 9.3 CE el llamado a proporcionar la seguridad jurídica exigible en una posible regulación de la ley que abordase la interdicción de la discriminación de estas personas.

El Tribunal Constitucional en su STC 67/2022, de 2 de junio, dice que la identidad de género como causa de discriminación prohibida por el artículo 14 CE, es una circunstancia que tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad, íntimamente vinculada al respeto de la dignidad humana

[18] Ver Balaguer, M. L., «La seguridad jurídica en los textos legales. Una legislación sobre los derechos de las personas trans», en: Rodriguez Magda, R. R., *El sexo en disputa. De la necesaria recuperación de un concepto*. CEPC, Madrid, 2021.

(art. 10.1 CE), y este rasgo de la identidad, cuando no se ajusta a parámetros hetero-normativos clásicos, es decir, allí donde identidad de género y sexo de la persona no son absolutamente coincidentes, puede hacer al individuo acreedor de una posición de desventaja social históricamente arraigada de las que prohíbe el artículo 14 CE.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CEDH y su Protocolo núm. 12 como una cláusula abierta que permite la inclusión de la identidad de género entre las características protegidas. En la STEDH de 16 de julio de 2014, asunto *Hämäläinen c. Finlandia*, se concluye que se puede proyectar el artículo 14 CEDH a los artículos 8 y 12 CEDH, en los supuestos de discriminación de personas transexuales, aplicándoles la jurisprudencia previamente desarrollada en relación con las diferencias basadas «en el género o la orientación sexual» (§ 109). También la STEDH, de 12 de mayo de 2015, asunto *Identoba y otros c. Georgia*, manifiesta con total claridad que «la prohibición de la discriminación en virtud del artículo 14 de la Convención cubre debidamente las cuestiones relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género» (§ 96).

Finalmente, el artículo 19 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, y el artículo 21 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea no se refieren a la identidad de género, a pesar de contener una disposición general contra la discriminación que expresamente menciona la orientación sexual en la lista de motivos prohibidos para justificar la diferencia de trato. Hasta la fecha, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha integrado la identidad de género en las causas sospechosas de discriminación del artículo 21 CDFUE. No obstante, algunos pronunciamientos del Tribunal de Justicia asumen que esta circunstancia queda protegida, al menos parcialmente, por las distintas Directivas de igualdad de sexo aprobadas hasta la fecha (SSTJUE de 27 de abril de 2006, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, asunto C423/04, respecto de la Directiva 79/7; y de 7 de enero de 2004, *K. B. c. National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health*, asunto C-117/01, en relación con la Directiva 75/117/CEE del Consejo).

Por tanto, como ha sucedido con el resto de los motivos expresamente prohibidos por el artículo 14 CE también debe declararse la ilegitimidad constitucional de los tratamientos discriminatorios cuyo factor determinante aparece fundado en la identidad de género.

En la línea de lo que acaba de ser expuesto, el marco normativo del Derecho de la Unión, que sirve de referencia obligada cuando se examinan cuestiones de igualdad de trato en el ámbito laboral (en este sentido, STC 108/2009,

de 30 de septiembre, FJ 2), considera que la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, se aplica también a la discriminación por motivos de identidad de género. Sin embargo, la transposición parcial de esta norma, que se concreta en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, no proyecta expresamente el derecho a no sufrir discriminación por razón de identidad de género en el ámbito laboral.

Por su parte, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, transpuesta por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (que modifica varios preceptos del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), alude a la discriminación por razón de orientación sexual, pero no se refiere en ningún caso, ni lo hacen las normas nacionales que transponen la normativa europea, a la identidad de género.

De modo que la transposición de las directivas citadas al ámbito de la igualdad en general, y de la no discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral en particular, no ha supuesto la incorporación normativa del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de identidad de género, pero es posible ampliar el ámbito de protección de las directivas en ese sentido, habida cuenta de que se está en presencia de un derecho fundamental contenido en los artículos 21 CDFUE, 14 CEDH y 14 CE.

La identificación en una persona de una cualidad contenida en el artículo 14 CE, en este caso la identidad de género permite evaluar un determinado comportamiento o actuación hacia esa persona desde la perspectiva de la igualdad, en su vertiente de la interdicción de discriminación, como elemento de partida de la reflexión posterior.

2. Las diferentes perspectivas de análisis como condición de posibilidad de la igualdad.

La perspectiva de género apunta a la necesidad de abordar el estudio y de la práctica judicial desde un concreto punto de vista o de análisis, el de la situación de las mujeres con relación a la aplicación normativa. De ahí que el feminismo jurídico haya de desarrollarse teniendo en cuenta esta perspectiva,

no solamente desde la interpretación o aplicación normativa, sino también desde la formación y creación de las normas jurídicas y la práctica forense.

En el ordenamiento jurídico la perspectiva feminista no es una excepción, sino que desde todos los órdenes jurisdiccionales se adoptan diferentes perspectivas en relación con los bienes jurídicos protegidos, y así se habla de la perspectiva penal, civil, del ámbito del derecho administrativo o social, y también en el orden constitucional se suela hacer referencia a una perspectiva constitucional. Apunta la perspectiva a un particular modo de enfoque o de punto de vista que se deber erigir en predominante para el análisis objeto del proceso de manera que la actividad interpretativa de la norma se condiciona a uno de los indeterminados sentidos interpretativos, que va en función del elemento que destaquemos sobre otros que se consideran subsidiarios como argumentos o razonamientos.

En nuestro ordenamiento se conocen bastantes perspectivas jurídicas de abordaje para la determinación de los criterios interpretativos de las normas. Desde las leyes que exigen ese criterio condicionante, como la inversión de la prueba en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, obviando el principio del *onus probandi incumbit quid afirmat non quid negat,* hasta las técnicas interpretativas auxiliares a la decisión judicial, como las presunciones*, ficta confessio, iuris tantum, paternidad* y otras, que irrumpen en algunos procesos.

También algunos principios constitucionales como el de proporcionalidad, o el de pluralismo político, o libertad, y que, pese a su naturaleza no directamente aplicable, acaban siendo determinantes en las resoluciones judiciales.

En este caso, la perspectiva de género se posiciona como exigencia normativa en la LO 1/2004, de erradicación de la violencia de género y constituye un mandato en cuanto determina un tipo penal nuevo que cualifica la violencia contra la mujer y que dio lugar a diferentes cuestiones de inconstitucionalidad desestimadas por el TC en su momento.

Posteriormente la LO 3/2007, de igualdad entre mujeres y hombres, reguló diferentes posiciones jurídicas de desigualdad compensatoria en materia de participación política, de presencia en los consejos de administración de las empresas o de publicidad o situaciones sociales, de manera que relativiza el principio de igualdad y el derecho reconocido en el artículo 14 a una desigualdad compensatoria que potencia el 9.2 CE.

Y esa desigualdad, el *mainstream* y la perspectiva, son los elementos fundamentales que un estado social relaciona con la exigencia de justicia material de las mujeres.

Desde esta posición, la perspectiva de género representa un mecanismo exigido en el ordenamiento para llevar a cabo operaciones constructivas acerca de la igualdad, de modo que en la aplicación de la inversión de la carga de la prueba es necesario que el demandado proporcione una justificación razonable sobre los hechos invocados por la parte actora, en el caso de la perspectiva de género, tanto el legislador como el juzgador han de situarse en un punto de vista que tenga en cuenta la posición en que la mujer se encuentra respecto del hombre, para valorar sobre actuaciones, criterios de interpretación o políticas legislativas, susceptibles de producir resultados de reequilibrio compensatorio de la desigualdad.

No se trata solamente de un enfoque o de un criterio aplicativo del derecho, sino que el abordaje de la perspectiva de género debe extenderse en el proceso legislativo creando las condiciones que faciliten la interpretación y aplicación normativa, de manera que integre los actos preparatorios del juicio, y las actuaciones que de oficio deban impulsar el proceso para no producir la indefensión, lo que exige una actividad judicial de equilibro de la igualdad de partes.

VII. CONCLUSIONES

Primera. La perspectiva de género en nuestro ordenamiento supone la materialización de un dispositivo legal que permite ampliar con la suficiente cobertura apoyar acciones que de manera interdisciplinar puedan reducir la desigualdad entre mujeres y hombres.

Segunda. Ese dispositivo en principio está abierto a cualquier medida que por parte de los poderes públicos y de las entidades privadas que sirva a la finalidad de superar la brecha en muy diversas materias, desde la igualdad salarial hasta la composición de comisiones paritarias, exigencia de representación política o empresarial o social, y también a la interdicción de conductas retardatarias de la igualdad, como la instrumentalización del cuerpo de las mujeres en cánones de belleza o discriminaciones de puestos de trabajo que no tengan en cuenta esta perspectiva.

Tercera. La perspectiva de género tiene un problema semántico de difícil solución con relación a la determinación del sujeto, que probablemente no pueda resolverse en el ámbito teórico durante algún tiempo, pero más allá de la indeterminación del concepto, lo importante es que entendamos la capacidad y versatilidad de la perspectiva de género en ámbitos como el jurisdiccional, donde cualquier actuación pueda estar respaldada por esa exigencia, cuando presente una peculiaridad de género, sin necesidad de referirse a lo que hasta ahora mayoritariamente nos ha venido ocupando, es decir la fase final de un proceso.

LOS DERECHOS DE LAS MUJERES: DE LA REVOLUCIÓN AUSENTE A LA REVOLUCIÓN INACABADA ¿Y AHORA?

Tania Groppi
Universidad de Siena

I. LA ÚNICA REVOLUCIÓN NO FALLIDA DEL SIGLO XX

Si la «revolución de las mujeres es la única revolución no fallida del siglo xx», como escribió Eric John Hobsbawm, en el siglo xxi resulta cada vez más claro que se trata de una revolución inacabada y atacada, socavada, como muchas otras conquistas del siglo xx, «por deseos de venganza combinados con tendencias peligrosas que creíamos superadas para siempre: hostilidad hacia todas las diferencias, racismo, nuevas misoginias» [1].

Estamos en un momento histórico muy particular en lo que respecta a los derechos de las mujeres, un tema en el que están en juego no sólo las vidas y los caminos individuales de la mitad de la humanidad, sino la propia credibilidad de la democracia constitucional y de sus principios, empezando por los de igualdad y libertad, en torno a los que Occidente ha construido su identidad [2].

La gran pregunta que caracteriza esta era es si –después de milenios de opresión y marginación que dieron lugar a lo que no podemos dejar de reconocer como la violación más extendida y persistente de los derechos humanos por

[1] Maraini D.; Valentini C., Il coraggio delle donne. Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 9 ss.

[2] Gómez Sánchez, Y., «Desafíos para la igualdad en la sociedad contemporánea: género», en: Aragón Reyes, M., Valadés Ríos, D., Tudela Aranda, J. (coord..), Derecho constitucional del siglo xxi: desafíos y oportunidades. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2023, pp. 581-608.

parte de sujetos y poderes públicos y privados– finalmente llegamos a un punto de inflexión y qué contribución puede propiciar el derecho en esta dirección.

II. LA REVOLUCIÓN AUSENTE

Si, en muchos sentidos, las revoluciones de finales del siglo XVIII cambiaron el curso de la historia humana, traduciendo en derecho objetivo, y por tanto en derechos subjetivos, lo que hasta entonces habían sido vagas aspiraciones y visiones filosóficas, ellas, sin embargo, no cambiaron el destino de sumisión de las mujeres, como destacó ya en 1949 Simone de Beauvoir en su volumen fundamental *El segundo sexo* [3].

En torno a «la igualdad formal», una igualdad «ciega» (como la justicia, representada con los ojos vendados) respecto de la variedad de situaciones humanas concretas, centrada en un sujeto, el hombre, sólo aparentemente neutral, se construyó un universalismo abstracto, que excluía ante todo el género femenino. Así lo argumentaron desde el principio dos grandes mujeres, auténticas pioneras, que obviamente permanecieron al margen de los acontecimientos y círculos intelectuales de su época y nunca adquirieron la fama de sus contemporáneos varones, como Rousseau, Voltaire o Thomas Paine: Olympe de Gouges, que escribió la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana* en 1791, y Mary Wollstonecraft, que publicó la *Vindicación de los Derechos de la Mujer* en 1792.

El constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, encaminado a restaurar la coexistencia humana después de la devastación de la primera mitad del siglo XX, intentó responder a esta aporía, una de las muchas que caracterizaron al Estado liberal de derecho del siglo XIX. Para ello se desarrolló un concepto de igualdad, que llamamos «substantiva», encaminado hacia la «inclusión», o eliminación de aquellas desigualdades «de hecho», es decir, producidas por la experiencia histórica, que se perciben como negativas, como fuentes de división y, en general, de «distanciamiento» entre las personas [4]. Todo ello sabiendo que «la desigualdad es la patología de nuestra época y la mayor amenaza para el funcionamiento de toda democracia» [5], precisamente

[3] De Beauvoir, S., Il secondo sesso (1949). Mondadori, Milano, 2016, pp. 130 ss.

[4] Gómez Sánchez, Y., «La lucha por la igualdad en el Estado de Derecho», en: Alvarado Planas. J. (coord..), Estudios sobre la historia de la intolerancia. Sanz y Torres, Madrid, 2011, pp. 643-669.

[5] Judt, Tony, Guasto è il mondo (2010). Laterza, Bari-Roma, 2011, p. 134.

porque, más allá de cierto límite, «erosiona el sentido de pertenencia a una misma comunidad y es una fuente inevitable de tensiones y conflictos» [6].

El deseo de transformar la sociedad a través del derecho está en el centro de lo que se define como «constitucionalismo transformador»: es decir, una declinación del constitucionalismo que no se limita a añadir a la democracia electoral los límites al poder de las mayorías, sino incorpora también los derechos sociales y el principio de igualdad sustantiva. Esta declinación del constitucionalismo plantea, mucho más que las tradicionales, el problema de su eficacia. Cómo garantizar que las «constituciones transformadoras» sean capaces de desencadenar un cambio social efectivo es la gran pregunta que toca el problema de la implementación de las normas constitucionales. Una implementación que requiere ante todo la voluntad de los sujetos políticos, pero que, en su ausencia, implica el protagonismo de los jueces, que a su vez debe ir acompañado de un contexto cultural de concienciación y activismo de la sociedad civil.

III. LA REVOLUCIÓN INACABADA

En lo que respecta a los derechos de las mujeres, los avances han sido mucho más lentos que en el caso de los derechos de otras categorías de sujetos subordinados.

Es cierto que, con la afirmación del Estado democrático-pluralista en la segunda mitad del siglo xx, los textos constitucionales también introdujeron los principios de igualdad y no discriminación hacia las mujeres, pero al menos en una fase inicial lo hicieron en términos muy genéricos, hasta el punto de hacer dudar a los intérpretes de su carácter prescriptivo y sólo en las últimas décadas hemos llegado a formulaciones normativas más precisas, basadas en la igualdad sustantiva como expresión de un verdadero «constitucionalismo transformador de género» [7].

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos en este sentido también fue muy lento y, sólo en 1979, condujo a la adopción de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW), a la que siguieron una serie de tratados a escala regional,

[6] Ferrajoli, L., Manifesto per l'eguaglianza. Laterza, Bari-Roma, 2019, p. 13.

[7] Rubio Marín, R., Global Gender Constitutionalism and Women's Citizenship. Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 211 ss.

también encaminados a promover, con diferentes instrumentos y gradaciones, la igualdad de género y eliminar la condición de subordinación femenina.

Sin embargo, una vez que los derechos de las mujeres fueron consagrados en textos normativos escritos nacionales e internacionales, el camino para implementarlos y aplicarlos resultó ser muy largo y complejo, hasta el punto de que incluso en las democracias estabilizadas de Occidente estamos lejos de haber logrado, en todos los ámbitos, la igualdad efectiva entre los sexos. A pesar de los enormes avances a nivel legislativo, las mujeres siguen confinadas a los márgenes de la esfera pública y colocadas en posiciones subordinadas incluso en la esfera privada, desde el trabajo hasta la familia como siguen mostrando todos los indicadores. En muchos países ya democráticos, los derechos de las mujeres son los primeros en ser atacados por mayorías populistas e iliberales, determinando un verdadero retroceso. Sin mencionar lo que continúa sucediendo en la mayoría de los países del «Sur global», desde África hasta la India, para llegar al verdadero apartheid de género de Afganistán.

El nivel de discriminación efectivo es realmente increíble pero real: es algo que todas las mujeres, tarde o temprano, debe afrontar, experimentando de primera mano la dificultad de los principios jurídicos para influir en la eficacia de las relaciones de poder. La cuestión de los derechos de las mujeres es quizás el ámbito en el que el peso de la tradición es más fuerte, y los instrumentos del derecho y de la política progresistas parecen insuficientes para transformar paradigmas profundamente arraigados durante milenios [8].

Esta distancia aparentemente insalvable entre las proclamaciones presentes en los tratados internacionales y en las constituciones por un lado, y la realidad de la vida por el otro, ha generado, en los propios movimientos de mujeres, reacciones fluctuantes: junto a períodos de luchas y reivindicaciones, ha habido períodos de cansancio y desaliento. Estas actitudes deben analizarse según los distintos momentos históricos, y van de la mano de un mayor activismo o de una pasividad resignada por parte de la sociedad: pensemos en el feminismo de los años setenta, enmarcado en un contexto de reivindicaciones de muchas categorías de sujetos, o en el repliegue hacia el ámbito privado y en el arribismo que caracterizó las décadas siguientes [9].

---

[8] West, R., «Progressive and Conservative Constitutionalism», en Michigan Law Review, 88, vol. 4, 1990, pp. 641 ss.

[9] Gómez Sánchez, Y., Feminismo, en: Pendás García. B., Herrero Y Rodríguez De Miñón M. (coord..), Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo xxi: Ciencias Políticas y Jurídicas (con especial referencia a la sociedad postcovid 19). Real Academia de Ciencias Morales y Política, Boletín Oficial del Estado, BOE, Madrid, 2020, pp. 250-253.

Las crisis que se han sucedido desde 2008, primero la económico-financiera y luego la provocada por la pandemia, están llevando a Occidente a reflexionar de gran alcance sobre sus valores e identidad, llevando a reconsiderar una serie de cuestiones fundamentales que, de alguna manera, se han relegado: la crisis medioambiental, las desigualdades en la distribución de la riqueza, la cuestión de las mujeres. En general, estas reflexiones no acaban cuestionando los fundamentos de las democracias constitucionales, sino más bien mostrando las contradicciones que residen sobre todo en la distancia entre las proclamaciones abstractas y la realidad.

Es aquí donde echa raíces la nueva fase de la lucha por los derechos de las mujeres, que tiene en su centro la necesidad de implementar las normas existentes, en el convencimiento de que una participación más amplia de las mujeres en las actividades económicas y en los procesos de toma de decisiones podría enriquecer a la sociedad en su conjunto, contribuyendo a superar las profundas contradicciones de la democracia pluralista, que están socavando su legitimidad ante la opinión pública, en Occidente y en otros lugares.

En particular, durante la emergencia de COVID-19, el desajuste entre el papel realmente desempeñado por las mujeres a la hora de hacer frente a la pandemia y su marginación de los lugares de toma de decisiones ha provocado finalmente a un despertar de conciencia y de movilización, y a la apertura de un debate público sobre la cuestión de la igualdad de género[10], en el que surge con fuerza una pregunta: ¿qué hacer? ¿Cómo podemos superar esta brecha atávica, entorno a la cual los movimientos de mujeres han estado luchando durante décadas y frente a la cual las reformas jurídicas se suceden inútilmente una tras otra en muchos países?

IV. EN BUSCA DE LA EFICACIA

Reflexionando sobre el aporte dado hasta ahora por los textos normativos existentes, ante la pregunta de qué hacer surge una respuesta dividida en al menos dos momentos.

En primer lugar, la necesidad urgente de un despertar de la conciencia, *in primis* de las mujeres, y posteriormente de la sociedad en su conjunto, sobre las desigualdades de género. Desigualdades que históricamente han sedimen-

[10] Gómez Sánchez, Y., La incidencia de la COVID-19 en los derechos, en: Tezanos Tortajada, J. F., Cambios sociales en tiempos de pandemia. Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 2022, pp. 599-628.

tado en forma de una verdadera jerarquía. Y, como lo muestran otros ejemplos de la historia, para que comience un proceso que conduzca a eliminar, o intentar eliminar una injusticia, primero debe ser vista y pensada como tal, empezando por quienes la sufren. Debe hacerse visible, sin camuflaje. Solo de esta manera será posible generar esa indignación que es el motor de todo cambio [11].

En segundo lugar, para que las declaraciones normativas puedan impactar en la realidad, es indispensable un activismo que debe ser liderado por las propias mujeres, a través de los múltiples canales que la democracia pluralista pone a disposición, inspirándose en las grandes figuras femeninas de la historia, incluidas a menudo las juristas [12]: figuras olvidadas u ocultadas intencionalmente, que, en cualquier caso, llaman a ser redescubiertas y estudiadas. Conocer «la historia que sufrimos en común» para luego actuar solidariamente es el punto de partida de un camino de movilización [13].

Para las y los juristas, esto implica una elección de campo.

El derecho tiene dos caras. Puede ser un instrumento en manos de los poderosos, o un instrumento de defensa para los indefensos: siempre hay que elegir de qué lado estar, si con los de arriba o con los de abajo, incluso frente a la cuestión de los derechos de las mujeres [14]. Si optamos, como exige el constitucionalismo transformador, por los de abajo, estamos llamados a trabajar para que los brillantes principios de justicia en los que creemos y que han sido escritos en nuestras constituciones y tratados internacionales se transformen en patrimonio común, se perciban como parte de la propia vida y de su bagaje existencial por al menos la mayoría de los seres humanos.

Desde esta perspectiva, sería deseable creer (aunque la acusación de esencialismo sea inminente) que milenios de opresión han dejado a las mujeres al menos con esta actitud, y que las juristas se sienten llamadas, incluso más que sus colegas varones, a una función de pacificación y justicia, en representación de todos los excluidos y subordinados. Sería bueno poder creer que una vez que las mujeres sean incluidas en los procesos de toma de decisiones, ya sea en decisiones judiciales o políticas, sean capaces de afirmar su diversidad, en la dirección de reducir de la fatiga y del sufrimiento humanos. Sería bueno. Nosotras también tenemos la tarea de demostrarlo.

---

[11] Groppi, T., Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale, Laterza, Bari-Roma, 2021, 34.

[12] Gómez Sánchez, Y., Juristas contemporáneas y su legado: aquellas mujeres, estas mujeres, en: IgualdadES, 3, núm. 4, 2021, pp. 11-41.

[13] Maraini D.; Valentini C., *op. cit.,* p. 46.

[14] Zagrebelsky, G., Diritti per forza, Einaudi, Torino, 2017, p. 144.

LEGISLANDO HACIA LA IGUALDAD. UN APUNTE EN EL DÉCIMO ANIVERSARIO DEL FALLECIMIENTO DE MARÍA TELO

Ángela Figueruelo Burrieza
Universidad de Salamanca

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

María Telo Núñez nació en Cáceres el día 8 de octubre de 1915 y falleció en Madrid el día 5 de agosto de 2014. Tuvo una vida larga ya que murió siendo casi centenaria. Su padre era un militar de alta graduación, que terminó siendo notario; esto hizo que la familia, de orígenes gallegos, recorriera buena parte de la geografía española. María que nació en Cáceres cursó estudios de bachillerato por libre, en el Instituto de Segunda Enseñanza de Santander, llegando a la provincia de Salamanca en 1932 donde su padre había conseguido una plaza de notario en el pueblo de Cantaracillo. En Salamanca permanecen hasta 1936, fecha en la que, en vísperas del Alzamiento Nacional, se trasladan a Nájera (La Rioja). Allí viven hasta 1940, año en que, tras la depuración de su padre, se instalan en Madrid. Desde este año, hasta 2014 en que fallece tendrá fijada su residencia en la capital de España.

En octubre de 2014 el Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (ICAM) celebró la II Cumbre de Mujeres Juristas, homenajeando a María Telo recientemente fallecida. La decana del ICAM, Sonia Gumpert, destacó la figura de la jurista y abogada madrileña y apeló a la necesidad de no olvidarla porque su legado deberá permanecer siempre en la historia social y jurídica de nuestro país.

En el año 2023 la Universidad de Extremadura puso el nombre de María Telo al Salón de Grados de la Facultad de Derecho en Cáceres, su ciudad natal

y el Instituto de las Mujeres actualmente convoca becas de formación en igualdad que llevan su nombre. Y en el décimo aniversario de su muerte, la XI Cumbre de Mujeres Juristas del ICAM, celebrada los días 7 y 8 de marzo de 2024, en el Congreso de los Diputados, titulada «De la Igualdad Legal a la Igualdad Real» (coincidiendo con el Día Internacional de la Mujer) pretendió valorar en sus justos términos el liderazgo femenino, distinguiendo trayectorias personales vinculadas a la normativa comprometida con la igualdad. Por ese motivo entregaron por vez primera los reconocimientos «María Telo» y «Belén Landáburu».

También en el Centro de Investigaciones en Género de la Universidad de Salamanca, CIGESAL, los días 17 y 18 de abril de este año 2024, para recordar el décimo aniversario de su muerte, su legado y la deuda que las mujeres españolas tenemos contraída con ella, se celebró un Congreso en su homenaje que llevó por título «Legislando hacia la Igualdad». Todas las intervenciones que tuvieron lugar en este evento académico insistieron en la emblemática figura de esta feminista que, en mi opinión modesta, no ha sido reconocida en la medida que merece la tenaz y ardua labor de una mujer que durante décadas peleó con las estructuras sociales, políticas y jurídicas para liberar a la mujer casa de la humillante situación en la que permanecía: la minoría de edad jurídica.

Las páginas que dan contenido a esta aportación, pretenden ser un breve homenaje personal a esta gran mujer que tuve el honor de poder conocer y tratar cuando fue investida Doctora *Honoris Causa* por la Universidad de Salamanca. Estoy convencida de que, aunque en el siglo presente se han visto aumentados los eventos que reconocen su legado, nunca llegaremos a reconocer en su justa medida la ingente tarea que desarrolló para lograr que la mujer española avanzase en las últimas décadas del franquismo en igualdad material.

II. LA FORJA DE UN ESPÍRITU FEMINISTA

La larga vida de María Telo le permitió convivir con la monarquía de Alfonso XIII, con la dictadura de Primo de Rivera, la II República, La Guerra Civil Española, la dictadura del General Franco, la Transición política y la democracia que llegó de la mano de la CE de 1978. Un siglo en el que sucedieron muchas cosas que influyeron, sin duda alguna, en su vida.

En cierta medida, nuestra protagonista fue una mujer con suerte: porque, aunque fue discriminada como mujer en el ámbito de la sociedad, no lo fue en el de la familia. Su padre, hombre igualitario, quería la misma educación para todos sus hijos (tres varones y una mujer). Pero cuando María nació el acceso

de las féminas a la educación era muy difícil. En el año de 1910 se aprobó la normativa que permitía el acceso a la Universidad de la mujer. Ahora bien, una cuestión es la norma y otra la realidad. La formación de María Telo parece ser que fue responsabilidad del padre, ya que él fue su profesor cuando estudió el bachillerato en Santander, por libre, y siguió siéndolo cuando se matriculó en los estudios de Derecho en la Universidad de Salamanca.

Aunque su progenitor deseaba que todos sus hijos estudiaran Derecho para que pudieran llegar a ser notarios, esta profesión estaba todavía vetada a las mujeres y María se decantó por estudiar un Bachillerato de Ciencias, para luego ser Farmacéutica; esta sí era una carrera feminizada que le estaba permitida al llamado «sexo débil».

Al ser modificada la normativa y gracias al tenaz carácter que siempre tuvo, cambió su bachillerato de Ciencias por el de Letras, para cursar posteriormente la carrera de Derecho. La familia llegó a Salamanca y en esta Universidad María se matriculó en los estudios jurídicos (año 32-36). Pero estudiaba por libre en su casa y el docente era su padre, acudiendo a las aulas solo para examinarse. Los profesores eran hombres, y el alumnado femenino se debía contar con los dedos de una mano. Cuando estalló la Guerra Civil le quedaban solo dos asignaturas para finalizar la Licenciatura en Derecho. No pudo terminar estos estudios hasta el año 1940 y lo hizo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. En ese año la familia se instaló en Madrid y ella con un título universitario en su haber se cuestionó qué podría hacer, porque la mayor parte de las carreras jurídicas que la II República abrió a las mujeres habían sido cerradas de nuevo. El afán del Franquismo consistía en devolver a la mujer al hogar y retirarla del taller y de la fábrica. Los contenidos del Código Civil decimonónico volvieron a entrar en vigor.

Una de las profesiones jurídicas que en esos momentos sí estaba permitida a las mujeres era la de Técnico de la Administración Civil del Estado. Impulsada por la necesidad de orientar su formación hacia alguna profesión que le diera sentido laboral a su vida opositó en 1944; ganó las oposiciones con el número uno y obtuvo plaza en el Ministerio de Agricultura. Pero, al comenzar a trabajar, a pesar de la excelencia de sus resultados en los exámenes de la oposición (principio de mérito y capacidad) examinándose ante un jurado compuesto solo por hombres, se encontró con que ninguno de sus colegas quería trabajar con ella y las tareas que le encomendaban degradaban tanto a su persona como a su cualificada formación. Sin embargo, debemos destacar algo positivo de ese momento vital, porque en el Ministerio conoció al que sería su esposo y tuvieron una hija; pero la desgracia recayó de nuevo sobre ella al quedarse viuda muy joven y con una niña de cuatro años que debía sacar adelante.

Nuevos retos, nuevas responsabilidades en lo privado y en lo laboral. Ella ya tenía conocimiento del tema de la regulación de los derechos de la mujer en el Código Civil vigente al haberlo estudiado en la licenciatura y de cara a los exámenes de sus oposiciones. Había sufrido discriminaciones múltiples en el ámbito laboral y estaba convencida de las dificultades que conllevaba conseguir unos mínimos logros en el sector del funcionariado público en el marco de la dictadura franquista. Así pues, decidió probar suerte en el campo del libre ejercicio profesional de la abogacía y por ello se dio de alta en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid en el año de 1952. Compatibilizaba su trabajo de funcionaria por las mañanas, con de letrada en un bufete especializado en el derecho de familia, por las tardes. Y fue en el ejercicio de esta actividad cuando se topó con la cruda realidad de la situación jurídica que vivía la mujer casada en España. Sus ansias de justicia y su vocación feminista a prueba de bombas, la impulsaron a poner todos sus esfuerzos en lograr los cambios imprescindibles para que a las mujeres españolas se les volviesen a reconocer, al menos, algunos de los derechos de los que ella había disfrutado en el corto período de tiempo que duró la II República Española.

Ante las dificultades que se encontraba luchando contra el sistema con limitadas fuerzas y la lentitud de los avances, decidió proyectarse hacia el ámbito internacional para conocer de primera mano cómo se hallaban regulados los derechos de las mujeres en otros países europeos. El derecho comparado siempre abre horizontes. Así las cosas, en 1958 ingresó en la Federación Internacional de Mujeres de Carreras Jurídicas (FIMCJ) que anualmente celebraban su Consejo en distintas ciudades europeas. En el Consejo que se celebró en Bruselas conoció a su admirada Clara Campoamor con la que mantuvo una fructífera correspondencia.

El año de 1967 le pidieron en Varsovia que intentase celebrar algún evento en Madrid, y para ello obtuvo el apoyo logístico y económico de cara a celebrar el Consejo anual de 1969 en la capital de España. La ponencia de María Telo que llevaba por título «La mujer en el Derecho Civil» se ocupó de analizar la situación de inferioridad jurídica de las mujeres españolas. La repercusión obtenida hizo que se conocieran algunas abogadas (once en total) las cuales bajo la dirección de María Telo crearon la «Comisión de Estudios Dependiente de la FIMCJ» para analizar las conclusiones del Consejo y hacer luego las necesarias reivindicaciones ante las autoridades correspondientes. Posteriormente, en 1971, la propia María Telo fundó la Asociación Española de Mujeres Juristas (AEMJ) con la finalidad de estudiar el derecho que afectaba directamente a la mujer y a la familia y adecuar esas normas a la realidad presente luchando por la promoción de las mujeres en el ámbito profesional y

especialmente en las carreras jurídicas. En el año 1978 abandonó la asociación que había fundado por razón de discrepancias ideológicas. No obstante, en el año 1976 organizó en Madrid el I Congreso Internacional de Mujeres Juristas, en el mes de diciembre.

La lucha de María Telo por liberar a la mujer de las cadenas jurídicas, según sus propias palabras, escritas en un artículo publicado en ABC, comenzó en el año 1969. El primer paso y quizás el más importante consistió en solicitar la incorporación de las Mujeres Juristas a la Comisión General de Codificación (CGC), creado en 1843 como máximo órgano consultivo del Ministerio de Justicia. Después de varios escritos presentados al señor ministro del ramo, en diciembre de 1972 se pudo constituir una sección especial en el seno de la CGC para estudiar la posible influencia de los cambios sociales en el derecho de familia y con ello formular las modificaciones que se considerasen oportunas. Cuatro mujeres formaron parte de dicha Comisión: María Telo, Carmen Salinas, Concepción Sierra y Belén Landáburu. Los trabajos finalizaron con la promulgación de la Ley 14/75 de 2 de mayo, que devolvió a la mujer la capacidad plena de obrar al eliminar la obediencia del marido, la licencia marital y algunas discriminaciones por razón de sexo; culminaría esta tarea con otras dos leyes de gran calado aprobadas ya en democracia, en el año 1981.

Desde el año 1982 ocupó el cargo de Secretaria de Lengua Española de la FIMCJ y siguió perteneciendo a la CGC como vocal permanente. Su labor se prolongó hasta América Latina donde promovió la creación de Asociaciones de Mujeres de Carreras Jurídicas en Puerto Rico, Perú, Argentina, Colombia, Bolivia, Brasil y Chile. Todas las mujeres eran objeto de su trabajo (sororidad) y desvelos: en España, en Europa y en la América de habla hispana y portuguesa.

III. MARÍA TELO Y LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

La Universidad de Salamanca celebró su octavo centenario en el año 2018. Fueron muchos los actos institucionales que en esas fechas se programaron para poner en valor nacional e internacional a la más antigua de las universidades españolas y así las cosas toda la comunidad universitaria intentó aportar su granito de arena. En este sentido la doctora Mercedes Iglesias y la profesora que escribe estas líneas propusieron al Servicio de Publicaciones del estudio salmantino la edición de un libro que se ocupara y preocupara, con motivo de esta efeméride, de dar visibilidad a las escasas Doctoras *Honoris Causa* que a lo largo de ocho siglos habían sido propuestas e investidas: «Ocho siglos,

Ocho Mujeres *Honoris Causa*». El equipo de gobierno de la USAL y su Servicio de Publicaciones acogieron, apoyaron y se comprometieron a impulsar el reconocimiento de estas mujeres doctoras por causa de honor; cuando el libro vio la luz eran ya diez las doctoras investidas y actualmente son doce; nada que ver proporcionalmente con los ciento cincuenta hombres Doctores *Honoris Causa* nombrados por esta Universidad, que a lo largo de su historia no ha tenido ninguna mujer rectora ¡queda aún mucho camino por recorrer!

Bajo la dirección y edición de Ángela Figueruelo y Mercedes Iglesias se publicó en el año 2021 un precioso libro: «Doctoras Honoris Causa por la Universidad de Salamanca «en el cual se hace homenaje a las que hasta el momento habían conseguido recibir la más alta mención académica del estudio salmantino: el doctorado por causa de honor. María Telo Núñez ocupa el número tres de ese escaso número de mujeres que queríamos visibilizar. La parte de la obra dedicada a honrar su vida y su obra lleva por título «Mujeres y Derecho Privado. 2008. María Telo» En las páginas que a ella dedicamos se incluye la *Laudatio* de la doctora María Esther Martínez Quinteiro que fue su madrina, el Discurso de Ingreso que la propia María Telo presentó ante el Claustro de Doctores el día de su investidura y la Gratulatoria del entonces Rector Magnífico Dr. D. José Ramón Alonso. Termina ese pequeño homenaje, para aportar una muestra del trabajo del carácter reivindicativo de María Telo, con un borrador manuscrito de una carta dirigida al director del periódico El País, en el año de 1998, denunciando el olvido en la presentación de dicho libro de la autoras del mismo que se ocupa de la «Historia de la Mujeres en España»; pero lo que ella consideraba aún más ofensivo era que en el propio libro se aprecia un vacío grave (una laguna dice ella) porque no se alude para nada a las mujeres juristas que tanto lucharon por erradicar del Código Civil y del Código de Comercio el trato tan discriminatorio que la mujer española sufrió hasta finales de la dictadura franquista. Lamenta el olvido en que caen noticias relevantes y al final acabamos creyendo que ciertos logros y avances llegan «como caídos del cielo». Pero ella insiste en que «lo que fue, fue» y los esfuerzos que tuvieron que realizar fueron arduos para poder lograrlo. Cualquier persona interesada en la vida y obra de María Telo puede tener una visión bastante aproximada del tema leyendo las páginas que de ella se ocupan en la obra reivindicativa a la que he hecho referencia.

La propuesta del Doctorado *Honoris Causa* para la jurista María Telo partió del entonces denominado CEMUSA (Centro de Estudios de la Mujer) que era un Centro Propio de nuestra Universidad, dedicado a estudiar, con carácter interdisciplinario y con perspectiva de género, el papel de las mujeres en la historia. La idea se aprobó en julio de 2006 pero los largos trámites que

este proceso siempre conlleva no permitieron su investidura hasta junio del año 2008. Dos años de trámites que, tratándose de una mujer nonagenaria, hacían temer que no pudiera recibir el homenaje en vida. Pero afortunadamente su vida se prolongó hasta el año 2014 y pudo venir a Salamanca a recibir muy, muy emocionada el reconocimiento tan merecido que debería habérsele concedido muchos años antes.

En aquellos años dirigía el CEMUSA la doctora en Historia Contemporánea María Esther Martínez Quinteiro, que luego fue su madrina en la investidura, siendo entonces quien escribe estas líneas la subdirectora del Centro. Nos pusimos en contacto con ella y la visitamos en Madrid: nos encontramos con una anciana que seguía muy activa y que junto con su hija y su yerno agradeció el Doctorado *Honoris Causa* muy emocionada y honrada porque Salamanca era «su Universidad» y nos prometió acudir a recibirlo en persona, si su salud se lo permitía. Ella vivió en esta ciudad «de encuentros y saberes» en su tierna juventud (años 32 al 36) con aires de libertad que pronto desaparecieron, y volvió a reencontrarse con las aulas donde se examinaba en el edificio histórico, el de la llamada Fachada Rica; se alojó en el Colegio Mayor Arzobispo Fonseca y recorrió las calles del casco antiguo muy cambiadas a causa de los muchos años que habían transcurrido. Disfrutó mucho de esos días. Como el CEMUSA carecía de competencias para proponer nombramientos de Doctorado *Honoris Causa*, el procedimiento se encaminó formalmente a través del Departamento de Historia Medieval, Moderna y Contemporánea de la Facultad de Geografía e Historia (a la que pertenecía la profesora Martínez Quinteiro). Finalmente, la propuesta fue aprobada por el Claustro de Doctores y el Consejo de Gobierno.

La Ceremonia de Investidura, que en la USAL es muy solemne, requiere que los propuestos lleven el traje académico que le corresponde a la institución proponente:

María Telo era jurista, pero «sus ropajes fueron azules». Así nos la encontramos revestida en la fotografía que cuelga del salón de retratos de nuestra institución académica. Esto ya es historia, y debemos seguir haciéndola en el décimo aniversario de su fallecimiento.

Los estudios de género de la Universidad de Salamanca están ya consolidados desde hace más de veinte años. Impartimos en esta casa de estudios el Máster Oficial en Estudios Interdisciplinares de Género y también tenemos un programa de Doctorado al respecto. En calidad de directora Académica de dicho Máster, que comenzó a impartirse en el curso 2007-2008, de la mano de la recién aprobada Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hom-

bres, solicitamos a las autoridades académicas de la Facultad de Derecho que nos autorizasen a poner el nombre de María Telo en los espacios donde formamos al estudiantado en igualdad real y efectiva. Accedieron muy complacidos y a raíz de su muerte, en el Curso 2015-2016 tenemos el «Aula María Telo» dedicada a su memoria. En las paredes de este espacio docente aparecen serigrafiados distintos párrafos de sus escritos con objeto de recordar a quienes allí reciben docencia la deuda contraída con esta gran mujer jurista. En el décimo aniversario de su muerte hemos celebrado un Congreso en su memoria y la Junta de la Facultad de Derecho ha aprobado la colocación de un *Vitor,* una placa recordando a la que fuera alumna de esta institución universitaria en la II República. Todos estos gestos son meros símbolos y contribuyen a que no la olvidemos. Pero debemos seguir trabajando en su obra y estudiando su legado, tarea ahora mucho más fácil porque su archivo personal fue donado por su familia en el año 2027 al Archivo Histórico Nacional; en total son 53 cajas de consulta abierta al público. En ellas hay recortes de prensa, correspondencia, separatas, monografías que van desde el año 1933 hasta 2006, y cuyo conocimiento es fundamental para el estudio de la situación legal, social y política de las mujeres españolas y su evolución a lo largo del siglo xx.

IV. SU LUCHA POR CONSEGUIR LA MAYORÍA DE EDAD JURÍDICA DE LA MUJER CASADA

«Cuando en septiembre de 1969 yo inicié la lucha por liberar a la mujer de las cadenas jurídicas, su situación era tan vejatoria y alienante dentro de la familia, con proyección en lo público, pues había artículos como el 1263, que situaba a la mujer casada entre los menores, los locos o dementes y los sordomudos que no sabían leer ni escribir. El artículo 57 obligaba a la mujer a obedecer al marido y la licencia marital era como su sombra para todos los actos de la vida. Sin licencia prácticamente, la mujer solo podía hacer testamento». Son palabras de María Telo extraídas de una publicación en el periódico ABC. Los artículos que cita son preceptos del Código Civil vigente en aquellos momentos en España.

El retroceso de la legislación franquista respecto de las normas adoptadas en la II República en relación con los derechos de las mujeres permitió que éstas se encontrasen sujetas a la tutela del varón y marginadas social, económica y profesionalmente. El Derecho Civil sólo reconocía validez al matrimonio canónico y la situación jurídica de la mujer casada era más débil en derechos que la de la mujer soltera, pues estaba obligada a obedecer y seguir al

marido donde éste fijase su residencia y a tomar su nacionalidad, llegando a perder la nacionalidad española, aunque la residencia la tuviera en España. El esposo administraba los bienes de la sociedad conyugal y en todos los actos jurídicos era el representante de su mujer y ésta, sin permiso marital, no podía ni adquirir bienes, ni enajenar los suyos propios, aunque la esposa conservaba inicialmente cierto dominio sobre los parafernales y la dote. Se la consideraba persona inhábil para ser tutora, la patria potestad era ejercida por el padre y si éste moría la ejercía la madre, pero la perdía si contraía segundas nupcias.

La mayoría de edad para ambos sexos se fijaba a los veintiún años, pero la mujer soltera no podía abandonar la casa paterna hasta cumplir los veinticinco años. La Ley de Enjuiciamiento Civil restringe el derecho de las mujeres casadas a comparecer en juicios, el domicilio conyugal era la casa del marido y en caso de separación matrimonial podían las mujeres casadas ser objeto de depósito. Se les fue cerrando el acceso a los puestos de trabajo y a la promoción profesional y en el caso de que la esposa tuviese un trabajo remunerado el sueldo lo cobraba el marido. El Código de Comercio les permitía ejercer pocas actividades comerciales y para ello también necesitaban autorización del cónyuge.

Es preciso destacar que en la década de los años cincuenta ya se hablaba de la necesidad de reforzar la legislación vigente en relación con la situación jurídica de las mujeres. La jurista Mercedes Formica, cuya labor renovadora del derecho privado ha pasado bastante desapercibida, consiguió que el 24 de abril de 1958 se aprobara la reforma de 66 artículos del Código Civil suprimiendo el depósito de la mujer en vías de separación, la consideración del domicilio conyugal como casa de la familia, ser testigo en testamento, pertenecer al organismo tutelar, conservar la patria potestad en el supuesto de segundas nupcias y la exigencia del consentimiento de la mujer para la disposición de los bienes inmuebles dentro de los gananciales. Posteriormente, el 22 de abril de 1961 se aprobó la ley Sobre Derechos Políticos, Profesionales y de Trabajo de la Mujer que permitió mejorar la situación de las mujeres en el ámbito del sector público. Pero todavía seguían persistiendo muchas discriminaciones legales para el llamado sexo débil y ahí es donde merece ser resaltada la tarea de la abogada feminista María Telo.

La asociación Española de Mujeres Juristas (AEMJ) fue creada en julio de 1971 bajo la presidencia de la protagonista de estas líneas. En sus estatutos quedaron recogidos sus fines: estudio del derecho que afectaba principalmente al estatus de la mujer y de la familia; promoción y adecuación de las normas jurídicas a la época del momento; promoción profesional de la mujer, particularmente en las actividades que exigen formación jurídica. Las iniciales activi-

dades se encaminaron a difundir la existencia de la AEMJ a través de conferencias, cursos, entrevistas en prensa y su creación fue muy bien aceptada.

Entre las primeras actuaciones figura la solicitud de admisión en la Comisión General de Codificación CGC de un número de mujeres que hicieran oír su voz para poner en marcha los necesarios cambios legales en un sentido progresista. Al respecto es de destacar la correspondencia mantenida por María Telo con el entonces Ministro de Justicia, Sr. Oriol Urquijo, a lo largo del año 1972. En diciembre de ese mismo año el presidente de la CGC notificó a María Telo su nombramiento como miembro de la Sección Especial de dicha Comisión. Previamente, teniendo en cuenta su experiencia profesional y los años dedicados al estudio de la reforma del derecho de familia, la Junta Directiva de la AEMJ la había designado por unanimidad para desempeñar dicho cargo. Además de María Telo se incorporaron las siguientes expertas: Carmen Salinas (letrada asesora de la Sección femenina), Concepción Sierra (letrada experta en derecho de familia y amiga de María Telo) y Belén Landáburu (procuradora en las Cortes Franquistas por Burgos).

Desde noviembre de 1972, cuando el franquismo ya se iba acercando a su final, comenzó a trabajar la Sección Especial, en la que participaban estas cuatro mujeres, para estudiar los cambios sociales producidos y la necesidad de adecuación a ellos del derecho de familia, siguiendo también las transformaciones que habían experimentado las legislaciones de los países de nuestro entorno. Conviene destacar que las intervenciones de María Telo fueron las más numerosas y las más progresistas en sus planteamientos: primero propuso estudiar el derecho matrimonial y después la filiación. También interesantes fueron las intervenciones de Belén Landáburu que destacó en la elaboración posterior de la Ley para la Reforma Política de 1977, y que fue senadora constituyente por designación real. Las intervenciones de María Telo dieron fruto, unas en la reforma de 1975 y otras se pospusieron a estadios posteriores de modificaciones del Código Civil que vieron la luz en leyes de 1981 (ya en democracia). Las sesiones de la Sección Especial se prolongaron a lo largo de los años 73 y 74 y afectaron también al articulado del Código de Comercio en lo referente a capacidad jurídica de las mujeres. Los trabajos culminaran en un Proyecto de Ley que el presidente de la Comisión General de Codificación entregó el 5 de agosto de 1974 al Sr. Ministro de Justicia. Tras los trámites legislativos oportunos fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Españolas en día 30 de octubre de 1974, siendo posteriormente enviado a la Comisión de Justicia de las Cortes para su estudio. Finalizó la tramitación legal con la aprobación del Proyecto de Ley el día 30 de abril de 1975 por las Cortes Generales. El BOE lo publicó el día 2 de mayo de 1975.

Tras cuatro largos años de arduo trabajo, el tesón y la vocación feminista de María Telo habían conseguido, coincidiendo con la declaración del Año Internacional de la Mujer por parte de la ONU, que entrase en vigor la norma legal que le devolvió la mayoría de edad jurídica a la mujer casada en España. Se eliminó la licencia marital, la obediencia al marido y todas las discriminaciones por razón de sexo, excepto dos: La patria potestad conjunta y la administración conjunta de los bienes gananciales que fueron objeto de la Ley de 13 de mayo de 1981 sobre «Filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial». En los trabajos preparatorias de esta norma tuvo gran influencia María Telo en el ámbito de la CGC, como también lo tuvo en los estudios previos a la aprobación de la Ley de 7 de julio de 1981 sobre «Clases de Matrimonio, Separación Nulidad y Divorcio». Hasta muy avanzada edad siguió perteneciendo como Vocal Permanente la CGC aportando sus conocimientos y saber hacer como una profesional jurista feminista, conquistando espacios que habían sido reservado hasta fechas recientes exclusivamente para los hombres.

V. MILITANCIA TAMBIÉN EN DEMOCRACIA; PREMIOS RECIBIDOS Y REIVINDICACIÓN DE SU TRABAJO

«Después del ingreso en la universidad, mi vida ya no fue la misma. Al conocer tan directamente la situación jurídica de la mujer dentro del Código Civil me sentí tan humillada, tan injustamente tratada, tan vilipendiada, tan nada, que ninguna explicación histórica, ni jurídica, ni religiosa, ni humana podían convencerme de que yo exageraba». Estas palabras, pronunciadas por María Telo en su Discurso de Investidura como Doctora *Honoris Causa* por la Universidad de Salamanca, fueron el germen de su militancia constante y eficaz para sortear los difíciles obstáculos de una sociedad anclada en el pasado que impedía cualquier participación de las mujeres en igualdad de derechos que los varones. Ya hemos dado cuenta de su ardua lucha como abogada de la igualdad por reformar el Código Civil y el de Comercio y aprobar una serie de leyes que nos permitieron, ya en democracia, avanzar a las mujeres hacia la igualdad real y efectiva.

Pero ella no se conformó con estos logros y siguió trabajando. En el año 2009 vio la luz su libro «Mi lucha por la igualdad jurídica de la mujer», publicado por la editorial Aranzadi, este trabajo fue y debe ser entendido como unas memorias, escritas ya con una avanzada edad, pero con mucha claridad y precisión sobre lo que para ella significó durante toda su vida el objetivo de liberar a la mujer casada de las cadenas jurídicas que la oprimían. En el

año 1995 publicó otra obra titulada «Concepción Arenal y Victoria Kent. Las prisiones. Vida y obra». Se trata de una pequeña biografía de estas dos mujeres muy admiradas por ella, grandes referentes feministas en el mundo del Derecho, que influenciaron en la humanización del sistema penitenciario español.

Es cierto que tras la donación al Archivo Histórico Nacional de todo su legado es más fácil, a partir de 1920, el estudio de su amplia obra (sobre todo las aportaciones a la Comisión General de Codificación) y no sobra que recordemos y aludamos a su carácter viajero que la impulsó a desplazarse por todo el mundo impartiendo más de cincuenta conferencias, participando en más de cincuenta congresos, abriendo cauces, derribando tabúes y revelando en cada momento las necesidades de divulgar y dar a conocer la situación de las mujeres y las discriminaciones que estas todavía sufrían.

Era partidaria de la comunicación escrita pero no descartaba la divulgación oral: en sus jóvenes años de letrada en ejercicio en el Colegio de la Abogacía de Madrid (CAM) se reunía con sus compañeros togados en tertulias como la que se celebraba en el Café Soto y esto lo siguió cultivando hasta el final de sus días, porque daba conferencias, respondía a consultas, participaba en congresos y siempre estaba accesible. En noviembre 2005 impartió una conferencia en la Plataforma por los Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción en la que se decantaba por la obligatoriedad de los permisos de paternidad para romper la complicidad masculina entre el empresario y los trabajadores. Padre y madre tienen la obligación y el derecho de cuidar y disfrutar de sus hijos; será el permiso de paternidad (que a día de hoy tenemos bastante normalizado) una medida muy mentalizadora que creará hábitos y costumbres y abrirá camino a otras realidades más igualitarias.

En una línea similar, en su discurso del 10 de junio de 2008, ante el Claustro de Doctores de la Universidad de Salamanca siguió insistiendo en que la realidad social, a pesar de la normativa vigente, seguía ofreciendo desigualdades materiales. Entendía que el foco del problema se debería poner en las funciones que el hombre y la mujer desempeñan dentro de la familia que siguen siendo diferentes y desiguales «… y sus consecuencias se proyectan en el mercado laboral, en la ocupación de puestos de poder, de decisión y de responsabilidad…» La doble jornada, los trabajos a tiempo parcial o la flexibilización de los horarios para favorecer a los hombres repercuten negativamente en la formación de las mujeres. También se pronunció sobre la labor imprescindible de la educación para formar a las nuevas generaciones, pero puso especial énfasis en advertir que los cambios por medio de la educación son lentos: se deben controlar los contenidos de los libros de texto, la formación de los educadores…pero hace falta algo más (lo que hoy llamamos acciones po-

sitivas). En esa tarea formativa incluye a las mujeres que deben conocer los derechos que por ley les corresponden y además deben aprender a ejercitarlos. Apeló a los gobernantes, empresarios, sindicatos para que abordasen el gran reto del siglo XXI que consiste (en su opinión) en la necesidad, a nivel mundial, de un cambio en los modelos de producción; en esos cambios debería verse involucrada la mujer y los operadores públicos deberán adoptar las medidas necesarias y las correspondientes sanciones para quienes las incumpliesen.

Para ir terminando estas páginas quiero resaltar que, en mi opinión personal, esta larga vida de lucha por conquistar los derechos de las mujeres y avanzar en la lucha feminista no ha sido lo suficientemente reconocida. Aunque recientemente se ha puesto su nombre a algunas calles –como en su Cáceres natal– y algunas asociaciones feministas lleven su nombre y haya recibido premios nacionales e internacionales, estos se le han concedido cuando era una persona muy mayor y casi todos han estado ligados al ámbito de asociaciones feministas y algunas también al mundo del Derecho. Podríamos mencionar los siguientes reconocimientos:

– Lazo de Dama al Mérito Agrícola del Ministerio de Agricultura en 1972 por su obra y publicaciones sobre Derecho Agrario.

– Cruz distinguida de Primera Clase de San Raimundo de Peñafort en 1976 (Ministerio de Justicia).

– Medalla al Mérito de la Doctora Pérez Perozo, fundadora de la Federación Venezolana de Abogadas, Caracas 1978.

– Premio Clara Campoamor, Ayuntamiento de Madrid 2006.

– Medalla al Mérito en el Trabajo, Consejo de Ministros en 2007.

– Premio Rosa Manzano, de la Organización Mujer y Socialismo del PSOE en 1992.

– Premio Mujer Progresista 1995 de la Federación de Mujeres Progresistas. Madrid 1996.

– Premio Mujer Europea, de la Unión de Mujeres por Europa, concedido en Madrid en 1999.

– Placa de la Federación Internacional de Mujeres de Carreras Jurídicas en 2002.

– Condecoración de la Federación Latinoamericana de Abogadas. Caracas 1996.

– Premio Scevola, concedido a la «Ética y la Calidad de los Profesionales del Derecho» en 2011.

– Doctora *Honoris Causa* por la Universidad de Salamanca en 2007. Investida en 2008.

Pueden parecer muy notables los premios recibidos, pero teniendo en cuenta la ingente tarea realizada y la importancia de logros alcanzados debemos concluir que resultan insuficientes. Si estas conquistas que he comentado en este breve ensayo hubieran sido la obra de cualquier hombre, los reconocimientos, sin duda alguna, serían incomparablemente más numerosos. Tenemos la obligación de seguir reivindicando la memoria de María Telo y valorando en su justa medida una vida dedicada a luchar por la igualdad material de las mujeres en una sociedad donde el patriarcado sigue latente [1].

[1] Salamanca, junio de 2024.

LA RESOLUCIÓN 1325 EN EL MARCO DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS Y LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA SEXUAL EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

María Concepción Pérez Villalobos
Universidad de Granada

I. INTRODUCCIÓN

La aprobación en el año 2000 de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sobre Mujeres, Paz y Seguridad, marcó el inicio de un proceso para la incorporación de la perspectiva de género a la prevención, gestión y resolución de los conflictos armados. En este contexto, esta resolución representa un punto de partida, pero también constituye la culminación de un itinerario previo desarrollado durante las dos décadas anteriores en las que se fueron conformando las bases de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad (MPS). La Agenda MPS está constituida por una serie de Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que demandan la participación de la mujer en la resolución de conflictos, así como su protección en el conflicto y post conflicto, especialmente en lo referente a los delitos de carácter sexual [1].

[1] Las bases para esta regulación se pusieron en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979), así como en las diferentes Conferencias Mundiales sobre la mujer celebradas en Méjico (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995), donde destaca la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995, que incluye de manera específica entre sus 12 áreas prioritarias de acción una denominada 'La mujer y los conflictos armados'. Su objetivo es aumentar la participación de las mujeres en la prevención y resolución de los conflictos, la consolidación

Los contenidos de la Resolución 1325 se han ido desarrollando en once resoluciones posteriores que han dado como resultado, en el ámbito internacional, «generar conciencia sobre la perspectiva de género como elemento esencial para la paz y la seguridad internacionales», así como la construcción de un «cuerpo político-normativo» sobre cuál debe ser la respuesta de la comunidad internacional para proteger y empoderar a las mujeres y niñas en las situaciones de conflicto armado. «Es por tanto, una cuestión de derechos, pero también de eficacia… al reconocer que el liderazgo de las mujeres es imprescindible para lograr una paz duradera» [2].

Este acervo complementa y desarrolla el Derecho Internacional Humanitario vigente y reivindica un papel más relevante de las mujeres en la resolución de los conflictos armados y la consolidación de la paz. Para ello, introduce una serie de principios, actuaciones e instrumentos operativos que comprometen a todos los actores locales y foráneos presentes en los escenarios de conflicto y posconflicto, incluyendo a las fuerzas militares y de policía que participan en las misiones y operaciones de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, así como en la prevención de conflictos y la gestión de crisis.

Una de las contribuciones más relevantes de este marco normativo es haber propiciado una visión de la mujer que ha evolucionado desde su consideración como «víctima» de los conflictos armados y, en particular, de la violencia sexual en este contexto, hasta su reconocimiento como «actor esencial» en la prevención y resolución de conflictos y en la construcción de la paz en todas sus fases.

Por otro lado, su implementación ha ido acompañada de un desarrollo operativo paralelo, con diferentes niveles de compromiso en el ámbito nacional –a través de instrumentos como los Planes de Acción Nacionales (NAP)– y en el marco de organizaciones internacionales, como la OSCE, la OTAN y la Unión Europea.

España, comprometida desde el principio con la agenda Mujeres, Paz y Seguridad de Naciones Unidas, fue en 2007 uno de los primeros diez países que aprobaron un Plan de Acción Nacional para implementar la Resolución 1325. Desde ese año, el compromiso de España se ha ido renovando y actualizando en todas las misiones de mantenimiento de la paz y gestión de crisis en las que ha participado, incorporando cambios de perspectiva como la necesi-

---

de la paz y la gobernanza, así como protegerlas durante los conflictos armados. Por vez primera en un acuerdo internacional, la Plataforma subraya la importancia de abordar de una manera específica la seguridad de las mujeres y sus aportaciones a la paz, la seguridad y el desarrollo. Vid: PÉREZ VILLALOBOS, M. C: *Mujer, paz y seguridad. El tratamiento del género en las Fuerzas Armadas*, EUGR, 2013.

[2] S/RES 1325 (2000).

dad de considerar a las mujeres como agentes de transformación y no solo como víctimas, la importancia del papel de la mujer en la prevención de conflictos o la trascendencia de su participación en la reconstrucción posconflicto; incluso, para evaluar los cambios en el número y naturaleza de los conflictos y la aparición de nuevas amenazas; para realizar la imprescindible interconexión con otras iniciativas –como la Agenda 2030 o los compromisos derivados de la CEDAW– y, en definitiva, para incorporar el enfoque de género en todas las fases de la acción humanitaria en situaciones de conflicto armado.

Pues bien, presentamos en estas líneas, una síntesis del contenido de las citadas resoluciones, agrupando las medidas de acuerdo con un criterio finalista, y un balance de las aportaciones más relevantes y la situación actual de la Agenda MPS tras casi 25 años de aplicación de la resolución 1325.

II. DESARROLLO DE LA RESOLUCIÓN 1325

La resolución 1325 actuó como motor de otras diez resoluciones que, a partir del año 2000, han venido completando, concretando y desarrollando los contenidos de aquella, sin que podamos dar por concluido este proceso. Algunos estudios las dividen en dos grupos [3]. El primero –constituido por la propia resolución 1325(2000) y las resoluciones 1889 (2009), 2122 (2013), 2242 (2015), 2493 (2019) y 2538 (2020)– se centra en la necesidad de que las mujeres participen plena y sistemáticamente en las iniciativas y procesos de paz dentro de todas las fases de los conflictos armados. El segundo grupo –resoluciones 1820 (2008), 1888 (2009), 1960 (2010), 2106 (2013), y 2467 (2019)– se dedica específicamente a la prevención y lucha contra la violencia sexual que tiene lugar en el contexto de conflictos armados, donde con frecuencia ha sido utilizada como táctica de guerra. Por su brevedad y el carácter «fundacional», la resolución 1325 se convierte en una declaración programática sobre los pilares del nuevo enfoque que, dentro del paradigma de la seguridad humana, convierte a las mujeres en un foco de los esfuerzos para lograr una paz y seguridad internacional sostenibles. La resolución 1325 «insta a los Estados miembros y a la propia organización de Naciones Unidas a impulsar la representación de las mujeres en todos los niveles de toma de decisiones relativas a la prevención, gestión y solución de conflictos, los procesos y negociaciones de paz y las misiones de paz sobre el terreno, así como a incorporar una pers-

[3] *Vid.* Lucero Paul, J. J., y Jiménez-Rider, M. A.: «La aplicación de la perspectiva de género en las FAS», en Ruiz Arévalo, J. (Coord): *La perspectiva de género en la gestión de crisis,* eugr, 2020.

pectiva de género que tenga en cuenta las necesidades de las mujeres y las niñas antes, durante y después de un conflicto armado, y a garantizar el pleno respeto de los derechos de las mujeres y las niñas frente a la violencia por razón de género».

Su contenido puede sintetizarse en cuatro líneas de acción claves [4]:

Prevención. Reconocimiento de que las mujeres tienen un «importante papel en la prevención y solución de los conflictos y en la consolidación de la paz» de donde se deriva la necesidad de que esté representada en todas las iniciativas y mecanismos para la prevención, gestión y solución de conflictos.

Participación. Aumento de la participación femenina de forma plena y «en pie de igualdad» con los hombres en todos los niveles de los órganos y en todas las fases de los procesos donde se adopten decisiones relacionadas con la prevención de conflictos armados o con su gestión y resolución, tanto en las instituciones como en los despliegues sobre el terreno.

Protección. Las mujeres y niñas requieren «medidas especiales» para su protección frente a todas las formas de violencia en situaciones de conflicto armado, sobre la base del pleno respeto a las normas del Derecho internacional que velan por sus derechos y la persecución judicial de los crímenes de guerra relacionados con la violencia sexual.

Perspectiva de género. Este enfoque debe incorporarse transversalmente (*mainstreaming*) a las directrices y herramientas aplicables en las operaciones de mantenimiento de la paz, en las agencias de las Naciones Unidas, y en los programas nacionales de capacitación y adiestramiento de personal militar y policía civil de los Estados miembros. La consideración de esta perspectiva de género se extiende no solo a las operaciones de mantenimiento de la paz, sino a las negociaciones de paz, la planificación humanitaria, y las acciones para la consolidación de la paz, como los procesos de desarme, la desmovilización y la reintegración, así como la reparación y la buena gobernanza. Por otro lado, la resolución prevé «un estudio sobre los efectos de los conflictos armados en las mujeres y las niñas, el papel de las mujeres en la consolidación de la paz y las dimensiones de género de los procesos de paz y la solución de conflictos» y el seguimiento sistemático de esta perspectiva de género por parte del Consejo de Seguridad.

La resolución 1820 (2008), reconoce por primera vez «el impacto de la violencia sexual en los conflictos armados como amenaza al mantenimiento de

[4] Ver https://especiales.realinstitutoelcano.org/mujeres-paz-seguridad/

la paz y la seguridad internacionales» [5]. Se trata de la utilización de la violencia sexual como táctica de guerra, ya sea cuando se utiliza de forma sistemática para lograr fines militares o políticos o cuando se recurre a ella de manera oportunista por motivos culturales o escudándose en la impunidad. La resolución identifica la violencia sexual como problema para la paz y la seguridad internacional que necesita una respuesta desde el punto de vista de la seguridad. Además, reconoce que esos actos pueden agudizar las situaciones de conflicto armado y constituir un impedimento para el restablecimiento de la paz y la seguridad. También señala que la violación y otras formas de violencia sexual pueden constituir un crimen de guerra, un crimen contra la humanidad o un acto de genocidio.

Como continuación, la resolución 1888 (2009) crea la figura del Representante Especial del Secretario General sobre Violencia Sexual en Conflictos (SRSG-SVC, en sus siglas en inglés) y «refuerza la resolución 1820 instaurando un liderazgo, la aportación de conocimientos especializados y la mejora de la coordinación entre los diferentes actores interesados o implicados en la respuesta a la violencia sexual asociada a las situaciones de conflicto» [6].

En 2010, el Consejo de Seguridad exigió en su resolución 1960 (2010) el fin de los actos de violencia sexual generalizada o sistemática realizados por las partes en los conflictos armados y estableció un importante sistema de rendición de cuentas para acabar con la violencia sexual asociada a situaciones de conflicto basado en la elaboración de «listas de agresores e informes anuales sobre sospechosos de cometer o ser responsables de actos de violencia sexual» [7]. Además, dispone «la recopilación estratégica, coordinada y oportuna de información y presentaciones al Consejo de Seguridad sobre la violencia sexual asociada a situaciones de conflicto, e insta a los Estados a asumir compromisos con plazos concretos para abordar la cuestión».

La resolución 2106 (2013) agrega mayores detalles sobre el funcionamiento de las resoluciones anteriores en materia de violencia sexual y reitera que todos los actores, incluyendo no sólo el Consejo de Seguridad y las partes en los conflictos armados, sino también todos los Estados miembros y entidades de las Naciones Unidas, deben hacer más para implementar los mandatos anteriores y combatir la impunidad por estos crímenes. Por último,

[5] La Resolución 1820 del Consejo de Seguridad, de 19 de junio de 2008 reconoce que «las mujeres y las niñas son especialmente objeto de actos de violencia sexual, incluso como táctica de guerra, destinada a humillar, dominar, atemorizar, dispersar o reasentar por la fuerza a miembros civiles de una comunidad o grupo étnico, y que la violencia sexual utilizada de esta manera puede en algunos casos persistir después de la cesación de las hostilidades». S/RES 1820 (2008).

[6] S/RES 1888 (2009).

[7] S/RES 1960 (2010).

reconoce que «la violencia sexual también afecta a hombres y niños, y a las comunidades en general» [8].

Con motivo del XV aniversario de la Resolución 1325, el Consejo de Seguridad quiso subrayar su importancia y los progresos realizados, así como ponderar con la resolución 2242 (2015) la necesidad de «una implementación mucho mayor de la agenda de mujeres, paz y seguridad ante los retos globales como el cambio climático, el terrorismo y el extremismo violento y el aumento del número de refugiados y desplazados internos» [9]. Se trata de la única resolución del Consejo que reconoce estos cambios drásticos, con lo cual convierte a la agenda MPS en un componente central a la hora de abordar los retos del nuevo contexto de paz y seguridad mundial. En algunos ámbitos, esta resolución ha sido calificada como «la más ambiciosa de las adoptadas hasta la fecha en esta materia» por la concreción de las medidas adoptadas, el uso de un nuevo lenguaje y la relevancia en el tratamiento de algunas áreas que hasta el momento no habían sido tenidas en cuenta en la agenda MPS [10].

Hasta hoy, la resolución 2467 (2019) es la última aprobada por el Consejo de Seguridad que pone su foco en la lucha contra la violencia sexual en los conflictos armados, reconociendo que, a pesar de todos los esfuerzos desplegados, estos actos «siguen produciéndose, a menudo con impunidad, y, en algunos casos, han llegado a ser sistemáticos y generalizados, alcanzando un grado de brutalidad indescriptible». En ella se hace un repaso a todas las medidas adoptadas con este fin y se reitera con mayor énfasis la necesidad de que todas las partes presentes en los conflictos armados cooperen en acabar con este tipo de actos, fijando plazos concretos para lograrlo. Para una mejor coordinación, propone la designación de «puntos focales civiles, militares y policiales de alto nivel, según proceda, que sean responsables del cumplimiento de esos compromisos». Aboga también por una mayor coordinación entre las acciones relacionadas con los niños y los conflictos armados y las encaminadas a combatir la violencia sexual en los conflictos. Pide la adopción de «un enfoque más sistemático, fiable y riguroso para reunir información confidencial precisa, fidedigna, oportuna y desglosada por sexos sobre la violencia sexual en situaciones de conflicto y posconflicto de una manera que no ponga en riesgo a los supervivientes» [11].

---

[8] S/RES 2106 (2013).

[9] S/RES 2242 (2015).

[10] Ver https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marco-internacional/ambito-internacional/onu/organos-instituciones/org-carta-naciones-unidas/consejo-seguridad/

[11] S/RES 2467 (2019).

También en 2019, una nueva resolución, la 2493 (2019), reitera la necesidad de intensificar los esfuerzos para el cumplimiento plena de la agenda MPS, haciendo un llamamiento a todos los Estados miembros para garantizar una «participación plena, igualitaria y significativa de las mujeres en todas las etapas de los procesos de paz» haciendo hincapié en apoyar a las organizaciones de mujeres que participan en las acciones de estabilización y reconstrucción posconflicto. Extiende este llamamiento a la promoción de «todos los derechos de las mujeres, incluidos los derechos civiles, políticos y económicos» y al aumento de financiación en el ámbito de la agenda MPS, aplicando en todo caso un enfoque de género en todas las aportaciones de ayuda. Así mismo, expresa el interés del Consejo de Seguridad por los «asesores de género o asesores de protección de las mujeres» y las disposiciones que se están adoptando para facilitar la participación de las mujeres en los procesos electorales y políticos, en los programas de desarme, desmovilización y reintegración, y en las reformas de los sectores judicial y de seguridad».

La resolución 2538/2020 está asociada más directamente relacionada con las operaciones de mantenimiento de la paz, pero dedica una atención específica al fomento de la participación de la mujer en las fuerzas militares y de policía que participan en estas operaciones, por lo que merece ser tenida en consideración dentro de la agenda MPS. El Consejo de Seguridad impulsa la presencia de «mujeres uniformadas» en todos los niveles, incluido el «directivo», de los contingentes desplegados en estas operaciones, removiendo los obstáculos que puedan dificultarla y garantizando entornos de trabajo seguros y protegidos contra amenazas, el acoso y la violencia sexual. Igualmente, estimula su participación en equipos mixtos encargados de fomentar la implicación y la participación del personal femenino en aquellos componentes y funciones en que las mujeres estén infrarrepresentadas.

III. BALANCE DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 1325 ANTE EL VEINTICINCO ANIVERSARIO DE SU APROBACIÓN

Desde su aprobación en el año 2000, no han faltado valoraciones sobre el grado de implementación de las medidas adoptadas en la resolución 1325 ss. y el logro de sus objetivos, sin excluir el análisis de la evolución de la agenda MPS y la incorporación de nuevas propuestas.

El Estudio mundial sobre la aplicación de la Resolución 1325 [12] presentó un balance muy completo con ocasión del 15.º aniversario de su aprobación, en el que se aportaban evidencias para demostrar que el empoderamiento de las mujeres contribuye al éxito de las conversaciones de paz y al logro de una paz duradera, acelera la recuperación económica, fortalece las operaciones de paz, mejora la asistencia humanitaria y puede ayudar a hacer frente a los extremismos violentos. Al mismo tiempo, identificaba una brecha en la eficacia de los marcos normativos por «la falta de voluntad política, rendición de cuentas y recursos, así como por la existencia de barreras institucionales y actitudinales», constatando que, hasta entonces, los incentivos y medidas sancionadoras adoptados para estimular su cumplimiento habían sido escasos.

Cinco años más tarde, en su Informe anual sobre Mujeres, paz y seguridad, el Secretario General de Naciones Unidas propuso cinco objetivos generales para la década siguiente, orientados a reforzar aquellos aspectos más necesitados de atención: impulsar «un cambio radical para que las mujeres tengan una participación significativa en las actividades de establecimiento, mantenimiento y consolidación de la paz»; hacer de «la defensa incondicional de los derechos de la mujer el marcador más visible… en materia de paz y seguridad»; invertir «la tendencia al alza del gasto militar mundial para fomentar una mayor inversión en… la seguridad humana»; impulsar el apoyo financiero al fomento de la igualdad de género y a la integración de la perspectiva de género, aumentando la asistencia directa a las organizaciones de mujeres; llevar a cabo «una revolución de los datos de género relacionados con las mujeres y la paz y la seguridad». [13]

A poco de cumplirse el 25.º aniversario de la resolución 1325, en su último Informe sobre Mujeres, paz y seguridad [14], el Secretario General afirmaba que, a pesar de los avances desde su aprobación, el contexto actual se define más bien por los retrocesos en la igualdad de género y en la paz mundial, ya que «no se han logrado avances sustanciales en el aumento de la financiación de las organizaciones de mujeres ni en el porcentaje de mujeres en las negociaciones de paz, y aunque se ha prestado más atención a las amenazas y la violencia que sufren las defensoras de los derechos humanos, dicha violencia ha seguido aumentando».

---

[12] Documento «Prevenir los conflictos, transformar la justicia, garantizar la paz: Estudio mundial sobre la aplicación de la resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas», publicado en 2015, a instancias del Consejo de Seguridad en su resolución S/RES 2122 (2013).

[13] S/2020/946, párr. 113.

[14] S/2023/725, 28 de septiembre de 2023.

El contenido de este informe permite analizar la situación actual de la agenda MPS, evaluar el grado de cumplimiento de los cinco objetivos generales para la década 2020-2030 y esbozar un balance provisional de sus primeros 25 años, un período de tiempo suficientemente largo para llevar a cabo una revisión en profundidad de la eficacia en la aplicación del paradigma de seguridad centrado en las mujeres, cuya participación directa como mediadoras, negociadoras y signatarias de acuerdos de paz sigue siendo una excepción, y eso a pesar de los esfuerzos desplegados por el Departamento de Asuntos Políticos y de Consolidación de la Paz de la ONU, donde la presencia de mujeres en las misiones especiales alcanza casi la paridad.

Sin embargo, es relevante la participación de mujeres en procesos de mediación de «segundo nivel», con frecuencia no oficiales, que tienen un impacto significativo en la cohesión social y una mayor visibilidad por parte de la sociedad civil; en estos escenarios han mediado en el alto el fuego y el cese de las violaciones contra la población civil, lo que supone que la mediación local puede ser un punto de entrada clave para la participación de las mujeres en el establecimiento de la paz cuando las negociaciones de alto nivel están estancadas o el espacio para el diálogo es limitado.

En los últimos años la proporción de acuerdos de paz que tienen en cuenta las cuestiones de género es de apenas un tercio del total. Algunos de esos acuerdos no han llegado a aplicarse de forma efectiva, pero no deja de ser importante que incluyan disposiciones sobre igualdad y derechos humanos, participación y protección de las mujeres, prohibición de la discriminación por motivos de género, rendición de cuentas por todas las formas de violencia contra las mujeres y respeto de las libertades de reunión pacífica y de expresión, además de promover la movilización y la asociación de las mujeres. Desde 2015, muchos Estados miembros y organizaciones regionales han apoyado la creación de redes regionales de mediadores y adoptado medidas para aumentar significativamente la participación de las mujeres en los procesos de paz y seguridad, incorporándolas a sus estrategias y planes de acción.

Por otra parte, es preocupante la escasa financiación de los procesos de paz en cuanto a actuaciones para promover una participación significativa de las mujeres, la incorporación de la perspectiva de género y la aplicación de las medidas sobre esta materia incluidas en los acuerdos de paz. La falta de voluntad política de las partes en conflicto con respecto a la inclusión de las mujeres en pie de igualdad sigue siendo un obstáculo importante para lograr este compromiso de las Naciones Unidas. La única excepción en esta tendencia es la prioridad que se le ha dado a estas cuestiones –participación, integración de la perspectiva de género y asignación de recursos– en las misiones de manteni-

miento de la paz. La participación de las mujeres en las fuerzas militares y de policía civil que despliegan en este tipo de operaciones es uno de los objetivos con mayor grado de cumplimiento. En la mayoría de los puestos se ha alcanzado la paridad de género, a excepción de los contingentes militares, donde la aportación femenina no pasa del 7 % de media. Hay que recordar que gran parte de los Estados que participan en estas operaciones no reclutan aún mujeres para sus fuerzas armadas. Esta desproporción se compensa en parte por la mayor dedicación de las mujeres militares a tareas relacionadas con las cuestiones de género, formando la base para constituir los equipos especializados en esta materia. Por contra, las mujeres representan entre el 20 % y el 30 % del personal civil de las mayores misiones de mantenimiento de la paz, proporción que casi llega a la paridad de género si tenemos en cuenta el voluntariado de las Naciones Unidas que apoya estas misiones.

En relación con la violencia sexual sobre mujeres y niñas, en los países afectados por conflictos se han extendido ampliamente estos actos violentos que tienen a las mujeres como objetivo. En 2022 unos 3.200 actos de violencia física en todo el mundo tuvieron a mujeres y niñas como principales objetivos, y más de la mitad se produjeron en países afectados por conflictos, donde los incidentes de violencia dirigidos contra mujeres se multiplicaron por 1,5 entre 2020 y 2022. En países como Burkina Faso, Haití, Malí, Myanmar, Nigeria y Ucrania se registraron aumentos pronunciados de la violencia contra las mujeres, que se duplicó con creces, entre otros en forma de agresiones físicas, secuestros, desapariciones forzadas, violencia sexual yo otras formas de violencia.

IV. LOS PLANES NACIONALES DE ACCIÓN PARA DESARROLLAR LA RESOLUCIÓN 1325. EL CASO ESPAÑOL

Un Plan Nacional de Acción es un documento que describe los pasos que está dando un gobierno y las iniciativas y las actividades que se realizan dentro de un plazo determinado para cumplir con los compromisos y obligaciones establecidos en la agenda MPS. Los planes nacionales de acción pueden ayudar a aumentar la amplitud, coordinación, sensibilización, participación, rendición de cuentas y la supervisión y evaluación de las actividades de un gobierno en materia de mujeres, paz y seguridad [15].

Desde 2005, los Estados han establecido planes de acción para implementar la agenda de género en la formación y entrenamiento del personal mi-

[15] INSTRAW (*International Research and Training Institute for the Advancement of the Women*).

litar, tanto en misiones de paz como en programas de ayuda a países en posconflicto. Desde 2007, España cuenta con un Plan de Acción que va actualizando periódicamente.

El II Plan Nacional de Acción de Mujeres, Paz y Seguridad (2017-2023) fue aprobado por el Gobierno de España con una vigencia de seis años y con la previsión de presentar informes de seguimiento en sede parlamentaria cada dos años. En él se recogen numerosas acciones clasificadas en cuatro objetivos específicos, que incluyen indicadores de efectividad e impacto de las acciones llevadas a cabo. La evaluación de la implementación de este Plan está aún pendiente, pero, aparentemente, sus resultados han sido escasos. Sus cuatro grandes líneas de acción para la implementación de la Resolución 1325 por parte de nuestro país son las siguientes:

1) El aumento de la participación de las mujeres en todos los niveles institucionales y procesos que conducen a la construcción de la paz (prevención de conflictos violentos, gestión de crisis, operaciones humanitarias, negociación y toma de decisiones sobre la paz y reconstrucción posconflicto).

2) La introducción transversal del enfoque de género *(mainstreaming)* en la recogida de datos y sistemas de información de Organismos Multilaterales con los que se colabora, así como en la puesta en práctica de sus programas.

3) La formación y capacitación para la construcción y el mantenimiento de la paz desde una perspectiva de género.

4) La protección de las mujeres ante situaciones de violencia, especialmente en los conflictos armados y en las situaciones posconflicto. En esta línea de acción, se establecen las siguientes acciones:

– Financiar acciones que tengan en cuenta las necesidades de atención en la salud sexual y reproductiva de las mujeres en las zonas de conflicto armado y de posconflicto, incluida la correspondiente ayuda psicológica para la recuperación de la autoestima de víctimas de la violencia.

– Establecer mecanismos de apoyo específicos en los programas de desmovilización, desarme y reintegración para las mujeres y niñas que han estado militarizadas, reconociendo su especial problemática.

– Apoyar con fondos económicos la atención especial a mujeres y niñas que han dado a luz a consecuencia de una violación y a aquellas que han sido forzadas al aborto, proporcionando, además, atención especializada en los casos identificados con VIH/SIDA.

– Incentivar la participación de representantes de organizaciones de mujeres y mujeres líderes locales, para que pueda incorporarse su análisis y pro-

puestas en las misiones de paz en las que participe España. Además, se potenciará y favorecerá su presencia en los puestos de toma de decisiones.

– En las misiones de paz en que participe España, promover una especial atención a las demandas y necesidades específicas de las mujeres y niñas en el proceso de planificación y distribución de recursos logísticos, especialmente a aquellas que por razón de edad, etnia o enfermedad puedan encontrarse en situación particularmente vulnerable. Asimismo, estas demandas y necesidades serán tenidas en cuenta a la hora de establecer campos de refugiadas o desplazadas.

– Identificar y financiar iniciativas específicas sobre mutilación genital de niñas y mujeres en zonas de conflicto y en las diferentes etapas de la construcción de la paz, como forma de violencia de género, que puede agudizarse en estas situaciones.

V. REFLEXIÓN FINAL

Todos los conflictos armados más recientes desencadenan, con más o menos intensidad y duración, un cúmulo de efectos que afectan en mayor grado a la población civil y, particularmente a la más vulnerable, como son las mujeres y los niños. El paradigma de la seguridad humana ofrece una aproximación muy completa a todas las dimensiones de estos efectos: económica, alimentaria, sanitaria, medioambiental, personal, comunitaria, política. La aplicación de un enfoque transversal desde la perspectiva de género a cada una de estas dimensiones añade nuevos datos que ponen de relieve un fenómeno tan antiguo como actual, como es la violencia sexual en los conflictos armados. Aunque hombres y niños son también sujetos de este tipo de violencia, las víctimas preferenciales son las mujeres y niñas que se convierten en objetivos de un arma de guerra temible, que, aplicada sistemáticamente, combinada con tácticas psicológicas y métodos terroristas se ha convertido en una amenaza de primer orden, no solo para los derechos humanos, sino también para la seguridad internacional, que genera crisis y conflictos, estimula el crimen transnacional, complica la solución y reconstrucción posconflicto y, sobre todo, obstaculiza la reconciliación y la consolidación de la paz. Cuando la comunidad internacional supo percibir la magnitud de este fenómeno se abrió el camino, esperemos que de forma irreversible, para poner en marcha la agenda Mujeres, paz y seguridad.

Desde el punto de vista jurídico, la «violencia sexual relacionada con los conflictos», que comprende «las violaciones, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, los embarazos forzados, la esterilización forzada y cualquier otro

acto de grave violencia sexual contra mujeres, hombres o niños que tienen una vinculación directa o indirecta con un conflicto» [16], reclama una particular atención y un enfoque singular urgente. En su último informe sobre la agenda MPS, el Secretario General de la ONU reconoció que no se ha conseguido erradicar su empleo como «táctica de guerra, tortura, represión política y terrorismo, … agravada por la militarización, la proliferación ilícita de armas y los cambios inconstitucionales de gobierno» y que a la gravedad de estos crímenes se une la dificultad para perseguirlos, ya que la ausencia de denuncias, por temor o rechazo social de las víctimas, o la imposibilidad de verificar estos delitos sobre el terreno, sugiere que la cantidad de víctimas reales es muy superior a las cifras oficiales.

En este contexto, se ha andado mucho camino gracias a los instrumentos de *soft law* como la serie de Resoluciones de Naciones Unidas que hemos descrito, que, además de promover el debate sobre esta cuestión, han movilizado a la comunidad internacional y a la sociedad civil, y creado una serie de buenas prácticas que podrían servir de base para la futura aprobación de un tratado internacional que proscriba la violencia por razón de género y articule los mecanismos legales que permitan mejorar la respuesta a la violencia sexual relacionada con los conflictos.

Un aspecto relevante en esta materia es la relación entre protección y participación, acreditada en recientes informes de Naciones Unidas es «el uso deliberado de la violencia sexual y las amenazas contra las mujeres que participan en la vida pública como estrategia para silenciarlas, humillarlas y desacreditarlas», atacando así el núcleo de sus derechos civiles [17]. Estos informes también certifican que se han dado pasos importantes para aplicar el derecho penal a los crímenes y las violaciones de derechos cometidos contra las mujeres y las niñas en situaciones de conflicto. Así, para promover la rendición de cuentas, la Representante Especial sobre la Violencia Sexual en los Conflictos presentó en 2021 el documento «Model Legislative Provisions and Guidance on the Investigation and Prosecution of Conflict-Related Sexual Violence».

«Los principales progresos en lo que respecta a la cuestión de la violencia sexual en situaciones de conflicto armado se han dado en el contexto de la "justicia de género"» [18], y han consistido en la creación de normas y mecanismos internacionales que han asumido la tarea de combatir la impunidad que ha

[16] De acuerdo con la iniciativa «Acción de las Naciones Unidas contra la Violencia Sexual en los Conflictos», creada en 2007.

[17] Ver Informe S/2022/740 del Secretario General de la ONU.

[18] Ver Diaz Peralta, E., «La protección internacional de la mujer en el conflicto armado», en Ruiz Arévalo, J. (Coord): La perspectiva de género en la gestión de crisis, eugr, 2020, p. 95.

rodeado habitualmente la comisión de tales crímenes, llevando a la justicia a individuos presuntamente responsables de los mismos y, ofreciendo protección y, en determinados casos, justicia reparativa a las víctimas. Estas y otras razones justificaron, en su día, la creación de los Tribunales Penales ad hoc para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, como también han impulsado el establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona y, desde luego, la creación de la Corte Penal Internacional. Así, la potencial inclusión de la violación y otras muchas agresiones sexuales en las categorías de genocidio, crimen de guerra, crimen contra la humanidad y tortura, cuando concurren los elementos requeridos para que existan tales delitos, permite dejar atrás y superar ampliamente la consideración anacrónica y desfasada de la violación y otros actos de violencia sexual como meros atentados al honor.

Más allá de la lucha contra la violencia sexual relacionada con los conflictos, la aprobación de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas representa un punto de inflexión en el enfoque de las cuestiones de género en el contexto de los conflictos armados, pero, sobre todo, supone un cambio de paradigma que, desde entonces, empieza a incorporarse de manera sistemática a las cuestiones de paz y seguridad internacional, con un amplio consenso entre los Estados miembros de la ONU.

A pesar de que los resultados alcanzados hasta ahora no están a la altura de las expectativas generadas, de los mandatos y resoluciones y, lo más importante de los derechos y necesidades reales de las mujeres y niñas que sufren directamente los efectos de esos conflictos, es innegable que se ha generado una nueva conciencia y una nueva forma de entender la seguridad y de gestionar los conflictos armados, donde la mujer ocupa un papel central como protagonista de la solución y no solo como víctima del problema.

Aunque los aspectos culturales de cada sociedad ocupan un lugar importante a la hora de aplicar esta perspectiva de género, no es menos cierto que muchos obstáculos para implementar la agenda MPS se derivan más bien de la falta de voluntad política y de la insuficiencia o carencia de recursos de personal, financieros y logísticos, tal como ponen de manifiesto los sucesivos informes del Secretario General de las Naciones Unidas y la serie de resoluciones del Consejo de Seguridad que pretenden hacerle frente.

A lo largo de estos casi 25 años ha ido creciendo y tomando forma un cuerpo político-normativo soportado e impulsado por unos órganos especializados dentro de la estructura de las Naciones Unidas, donde las mujeres han ido adquiriendo cada vez mayor visibilidad e influencia. Este cuerpo ha aportado un conjunto de medidas de carácter político, legislativo, jurídico, organizativo, económico, etc. para promover acciones de prevención, protección,

participación, reparación, persecución y sanción, capacitación, información y evaluación alineadas y coherentes con una perspectiva de género que conecta con otras iniciativas más amplias de carácter global, como los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

LA PUGNA ENTRE LA LEGALIDAD DEMOCRÁTICA Y LA LEGITIMIDAD GENEALÓGICA: UN DESAFÍO PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

Laura Nuño Gómez
Universidad Rey Juan Carlos

I. LA DIALÉCTICA ENTRE LA LEGALIDAD Y LA LEGITIMIDAD

El mantenimiento del orden político requiere de la comparecencia de un sistema de mandatos y sanciones formales, habitualmente contemplados en los sistemas normativos, pero también de dispositivos informales que imponen un orden de valores, formas de conducta y promueven una noción concreta de justicia y autoridad. Mientras los primeros se sustentan en la capacidad punitiva del Estado, los segundos dependen de las diferentes cosmovisiones culturales y de la influencia del proceso socializador. Hermann Heller señalaba, hace ya décadas, que el poder estatal precisa generar consensos o adhesiones para su justificación y supervivencia, de forma tal que no sólo debe «actuar como poder en un sentido técnico-jurídico, sino hacerse valer como autoridad legítima, que obliga moralmente» [1]. Sin embargo, para la teoría pura del derecho [2] la legitimidad de la legalidad emanaría, básicamente, del respeto al principio jerarquía normativa, con la Constitución en la cúspide [3], así como del cumpli-

[1] Heller, H., *La Justificación del Estado*. Cruz y Raya, Madrid, 1933, p.11.
[2] Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho.* UNAM, México, 1982.
[3] Aunque no será objeto del presente análisis conviene advertir que, en relación con el sistema de fuentes, como apunta Francisco Balaguer, «La pregunta sobre la fundamentación última del sistema jurídico es algo que se plantea por los grandes teóricos del periodo de entreguerras y se corresponde con la crisis del Estado liberal y la necesidad de construir el ordenamiento sobre nuevas bases. A esa ambición

miento de los requisitos procedimentales establecidos para la aprobación, modificación o derogación de las diferentes normas. Sin duda son condiciones necesarias, pero no suficientes.

La percepción de la legitimidad de la legalidad desde una percepción meramente positivista debe complementarse también con una proyección ética o axiológica de su contenido y finalidad. Como apunta José Luis del Hierro, la legitimidad «como» legalidad requiere también de la comparecencia de la propia legitimidad «de» dicha legalidad. De forma tal que «ya no es importante sólo el cómo, sino el qué» [4]. Y la legitimidad de ese «qué» no es ajena a los valores de una sociedad o a las cosmovisiones culturales.

Así, si bien es cierto que el cumplimiento de los criterios procedimentales y competenciales le otorgan validez a una norma y legitima los actos o conductas, de forma que actuar conforme al nomo legal se interpreta como un comportamiento correcto, una percepción mayoritaria que considere que es contrario al nomo cultural o a las costumbres inevitablemente mermaría su legitimidad. Nada nuevo, Montesquieu en *El espíritu de las leyes* ya alertaba de la prevalencia de las costumbres sobre las normas en caso de conflicto, así como de la inestabilidad del orden político en el supuesto de producirse tal disyuntiva [5]. En consecuencia, una norma que se asuma como contraria a las creencias y costumbres de una sociedad o al orden natural que debe regir las relaciones humanas corre el riesgo de ser vista como injusta, independientemente de su validez formal o procedimental.

En la medida que legitimidad de la legalidad es esencial para la estabilidad del orden político, el nomo cultural no suele ser ni arbitrario ni espontáneo. Por el contrario, se modela convenientemente para reforzar el poder o la autoridad establecida promoviendo relatos que socialicen o civilicen de acuerdo con valores afines al orden político y a las relaciones sociales y de género que se propugnan y pretenden. Así, si la construcción del nomo legal viene determinada por la pugna entre intereses sociales, políticos, económicos y religiosos dispares, no ocurre otra dinámica respecto al nomo cultural. No en vano, el debate sobre la genealogía o la historia oficial suele venir acompañado de concurridas y acaloradas disputas.

---

responden la decisión política fundamental y la distinción entre Constitución y leyes constitucionales (Schmitt), la norma fundamental y la diferenciación entre la Constitución lógico-jurídica y la Constitución jurídico-positiva (Kelsen) así como la Constitución material (Mortati)». Balaguer, F., «La teoría de las fuentes del derecho del estado constitucional», en: *Revista de derecho constitucional europeo*, 34, 2020.

[4] Del Hierro, J. L., «Legitimidad y legalidad», en: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, agosto 2013, p.181.

[5] San Miguel, E., «Montesquieu y el pluralismo jurídico», en: *Revista Jurídica Derecho*, 10-15, 2021.

Pero si bien es cierto que la legalidad requiere de un cierto consenso sobre su legitimidad, existe una relación de condicionamiento reciproco que también actúa a la inversa, de forma tal que existe una relación dialéctica o sistémica entre nomo legal y cultural. De hecho, es habitual que la resistencia o la puesta en cuestión de la legitimidad de una norma durante el proceso de debate y aprobación termine aminorándose o desapareciendo con el tiempo. La legalidad tiene un indudable valor propedéutico que socializa a la población, impacta en el nomo cultural, en la noción de lo justo y lo injusto y en la legitimidad de determinadas conductas. Actos que eran inadmisibles hace apenas unas décadas se han normalizado en la actualidad y a la inversa, comportamientos aceptados hace tiempo hoy se consideran ilegítimos o éticamente reprobables.

Tomemos como referencia tres leyes en vigor desde hace casi cuatro lustros y que regularon temas tan dispares como el matrimonio entre personas del mismo sexo [6], la prohibición de fumar en espacios públicos y medidas frente al tabaquismo [7] o contra la violencia de género [8]. Todas ellas fueron recibidas, inicialmente, con un vigoroso rechazo por parte de algunos grupos parlamentarios y por un sector de la sociedad civil. Con el tiempo, la aplicación de las dos primeras normas no parece haber presentado mayores problemas y la oposición pública que inicialmente pudieron suscitar se ha reducido muy significativamente. Por el contrario, la aplicación de la Ley contra la violencia de género es todavía muy deficiente [9] y su contenido y finalidad sigue siendo cuestionada tanto por algunos partidos políticos como por algunos sectores de la sociedad española.

Un hecho que se explica porque el mandato de sometimiento sobre las mujeres y la configuración androcéntrica de la autoridad, con la consiguiente desautorización del logos femenino, sigue impresa en el código cultural. Y, cuando éste colisiona con el nomo legal, las resistencias no desaparecen. Por ello, mientras que incluso entre las personas adictas al tabaco se ha ido admi-

[6] Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

[7] Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

[8] Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

[9] Como ocurre con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (que afecta tanto a estas últimas como a sus cuidadoras/es, colectivos en ambos casos feminizados) y Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, aprobadas, respectivamente, dos y tres años después. En materia de igualdad de mujeres y hombres, la aprobación de una norma en ocasiones parece más el final de una política pública que el inicio de la misma.

tiendo las limitaciones para fumar en espacios públicos y, por fortuna también, es cada vez menos frecuente que públicamente se cuestione el matrimonio de personas del mismo sexo, todavía hay un número significativo de personas que no reconoce que mujeres y hombres son iguales en dignidad. El nomo cultural todavía se resiste a expulsar la subalternidad, dependencia y obediencia de las mujeres como su esencia primaria y la jerarquía sexual como el orden natural que debe regir las relaciones entre mujeres y varones.

Por ofrecer sólo una breve pincelada del estado de la cuestión, según los últimos datos oficiales sólo durante el año 2023 se interpusieron un total de 199.282 denuncias por violencia de género [10], hubo más de un centenar de tentativas de feminicidios íntimos [11] y un total de 59 mujeres fueron asesinadas por su pareja o expareja, de las cuales sólo la cuarta parte había interpuesto denuncia previa (n=15). Si preocupante es el reducido número de denuncias no lo es menos la resolución de las mismas. De todas las mujeres finalmente asesinadas que interpusieron denuncia previa, sólo la mitad (n=8) consiguieron el amparo judicial, una sentencia condenatoria para el agresor y medidas cautelares. El resto de las denuncias fueron sobreseídas, no contemplaron medidas cautelares, estaban en proceso de tramitación o el proceso judicial concluyó con una sentencia absolutoria para el agresor [12]. Todos los datos oficiales permiten inferir que sólo una cuarta parte de las víctimas denuncia, por lo que, según las estimaciones más fiables, cerca de 800.000 mujeres podrían haber sido víctimas de violencia durante el año pasado por parte de su pareja o expareja. Pese a ello, aun conociéndose que anualmente se contabilizan más de medio centenar de feminicidios íntimos en este país, pervive un nomo cultural que minimiza o normaliza las agresiones selectivas que sufren las mujeres, que niega su carácter estructural y, por tanto, considera ilegítima una ley que señala la jerarquía sexual como el origen de la violencia y, en consecuencia, se resiste todavía a la aplicación de norma.

Carl Schmitt, en su Teología política [13], sostenía que una adecuada interpretación de la legitimidad política y/o jurídica precisa establecer una conexión entre la esfera política y los Grandes relatos, así como analizar las vías muertas del proceso de secularización. Siguiendo esta estela, el análisis de la legitimi-

[10] Datos del Consejo General del Poder Judicial referenciados en el Informe anual de la Fiscalía General del Estado 2023, pp. 529. Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2023/FISCALIA_SITE/index.html

[11] La fiscalía identificó 45 casos de tentativa de feminicidios íntimos, de los cuales sólo algo más de la cuarta parte había interpuesto denuncia previa (26,7 %). Informe anual de la Fiscalía…, *op. cit.,* nota 10, p. 519.

[12] Informe anual de la Fiscalía…, *op. cit.,* nota 10, p. 516.

[13] Schmitt, C.. *Teología Política*. Trotta, Madrid, 2009.

dad y de la adecuada aplicación o interpretación de la legislación en materia de violencia de género o de igualdad de mujeres y hombres requiere examinar el nomo cultural valedor de la jerarquía sexual para señalar las vías muertas del proceso de despatriarcalización de la sociedad. En suma, identificar de dónde venimos, la genealogía y el acervo cultural y para señalar los nudos críticos en el reto democratizador y civilizatorio que supone el reconocimiento de la igualdad de mujeres y varones en dignidad, derechos y libertades.

II. EL NOMO CULTURAL: DE PANDORA A LA PERFECTA CASADA

Tradicionalmente las élites sociales, políticas y religiosas se han asegurado el control del logos, la genealogía y la gestión de los relatos culturales. Una pretensión que, como contrapartida, se acompañó del monopolio de la autoridad y de la naturalización de la estereotipia de la alteridad identitaria. Sobre la misma se proyectó un abanico de prejuicios con objeto de devaluarla, estigmatizarla y someterla. Las discrepancias respecto a la identidad hegemónica provocaron que la diferencia, en principio una relación de carácter simétrico [14], se transformara en jerarquía.

En el supuesto de la diferencia sexual la capacidad de penetración de los relatos fue más eficiente que en el caso de la alteridad cultural. Así, mientras en la segunda una mirada ajena a la cultura que se autoinviste como legitima autoridad puede rechazar o recibir con perplejidad una estereotipia falsa y reduccionista, en el relato sobre la alteridad sexual concurre una visión emic porque las mujeres pertenecen a la misma cultura, compartiendo la misma genealogía e idénticos mitos y Grandes relatos. Por ello es frecuente que, socializadas en la estereotipia y los mandatos de género, interioricen la narrativa que propugna la jerarquía sexual como el orden natural que debe guiar las relaciones humanas. De forma tal que, como señala Gerda Lerner, las mujeres «han participado durante milenios en el proceso de su propia subordinación porque se las ha moldeado psicológicamente para que interioricen la idea de su propia inferioridad. La ignorancia de su misma historia de luchas y logros ha sido una de las principales formas de mantenerlas subordinadas» [15].

En este sentido, tanto los mitos como los Grandes relatos, en tanto leyendas explicativas de carácter simbólico y propedéutico, como la historia y la genealogía oficial tuvieron una indudable influencia en la legitimación de la

[14] En la medida que X es tan diferente de Y respecto a un atributo, como Y respecto a X.
[15] Lerner, G., *La creación del patriarcado.* Editorial Crítica, Barcelona, 1990, p. 317.

jerarquía sexual. Respecto a los primeros, mitos y Grandes relatos, expresan, codifican y transmiten –a través de narrativas fácilmente accesibles– valores o contravalores, trasladando un mensaje o moraleja que determina la percepción de la realidad, el sentido o significado de la misma y, a la postre, los usos y costumbres de una sociedad.

En la medida que, aunque con diferente intensidad, la subalternidad del «segundo sexo» [16] es predicable de cualquier comunidad humana [17] todas las culturas comparten narrativas que definen la esencia femenina como embaucadora, carente de juicio, moralmente heterónoma y provista de una peligrosa curiosidad. Lo que, en buena lógica, justifica, legitima y, hasta recomienda, su conveniente sometimiento y control. El relato más recurrente es que las mujeres son el origen de todos los males. Véase el relato mitológico de Pandora, el de Eva en la tradición judeocristiana [18] o el de Lilith, primera esposa de Adán según el relato hebreo, última que también gustaba de practicar el infanticidio. Hábito, el de asesinar niños/as, que compartían también las brujas medievales en sus aquelarres o personajes de la mitología griega como Lamia o Medea, Lamashtu de la tradición mesopotámica, la Llorona del folclore latinoamericano o las temibles Amazonas que asesinaban a sus vástagos varones. Encontramos también esa proyección de la identidad femenina en la cultura hinduista (Kali), hawaiana (Pele), vikinga (Gullveig), japonesa (Yuki-onna), por poner sólo algunos ejemplos. Y a ello se sumaron también las voces más autorizadas de la literatura: desde la Circe de Homero hasta la Lady Macbeth Shakespeare, sin excepción, proyectarían un pesimismo existencial respecto a la naturaleza de las mujeres, ejemplificando el caos que provoca su pretensión de autonomía.

La genealogía, por su parte, exaltó el logos de los varones y legitimó su autoridad, mientras desacreditó y/o negó tal pretensión en el caso de las mujeres. A margen de aisladas excepciones, que obviamente no invalidarían la regla, la historia oficial convertiría a las mujeres en seres agenealógicos, indiscernibles y, en consecuencia, sin *autoritas* alguna.

Pocos textos han pasado a la historia que se alejaran del círculo de los prejuicios y del pesimismo existencial respecto a la condición y esencia de las mujeres. El primero sería *La ciudad de las Damas,* publicada en 1504 por

[16] Según la conocida acepción de Simone de Beauvoir recogida en *El segundo sexo*.

[17] Como de forma contundente ha demostrado MEAD, Margaret, *S*exo y temperamento: en tres sociedades primitivas. Paidós, Madrid, 1982.

[18] La reificación presente en la escolástica clásica posterior tampoco se quedó atrás, conceptualizó a las mujeres como cuerpos sin alma, consideración que las alejó de la noción tomista del propio ser humano como alma corporeizada.

Christine de Pizan. Según la autora, «filósofos, poetas, moralistas, todos –y la lista sería demasiado larga– parecen hablar con la misma voz para llegar a la conclusión de que la mujer, mala por esencia y naturaleza, siempre se inclina hacia el vicio» [19]. Por ello, la ciudad ensoñada por Pizan surge con la pretensión de impugnar las «habladurías vergonzosas y palpables mentiras» [20] sobre la esencia femenina recogidas en obras como *La Ciudad de Dios* de San Agustín o *El Roman de la Rose* de Guillaume de Loris y Jean de Meung. El texto, atribuido a Boccaccio durante más de tres siglos y medio, estrena la conocida como *Querella de las Damas* y representa un testimonio premoderno en defensa de la autoridad intelectual y moral de las mujeres que impugna los prejuicios existentes sobre la condición femenina confrontándolos con la vida y obra de algunas mujeres ejemplares [21]. Pero es todavía un relato que, si bien señala la extendida misoginia, todavía no impugna, de forma universalizadora, la legitimidad de la jerarquía sexual [22].

«Pero» frente a la demostración genealógica de la Querella pronto emergerá un nuevo paradigma racionalista que hará una enmienda a la totalidad de la teoría de la alteridad sexual y pondrá el foco en la formación sexista y diferenciada de las niñas y niños. Es el caso de la española María de Zayas y Sotomayor [23] que en *La perseguida triunfante* (1647), obra convenientemente prohibida por la Inquisición, denunció el carácter teleológico e instrumental de la educación. Zayas y Sotomayor se interroga, «¿Qué razón hay para que ellos sean sabios y presuman que nosotras no podemos serlo?… la verdadera causa de no ser mujeres doctas no es defecto del caudal, sino falta de aplicación, porque en nuestra crianza, como nos ponen el cambray en las almohadillas y los dibujos en el bastidor; nos dieran libros y preceptores, fuéramos tan aptas para los puestos y para las cátedras como los hombres» [24].

Casi tres décadas después de la obra de Zayas y Sotomayor vería la luz una de las más conocidas críticas a los prejuicios existentes en lo relativo a la consideración de las mujeres. En 1674 Poullain de la Barre, discípulo de Descartes, y uno de los primeros teóricos del Contrato Social, desarrolla un

---

[19] De Pizan, C., *La Ciudad de las Damas* (Trad. de Marie-José Lemarchand). Siruela, Madrid, 2001, p. 64.

[20] *Ibid.*, p. 67.

[21] En España una de las obras pioneras sería *La firmeza en la ausencia* de Leonor de la Cueva y Silva (1611-1705).

[22] Amorós, C., *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*. Cátedra, Madrid, 1997, p. 56.

[23] A Zayas de Sotomayor le dedicaría unas Décimas la sevillana Ana Caro de Mallén (1601-1646) autora, a su vez, de la comedia *Valor, agravio y Mujer*, cuya fecha de publicación se desconoce.

[24] De Zayas y Sotomayor, M., *Novelas ejemplares y amorosas* (edición a cargo de Olivares, J.). Cátedra, Madrid, 2000, pp. 159-160.

argumentado alegato para defender que las mujeres, como sujeto de cogito o del conocimiento cartesiano, son portadoras y comparten con los varones la universalización de la razón. En su conocido texto *De la educación de las damas*, publicado inicialmente de forma anónima, confronta racionalmente el prejuicio sobre la diferencia sexual. Un cambio de paradigma que evolucionó de la Querella o el memorial de agravios, según terminología de Amorós, a un género vindicación que reclamó, no sólo la autoridad moral o intelectual de las mujeres, sino la irracionalización de los prejuicios inscritos en la jerarquía sexual.

Pero el nomo cultural vendría apuntalado por el legal y, durante siglos, la legislación garantizó que la única forma de supervivencia a la que podía aspirar una mujer honorable fuera el matrimonio bajo la tutela del marido o el aislamiento en los conventos con la vigilancia de tutores religiosos. Pese a ello, el denominado Santo Oficio pronto empezó a desconfiar de las mujeres que se apartaron del mandato de silencio, sumisión y domesticidad y estrechó la vigilancia sobre abadesas y religiosas.

Reconocidos humanistas, filósofos y pedagogos alertarían del peligro que suponía la alfabetización de las mujeres para el mantenimiento del orden familiar y social. Es el caso, por ejemplo, de Juan Luis Vives (1492-1540) fiel promotor del mantenimiento de las mujeres en un eterno estado de ignorancia que afirmará en su obra *Instrucción de la mujer cristiana* «todo el bien y el mal que en el mundo se hace, se puede sin yerro decir ser por causa de las mujeres… Las mujeres no deben seguir su propio juicio, dado que tienen tan poco… la mujer es un ser flaco expuesto a engaño, no conviene que se enseñe, no sea que, persuadida de una opinión falsa, con autoridad de maestra influya en sus oyentes y arrastre fácilmente a los otros a su propio error» [25]. La dureza con la que se decretó su confinamiento doméstico quedó reflejada en *La Perfecta casada* de Fray Luís de León. Texto, publicado en 1583, que sería referencia obligada para la correcta formación femenina. Del fanatismo claustral dan cuenta las propias palabras del agustino, «Los chinos, en nasciendo, les tuercen a las niñas los pies, porque cuando sean mujeres no los tengan para salir fuera, y porque, para andar en su casa, aquellos torcidos les bastan, Como son los hombres para lo público, así las mujeres para el encerramiento» [26]. Y en esto, como veremos, se producirá un consenso por complicidad entre el

[25] Publicado en 1523 bajo el título De Institutione Feminae Christianae. Vives, J. L., *Instrucción de la mujer cristiana*. Espasa, Madrid, 1943, p. 9.

[26] *La perfecta casada.* Espasa Calpe, Madrid, edición de 1980, p. 180.

vulgo y los filósofos y entre la legitimidad tradicional del poder y los portavoces del racionalismo ilustrado como nueva forma de legitimidad.

III. EL NUEVO ORDEN POLÍTICO DEL CONTRACTUALISMO Y LA LEGITIMIDAD RACIONAL DEL PODER

Uno de los grandes axiomas del racionalismo ilustrado fue que todos los varones eran portadores de la capacidad de juicio o razonamiento y, como tal, tenían derecho a participar en la res pública o en el proyecto colectivo de la política. El conocido Contrato Social, que explicaba la superación el Estado de Naturaleza como fórmula para la consecución de una pretendida paz social y con ello ofrecía una legitimación racional del nuevo orden político se basó, precisamente, en esa universalización de la razón [27]. Sin embargo, ni la consolidación del humanismo renacentista, que rebajó la omnipresencia del teocentrismo y las supersticiones medievales, ni el racionalismo ilustrado, que interpeló la legitimidad tradicional del orden político precedente, modificaron la estereotipia ni los prejuicios existentes respecto a la naturaleza y esencia de las mujeres.

Pero el nuevo orden político precisaba mantener el orden de género y la subordinación de las mujeres, no sólo en el ámbito privado, sino en el público. Así que el alcance de la legitimación racional del poder afectó sólo al orden político, a la jerarquía social y al reconocimiento de la dignidad de todos los varones, incluyendo a aquellos pertenecientes al tercer estado, pero no al orden de género, a la jerarquía sexual o al tercer estado del tercer estado. Ahora bien, enunciar el trasfondo instrumental del sometimiento de todas las mujeres implicaba una contradicción con los fundamentos del pensamiento ilustrado que había desterrado la legitimación tradicional del poder abanderando la emancipación intelectual a través de la razón y el conocimiento. Así que la legitimidad de la jerarquía sexual se defendió como un orden natural de carácter precívico o precontractual.

[27] La mayoría de los contractualistas teorizan sobre un doble pacto o un estadio intermedio entre el estado de naturaleza y el estado político: el estado social o la sociedad civil. En este primer pacto (pactum societatis o pacto de asociación) postulan la existencia de algunas instituciones como la propiedad o la familia. Sin embargo, en la medida que no existe todavía poder político se produce sólo una «paz relativa». Sólo la renuncia a la coacción individual para ceder el monopolio legal de la fuerza a un tercero, a través del pactum subjectionis, ofrece la verdadera paz social y da paso al poder político al que se debe obediencia. Con el primer pacto se instaura el derecho privado y con el segundo el derecho público. Hobbes y Rousseau otorgarán al pacto de asociación un carácter de sometimiento incondicional o irreversible en la medida que las partes quedan sometidas al soberano (Hobbes) o a la Voluntad General (Rousseau).

Consecuentemente, los presupuestos revolucionarios representarán un mero espejismo emancipador para las revolucionarias francesas y, salvo alguna honrosa excepción, su exclusión del ámbito político contaría con el consenso por complicidad de filósofos, políticos y varones en general. Como señala Amorós, «los filósofos, cuando hablan de las mujeres, hacen huelga de filosofía porque en esta cuestión se da por sentado el consenso por complicidad: como lo decía Poullain de le Barre, el vulgo –los varones del vulgo– se apoya en sus opiniones sobre las mujeres en la opinión de los sabios, sin darse cuenta de que, a su vez, los sabios en este punto no tienen sino al vulgo como regla de los suyos… Así se establece el círculo de Poullain, el reforzamiento de las ideas previas al esfuerzo intelectual en lo concerniente a la cuestión» [28].

Así, en el nuevo orden posrevolucionario, el concurrido y fraternal círculo de Poullain reconocería la igualdad y la libertad de los varones a costa del sometimiento de las mujeres. Todas, en su conjunto, serían consideradas seres irracionales y, como tales, tendrían idéntica consideración que las personas menores edad o los varones con incapacidad mental demostrada.

En el ámbito europeo, tras el período revolucionario se fortalecería el mandato de sometimiento. El advenimiento del régimen napoleónico y la aprobación de su conocido Código Civil, pionero modelo del derecho civil europeo, garantizó la subordinación y la minoría de edad de las mujeres [29]. Haciendo una interpretación literal del Génesis [30], el derecho civil consideraría el matrimonio un contrato desigual en el que la mujer debe someterse al marido, juridificando el intercambio de obediencia por protección característico de la ficción del *pactum subjectionis* del Contrato Social/Sexual. De forma tal que, bajo un celebrado racionalismo, el nuevo orden integró los prejuicios sobre la jerarquía sexual y la esencia de las mujeres en el nuevo orden político expulsándolas del espacio público y garantizando su sometimiento en el privado a través del derecho civil patriarcal.

---

[28] Amorós, C., *Mujeres e imaginarios de la globalización.* Homosapiens, Rosario (Argentina), 2008, p. 123.

[29] Como señala Lara Martínez de Aragón «la exclusión quedó inconfundiblemente garantizada tanto en el sistema político revolucionario como en el postrevolucionario. Así, el Código Civil aprobado por la Ley del 21 de marzo de 1804, comúnmente conocido como Código napoleónico, lejos de modificar el estatuto civil de las mujeres, lo revalidó. Y, como colofón, se impuso como referente y modelo del derecho civil europeo por la impronta del Estado francés en la Europa postrevolucionaria, máxime en nuevas naciones surgidas en el siglo xix, como Alemania e Italia. Instaurada la inferioridad de las mujeres y su minoría de edad perpetua, quedaron formalmente relegadas a la esfera doméstica y a la autoridad marital» Martínez De Aragón, L., *La igualdad de mujeres y hombres en el constitucionalismo contemporáneo.* Comares, Granada, 2023, p. 8.

[30] Según la *Caída de Adán y Eva* «Dijo asimismo a la mujer: estarás bajo la potestad o mando de tu marido y él te dominará» Génesis, capítulo III, 16.

IV. EL NOMO LEGAL: NUDOS CRÍTICOS EN LA JURIDIFICACIÓN DE LA IGUALDAD

Como es sabido, el sufragismo decimonónico logró ilegitimar la desigualdad sexual y el sometimiento legal de las mujeres. En la actualidad, las democracias formalmente igualitarias, deudoras de dicho movimiento, cuentan con un marco normativo que considera la igualdad como un derecho, un valor, un principio o un ideal regulativo. No obstante, pese a la innovación normativa y la transcendencia ética que supuso, el universalismo homogenizante actuó como marco de referencia en el reconocimiento de la igualdad formal y, por tanto, la bienvenida juridificación de la igualdad sería, a la postre, una equiparación con los varones como canon de lo humano.

Así, la apertura fundacional al universo de los «iguales» se gestionó condonando o ignorando el peso del causal discriminatorio o el criterio de exclusión originario. Como señala Marcuse el mecanismo fue hacer «como si no» se fuera mujer, proyectando un concepto genérico, ficticio y abstracto de ciudadanía. Una tipología concreta de varón seguirá siendo el estándar universal del ciudadano y referente identitario del desarrollo normativo. De forma tal que el reconocimiento de la igualdad formal implicó una homologación o asimilación identitaria de los grupos históricamente excluidos que no cuestionó la supremacía de la identidad hegemónica, ni reconceptualizó el sujeto de la norma, ni distribuyó inicialmente los espacios de poder o decisión [31].

Como apunta Pateman [32], las mujeres alcanzaron la igualdad y, con ello el estatus de ciudadanía, bien a través de la equiparación con los varones, como hombres de segunda, o bien desde la diferencia respecto a lo construido como patrón universal, es decir, como ciudadanas de segunda. En el primer caso, el asimilacionismo conllevó un trato indiferenciado que provoca discriminación por igualación, como ha insistido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones. En el segundo supuesto, la diferencia se reconoce como alteridad, particularismo y especificidad no universalizable. En suma, como derechos «con apellido», en el caso que nos ocupa «de la mujer». Por lo

[31] Para un análisis en profundidad sobre la construcción del sujeto político y sus implicaciones en términos de igualdad de mujeres y hombres consultar Ferrajoli, L., *Manifiesto por la igualdad*. Trotta, Madrid, 2019; Pitch, T., *Un Derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Trotta, Madrid, 2003, Nuño Gómez, L., «El tratamiento de la diferencia sexual en las democracias formalmente igualitarias», en: *Revista de Estudios Políticos*, 174, 2016, Esquembre Cerdá, M., «Las mujeres ante el cambio constitucional. Algunos apuntes desde una perspectiva feminista para una reforma constituyente de la Constitución española», en: *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 5, 2017, Balaguer Callejón, M. L., *El feminismo del siglo xxi: Del #MeToo al movimiento Queer*. Huso, Madrid, 2021.

[32] Ver el dilema de Wollstonecraft en Pateman, C., *El Contrato Sexual*. Anthropos, Barcelona, 1995.

que reciben un tratamiento subsidiario o subalterno respecto al marco interpretativo general y, a su vez, suelen promover visiones esencialistas estereotipadas de «la mujer» que proyectan una estabilización identitaria unívoca, indiscernible y homogénea que ignoran las diferencias entre ellas.

Un mecanismo que actuará, no sólo en la configuración del sujeto político o administrado al que se dirigen las normas, sino también en la propia aplicación e interpretación de las mismas. Así, como señala María Luisa Balaguer «el derecho está concebido, desde su origen, para la defensa de los intereses con un perfil del justiciable, que responde a un varón, de raza blanca, con cierta capacidad económica. En torno a este perfil se construyen las normas jurídicas, y este esquema se puede considerar de aplicación general en todos los órdenes jurisdiccionales» [33].

Conviene recordar que las políticas de igualdad, tanto en términos políticos como culturales, son un juego de suma cero. De forma tal que el grado de autonomía y autoridad que ganan las identidades subalternas o los colectivos oprimidos es paralelo al grado de autoridad y poder que pierde la identidad hegemónica. Por ello, no es infrecuente que la evolución normativa propia de los procesos de democratización de las relaciones sociales se acompañe de una resistencia de las identidades o colectivos que detentan el poder ante una merma de privilegios que interpretan como pérdida de derechos y, por tanto, como una acción ilegítima. Oposición que es más firme y vigorosa cuando mayores son las ventajas y prerrogativas que se pierden o la importancia y amplitud de los espacios donde se ven mermados esos privilegios. En el supuesto de la igualdad de mujeres y hombres el ámbito no es baladí, afecta al espacio público, al privado, al doméstico –según conceptualización de Murillo [34]– así como al ámbito de la identidad, la intimidad, la sexualidad, los afectos y la propia autoridad. En suma, nada queda al margen.

Quizás ello explique que, pese a que ha trascurrido más de un siglo desde las primeras reformas constitucionales que proclamaron la igualdad entre mujeres y hombres, subsistan todavía cosmovisiones culturales que se resisten a perder las prerrogativas que tradicionalmente han tenido en dichos espacios. Así, aunque formalmente es cierto que se ha producido una paulatina erosión de la legitimidad

[33] Balaguer Callejón, M. L., *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*. Valencia: Cátedra, Valencia, 2005, p. 87.

[34] Según Soledad Murillo «Si lo privado únicamente tenía un par: lo "público", es hora de romper tal matrimonio de conveniencia con un tercer elemento: el espacio doméstico. Porque lo privado no equivale a lo doméstico… La liberación de un tiempo doméstico es imprescindible para acceder a un espacio donde dedicarse a lo que cada uno desee. Bajo estas reglas del juego, ausencia de privacidad dificulta poderosamente la construcción de la individualidad (añadiré que de autoestima) y provoca una deficitaria posición en el espacio público». Murillo, S., *El mito de la vida privada*. Siglo xxi, Madrid, 1996, p. XX.

de la jerarquía sexual, el estatus de las mujeres como sujetos políticos de pleno derecho sigue siendo un horizonte ético, político y normativo todavía lejano en muchas cabezas y territorios. Como colofón, durante las últimas décadas han surgido identidades reactivas de carácter religioso, pretorianos de la diferencia sexual, que postulan que la igualdad, no es sólo contraria al orden natural que debe regir la relación entre mujeres y hombres, sino al orden divino. Enquistaciones identitarias de carácter regresivo que enarbolan la identidad religiosa o cultural para legitimar dinámicas culturales premodernas o involutivas que resacralizan la jerarquía sexual y el mandato punitivo-moralizador sobre las mujeres [35].

A su vez, en aquellos países que han constitucionalizado la igualdad formal y material, desplegando políticas encaminadas a garantizar esta última, el arquetipo de lo humano sigue respondiendo al modelo identitario ilustrado y subsiste un nomo cultural sexista y androcéntrico. Un contexto en el que, afortunadamente, la igualdad formal cuenta con el aval legitimador de la práctica totalidad de la ciudadanía, pero no así las políticas encaminadas a garantizar y promover su alcance material [36] o a erradicar la violencia estructural que sufren las mujeres o niñas. Frente a las mismas se ha alimentado un discurso victimista que culpa al feminismo o a las políticas de igualdad de una pérdida de privilegios que interpretan como merma de derechos, que defiende que las políticas de igualdad discriminan a los varones [37] o que reclaman la vuelta a la esencia al sexismo como identidad [38].

No en vano, conquistas legales aparentemente consolidadas en la agenda política como la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, la

[35] Cuando los monoteísmos adquieren un grado extremo de fundamentalismo es frecuente que compartan, en mayor o menor, medida dicha posición. En Europa, sin ir más lejos, se han recuperado símbolos e indumentaria (como el velo islámico o hiyab) prácticamente en desuso hace unas décadas. Para un riguroso análisis sobre la cuestión Ver Gómez Sánchez, Y., «El pañuelo islámico: la respuesta europea», en: *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXVIII, 2012, pp. 143-169 y Torres, C., «El Burka en las aulas universitarias. Cuestiones jurídicas conflictivas para un debate con perspectiva de género», en: *iQual: Revista de género e igualdad*, 6, 2023, pp. 118-147.

[36] Para un interesante análisis sobre las diferencias entre las políticas de igualdad de trato y oportunidades Ver Rey, F., *«La (jurídica) igualdad de trato (de origen norteamericano) y la (política) igualdad de oportunidades (de origen européo): conexiones, confusiones y malentendidos», en: IgualdadES*, 9, 2023, 13-43.

[37] Según los resultados del primer estudio del Centro de Investigaciones Sociológicas sobre «Percepciones sobre la igualdad entre hombres y mujeres y estereotipos de género» el 44,1 % de los hombres cree que la promoción de la igualdad ha llegado tan lejos que ahora se les discrimina a ellos. Estudio núm. 3428. Fecha de campo: noviembre 2023. Universo: Población residente de ambos sexos de 16 años y más Tamaño de la muestra: 4.005 entrevistas. Disponible en https://www.cis.es/documents/d/cis/es3428mar_Total_A.

[38] Por ello, como señala Cristina Elías, «A pesar de la ya larga historia de lucha por los derechos y la consolidación de las sociedades democráticas, resulta llamativa la vigencia y la imperiosa necesidad de mantener un esfuerzo colectivo para garantizar dichos avances en un contexto de globalización que ha incrementado la necesidad de apelar a los derechos fundamentales en nuestras sociedades convulsas». Elias, C., «Presentación», en: *IgualdadEs*, 1, julio/diciembre 2019, pp. 13-14, p. 13.

educación afectivo-sexual, la parificación de la sociedad, la corresponsabilidad del cuidado, la interpelación a la cosificación y reificación de las mujeres o la lucha contra el amplio abanico de formas y expresiones en las que se manifiesta la violencia de género, siguen recabando rechazo. Un aspecto especialmente preocupante porque se observa también entre varones de las generaciones más jóvenes, entre los cuales, se constatan pautas de conducta regresivas que incluso normalizan la violación de los Derechos Humanos que supone la violencia de género o sexual. Así, según el Consejo General del Poder Judicial entre menores con edades comprendidas entre los 14 y los 17 años las acusaciones por violencia de género se han incrementado en un 11 % y por violencia sexual un 8 %[39]. Observándose una presencia cada vez más preocupante de nuevas formas como el acecho y la violencia digital, las violaciones grupales y mediante sumisión química.

V. EL DESARRAIGO GENEALÓGICO: UNA VÍA MUERTA PARA EL PROYECTO IGUALITARIO

El nomo cultural sigue legitimando un modelo de autoridad masculina y promoviendo una proyección estereotipada y subalterna de la identidad femenina, que colisiona con el nomo legal, condicionando, todavía en la actualidad, la aplicación e interpretación de las normas jurídicas y la posición de las mujeres como sujetos políticos. Si bien en cierto que en el proceso inclusivo el canon del sujeto político o el universalismo homogeneizante determinó las condiciones de posibilidad para la igualdad material de mujeres y varones, no lo es menos que el desarraigo genealógico de las mujeres supuso una auténtica coartada que naturalizó la jerarquía sexual, la teoría de la complementariedad entre mujeres y hombres y la distancia de las primeras del poder o del reconocimiento.

La construcción de la genealogía oficial desacreditó cualquier posible aval histórico que ofreciera visos de legitimidad al logos y la autoridad de las mujeres. De forma tal que, cuando los impedimentos materiales y el potente instrumento de la educación sexualizada no lograron impedir que la formación intelectual de las mujeres pudiera otorgarles cierta autoridad, la consideración de su capacidad racional se vio sometida a algunos mecanismos de extraordinaria eficacia para garantizar su desarraigo genealógico.

Para empezar, sus habilidades racionales o intelectuales fueron sometidas a una suerte de inversión de la carga de la prueba. Así, mientras todos los varones se consideraron como legítimos portadores del logos, del bon sens y de

[39] Informe anual de la Fiscalía…, *op. cit.,* nota 10, p. 544.

la *autoritas,* las mujeres que pretendieran tal reconocimiento habrían de probarlo de forma fehaciente y recurrente. En el supuesto de conseguir tal hazaña no sería infrecuente que se considerara un accidente, se negara su autoría o se atribuyera dicha insólita destreza a la atenta influencia de un hombre cercano.

En caso de superar estos primeros obstáculos pasarían a formar parte de la conocida como dinámica de las excepciones que, según el acervo popular, no invalida la regla. De forma tal que, todavía en el siglo XIX, Schopenhauer seguiría defendiendo que «ni siquiera las mentes más preclaras de todo el género femenino han alcanzado jamás un solo logro verdaderamente grande, genuino y original en las bellas artes; y, en general, no han podido crear una sola obra de valor perdurable… Excepciones aisladas y parciales no alteran este hecho» [40].

No en vano, durante siglos, se consideró que cada mujer con autoridad era un caso aislado, una *rara avis* huérfana de genealogía. Peregrina anomalía que, a su vez, llevaría a considerarlas mujeres antinatura y, en tanto tal, objeto de burlas, mofas y un extendido reproche moral ante la pretensión de transitar un espacio impropio o ser portadoras de atributos considerados masculinos. No es casual que, cuando en la primera mitad del s. XVII, «las Preciosas» francesas irrumpen en los salones ilustrados la reacción de la fratria no se haga esperar. La sátira sobre las mujeres con pretensiones intelectuales fue oportunamente recogida en *Las preciosas ridículas* (1659), en *La escuela de las mujeres* (1662) o *Las mujeres sabias* (1672), por citar solo tres de las comedias más populares de Moliere. Su correlato, en el caso español, había quedado reflejado unos años antes en conocidos textos como *La dama boba* de Lope de Vega (1613) o *La culta latiniparla* de Quevedo (1624) [41]. Obras, que no sólo fueron muy populares en el momento de su publicación, sino que han sido lectura obligada en el sistema educativo español.

Como colofón, el reconocimiento de la capacidad intelectual de las mujeres como una peculiar singularidad o una excepción aislada, según consideración de Schopenhauer, no sólo no invalidó el consenso sobre su inferioridad, sino que, rompiendo con el principio de la no contradicción, una de las leyes básicas del pensamiento lógico que impide afirmar una cosa y su contraria, se esgrimió como prueba para demostrar la inexistencia de tal consenso. Produciéndose la paradoja de que las mismas voces que defienden públi-

[40] SCHOPENHAUER, A., *El arte de Tratar con las mujeres*. (Trad. Morales, F.). Alianza Editorial, Madrid, 2011, p. 98.

[41] Novela en la que utilizará en término «hembrilatinas» para denostar a las mujeres que dominaban el latín y tenían inquietudes o ambiciones intelectuales, entre otras, Beatriz Galindo, Luisa de Medrano Bravo, Luisa Sigea de Velasco, Feliciana Enríquez de Guzmán o Cristobalina Fernández de Alarcón.

camente la inferioridad femenina, ejemplifican con la excepción la inexistencia de prejuicio o impedimento alguno.

Una vez superada la teoría de las excepciones y de la anomalía, entraría en juego la regla de la especificidad. Su obra, como su identidad, sería esencializada y encasillada en una categoría marcada: «femenina», evitando incluir sus aportaciones en las clasificaciones estándar aplicadas a la creación universal, es decir, de los varones en particular. Surge así la poesía, la novela, la literatura, la pintura y un sinfín de disciplinas catalogadas en bloque, sean del estilo que sean, con el apelativo común de «femeninas» o «de mujeres» Y, como en dicha operación, se tomó como arquetipo, canon o unidad de medida lo masculino-universal, lo femenino se devaluó.

Por último, el trabajo histórico de deshistoricización, según tematización de Pierre Bourdieu [42], soterró en el olvido los reconocimientos individualizados que rompieron el mandato esencialista. Como señala Carla Lonzi, la historia es producto de una selección intencionada de acontecimientos o contribuciones significativas, y las aportaciones de las mujeres se descartaron en la construcción del relato oficial [43]. El monopolio y control de una genealogía en la que operó un principio de exclusión de todo referente que no se identificara con el canon, convirtió a las mujeres en seres agenealógicos y sin autoridad y al androcentrismo como punto de vista universal y neutral. De forma tal que, si el universalismo homogeneizante debilitó la posición de las mujeres como sujetos de derecho, la genealogía oficial desacreditó cualquier viso de posibilidad de otorgarles una autoridad que no fuera prestada, condicional o una simple excepción a la regla.

VI. HACIA UNA INVESTIDURA COMPLETA: LA AUTORIDAD COMO CONDICIÓN DE POSIBILIDAD

Yolanda Gómez subrayaba muy acertadamente hace unos años que «la igualdad de género ha protagonizado muchas de las más profundas transformaciones de las sociedades democráticas en los últimos años del siglo XX y en estos primeros años del siglo XXI, pero los innegables logros no pueden ocultar lo mucho que todavía debe conseguirse para lograr una sociedad en la que la igualdad de género sea un elemento estructural del sistema jurídico, político y social» [44].

---

[42] Bourdieu, P., *La dominación masculina*. Anagrama, Barcelona, 2000, p. 104-110.

[43] Lonzi, C., *Escupamos sobre Hegel y otros escritos de la liberación femenina*. La Pléyade, Buenos Aires, 1978, p. 30.

[44] Gómez Sánchez, Y., «Presentación», en: *IgualdadEs,* 1, julio/diciembre 2019, pp. 9-10.

Ciertamente, pese a que en regímenes democráticos la igualdad representa un ideal regulativo, el proceso despatriarcalización de la sociedad, de las instituciones, del canon del sujeto político y del nomo cultural está lejos de haber concluido. El verdadero alcance de la igualdad se enfrenta todavía, por una parte, a las limitaciones formales en su juridificación o al dilema de Wollstonecraft según el cual las mujeres adquieren su condición de sujetos a través del asimilacionismo con los varones o como alteridad respecto al canon universal, pero también a las barreras de un nomo cultural tremendamente resistente al cambio que sigue proyectando una estereotipia y un esencialismo que devalúa la autoridad y la posición de las mujeres como sujetos políticos.

Sin duda, el proceso de democratización y parificación de la sociedad ha implicado una apertura del espacio político, pero los relatos culturales siguen restando legitimidad al logos o la palabra de las mujeres y la genealogía oficial refuerza un modelo de *autoritas* según el canon del universalismo homogeneizante. Como señala Mary Beard, «nuestro modelo cultural y mental de persona poderosa sigue siendo irrevocablemente masculino, puesto que si cerramos los ojos y conjuramos la imagen de alguien que ocupe una presidencia o ejerce la docencia, lo que la mayoría ve no es precisamente una mujer, y eso ocurre incluso si quien imagina es una mujer» [45].

La investidura incompleta de las mujeres como sujetos políticos no sólo está restando legitimidad a las políticas de igualdad, limitando el alcance del nomo legal, sino también a las propias mujeres que ocupan posiciones que comportan poder. Se produce así un «Síndrome de Borgen», según tematización de Nuria Varela, según el cual, aunque la legislación contemple medidas para garantizar una presencia paritaria en los espacios de representación política, reduciendo el impacto de los techos de cristal, las mujeres son «las extrañas, las intrusas, se cuelan por las rendijas de un poder que se resiste a ser compartido» [46]. Un ejercicio del que suele tener mayores costes personales y que frecuentemente se otorga de forma prestada, vigilada y precaria.

Ello es así porque el poder o la probabilidad de recabar la obediencia grupal depende de la influencia y la autoridad personal, atributos que vienen condicionados por la posición que tenga la categoría social de pertenencia de cada sujeto [47]. Por ello, si bien es cierto que, en la actualidad, la presencia de

---

[45] Beard, M. *Mujeres y Poder*. Crítica, Barcelona, 2018, p. 58.

[46] Varela, N., *El síndrome de Borgen. Por qué las mujeres abandonan la política*. Penguin Random House, Barcelona, 2024, p. 25.

[47] Sin entrar, por prudente moderación, en el análisis de la discriminación múltiple o la interseccionalidad, tanto la influencia como la autoridad son menores según se sumen factores o criterios que representen alteridad respecto al canon; entendido este como un hombre, blanco, heterosexual y sin diversidad funcional.

las mujeres en política se rige por una legalidad que garantiza la paridad [48] y por una legitimidad racional-legal propia de un estado de Derecho, esto no implica que mujeres y hombres tengan todavía la misma influencia y autoridad. Entre otras cuestiones porque, retomando la conocida clasificación de Weber [49], la legitimidad no sólo depende del nomo legal, sino de una aceptación social que todavía está condicionada por las costumbres, creencias y tradiciones de un nomo cultural que se resiste a cambiar.

Por tanto, la paridad o las políticas de igualdad pueden formar parte de la legislación, pero su legitimidad puede verse socavada si no son aceptadas socialmente o si el nomo cultural fomenta una legitimidad tradicional o carismática que debilita la legalidad racional-legal. Es más, según Schmitt [50], la verdadera autoridad y poder de decisión se manifiesta, precisamente, en la capacidad de decidir fuera de la legalidad o, para el caso que nos ocupa, limitando el alcance y aplicación de la normativa en materia de violencia o igualdad.

Pese a todo, afortunadamente, la teoría de la complementariedad o de la alteridad ya no representa un argumento legítimo en un estado social democrático de derecho para excluir, formalmente, a las mujeres del ámbito de lo público, para defender su inferioridad ética o intelectual o para negar su condición de sujetos políticos. Cierto es que la igualdad de mujeres y hombres forma parte de los valores constitucionales y los compromisos legislativos en buena parte de las naciones del mundo. También que el histórico mandato de silencio y obediencia cuenta cada vez con menor aquiescencia entre las mujeres, como han mostrado tanto la campaña del #Metoo como el denominado Feminismo de la Cuarta Ola. El rechazo social a las discriminaciones motivadas por razón de sexo, pese a las resistencias, es paulatinamente mayor y el feminismo es un valor cada vez más compartido en nuestras sociedades. Indiscutiblemente, el consenso del círculo de Poullain ha ido perdiendo adeptos, pero las mujeres todavía siguen conviviendo con una estereotipia que merma su autoridad y cuestiona su logos y su palabra [51].

---

[48] Ver Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres. *BOE* núm. 186, de 2 de agosto de 2024. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2024-15936.

[49] Weber, M., *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica, México, 1964 (Trabajo original publicado en 1922).

[50] Schmitt, C., *Teología Política*. Trotta, Madrid, 2009.

[51] No en vano, el objetivo del conocido eslogan «yo si te creo» fue, precisamente, interpelar la puesta en cuestión de la credibilidad de la palabra y el testimonio de la víctima del conocido como caso de «La manada». La campaña fue promovida tras conocerse el fallo de la Sentencia 38/2018 de la Audiencia provincial de Navarra que condenó a los acusados de la violación grupal en las fiestas de San Fermín en Pamplona en 2016 por abuso sexual continuado y no por violación.

Todavía en la actualidad, la igualdad de mujeres y hombres, como apuntaba Yolanda Gómez, sigue sin ser un elemento estructural del orden jurídico, político o social. Los prejuicios, las costumbres y el nomo cultural sigue limitando el alcance de la igualdad como proyecto ético colectivo. Por ello, como señala, «un marco jurídico igualitario requerirá también de la decisiva acción de las mujeres y de los hombres y de la sociedad en su conjunto. Deberán cambiarse costumbres atávicas y deberán alcanzarse consensos sobre las relaciones, la asistencia, el cuidado, la educación y la reproducción. La sociedad debe estar preparada para mujeres y hombres iguales, tanto en derechos como en reales condiciones de vida. Esos serán, sin duda, los grandes retos del feminismo del siglo XXI» [52].

Por ello si existe pretensión alguna para hacer de ello un objetivo real y consolidar sistemas políticos constitutivamente democráticos es ineludible afrontar colectivamente los retos que apunta Yolanda Gómez. Desenmascarar y superar esas prácticas atávicas que promueven la misoginia, el sexismo o el androcentrismo como universalismo y neutralidad. Interiorizar como éticamente inasumible la desigualdad, la jerarquía sexual y las múltiples formas de opresión y violencia selectiva contra las mujeres. Objetivos inalcanzables si previamente no se deconstruye el sesgo androcéntrico de un nomo cultural que, bajo el paraguas de un nomo legal pretendidamente igualitario, naturaliza un modelo de autoridad asociado a la masculinidad hegemónica que limita el alcance de la legislación y construye a las mujeres como seres agenealógicos, menoscabando su poder y su posición como sujetos políticos.

[52] GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Feminismo», en: PENDÁS GARCÍA, B., *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI: Ciencias Políticas y Jurídicas*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, p. 252.

«MUJER, CONSTITUCIÓN Y EDUCACIÓN». LA SENTENCIA 34/2023 ¿ES POSIBLE MANTENER LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA?

ALMUDENA RODRÍGUEZ MOYA
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Actualmente, en los países democráticos, las mujeres son titulares formalmente de los mismos derechos que los hombres, pero no siempre el Derecho es suficiente, porque también el Derecho y los derechos se configuran y aplican por y para los hombres. Por ello es necesario seguir trabajando para que la igualdad sea real y efectiva en todos los casos y no meramente una igualdad formal. Ello implica transformar no solo las normas jurídicas, sino también a la sociedad misma, aplicar políticas que permitan a las mujeres acceder a la igualdad. La lucha se centra, pues, en las transformaciones que deben hacerse en la legislación y en la sociedad y que permitan consolidar los avances en los derechos de las mujeres. Gran parte del mundo continúa dominado, en mayor o menor media, por lo masculino o, al menos, por lo que es considerado como atributo de lo masculino y asociado a los hombres; Derecho y derechos reflejan, reproducen y legitiman ese dominio, bajo la ficción de la neutralidad y la imparcialidad. El Derecho tiene aquí una doble misión ya que, por un lado, es un ámbito que debe ser reformado y adaptado a las necesidades de la igualdad de mujeres y hombres y, por otro lado, es el instrumento para la reforma. La consecución de una igualdad plena y efectiva de mujeres y hombres en una sociedad democrática es el horizonte y el fin [1].

[1] GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., Entrevista para *Legal Today*, 17 de octubre de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

En el número 115 de la revista de Derecho político, en 2022 publiqué un artículo sobre la educación diferenciada en España a la espera de que el Tribunal Constitucional (TC) volviera a manifestarse sobre la cuestión, ya que, la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE), había sido recurrida. El título *Educación diferenciada vs. coeducación en España. ¿Una opción legislativa?,* adelantaba mi postura respecto de la eterna polémica sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Poco tiempo después –apenas cinco años– el Tribunal Constitucional (TC) tras cinco años desde que viera la luz su sentencia 31/2018, dictó dos nuevas resoluciones en respuesta a sendos recursos de inconstitucionalidad en las que, como señalaron algunos medios, «el Constitucional español sentencia contra sí mismo» [2]. Pensamos, con Balaguer, que el modelo de educación diferenciada por sexos recuerda en demasía su origen que (no es otro que las necesidades educativas de ambos sexos basadas en roles socialmente establecidos) [3] que relegaba a las féminas a su papel de esposa y madre. La tradición sexista del modelo segregado por sexos [4] vincula necesariamente la cuestión con la discriminación de la mujer [5]. Hace tiempo que esto no es así, pero subsiste el recuerdo y, sin duda, impregna la percepción que de él se tiene [6]. En la actualidad el modelo se apoya en razones peda-

[2] https://www.aceprensa.com/educacion/educacion-diferenciada/el-constitucional-espanol-sentencia-contra-si-mismo-sobre-la-educacion-diferenciada/ (última consulta 12 de junio de 2024).

[3] Ver el voto particular concurrente que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1760-2021. Sentencia 34/2023, de 18 de abril, (*BOE* núm. 121, de 22 de mayo de 2023).

[4] Navas Sánchez, M. M., «¿Diferenciar o segregar por razón de sexo? A propósito de la constitucionalidad de la educación diferenciada por sexo y su financiación pública. Comentario a la STC 31/2018 y conexas», en: *Teoría y realidad constitucional*, núm. 43, 2019, p. 493.

[5] Sin embargo, el análisis la normativa sobre enseñanza desde 1978, si bien denota una gran preocupación por realizar políticas de igualdad. Sin embargo, no prohíben, ni marginan, el modelo de escuela diferenciada, hasta 2006 con la aprobación de la Ley Orgánica de Educación (LOE). En 2013 la LOMCE especificaba que «no constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960. En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad». Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. *BOE* núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

[6] Sería una temeridad afirmar que los centros de educación diferenciada promueven la discriminación por sexo o que los contenidos no son iguales.

gógicas, no compartidas por toda la comunidad educativa, pero compatibles con el texto constitucional [7].

En este artículo denominaré educación diferenciada al modelo educativo que separa a los estudiantes en función de su sexo. Este enfoque ha suscitado un debate significativo en el ámbito educativo, con defensores que argumentan que las diferencias biológicas y cognitivas entre sexos justifican esta separación. Según estos defensores, las capacidades y modos de aprendizaje de los estudiantes varían según su sexo y la segregación en el entorno educativo puede llevar a una mejora en los resultados académicos. Los valedores de la educación diferenciada entienden que las diferencias biológicas entre los sexos influyen en la forma en que los estudiantes procesan la información y aprenden. Se apoyan en distintos estudios que han evidenciado diferencias en el desarrollo entre niños y niñas que se traduce en distintas habilidades y estilos de aprendizaje. Así, la adecuación educativa a estas diferencias mejoraría los resultados académicos. Apelan, asimismo, a la reducción de distracciones relacionadas con el sexo. De tal forma que, el estudiantado podrá centrarse en las cuestiones académicas sin presión por las expectativas sociales relacionadas con el género. De esta forma, el rendimiento académico es mejor y la adecuación del currículo y las estrategias pedagógicas adaptadas a las necesidades de cada sexo contribuirán a un mayor rendimiento [8]. Todas estas razones no son contrarias a la constitución (CE), el problema se plantea porque el derecho de acceso a los centros educativos se limita en atención al sexo de los estudiantes. Esa es una cuestión diferente.

En la primavera de 2023 el TC, ya lo hemos dicho, volvió a exponer su doctrina. En este caso parcialmente distinta de la que publicó apenas un lustro antes. En este trabajo vamos a realizar un análisis de la primera de las sentencias emitidas [9], la de 18 de abril, en tanto que las objeciones coincidentes entre

[7] Ver, Vidal Prado, C., «Una ley que rompe consensos: La LOMLOE escoge el camino equivocado», en: *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 35, 2021, pp. 1-23, en el mismo sentido, Rodríguez Moya, A., «Educación diferenciada vs. coeducación en España. ¿Una opción legislativa?», en: *Revista de Derecho Político*, núm. 115, 2022, pp. 13-42.

[8] A este respecto, los mismos argumentos pueden servir para defender la coeducación, así una de las defensoras de la coeducación, Julia M. Carrillo sostenía que, las características propias de cada sexo, cuando comparten el espacio educativo ya que, «el niño, influenciado por la presencia de la niña, reprime y modifica sus impulsos, a veces brutales, y la niña en cambio, se hace más fuerte y reflexiva». Carrillo, J. M., «Algo sobre coeducación», en: *Revista Mujeres Libres*, núm. 2, 1936, p. 7.

[9] Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 34/2023, de 18 de abril.

el recurso de algunos parlamentarios del grupo Vox [10] y del popular [11] serán resueltas de acuerdo con lo establecido en la misma.

II. LA SENTENCIA

1. **El recurso**

El recurso planteado por Vox considera que la nueva redacción del artículo primero de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), en concreto el nuevo apartado I, es contrario a la constitución [12]. Y, aunque la norma alude a la admisión de alumnos en condiciones de igualdad en algún otro apartado, los recurrentes se centran en el artículo 84.3. Consideran que existe en este precepto un claro ataque al texto constitucional por parte de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la LOMLOE. Entienden que la nueva redacción del texto prohíbe la enseñanza diferenciada a los colegios concertados y no les falta razón. Por un lado, elimina la previsión de exclusión de discriminación para los centros con educación diferenciada y, por otro, de manera más evidente, la disposición adicional vigesimoquinta, apartado 1 posterga este tipo de escuelas. Con el fin de hacer efectivo el propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que aboga por la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como promover la igualdad de derechos y oportu-

[10] Recurso de inconstitucionalidad núm. 1760-2021, interpuesto por cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, contra la totalidad de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación y, subsidiariamente, contra los apartados 56; 50, inciso «y la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo»; 55, inciso «para evitar la segregación del alumnado»; 1, inciso «a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas»; 53; 83, inciso «los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas […] y no separarán al alumnado por su género»; 10; 16; 17; 26 y 27; 11; 14; 25; 28 bis; 78; 89; 4; 19; 20; 13; 21; 23; 24; 26; 31; 36 bis; 32; 98; 75; 76; 76 bis, y 78 ter del artículo único de la Ley Orgánica 3/2020.

[11] Recurso de inconstitucionalidad núm. 1828-2021, promovido por ochenta y ocho diputados del Grupo Parlamentario Popular contra los siguientes apartados del artículo único de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación: 1, 8 bis, 10, 12, 16, 17, 27, 28, 29, 50, 55 bis, 56, 78, 81 bis, 83 y 89 y las disposiciones adicionales tercera y cuarta.

[12] «El desarrollo de la igualdad de derechos, deberes y oportunidades, el respeto a la diversidad afectivo-sexual y familiar, el fomento de la igualdad efectiva de mujeres y hombres a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas, la educación afectivo-sexual, adaptada al nivel madurativo, y la prevención de la violencia de género, así como el fomento del espíritu crítico y la ciudadanía activa.». Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. *BOE*-A-2020-17264.

nidades, los centros educativos que reciben financiamiento parcial o total de fondos públicos deberán implementar el principio de coeducación. En consecuencia, estos centros no podrán segregar al alumnado en función de su género [13]. Resulta difícil no coincidir con los recurrentes ya que, parece claro que los centros concertados no podrán acogerse a esa modalidad pedagógica. Es aún más complicado de entender cuando, como veremos más adelante, el TC admitirá la educación segregada como modelo compatible con el texto constitucional.

Los recurrentes entienden, además, que las citadas disposiciones atentan contra la libertad de enseñanza del artículo 27.1 de la constitución así como contra el derecho al ideario del centro. De tal forma que, estas modificaciones estarían afectando, como ya dijera el TC, al derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos reconocido por el artículo 27.3. Así se está contraviniendo la obligación de «ayudar» a los centros docentes en condiciones de igualdad. El sistema que consagra el texto constitucional implica la coexistencia de escuelas públicas y privadas. Esta realidad se encuentra reforzada por la posibilidad de acceso a un sistema de financiación pública de centros escolares de titularidad privada. Derecho a la educación y libertad de enseñanza confluyen en el artículo 27.9: «Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca». El concepto de ayuda apuntado en el texto constitucional ha sido interpretado como auxilio económico [14].

Los recurrentes aluden a las sentencias del TC 31/2018, de 10 de abril, y 74/2018, de 5 de julio, en las que la educación diferenciada por sexos fue considerada conforme con la constitución y no discriminatoria si se ofrece en condiciones equiparables. Por lo tanto, en estas condiciones, la educación diferenciada es una opción pedagógica legítima, incluida en la libertad de creación de centros docentes (art. 27.1 y 27.6 CE). Por ello, el trato diferenciado en el acceso a la financiación pública (art. 27.9 CE) carece de justificación y debe ser declarado inconstitucional.

---

[13] «Disposición adicional vigésima quinta. Fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

1. Con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y no separarán al alumnado por su género». Ley Orgánica 3/2020, *ibid.*

[14] Ver: Rodríguez Moya, A., «Derecho a la educación y libertad de enseñanza», en: Suárez Pertierra, Gustavo; Souto Galván, Esther; Ciáurriz Labiano, María José (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 245-270.

2. **El Tribunal**

En su respuesta, el TC recuerda que ya ha abordado la constitucionalidad de la educación diferenciada en sentencias previas en las que, como sabemos, estableció que no es discriminatoria si se imparte en condiciones de igualdad. En lo que parece un ejercicio transaccional, el Constitucional asume esa doctrina y procede a centrarse en lo que es la cuestión actual: si excluir la educación diferenciada de la financiación pública es constitucional. El TC alude a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para señalar que los Estados no están obligados a financiar centros privados incluyendo aquellos con educación diferenciada. Por otra parte, el artículo 27.9 de la constitución no establece un derecho automático a la subvención sino que su concreción depende de lo que para ello establezca el legislador. A decir del Tribunal, la constitución permite un amplio margen de configuración al poder legislativo en materia educativa. Esto incluye, como es lógico, la opción de promover la coeducación. Por tanto, y según considera nuestro más alto tribunal, el legislador puede decidir no financiar centros que practiquen la educación diferenciada si considera que la coeducación es más adecuada para promover la igualdad de género. El Tribunal concluye que excluir de la financiación pública a los centros que practiquen la educación diferenciada no viola la constitución. Se trata de una opción legítima del legislador para promover la igualdad de género por la que ni los derechos educativos de los padres ni los de los centros privados se ven afectados por esta medida.

La argumentación del TC resulta ciertamente difícil de comprender. Es cierto que el legislador puede determinar la política educativa que considera óptima siempre que aquella no atente contra los principios constitucionales. De igual forma, los centros educativos podrán determinar el modelo pedagógico que estimen oportuno, también siempre que sea acorde al texto constitucional. Por ello,pensamos que no se puede negar el concierto económico a los centros educativos por razón de su ideario. El legislador está obligado a respetar y buscar la laicidad estatal, sin embargo, no parece que se pueda retirar la financiación a un centro educativo con ideario religioso ya que, en nuestra opinión, sería claramente inconstitucional. A nuestro entender eso es lo que está haciendo el TC: avalar la retirada de conciertos a centros por cuestión de ideario.

El TC entendió pronto que el ideario podría incluir, además de los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa los distintos aspectos de su actividad y lo reiteró, recientemente, en la icónica sentencia STC 31/2018. Así podríamos entender como parte del ideario de los centros el derecho a

configurar la concepción de la comunidad educativa, los criterios pedagógicos, el modelo de gestión, etc. [15]. De tal forma que, si aceptamos que la educación diferenciada «es una manifestación de la libertad de dirección y organización de los centros educativos a la que se refiere el artículo 27.6 de la Constitución o que más específicamente se muestra como una característica que define el carácter propio de un centro» [16] debemos asumir los conciertos. Como ya hemos manifestado en ocasiones anteriores, coincidimos con la argumentación de los votos particulares de la STC 81/1981. La tesis sostenida por los magistrados disidentes, y con la que estamos más de acuerdo, es aquella que vincula el «ideario» de un centro con su carácter propio, pero no a cualesquiera de sus características, tales como las de índole pedagógica, lingüística, deportiva u otras semejantes, sino que, muy en concreto, el ideario es la expresión del carácter ideológico de un centro. Ahora bien, si el TC avala su doctrina, reiterando que la educación diferenciada por sexo forma parte del ideario, nos parece incongruente refrendar la prohibición de la enseñanza diferenciada a los colegios concertados. No puede afirmarse, en modo alguno, que no existe esa prohibición ya que sólo los colegios que practican la coeducación accederán al régimen de conciertos. En ese sentido se manifiesta el primero de los votos particulares.

3. **Los votos particulares**

Los magistrados D. Ricardo Enríquez Sancho, D. Enrique Arnaldo Alcubilla, D.ª Concepción Espejel Jorquera y D. César Tolosa Tribiño, señalan que, el verdadero objeto de este proceso constitucional era si es constitucional, o no, la decisión del legislador de no «ayudar» –por emplear los términos del artículo 27.9 de la constitución– a la escuela concertada que opte por el modelo de educación diferenciada, sistema educativos perfectamente constitucional, reconocido así en la sentencia [FJ 5 d)] y derivado de nuestras STC 31/2018, FJ 4 a), y 74/2018, FJ 4 c), por entender que la coeducación es el modelo óptimo.

En su argumento coinciden con sus compañeros en que del artículo 27.9 de la constitución no puede inferirse «un derecho subjetivo a la prestación pública» [STC 86/1985, FJ 3, citada en el FJ 5 g) de la sentencia]. Ya que, esta opción habría constitucionalizado el sistema del llamado «cheque escolar», en

[15] Ver Rodríguez Moya, *op. cit.*, nota 6, p. 42.

[16] González-Varas Ibáñez, A., «Régimen jurídico de la educación diferenciada en España», en: *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 31, 2013, p. 4.

el que el poder público debe entregar a cada familia una cantidad de dinero por niño destinada a sufragar, al menos en parte, el coste del centro educativo de su elección, sin posibilidad de que el legislador decidiera lo contrario. Obviamente, sugieren, no fue este el propósito de los constituyentes en 1978, ni es el significado del artículo 27.9. Y este es el sentido de la llamada al legislador.

Sin embargo, una cosa es que del artículo 27.9 no derive directamente un derecho constitucional a la subvención inmediatamente exigible ante la administración y los tribunales, y otra muy distinta es que la remisión al legislador del artículo 27.9 termine vaciando de contenido el precepto. Coincidimos con los magistrados cuando dicen que, el sistema de «ayudas» debe tener en cuenta «otros principios, valores o mandatos constitucionales» [FJ 5 g), citando la STC 77/1985, FJ 11], singularmente el derecho a la igualdad ante la ley [FJ 5 i)]. Así las cosas, resulta obligado preguntarse: si el examen del artículo 27.9 de la constitución termina remitiéndose a la voluntad del legislador sin más límite que la razonabilidad del trato desigual, ¿para qué sirve entonces el artículo 27.9? O, en otras palabras, ¿en qué hubiera sido diferente esta sentencia si el artículo 27.9 de la constitución no existiera? Absolutamente en nada. Insisten en que esta interpretación de la constitución reduce uno de sus artículos a la nada, a una simple norma de remisión interna a otros preceptos. Por el contrario, consideran que el artículo 27.9 de la constitución debe tener algún contenido, ya que, la reducción a la nada de preceptos constitucionales es contraria a la eficacia normativa y vinculante de la constitución (artículo 9.1 de la constitución) en general.

La sentencia se basa en la remisión al legislador efectuada en el artículo 27.9 de la constitución que, se nos dice, otorga a este un margen muy amplio de configuración que el Tribunal debe respetar [FJ 5 h)]. Sin embargo, la llamada al legislador no es una singularidad del artículo 27.9. Se contiene en muchos otros preceptos de la misma sección, capítulo y título. Y nunca, hasta donde se nos alcanza, se había establecido el criterio de la «muy» amplia libertad de configuración de ese legislador. Tan amplia que acaba convertida en irrestricta. La amplia cita de sentencias que pretenden avalar la decisión del Constitucional [17], no son equiparables al caso que nos ocupa ya que, en todas

[17] «Además de la remisión general al legislador orgánico para el "desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas" contenida en el artículo 81.1 CE, otros preceptos incluidos entre los "derechos fundamentales y libertades públicas" contienen llamadas expresas a la ley, como los artículos 16.1, 17 (apartados 1, 3 y 4), 18.4, 19.2, 23, 24, 27.10 o 28.1. En todos estos casos el Tribunal Constitucional ha hablado de «derechos de configuración legal» (por ejemplo, STC 6/2019, de 17 de enero, FJ 2, para el derecho a la tutela judicial efectiva; STC 141/2018, de 20 de diciembre, FJ 6, para la autonomía universitaria; o STC 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 4, para el derecho de acceso a las funciones públicas, todas en procesos de control abstracto de constitucionalidad) reconociendo la consiguiente libertad de

las sentencias aludidas, y en las demás que se quieran buscar sobre esta misma cuestión, el margen de configuración del legislador se ha limitado de manera expresa y reiterada a que la ley respete y no rebase el «contenido esencial» del derecho en cuestión. Esto es lo lógico ya que esta limitación deriva directamente del artículo 53.1 de la constitución. Se echa de menos que la sentencia buscase el contenido mínimo e infranqueable del 27.9 empleando al efecto los criterios establecidos por la doctrina del TC [18].

Los demás argumentos que dan los magistrados derivan en la defensa de la libertad de enseñanza y el pluralismo educativo. En nuestra opinión, todos estos argumentos no aportan nada ante el apriorismo señalado: la enseñanza diferenciada es un modelo educativo constitucional que responde a criterios pedagógicos, por tanto, negar el concierto exclusivamente por esa razón nos parece jurídicamente inadmisible. De hecho, aunque el régimen de concierto no tiene por qué ser la manera de cumplir con el mandato constitucional de ayuda a la enseñanza privada [19], lo cierto es que el legislador ha optado por esa opción y, no concordar con el ideario no puede ser nunca la razón para denegar ese auxilio económico. Debemos recordar, sin embargo, que no es la única ayuda de carácter económico que se presta a los centros educativos. Así la exención de pagar el IVA es también una ayuda en este sentido.

No coincidimos, por tanto, con la interpretación del artículo 27.9 de la constitución que proponen los magistrados disidentes en la que la de la neutralidad de las «ayudas» en él previstas, precisamente en aras del «pluralismo educativo» y político que justifican este precepto y le dan vida, como «contenido esencial» del mismo (artículo 53.1 de la constitución). Esa es su particu-

---

configuración del legislador. Pero nunca hasta la fecha había convertido un derecho constitucional «de configuración legal» en un derecho legal a secas, enteramente disponible para el legislador, que es lo que a nuestro juicio ha hecho esta sentencia». Voto particular que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera y don César Tolosa Tribiño a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1760-2021, STC 34/2023, de 18 de abril, BOE-A-2023-12076.

[18] La propia sentencia dice al comienzo que el Tribunal debe respetar «opciones políticas» del legislador estatal en su diseño del modelo educativo «salvo que la fuerza que se imprima a una de las dos direcciones [a favor del derecho a la educación o de la libertad de enseñanza] llegue a menoscabar el 'contenido esencial' de la otra (artículo 53.1 de la constitución)» [FJ 3 d), énfasis añadido]. Límite que hemos aplicado también para aquellos preceptos constitucionales que, aun ubicados entre los «derechos fundamentales y libertades públicas», no se estructuran formalmente como el reconocimiento de un «derecho» sino como un mandato a los poderes públicos, como sucede con el caso del artículo 27.9 (véase, por ejemplo, la STC 169/2021, de 6 de octubre, FJ 10, examinando la proporcionalidad de la ley reguladora de la prisión permanente revisable desde la perspectiva del mandato de resocialización de las penas del citado artículo 25.2 de la constitución). Por tanto, esta formulación como mandato no ha restado intensidad a nuestro análisis impuesto por el artículo 53.1 de la constitución. STC 34/2023, de 18 de abril, *ibid.*

[19] Gómez Montoro, Á., «Los derechos educativos: 25 años de experiencia constitucional», en: *Revista española de pedagogía*, año LXI, núm. 226, septiembre-diciembre, 2003, pp. 397-414.

lar argumentación para justificar la existencia de las ayudas: financiar a las escuelas para favorecer el pluralismo. En nuestra opinión el razonamiento debe ser realizado de manera inversa: los conciertos no pueden negar ayuda en función del carácter propio de los centros para no atentar contra el pluralismo.

En nuestra opinión, el artículo 27.9 impide a los poderes públicos, a los que expresamente se dirige, señalar, identificar y excluir de las «ayudas» a un sistema o modelo de educación que es perfectamente constitucional. Esto es precisamente lo que hace la disposición adicional vigesimoquinta, apartado 1. Bajo su vigencia, aunque un centro cumpla todos los requisitos del artículo 116 LOE (satisfacer necesidades de escolarización, atender a poblaciones socioeconómicas desfavorables, realizar experiencias de interés pedagógico, estar constituido en régimen de cooperativa, etcétera) no podrá acceder a las ayudas solamente por el modelo educativo escogido.

También formula voto particular la magistrada D.ª María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1760-2021, en este caso concurrente. Sin embargo, desea dejar constancia de una cuestión que expuso en la deliberación del Pleno y que no fue acogida en la argumentación que condujo a la desestimación del recurso de inconstitucionalidad, fallo con el que, por otro lado, estaba de acuerdo.

El punto central de su discrepancia es precisamente el tratamiento que se hace en la sentencia sobre la educación diferenciada por sexos. Balaguer señala que, aunque el pronunciamiento actual corrige algunos de los excesos interpretativos contenidos en las STC 31/2018, de 10 de abril, y 74/2018, de 5 de julio, respecto de los cuales planteó, en su día, sendos votos particulares, no lleva esa revisión hasta sus últimas consecuencias. Aquí está la clave de su argumentación. La magistrada entiende que hubiera sido pertinente declarar que la educación diferenciada por razón de sexo no es un modelo que tenga cabida en nuestro texto constitucional al considerar que «la decisión del legislador de otorgar ayudas públicas únicamente a los centros educativos que no separen al alumnado por su género es una opción constitucional legítima». Así, en España, en el siglo XXI, la educación que segrega a niños y niñas, separándolos en espacios diferentes para transmitirles conocimientos y socializarlos, debe considerarse contraria al mandato del artículo 9.2 de la constitución, así como al principio de igualdad y a la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 de la constitución. A continuación se centra en lo que venimos apuntando desde el inicio del artículo. El recurso de inconstitucionalidad número 1760-2021, interpuesto por cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, parte del presupuesto de que el modelo de educación diferenciada es constitucionalmente válido y, por tanto,

la exclusión de este modelo de la financiación pública resulta contraria a la libertad de enseñanza (artículo 27.1 de la constitución), al derecho al ideario del centro privado como derivación de la libertad de crear centros docentes (artículo 27.6 de la constitución), al correlativo derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos (artículo 27.3 de la constitución y artículo 14.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y a la obligación de «ayudar» a los centros docentes del artículo 27.9 de la constitución en régimen de igualdad y sin discriminación, establecida por la doctrina constitucional. Partiendo del presupuesto argumentativo del recurso, que podría haberse obviado porque la jurisdicción constitucional tiene margen para ello, la sentencia se limita a resolver la cuestión de si la exclusión de la financiación pública de este concreto modelo educativo vulnera o no los preceptos invocados. De esta manera, la decisión del Pleno no solo no cuestiona el presupuesto argumental de la demanda, sino que lo acepta y da por supuesto que la educación diferenciada es un modelo educativo tan válido como cualquier otro dentro de un Estado social y democrático de Derecho como el que reconoce la constitución española. Acierta Balaguer cuestionando la omisión del Tribunal. Sin duda subyace la idea de que si es válido, debe ser financiado. Acaso por eso refuerza sus argumentos de crítica al modelo de segregación por sexo e insiste en su inconstitucionalidad, única razón por la que, a nuestro juicio podría ser retirada, en este caso, la ayuda económica.

La magistrada estima que el TC debe evaluar, desde el punto de vista del respeto a los principios básicos del sistema constitucional, entre los que se cita con carácter prioritario la igualdad (artículo 1.1 de la constitución), si un modelo educativo que separa a niños y niñas sobre la base de considerarlos sustancialmente distintos y, por tanto, destinatarios de una educación separada, tiene, o no, cabida desde una concepción del sistema jurídico que proclama la necesidad de superar las desigualdades formales para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas y los grupos en que ellas se integran (artículo 9.2 de la constitución), objetivo que parece difícil de lograr cómo manteniendo a niños y niñas en grupos esencialmente segregados. Considera, como ya hiciera en los votos particulares a las STC 31/2018 y 74/2018, que la educación diferenciada por sexos, que segrega a niños y niñas en el acceso al sistema educativo y en la organización de las enseñanzas, no tiene cabida en el marco de la constitución de 1978 que, asumiéndose plural, también debería comprenderse como laica, social e igualitaria. En este caso no coincidimos plenamente con los argumentos de Balaguer. Si bien, el sistema de admisión se sitúa como una «categoría sospechosa de ser discriminatoria, de las que contempla el artículo 14 de la constitución», la organización no tiene por qué. De hecho, la

normativa internacional recoge la previsión de que «esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes» [20]. En ese caso no se puede decir que la organización y gestión de ese modelo educativo vulnere el principio de igualdad, aunque debe quedar poca duda de que es el sexo el que determina el acceso a centros escolares, por lo demás, con ventajas fiscales, entre otras, por el mero hecho de serlo. El modelo de educación diferenciada exige la exposición de una justificación reforzada de las razones que le llevan a utilizarla, justificando con énfasis que el trato diferenciador no es discriminatorio. La formación académica, e incluso otros aspectos educativos, pueden ser desarrollados en el marco de una enseñanza segregada por sexos. Así lo hace el modelo Hjali, que está en las antípodas de los tradicionales colegios de chicos y chicas y, sin embargo, en el nivel de infantil está obteniendo excelentes frutos en la promoción de la igualdad y la cooperación entre sexos [21].

Permita el lector que nos sirvamos de los demás argumentos de la magistrada para elaborar nuestras conclusiones.

III. CONCLUSIONES

La sentencia 34/2023, del TC de 18 de abril abre al estudioso del Derecho multitud de cuestiones. Podríamos decir, de forma coloquial, que no deja a nadie satisfecho. Nuestra postura tiene que ver con lo que, a nuestro entender, muestra una manifiesta incoherencia en la interpretación de la Ley por parte del Tribunal Constitucional.

El Tribunal parte de la premisa de que el modelo de educación diferenciada respeta la constitución. Es razonable entender, por tanto, que la ley orgánica de educación permite este régimen educativo. Así las cosas, es importante entender que además de constitucional, es legal.

Es cierto que, se trata de una opción controvertida cuyo debate ha tenido un gran impacto en la comunidad educativa internacional. Sus partidarios se apoyan en estudios que sitúan a la educación diferenciada como un modelo que busca la excelencia en resultados educativos sobre la base de potenciar las

[20] Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. *BOE*-A-1969-1269.

[21] https://www.hjallimodel.com/ (última consulta 3 de julio de 2024).

habilidades propias de cada sexo. Se trata de un planteamiento distinto del tradicional, en el que la separación se basaba en un modelo de segregación, donde niños y niñas tenían una formación diferente porque se preparaban para un futuro diferente, en el que las chicas recibían una instrucción marcada por el rol de esposa y madre [22].

Al aceptar la enseñanza diferenciada como una opción pedagógica más que, por tanto, forma parte del ideario, debemos aceptar que la organización educativa está aceptada por la constitución. Seamos o no partidarios de la misma. Cosa distinta es el derecho de acceso al centro educativo. Es en el acceso donde se da, una discriminación, por razón de sexo, en los centros educativos que sólo admiten niños o niñas. Es necesario hacer esa precisión ya que existe un modelo de educación diferenciada en el que no hay selección por sexo en la admisión., el colegio admite estudiantes de ambos sexos y desarrolla la actividad educativa conforme a los presupuestos de la educación diferenciada, separando por aulas o incluso en edificios diferentes.

De la calificación de la enseñanza diferenciada como opción pedagógica compatible con el texto constitucional deriva todo lo demás. Aceptando esta premisa, debemos aceptar el resto de los derechos que de ella dimanen. Esa es, quizá, la razón por la que Balaguer insiste en reconocer como incompatible la segregación educativa por razón de sexo con nuestra norma suprema. Compartimos la apreciación de la magistrada de que no se puede dar por constitucionalmente correcta la afirmación incontrovertible de que la educación diferenciada no es discriminatoria, porque viene aceptada por la comunidad internacional, en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones de la UNESCO, porque se desarrolla sin dificultad en países de nuestro entorno, o porque permite a niños y niñas adquirir idéntica titulación académica. Todos esos argumentos no son pacíficos, ni suficientes ya que, el TC, en la STC 133/2010 sostuvo que «la educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. artículo 2.1 h) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. artículo 2.1 a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. artículos 2.1 d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno

[22] Segura Graiño, C., «La educación de las mujeres en el tránsito de la edad media a la modernidad», en: *Historia de la educación: Revista interuniversitaria*, núm. 26, 2009, p. 80. En el mismo sentido, Elizabeth, S.; Spender, D., «The Education of Feminists: The Case for Single-Sex Schools», en: Spender, D.; Elizabeth, S. (eds.), *Learning to lose: sexism and education*. 1980, pp. 55-66.

respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [cfr. artículos 2.1 b), c) LOE]».

Sin embargo, no compartimos que no exista «argumento lógico alguno que permita sostener que la diferenciación del alumnado por sexo, en el acceso o en la organización de la enseñanza a la que tiene derecho, busca la parificación social y resulta proporcionada al fin pretendido. Incluso si se diera por bueno el falaz argumento de que se pretenden potenciar, con este tipo de educación, las capacidades cognitivas de las niñas, para asegurar su éxito académico como medio para lograr mejores logros profesionales y superar la desigualdad imperante en el mercado laboral al calor del mandato del artículo 9.2 de la constitución, lo cierto sería que la medida no superaría un mínimo test de proporcionalidad. Como ya ha declarado este tribunal, la educación como derecho constitucionalmente reconocido, no puede aspirar solo a garantizar la transmisión de conocimientos, y el consecuente éxito académico, sino que busca formar ciudadanos y ciudadanas responsables, llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad igualitaria, a la que llaman con insistencia los artículos 14 y 9.2 de la constitución» [23]. Hay nuevos planteamientos puestos encima de la mesa que ofrecen una perspectiva distinta: se separa a niños y niñas para la promoción y el fomento de la igualdad. Comienzan a surgir modelos de separación en las aulas en los que el objetivo perseguido no es exclusivamente el éxito académico. En estos nuevos modelos se ayuda a niñas y niños a desprenderse de tópicos y roles inmutables que los condicionen para el futuro.

Insiste en la idea de que «la educación diferenciada tiende a consolidar estereotipos basados en la diferenciación de los sexos por roles, por capacidades, y por posiciones en la sociedad, porque son esos mismos estereotipos, sin base científica, los que dan sustento a la teoría pedagógica segregacionista. No es este un modelo capaz de superar los estereotipos, y las dificultades de igualación entre hombres y mujeres, que demanda el artículo 9.2 de la constitución, porque se basa precisamente en dichos estereotipos. El equilibrio entre la formación de la ciudadanía y la educación del alumnado quiebra con esta medida, que por ello no puede considerarse proporcional a la hora de asegurar la garantía del derecho a la igualdad (artículo 14 de la constitución) y a la educación, con el objeto que a ella asocia el artículo 27.2 de la constitución». Por tanto, «existen elementos que conducen a imputar a la educación diferenciada una incapacidad estructural, u ontológica, para el logro de los objetivos educativos marcados constitucionalmente. Porque la igualdad, derecho relacional

[23] Voto particular.

por naturaleza, tal y como se ha establecido además por este tribunal (por todas, STC 112/2017 o 27/2004), no se puede transmitir adecuadamente en contextos donde la relación de género no existe».

Ya lo hemos dicho, hay nuevos planteamientos en los países de nuestro entorno que ofrecen una perspectiva distinta. En ellos se separa al alumnado en función de sexo para la promoción y el fomento de la igualdad. El objetivo perseguido no es exclusivamente el éxito académico. En estos nuevos modelos se ayuda a niñas y niños a desprenderse de tópicos y roles inmutables que los condicionen para el futuro [24]. Para alcanzar las metas deseadas el trabajo escolar se centra en potenciar el género mediante el trabajo de compensación. El planteamiento general de las enseñanzas gira alrededor de un plan de estudios basado en el género. Se trata de un programa que se configura como una manifestación de la visión de igualdad de género.

Gracias a la eliminación de los roles de género, el modelo Hjalli capacita a niños y niñas en todas las cualidades humanas a través de un currículo basado en el género. Tal y como la escuela señala: «Para promover la igualdad en el aula, trabajamos con grupos de un solo sexo durante la parte más significativa del día y en entornos mixtos el resto del tiempo. Cuando los niños están en grupos de un solo sexo, trabajamos para liberarlos de los roles de género tradicionales y del comportamiento estereotipado. Queremos asegurarnos de que tanto las niñas como los niños reciban atención e igualdad de oportunidades. Cuando los niños se encuentran en entornos mixtos, nos aseguramos de que la experiencia entre los niños sea positiva, que colaboren en proyectos y se muestren mutuamente respeto. Es muy importante que se lo pasen bien juntos, sintiéndose igualmente fuertes y capaces. Cuando los niños se encuentran en entornos de un solo sexo, realizan un trabajo de compensación, lo que significa que fortalecemos el género en las características que necesitan, respectivamente, trabajar y fortalecer. Creemos que, en general, las niñas necesitan más estímulo para hablar, ocupar espacio y quedarse solas. Los niños, por otro lado, pueden necesitar ser alentados a expresarse, tanto sobre sus emociones como también cuando están en desacuerdo. Los niños generalmente necesitan trabajar en sus comportamientos sociales, como las conexiones con los demás y la expresión. Tener grupos de un solo sexo no es un objetivo en sí mismo, sino un medio para trabajar hacia la igualdad» [25].

---

[24] Ver Rodríguez Moya, A., «Enseñar a niños y niñas: La educación diferenciada», en: Fernández Coronado, Ana (coord.), *Integrados. Claves jurídicas: derecho a la educación, diversidad religiosa y cohesión social*. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 2019, pp. 243-277.

[25] http://www.hjallimodel.com (última consulta 20 de julio de 2024).

La existencia de escuelas como esta nos hacen reflexionar sobre si la educación diferenciada por sexo forma parte integrante de las dimensiones de las libertades educativas que consagra el artículo 27 de la constitución, o que sea contraria a los artículos 9.2 y 14 de la constitución, por desatender abiertamente el mandato de promoción de la igualdad material de las personas, en particular de las mujeres, o por basarse en una causa sospechosa de ser discriminatoria sin que quien la sustenta haya sido capaz de justificar, de forma reforzada, que la educación separada de niños y niñas ni se sustenta, ni genera, ni sostiene un modelo de sociedad basado en la desigualdad de roles y de reconocimiento de estatuto de hombres y mujeres. Tal y como refiere Balaguer.

Aunque hubiera sido deseable compensar los excesos interpretativos en que incurrieron las STC 31/2018 y aclarar si, para este tribunal, la segregación por razón de sexo en la escuela responde a un modelo o método pedagógico que, forma parte del ideario educativo de los centros docentes, como una derivación o faceta de la libertad de creación de centros docentes (cuestión esta que se establece en la STC 31/2018) o se inserta acaso en el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (aproximación que hizo la STC 74/2018). Lo cierto es que el TC reconoce como constitucional el modelo de educación segregada y, en consecuencia, no puede ceder al legislador la opción de prohibir la ayuda económica de centros escolares conforme, en todos los sentidos, a la Ley. La remisión al legislador debiera ser total para no caer en incoherencia interpretativa. En nuestra opinión, el legislador tiene una doble posibilidad. Puede optar por prohibir el modelo de educación diferenciada o permitirla. Sabemos que es constitucional, pero, entendemos que en el marco de la norma suprema cabe también su prohibición. Los argumentos de defensa de una u otra son igualmente respetables y su implementación depende de la política educativa. Lo que, a nuestro juicio, no puede hacer el legislador es reconocer el modelo de educación diferenciada y negar la financiación de esos centros porque estaríamos conculcando el derecho de creación de centros docentes.

Pero el TC no prohíbe la educación diferenciada con esta sentencia (la segunda en el mismo sentido) la valida desde la perspectiva constitucional. Sin embargo, impide a los colegios concertados que sigan estas enseñanzas acceder a ayudas públicas, generando así discriminación por razón de renta. Habida cuenta de que los centros educativos, por serlo, obtienen beneficios fiscales, el legislador no está optando por un modelo educativo, está limitando el acceso al estudiantado con menores rentas. El legislador podría haber prohibido el modelo de enseñanza diferenciada, apostando por la coeducación,

parece que el TC lo avalaría. El legislador puede, también, optar por permitirlo, ambas opciones parecen viables desde la perspectiva constitucional. Sin embargo, creemos que el modelo elegido, tiene más de una quiebra y, sin duda, la más dolorosa es que genera un modelo discriminatorio cercenando la posibilidad de un modelo educativo constitucional a las familias con menos posibilidades económicas.

LA GESTACIÓN SUBROGADA A EXAMEN EN EL DEBATE JURÍDICO CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA

Adoración Galera Victoria
Universidad de Granada

I. INTRODUCCIÓN

Es un hecho que el progreso científico y tecnológico ha adquirido un destacado protagonismo para el desarrollo de la sociedad actual. Como también que en este nuevo contexto, son muchos y muy diversos los escenarios y problemas que se plantean para la tutela de los derechos frente a poderes externos, económicos, científicos o tecnológicos. Las relaciones humanas son con más frecuencia, concebidas como relaciones comerciales sometidas a los intereses del mercado y al régimen jurídico entre consumidores y usuarios, desvinculadas del concepto de dignidad de la persona [1]. Sin embargo, frente a esta tendencia debilitadora del contenido y la extensión de los derechos fundamentales, el Derecho debe ofrecer respuestas suficientes y sólidas que permitan satisfacer los intereses que impulsan los avances científicos y, a su vez, preservar los valores y principios constitucionales y garantizar las posiciones y derechos subjetivos. En las relaciones entre ciencia y tecnología y Derecho se plantean pues interrogantes de naturaleza jurídica que requieren la atención científica y el análisis riguroso desde parámetros constitucionales.

[1] Balaguer Callejón, F., *La Constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 1.ª edición, 2022, pp. 23 y 24.

La profesora Gómez Sánchez ha dedicado gran parte de su interés científico al examen de los problemas jurídicos de los avances de la ciencia, particularmente en el ámbito de la biomedicina, en su vinculación con la dignidad humana y la garantía de los derechos fundamentales [2]. En trabajos pioneros en materia de biotecnología y reproducción humana, uno de los campos donde la ciencia y el derecho confluyen para satisfacer intereses sociales, con su innegable brillantez y rigor esta autora aborda cuestiones centrales singularmente relevantes para su adecuado tratamiento jurídico desde una perspectiva constitucional [3]. La dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y la libertad personal entendida como autonomía y la igualdad están en el centro de los debates jurídicos sobre los límites que los derechos de la persona imponen a la ciencia. En este como en otros campos del desarrollo científico, las dudas que plantea la contraposición de intereses o fines sociales y los derechos o expectativas de derechos deben ser resueltos conforme a una correcta construcción e interpretación de los derechos y valores constitucionales [4]. Desde estas premisas, el examen sobre las cuestiones legales que abren los avances científicos se aborda desde un constitucionalismo comprometido con el respecto a la dignidad, el desarrollo de la libertad, la autonomía personal y la igualdad.

Esta perspectiva es la que se adopta en este análisis donde se pretende ir al centro del debate y de los problemas jurídico-constitucionales que se plantean en torno a la gestación subrogada. Esta práctica, que no técnica de reproducción humana asistida [5], aceptada por parte de la sociedad como una opción que la ciencia ofrece a quienes desean cumplir su deseo de tener hijos es pro-

---

[2] Gómez Sánchez, Y., «Biotecnología y derechos fundamentales», en García Herrera, M. Á., (coord.) *Constitución y democracia*. 25 años de Constitución democrática en España, Vol. 1, 2005, pp. 223-249.

[3] Gómez Sánchez, Y., «El derecho a la reproducción humana: Fundamento y nuevos problemas», en *Perspectivas del derecho de familia en el siglo xxi: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia* Lasarte Álvarez, C.; Donado Vara, A.; Moretón Sanz, M.ª F.; Yáñez Vivero, F., (coord.) 2004, ID: «La infertilidad. ¿Por qué a mí? Un problema o un reto en la pareja» / Moreno Rosset, C. (coord.), 2009, pp. 75-88; ID «Cuestiones legales de la reproducción asistida», en Moreno Rosset, C., (coord.) *Infertilidad y reproducción asistida*. Guía práctica de intervención psicológica, 2009, pp. 103-120.

[4] Gómez Sánchez, Y., «El derecho a la reproducción humana. Fundamento y nuevos problemas», *op. cit.* p. 168; Igualmente Gómez Sánchez, Y.; Astola Madariaga J., «Salud, investigación biosanitaria e igualdad de mujeres y hombres», en Freixes Sanjuán, T., Julia Sevilla Merino, J., (coord.) *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*. 2005, pp. 715-724.

[5] Evito referirme a estas prácticas como técnicas de reproducción humana asistida, particularmente en relación con la gestación por sustitución, pues el lenguaje jurídico debe ser preciso y reconocer o hacer reconocibles realidades ciertas. Sobre la importancia del leguaje para evitar inseguridades en el tráfico jurídico, vid, Balaguer Callejón, Mª L. "Género y lenguaje. Presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario", Revista de Derecho Politico, núm. 73, 2008, pp. 71-100.

hibida por nuestro sistema jurídico por ser contraria a la dignidad y a los derechos fundamentales. Frente a esta práctica se comparte la visión y argumentos esenciales que avalan la prohibición de la gestación por sustitución, muy claramente expresados por una parte de la doctrina constitucional [6] y por la jurisdicción ordinaria española [7]. Son conocidos los interrogantes que plantea la complejidad de los procedimientos, incluso, contradictorios a los que se enfrentan quienes, invocando un supuesto derecho a tener hijos, eluden las prohibiciones nacionales y acuerdan en otros países un contrato de gestación subrogada, para posteriormente solicitar el reconocimiento de la filiación y la inscripción en el registro civil del hijo nacido de un contrato nulo de pleno derecho en España.

El derecho comparado muestra diversos modos de enfrentarse a esta nueva forma de procreación y la necesidad de garantizar los derechos de la mujer y el menor gestado por otra en el exterior, alimentan el debate social y jurídico a favor de una regulación española que delimite, con carácter restrictivo y excepcional, la maternidad subrogada [8]. No obstante, como se ha adelantado, una visión constitucionalmente comprometida con los valores y contenidos constitucionales sitúan en el centro del debate jurídico de esta cuestión los derechos fundamentales de la mujer gestante, los derechos y el interés superior del menor nacido y de los padres y madres de intención, sin renunciar a una visión humanista y protectora de la dignidad humana, la libertad y la igualdad.

II. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE JURÍDICO Y LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA GESTACIÓN SUBROGADA

El debate social y también jurídico suele partir de una pregunta formulada de un modo sencillo y aparénteme aséptico: ¿por qué no incorporar los avances de la ciencia para satisfacer los deseos de paternidad o maternidad de quienes lo desean, incluso, de personas que han sobrevivido a un hijo sin

[6] Al respecto, vid, entre otros los trabajos de Balaguer Callejón, M.ª L., *Hij@s del mercado, La maternidad subrogada en un Estado Social*, Cátedra, 2017; Arroyo Gil, A., «Gestación por sustitución: la dignidad humana en juego», *Estudios de Deusto,* Vol. 68/2, julio-diciembre 2020, pp. 41-73; Lara Aguado, M.ª Á., «Globalización, mercado y gestación por sustitución: identidad personal vs. violencia reproductiva en el Protocolo de La Haya y en la propuesta de Reglamento de la UE sobre filiación», en Díaz Velázquez, M. A., (coord.) *La violencia sexual: sus causas y sus manifestaciones* 2023, pp. 175-208.

[7] Como se examina en las páginas siguientes en la destacada sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 2022 donde confirma una postura ya mantenida también muy claramente en la STS de 6 de febrero de 2014.

[8] Serrano Ochoa, M.ª Á., *Legitimidad constitucional de la gestación por sustitución solidaria*. Tesis doctoral. Universidad de Sevilla. 2023. https://hdl.handle.net/11441/155222

descendencia?[9] La respuesta a esta pregunta es igualmente sencilla: no, porque los avances científicos (y el comercio y el consumo en la sociedad de mercado) tienen límites: límites éticos y jurídicos.

Un examen sobre los términos del debate y los límites que se imponen a la incorporación de gestación subrogada requiere en primer lugar, recordar que esta práctica está prohibida en el ordenamiento jurídico español, conforme a una redacción clara prevista en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA)[10]. La lectura del texto de la norma expresa de manera clara el régimen jurídico y los principios que rigen la posición del legislador. El problema sin embargo se plantea sobre los efectos jurídicos y las fórmulas para resolver el impacto sobre los derechos y los intereses en conflicto que produce esta práctica admitida en otros ordenamientos jurídicos en el ordenamiento español. Porque es una realidad que esta reacción del poder público no logra eliminar el denominado turismo reproductivo hacia países que sí la admiten y la actividad clandestina de esta práctica en aquellos que la prohíben.

En efecto, la gestación por sustitución permitida en otros sistemas jurídicos genera consecuencias en los ordenamientos nacionales que la prohíben que en ocasiones trascienden a instancias internacionales y evidencia la diversidad de intereses, valores y derechos que entran en juego y el «laberinto jurídico» en el que se enreda esta problemática[11]. Esto es ¿qué sucede con esos «hij@s del mercado»?, en la afortunada expresión de la profesora Balaguer, con estos niños que nacen de un contrato de gestación por sustitución y que se plantea como la única opción para satisfacer el deseo de ser padre, madre o incluso, abuela. Y es que en Europa, con carácter generalizado, la maternidad subrogada está prohibida en todas sus formas (casos de Alemania, España, Francia o Italia) o se declara nula e inejecutable (Bélgica, Holanda, Irlanda), pero también es admitida en los supuestos solidarios entre miembros de una familia, la llamada gestación altruista (Reino Unido, Por-

[9] El impactante hecho del nacimiento de la nieta de Ana Obregón como resultado de una gestación por sustitución contratatada en Florida (EEUU) mediante la aportación del material genético de su hijo fallecido, encadena dos tipos de situaciones que ya, de forma individual son problemáticas: la gestación por sustitución y la paternidad post mortem.

[10] Artículo 10. Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

[11] Díaz Fraile, J. M.ª, «Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la dirección general de los registros y del notariado», *Revista de Derecho Civil* http://nreg.es/ojs/index.php/RDC, vol. VI, núm. 1, 2019 Estudios, pp. 53-131.

tugal, Grecia o Cuba). Pero también es una práctica de naturaleza mercantil que se permite en países europeos como Ucrania o Rusia, o en estados de Norteamérica o México, cuyas consecuencias respecto al reconocimiento y protección de los intereses del menor recaen sobre los ordenamientos jurídicos nacionales. La diversidad de la respuesta normativa muestra pues el distinto enfoque ideológico, incluso ético del problema [12], que oscila de un modo radicalmente opuesto entre quienes conciben la maternidad subrogada como un modo de explotación de personas contraria a la dignidad y a los derechos básicos individuales, frente a quienes sobre la base de la libertad, la autonomía de la voluntad y la autodeterminación individual, la incluye entre las técnicas de reproducción humana asistida.

Ante esta confrontación la cuestión se puede formular en términos muy sencillos: la gestación subrogada ¿es admisible jurídicamente en el marco de los valores y principios constitucionales? En mi opinión difícilmente podría aceptarse su compatibilidad. Es una cuestión que debe ser abordada desde el ámbito de derechos fundamentales [13] constitucionalmente garantizados, aunque, en puridad no se plantea un conflicto de derechos, de los derechos de la mujer y del niño, por un lado, y los derechos de quien desea ser padre/madre/abuelo/a. No hay tal conflicto, sino una «tensión entre derechos y deseos» [14] que se resuelve indudablemente a favor de la protección de la dignidad y los derechos fundamentales. A este respecto, parece conveniente recordar los términos de radical oposición en los que se plantea el debate social y jurídico [15] y, con ello, las consecuencias de los eventuales efectos extraterritoriales de las normas.

Desde un enfoque favorable a la gestación subrogada, se argumenta insistentemente que esta práctica responde a una demanda social de quienes desean cumplir los deseos de paternidad y maternidad, mostrándose como una alter-

---

[12] Un detallado estudio sobre los distintos perfiles que presenta esta problemática, *vid.* Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, de 16 de mayo de 2017, Documento disponible en https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Children/SR/Surrogacy/Other/InformeComit%C3% A9Bio%C3% A9ticaEspa%C3% B1aaspectos.pdf

[13] *Vid.* entre otros, Marrades Puig, A., «La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos», *Cuadernos de Deusto*, núm. 65/1 2017. Salazar Benítez, O., *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Dykinson, Madrid, 2018; Valero Heredia, A., «La maternidad subrogada. Un asunto de derechos fundamentales», *Teoría y Realidad constitucional,* núm. 43, 2019, pp. 421-440.

[14] Arroyo Gil, A., «Gestación por sustitución: la dignidad humana en juego», *Estudios de Deusto*, núm. 68, pp. 41-73. p. 45.

[15] Al respecto, vid. con detalle, Matia Portilla. F. J.,«¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?» *Revista de Derecho Político*, núm. 105, 2019, pp. 81-125. También los estudios incluidos en el número extraordinario de la *Revista General de Derecho constitucional titulado* «¿Prohibir o regular? el debate entorno a la gestación por sustitución», núm. 31, 2020.

nativa a otras vías físicas o tecnológicas, para convertir en realidad ese deseo. Sin embargo, cabe preguntase por la existencia misma de ese derecho fundamental a ser padres o madres y, en caso de admitirse, habría que someterlo al régimen jurídico de cualquier derecho respecto a la titularidad, contenido, límites o garantías. Si existe tal derecho fundamental a tener descendencia es preciso considerar la existencia de límites para el efectivo ejercicio del derecho. Biológicamente es claro, por adopción también. La fecundación médicamente asistida también está sometida a requisitos y límites legales estrictos. De admitirse tal derecho, el alcance de tales límites respecto a las pretensiones de tener descendencia por otra persona sería de carácter absoluto pues en puridad, se proyectan sobre los derechos del cuerpo de otra persona.

Un segundo argumento utilizado también en defensa de la maternidad por sustitución es el derecho de la mujer a disponer de su propio cuerpo y que «donan su capacidad de gestar», a terceros. Esto es, se hace valer la autonomía de la voluntad para negarla y hacerla desaparecer. Bien entendida, la autonomía de la voluntad de la mujer no resulta suficiente para validar está práctica pues se instrumentaliza el cuerpo de la mujer para satisfacer los deseos de otra/s persona/s y no los propios, lo que atenta contra la autonomía personal [16]. El derecho a la autodeterminación, como cualquier derecho, no es absoluto y la utilización del cuerpo de una mujer para satisfacer los deseos de un tercero es un claro ejemplo de explotación del ser humano y de transformación del ser humano en cosa. Esta consideración no difiere según el carácter comercial o altruista del contrato, como tampoco la existencia o no de material genético. Y tampoco la invocación al interés superior del menor, alejan el discurso de la conducta concreta que, en este tema, debe ser principal para el Derecho, y es la protección de los derechos que entran en juego y la protección del «bien común» [17]. La libertad ejercida en este contexto lleva precisamente a su negación al someterse a las medidas y condiciones acordadas en un contrato que limitan y controlan los actos de la mujer gestante en su espacio sexual, deambulatorio, alimenticio o sanitario.

La gestación subrogada se ofrece como una alternativa más de reproducción asistida. Los centros o clínicas que realizan esta práctica publicitan sus servicios en internet como el medio ideal para cumplir un sueño: ser padres y

[16] Salazar Benítez, O., «La autonomía de las mujeres en juego: la gestación para otros desde una perspectiva de género», *Revista General de Derecho constitucional,* núm. 31, 2020, p. 11 y Flores Anarte, L., *Las Técnicas de Reproducción asistida en España ¿Mercantilización de la Maternidad o Empoderamiento Femenino?* Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 125-126.

[17] Simón Yarza, F., «El debate sobre los vientres de alquiler, los derechos humanos y el bien común», *Revista General de Derecho Constitucional,* núm. 31, 2020, pp. 21-23.

formar una familia. Se presentan como un negocio que «ayuda a parejas o personas solteras a ser padres» y los respaldan «en cada etapa de su ruta para que nazca su bebé sano». De hecho se presenta como una alternativa idónea entre familiares o amigos para ayudar a cumplir el deseo de desarrollar una vida con hijos. Sin embargo, no cabe desconocer que esta vía constituye una nueva forma de violencia contra la mujer que debe ser eliminada por ser contraria la dignidad y a los derechos básicos del ser humano [18]. Frente a quienes defienden una comprensión de la libertad personal en términos absolutos en un contexto de libre mercado de bienes y servicios, nos oponemos a la gestación subrogada, pues atenta contra la dignidad de la persona al considerar tanto a las mujeres como al niño/a como objetos o productos del tráfico comercial. El menor es considerado una mercancía fruto de una relación contractual y la mujer un medio para el logro de unos fines de otras personas. Además de la colisión que esta visión mercantilista de la sociedad produce entre los valores de un modelo de Estado social, que promueve y defiende un marco de convivencia que garantiza la igualdad y la dignidad, la cosificación de la mujer, de su cuerpo como lugar para la gestación que niega su condición de ser humano, de persona [19]. Y la dignidad recordemos es la esencia de los derechos, el valor central a la hora de considerar cualquier derecho, donde la autonomía, el derecho a existir y a elegir son elementos descriptivos como sostiene de R. Alexy [20]. A su vez en una comprensión adecuada de esta noción debe ser considerada la doble concepción absoluta y relativa de la dignidad humana pues determina la posibilidad de aplicar o no el juicio de proporcionalidad [21]. El Derecho impone pues límites a la autonomía de la voluntad.

En el tratamiento de la dignidad humana de la mujer que acepta un contrato de gestación por otra/s persona/s [22] la construcción relativa de la dignidad funciona como elemento para determinar que la afectación de la dignidad humana es desproporcionada y por tanto, inconstitucional y por ello debe ser

[18] Al respecto, en el marco de la regulación de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 febrero, por la que se modifica la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, Goméz Sánchez, Y., lo subraya como un desafío actual para la igualdad entre mujeres y hombres, en «Desafíos para la igualdad en la sociedad contemporánea: género» en Aragón Reyes, M., Valadés Ríos, D., Tudela Aranda J., (coord.) *Derecho constitucional del siglo xxi: desafíos y oportunidades,* Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2023, pp. 581-608, en particular pp. 596-597.

[19] Balaguer Callejón, M.ª L., *Hij@s del mercado*, *op. cit.* pp. 21-22.

[20] Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. También del mismo autor «La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad», en *Parlamento y Constitución Anuario*, 2014, núm. 16, pp. 9-27.

[21] Alexy, R., «La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad», *op. cit.* pp. 22-26.

[22] En los términos y con las precisiones que ésta implica según Salazar Benítez, O., *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 41-48.

prohibida. Por otra parte, junto a esta comprensión hay que considerar una dimensión pluridimensional de la dignidad, autónoma y relacional y, con ello asumir la tesis de que la dignidad humana reconoce la primacía del ser humano frente a la sociedad o intereses privados o públicos [23]. Esto es, la persona no está a disposición del Estado o de otras instancias o intereses científicos, mercantiles o de cualquier otra naturaleza y así ha sido afirmado de manera expresa en el ámbito de la regulación internacional en materia de biomedicina [24]. Así concebida, la dignidad de la persona se convierte en elemento nuclear de esta posición contraria a la mercantilización o disposición por otros del cuerpo de una mujer.

Un segundo bloque de argumentos frente a la admisibilidad de la maternidad subrogada se centra en los derechos fundamentales que ceden o limitan por vía contractual. Se trata de derechos nucleares de la persona a la vida privada, la libertad, la igualdad, el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE) la intimidad (artículo 18 CE), las libertades de circulación y residencia (artículo 19 CE) o la protección a la salud (artículo 43 CE). La libertad y la autonomía de la voluntad pueden ejercerse y limitarse ante otros valores y principios protegidos por el ordenamiento constitucional. Pero el juicio de proporcionalidad al que debe someterse los derechos e intereses que entran en conflicto o quedan afectados por estas relaciones contractuales no cede a favor de deseos o frente a los límites intrínsecos de derechos fundamentales irrenunciables e indisponibles como la libertad y la igualdad. Admitir tal quiebra supondría la renuncia por vía contractual al ejercicio de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos.

Por último, es preciso recordar la paradoja que implica para el Estado de Derecho la aceptación jurídica de las consecuencias de una práctica contraria al ordenamiento jurídico nacional que reclama sin embargo una validación por el propio ordenamiento. Porque, la cuestión central recae sobre el hecho de que los hijos/as fruto de estas relaciones contractuales suscritas fuera de España conforme a la legislación nacional permisiva en este punto, se integran social y jurídicamente en España por la vía de su inscripción en el registro civil. De tal modo que el acto registral termina por validar un acto contrario al siste-

[23] Gómez Sánchez, Y., «Dignidad y ordenamiento comunitario, *Revista de Derecho Constitucional Europeo,* núm. 4, 2005, pp. 219-254.

[24] Según ha destacado Gómez Sánchez, Y., «Dignidad y ordenamiento comunitario», *op. cit.,* en el artículo 2 del Convenio de Biomedicina y Derechos Humanos» del Consejo de Europa, en el que se declara que el «interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia» y el muy similar artículo 3 de la «Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos» de la UNESCO[3] establece que «los intereses y el bienestar del individuo deberían prevalecer sobre el solo interés de la ciencia o de la sociedad».

ma jurídico amparado en el interés superior del menor por el poder público y desplazando pues a un segundo plano de protección los derechos de la mujer gestante [25]. La relevancia el interés del menor considerado como valor superior a proteger ha tenido especial protagonismo en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el marco del derecho a la vida privada y familiar previsto en el artículo 8 CEDH [26]. Sin entrar en el centro de la cuestión nuclear [27], El tribunal de Estrasburgo se muestra favorable a la protección del interés superior del menor y la protección de la vida privada y familiar confirmando unas veces, las pretensiones de las partes y por tanto, el reconocimiento de la filiación [28]. En otras ocasiones en cambio, ha respaldado la actuación del poder estatal que deniega la inscripción registral por inexistencia de vínculo de filiación entre un menor y sus padres intencionales [29].

Sin embargo, la lógica jurídica y constitucional debe mantener la coherencia en la respuesta del sistema jurídico frente a quiebras de los principios, normas y valores sobre los que se sustenta. Esto es, el sistema jurídico no debe asumir las consecuencias de una práctica ilícita para el ordenamiento nacional realizada en el extranjero y debe por tanto, oponerse a la aplicación extraterritorial de las normas en este ámbito. Porque como ha sido bastantes veces subrayado en la literatura jurídica y por la propia jurisprudencia ordinaria según se expone a continuación, el conflicto que se plantea va directamente frente a la defensa del interés común y al núcleo esencial de los derechos, la dignidad humana y la protección de derechos fundamentales.

---

[25] Salazar Benítez, O., «La autonomía de las mujeres en juego: la gestación para otros desde una perspectiva de género» *op. cit.*

[26] Al respecto, Cfr. Por Benavente Moreda, P., «El interés superior de los menores nacidos a partir de un contrato de gestación por sustitución», *Revista General de Derecho constitucional,* núm. 31, 2020; Matia Portilla, F. J., «La incidencia de los estándares europeos en los ordenamientos nacionales: a propósito de la inscripción de bebés nacidos en el extranjero», *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 49, 2022, pp. 173-197.

[27] Sobre esto, *vid.* Carmona Cuenca, E. y Redondo Saceda, L., «La gestación por sustitución en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho constitucional,* núm. 31, 2020.

[28] Al respecto, son ya referencia obligadas los casos *Casos Mennesson vs. Francia* (Rec. 65192/2011) y *Labassee vs. Francia* (Rec. 65941/2011), sentencias de 26 de junio de 2014 (Secc. 5.ª) También en los casos *Foulon et Bouvet v. France* (STEDH de 21 de julio de 2016) y *Laborie v. France* (rec. 44024/2013) sentencia de 19 de enero de 2017, el tribunal estimaría que el no reconocimiento de la filiación entre un menor y sus padres intencionales vulnera el artículo 8 del CEDH.

[29] Igualmente relevantes son los pronunciamientos en el Caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia* (Rec. 25358/2012), sentencia de 27 de enero de 2015 (TEDH, Sección 10.ª) y la sentencia de 24 de enero de 2017 (Gran Sala) donde el TEDH confirma la decisión de las autoridades italianas por negar la inscripción registral. Confirma la inexistencia de vínculo de filiación entre un menor y sus padres intencionales, cuya actuación considera fraudulenta y no puede ser amparada por el interés superior del menor (art. 3.1 del Convenio Internacional de los Derechos del Niño) ni por la protección de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH).

III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Además del intenso debate político, social, jurídico y ético que queda reflejado en la dogmática según hemos recordado, la regulación de la gestación subrogada y la conveniencia o no de incluirla en el ordenamiento jurídico español ha tenido eco en pronunciamientos de diferentes organismos jurídicos, en particular la Dirección General de los Registros y del Notariado [30] y el Tribunal Supremo. Centraremos la atención en la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional pues ofrece una respuesta del Estado contundente frente a prácticas contrarias al sistema jurídico, desde una visión centrada en la protección de los derechos fundamentales de la mujer en coherencia con la Constitución y los convenios internacionales en materia de derechos humanos

En particular en la última sentencia sobre esta cuestión [31] donde consolida la doctrina jurisprudencial de este órgano en relación con la determinación de la filiación de los menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres intencionales [32]. En efecto, en marzo de 2022 el pleno de la Sala Primera resolvió un recurso en interés casacional interpuesto por el ministerio fiscal contra una sentencia que determina una filiación materna respecto de una persona que no es madre biológica de un niño nacido de una gestación por sustitución en virtud de un contrato realizado en México sin aportar material genético propio y en contra de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 14/2006. El Tribunal Supremo confirma así que los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, y son por tanto manifiestamente contrarios a nuestro ordenamiento jurídico. El tribunal se apoya en los principios y valores constitucionales, en la legislación española que a este respecto es clara y se alinea con la reacción de organismos internacionales, en particular el Consejo de Europa frente a nuevas formas de violencia contra las mujeres en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos donde señala, entre

[30] Díaz Fraile, J. M.ª., «Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la dirección general de los registros y del notariado» texto disponible en https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/gestacion-por-sustitucion/

[31] Sentencia de Pleno 277/2022, de 31 de marzo. Recurso (CAS) 907/20212022:1153. Comentada entre otras por Farnós Amorós, E., «La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual» *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXV, 2022, fasc. III, pp. 1281-1314; 2022: Núm. 56 – nov – «Dosier sobre gestación por sustitución», Navarro-Michel M.y Casado M., (coord.) *Revista de bioética y derecho*, núm. 56 (monográfico), 2022; Marín Castán, M. L., «La dignidad de la mujer como argumento jurídico relevante en la Sentencia del Tribunal Supremo español 277 /2022, de 31 de marzo de 2022», *Revista de bioética y derecho*, pp. 309-334.

[32] Establecida en la STS (Pleno) núm. 835/2013 de 6 de febrero de 2014 (TS: 2014:247), Un comentario al respecto, *Vid.* Farnós Amorós, E., *Anuario de Derecho Civil* 2015, pp. 30-45.

otras, las prácticas de gestación por otras personas. Tres pilares de fundamentación jurídica son pues los que sostienen de forma sólida la posición del máximo órgano de la organización judicial ante esta práctica.

Respecto a la legislación española pertinente al caso, cabe recordar la redacción del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, que determina el régimen jurídico de la gestación por otros en España. En primer lugar, «será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero» (apartado primero) La redacción de la norma es clara: la nulidad del contrato excluye la existencia de efectos jurídicos derivados del contrato. En segundo lugar, la filiación materna por parte de la mujer gestante es irrenunciable pues «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (apartado segundo). Por tanto, aún en caso de renuncia al ejercicio de los derechos derivados de la filiación, no cabe la renuncia a la filiación como condición del estado civil y, con ello, a hacerlo constar en la inscripción registral del nacimiento. Por último, la norma establece la posibilidad del ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico «conforme a las reglas generales» (apartado tercero). Conforme a esta triple base de la regulación legal el tribunal supremo ha resuelto desestimando las pretensiones de aquellas situaciones realizadas fuera de nuestro ordenamiento jurídico, si atender por tanto a las pretensiones de lograr los efectos jurídicos de las normas extranjeras y aspectos transfronterizos en nuestro sistema. No obstante, antes de examinar los elementos nucleares que describen la posición del tribunal supremo frente a otras posturas jurídicas más flexibles o abiertas a las exigencias del mercado, convendría recordar los términos de la controversia que origina el pronunciamiento judicial. Y ello, porque muestra las contradicciones a las que queda sometido el ordenamiento jurídico constitucional por una incorrecta comprensión de los valores y derechos que entran en juego en estos casos.

Tras la desestimación en primera instancia de la demanda de filiación de la maternidad por posesión de estado y en interés superior del menor nacido de un contrato de gestación subrogada suscrito en México, el demandante obtiene en apelación, la declaración de filiación sostenida en una interpretación amplia de los apartados 2 y 3 del artículo 10 LTRHA conforme a la jurisprudencia del TEDH. Los argumentos del juzgado de primera instancia son los que posteriormente se confirman en casación: «no puede utilizarse el principio de la consideración primordial del interés superior del menor para contrariar la ley, sino para aplicarla y colmar sus lagunas, y que el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida impide el reconocimiento de la

filiación que se pretendía por el demandante, ya que determina que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será la determinada por el parto (en este caso la mujer gestante), y será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación» [33]. Frente a la claridad de la norma interna y de los presupuestos que concurren en el caso para desestimar la demanda, en segunda instancia la audiencia provincial estima el recurso confirmando la posesión de estado como título de atribución de la maternidad sin necesidad de que exista una relación biológica, así como las causas alegadas que impiden en el caso concreto acudir a la adopción como fórmula alternativa y la necesidad de proteger el interés superior del menor amparado por el artículo 8 CEDH a tener una familia sobre la base del reconocimiento de la relación de filiación y «no mudar la naturaleza del modelo familiar en el que vive» [34] el menor. Frente a este último pronunciamiento, el ministerio fiscal interpone el recurso de casación que origina la sentencia del pleno de la sala primera del tribunal supremo. Para su examen resulta oportuno recordar a las bases jurídicas de derecho interno e internacional en las que se sostiene.

Y es que, en este caso, como en los que se plantean en torno a esta práctica, el problema se plantea exclusivamente en aquellos supuestos realizados al amparo de una legislación extranjera que reconoce la relación de filiación a favor de la madre y/o padre(s) comitentes o intencionales con intervención de jueces o autoridades extranjeras y, posteriormente pretenden validarla en España mediante la inscripción en el registro civil español. Ante estos casos el tribunal supremo ha sido claro: la gestación por sustitución es, por definición una práctica «inhumana y degradante», tanto para la mujer como para el menor al tratarlos como meras mercancías negándoles la condición humana y con ello su dignidad. Esto naturalmente implica un daño al interés del menor y explotación de la mujer que no puede ser asumida por el ordenamiento jurídico o validada por el Estado a través de la inscripción registral. Los argumentos del tribunal supremo son expuestos de modo claro y rotundo.

La premisa de la que se parte queda expresada en la rúbrica del fundamento jurídico tercero: «la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos». En el ámbito internacional, el tribunal recuerda el compromiso de España expresado en el artículo 35 del Convenio sobre los derechos del niño y las niñas: «impedir el secuestro, la venta o la trata

[33] STS 31 de marzo 2022, Fundamento de Derecho primero, punto 5.
[34] STS 31 de marzo 2022, Fundamento de Derecho primero, punto 7.

de niños para cualquier fin o en cualquier forma» [35]. En este punto se adhiere a la opinión expresada en el Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños que afirma que «la gestación por sustitución no supone una excepción a la prohibición de venta de niños establecida en dicha norma» [36]. Concluyendo que «el contrato de gestación por sustitución suscrito en el caso objeto del recurso tiene las características comunes a estos contratos» [37]. Igualmente, en este aspecto el pronunciamiento del Tribunal Supremo se alinea con el Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en particular con el Convenio de Estambul el 11 de mayo de 2011 conforme al cual es preciso ampliar el enfoque desde el que se abordan ciertas formas de violencia contra las mujeres en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos y la gestación subrogada es considerada como una forma grave de violencia contra la mujer. Igualmente, recuerda en el punto décimo del fundamento jurídico tercero el apartado 115 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) donde se afirma que «[La Unión Europea] Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos».

Desde el plano interno y constitucional, merece especial consideración la argumentación sostenida en torno a la protección de la dignidad y derechos fundamentales «tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad» [38]. La sentencia recoge con claridad la realidad que existe tras los contratos de las agencias intermediadoras «cuyo negocio lo constituye este tipo de prácticas vulneradoras de los derechos fundamentales» y la «situación eco-

[35] STS 31 de marzo 2022, Fundamento de Derecho tercero, punto 3.

[36] STS 31 de marzo 2022, Fundamento de Derecho tercero, punto 5. De hecho recuerda que «la gestación por sustitución comercial entra de lleno en la definición de «venta de niños» del artículo 2 a) del Protocolo Facultativo cuando concurren los tres elementos exigidos en dicha definición: a) «remuneración o cualquier otra retribución»; b) el traslado del niño (de la mujer que lo ha gestado y parido a los comitentes); y c) el intercambio de «a)» por «b)» (pago por la entrega del niño). *Ibidem.*

[37] STS 31 de marzo 2022, Fundamento de Derecho tercero, punto 6.

[38] STS 31 de marzo 2022, Fundamento de Derecho tercero, punto 7.

nómica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser humano» [39]. Por tanto, frente a la «lógica de un mercado perverso» [40], no puede admitirse la vulneración de la dignidad, la autonomía personal y los derechos de la mujer gestante, ni la cosificación y explotación que implican estas prácticas tanto para la mujer como para los menores que nacen de contratos de esta naturaleza.

Por último, cabe valorar en un sentido positivo las consideraciones expresadas en la sentencia sobre la protección del interés superior del menor frente a las que se alegan de forma reiterada en este tipo de casos. Al respecto, el Tribunal Supremo confirma el camino ya mostrado en la sentencia de primera instancia donde se indica el procedimiento de adopción para el reconocimiento de la relación de filiación a la madre comitente [41]. Esta solución cohonesta la protección del interés superior del menor en la línea defendida por el TEDH con la garantía de los derechos fundamentales y contenidos constitucionales que deben ser igualmente objeto de protección jurisdiccional. En este punto, la sentencia centra también su atención en la contradicción que se advierte entre realidad y norma interna en esta materia pues, si bien la regulación interna e internacional se muestra contraria a esta práctica, la realidad ofrece un espacio libre para la actuación de las agencias de intermediación y un reconocimiento de la filiación derivada de los contratos de gestación subrogada que resulta incongruente con el marco de regulación vigente. Son ya muy diversos los foros donde se ha puesto de manifiesto que esta situación requiere de una solución jurídica, a nivel internacional a ser posible, si bien, ninguna de las posibles es de fácil compatibilidad constitucional. La propuesta que por el momento puede ser la alternativa factible como ha indicado esta jurisprudencia sería la adopción, si bien es también precisa la intervención del legislador para aligerar los procedimientos y requisitos de esta fórmula legal.

IV. REFLEXIONES FINALES

Este análisis sobre el debate jurídico doctrinal y jurisprudencia en torno a la problemática sobre la gestación subrogada adopta una perspectiva com-

[39] STS 31 de marzo 2022, Fundamento de Derecho tercero, punto 8.
[40] STS 31 de marzo 2022, Fundamento de Derecho tercero, punto 11.
[41] STS 31 de marzo 2022, Fundamento de Derecho cuarto, puntos 10 a 13.

prometida con los valores y principios constitucionales y por ello, con la protección dignidad humana y los derechos fundamentales. Como se ha recordado se trata de una práctica presentada por la ciencia y el mercado como opción para quienes desean cumplir su deseo de tener hijos, pero que el ordenamiento jurídico español como la regulación de la mayoría de sistemas jurídicos europeos y del marco internacional la prohíbe por ser contraria a la dignidad y a los derechos fundamentales.

La experiencia práctica de los casos de gestación por otro en nuestro sistema jurídico lejos de ser una anécdota, debe ser tenida en cuenta para tomar conciencia de los riesgos que implica normalizar esta práctica que implica la utilización del cuerpo de una mujer para satisfacer el deseo de otra/s persona/s de tener descendencia y la consideración de la mujer y el niño/a como objetos. La dignidad de la persona es el núcleo central de los argumentos contrarios a la aceptación de una práctica que quiebra valores y principios constitucionales esenciales como la igualdad y la libertad, además de derechos fundamentales que el Derecho y los poderes públicos deben proteger.

Son conocidos los interrogantes que plantea la complejidad de los procedimientos, incluso, contradicciones a los que se enfrentan quienes, invocando un supuesto derecho a tener hijos, eluden las prohibiciones nacionales y acuerdan en otros países un contrato gestación subrogada, para posteriormente solicitar el reconocimiento de la filiación y la inscripción en el registro civil del hijo nacido de un contrato nulo de pleno derecho en España. Sin embargo, en términos jurídicos constitucionales resulta inadmisible la renuncia por vía contractual o la limitación de los derechos fundamentales hasta el punto de hacerlos irreconocibles. Se comparte pues la visión y argumentos esenciales que avalan la prohibición de la gestación por sustitución, muy claramente expresados por una parte de la doctrina constitucional y por la jurisdicción ordinaria española.

EL INFORME DE IMPACTO POR RAZÓN DE GÉNERO

Luis Miguel González de la Garza
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. CONSIDERACIONES GENERALES, UNA APROXIMACIÓN

El informe de impacto de género es ante todo una nueva herramienta metodológica que opera sobre la arquitectura de la decisión y que tiene por misión comprobar que las normas en desarrollo no tengan un impacto negativo sobre la igualdad de género y, en sentido contrario, asegurarse de que la herramienta permita identificar, en el proceso de análisis, posibles desigualdades que en la elaboración de las normas se identifiquen y puedan ser corregidas, de forma que la norma finalmente emergente del proceso legislativo tenga un efecto positivo sobre la igualdad de género. Lo anterior, ha sido señalado por Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económicos (OCDE). Precisa en su Informe sobre Presupuesto de Género en los países de la OCDE [1] que la «presupuestación desde la perspectiva de género tiene el potencial para ayudar a los legisladores a identificar una serie de desigualdades que están implícitas en la base de las políticas públicas». Además, y atendiendo a su encuesta sobre prácticas de presupuestación de género, añade que, casi la mitad de los países de la OCDE (15 de los 34 miembros) han introducido, planean introducir, o están realmente considerando introducir la presupuestación desde la perspectiva de género [2].

[1] Downes, R.; Von Trapp, L.; Scherie, N., «Gender Budgeting in OECD Countries», *OECD Journal on Budgeting*, Vol. 16/3, 2017.

[2] Responses to the 2016 OECD Survey of Gender Budgeting Practices.

El artículo 14 de la Constitución Española contempla el principio de igualdad ante la ley e impide que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Este principio, que la doctrina mayoritaria considera de igualdad formal, se complementa con el principio de igualdad material, constituido por el mandato a los poderes públicos del artículo 9.2 de la norma fundamental, que les obliga a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en los que se integran sean reales y efectivas, así como a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

A esta proclamación de derechos que revisten valor y fuerza de norma jurídica, se añade la aplicabilidad, como normas interpretativas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de otros tratados y acuerdos sobre la materia, ratificados por España.

En el ámbito del derecho internacional, el instrumento jurídico al que es preciso hacer primera referencia es el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 y ratificado por España en el año 1983. El Convenio define explícitamente la discriminación contra las mujeres como «cualquier distinción, exclusión o restricción hecha en base al sexo que tenga el efecto o propósito de disminuir o nulificar el reconocimiento, goce y ejercicio por parte de las mujeres, independientemente de su estado civil, sobre la base de igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera». Además, en él se establece una hoja de ruta o programa de acción nacional para poner fin a tal forma de discriminación.

Desde el año 1975 se han celebrado cuatro Conferencias Mundiales sobre la mujer: Ciudad de México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995). Entre ellas destaca, el giro que supuso la IV Conferencia Mundial, celebrada en Beijing en 1995 [3], en cuyo marco se aprobó un Plan de Acción y una Declaración Política. Adoptada por unanimidad por 189 países, establece un programa en favor de la igualdad de la mujer y marca un conjunto de objetivos estratégicos que se propone para el progreso de las mujeres y la consecución del logro de la igualdad de género en doce esferas de acción fundamentales, entre las que destacan la mujer y la pobreza, la

[3] Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 al 15 de septiembre de 1995. Naciones Unidas. A/CONF.177/20/Rev.1, Nueva York, 1996.

educación, la salud, la violencia contra las mujeres, los conflictos armados, la economía, la toma de decisiones, los medios de comunicación, el medio ambiente, y los derechos humanos de la mujer y las niñas. Estas esferas de análisis, no obstante, deberán producir un resultado holístico en relación con la igualdad de género.

Los gobiernos signatarios se comprometieron a incorporar la perspectiva de género en «el diseño, desarrollo, adopción y ejecución de todos los procesos presupuestarios de manera coherente para promover una distribución de los recursos igualitaria, efectiva y apropiada para alcanzar una equidad de género…». A este propósito específico es al que se la ha denominado mainstreaming o transversalidad de género, referido a la responsabilidad de todos los poderes públicos en el avance de la igualdad entre mujeres y hombres. En el año 2013, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas solicitó a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer examinar y evaluar la aplicación de la Plataforma de Acción en 2015, en una sesión conocida como Beijing + 20[4]. Para informar las deliberaciones, el Consejo exhortó también a los Estados Miembros de la ONU a llevar a cabo exhaustivas evaluaciones nacionales, y alentó a las comisiones regionales a llevar a cabo exámenes regionales.

Según el Consejo de Europa de 1998 esta transversalidad de género es: «la (re)organización, mejora, desarrollo y evaluación de los procesos políticos para incorporar, por parte de los actores involucrados normalmente en dichos procesos, una perspectiva de igualdad de género en todos los niveles y fases de todas las políticas». En lo que respecta a la Unión Europea, la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres constituye un valor fundamental, recogido en los artículos 2 y 3 del tratado de la unión europea y en los artículos 21 y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales. Desde el año 1982, se han desarrollado los Programas de Acción para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres que han servido de base de las políticas de igualdad de los diversos Estados miembros. A partir de ese momento, el derecho comunitario en materia de igualdad de oportunidades se ha ido consolidando de forma constante, incorporando al acervo comunitario un amplio conjunto de principios y normas, entre las que destacan el Pacto Europeo por la Igualdad de Género en 2005, la Carta de la Mujer en 2010, o la Estrategia de la Comisión Europea para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (2010-2015).

[4] http://beijing20.unwomen.org/es

En conexión con esta última estrategia, la Comisión Europea publicó en diciembre de 2015, el compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2019. Este compromiso se centra en cinco ámbitos, considerados clave, que son:

– Aumento de la participación de la mujer en el mercado laboral e igual independencia económica;
– Reducción de la brecha y la desigualdad salariales y de las pensiones y, por consiguiente, lucha contra la pobreza entre las mujeres;
– Promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en la toma de decisiones;
– Lucha contra la violencia de género y protección y apoyo a las víctimas;
– Promoción de la igualdad de género y los derechos de las mujeres en todo el mundo.

Este nuevo Plan de Acción en materia de género se caracteriza por la necesidad de alcanzar plenamente el disfrute íntegro y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales por parte de las mujeres y las niñas, así como la consecución del objetivo de la igualdad de género y el fortalecimiento y la independencia de estas.

En lo que respecta al ámbito nacional hay que reseñar que los principios y normas constitucionales a los que hemos hecho referencia en la esfera interna y de la UE se han ido incorporando de forma paulatina y gradual a la legislación positiva, así como el acervo comunitario sobre igualdad de sexos establecido en las directivas 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE y la Directiva 2004/113/CE. Es conveniente llamar la atención singularmente sobre la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y, en materia de lucha contra la violencia de género, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres delinea el marco general de intervención de todos los poderes públicos respecto a la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres. La norma citada integra la doctrina de la transversalidad, la cual, establece en su artículo 15 que. «El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la defini-

ción y presupuestación de políticas públicas [5] en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.» Lo anterior, como podemos apreciar, significa que todos los organismos gubernamentales han de convertirse en elementos activos y asumir su responsabilidad de trabajar fomentando la igualdad entre mujeres y hombres desde sus respectivas áreas de actuación.

La naturaleza orgánica de la ley significa una importante reforma del sistema jurídico español ya que, además de incorporar principios y criterios de actuación, modificó un elevado número de leyes vigentes en aquel momento. Su carácter transversal se aprecia en la extensión de su eficacia a diversas ramas del derecho e implica a numerosos ámbitos sociales.

Por lo que respecta los poderes públicos, entre las medidas más destacables, podemos señalar:

– La aprobación periódica de un Plan Estratégico sobre Igualdad.
– Informes de impacto de género, ampliando los supuestos en que deben elaborarse.
– Adecuación de las estadísticas y estudios incluyendo en ellos la perspectiva de género.
– Posibilidad de valorar en bases de subvenciones y en materia de contratación, la inclusión de condiciones especiales que promuevan la igualdad.

II. LA DIMENSION DE GÉNERO

La integración de la dimensión de género (o mainstreaming de género [6]) suele considerarse un concepto novedoso, que engloba muchos más aspectos que la «tradicional» política de igualdad de oportunidades. Se trata, por tanto, de un enfoque mucho más amplio y cualitativamente diferente, integrado y estratégico: «La transversalidad de género implica no limitar los esfuerzos de promoción de la igualdad a la adopción de medidas específicas a favor de las mujeres, sino movilizar todas las medidas y políticas generales específicas con el propósito de lograr la igualdad, teniendo en cuenta de forma activa y abierta en la etapa planificadora normativa sus posibles efectos respecto a las situaciones respectivas de hombres y mujeres (la perspectiva de género). Lo anterior

[5] Alonso Álvarez, A.; Diz Otero, I.; Lois González, M., «La influencia de las políticas públicas de igualdad en la toma de decisiones: un análisis de los informes de impacto de género», en: *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 24, diciembre 2010, pp. 107-136.

[6] Lombardo, E., «Mainstreaming, evaluación de impacto y presupuestos de género: conceptos y criterios», en: Vázquez, M. F.; Ortiz, L., (coords.), *Presupuestos locales en perspectiva de género,* Institut de Ciènces Polítiques i Socials, Barcelona, 2006.

significa evaluar de forma sistemática la dimensión de la igualdad en todas las medidas y políticas desde su origen y tener en consideración aquellos posibles efectos al definirlas y aplicarlas».

De acuerdo con el Consejo de Europa [7] el mainstreaming de género puede definirse como «la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas»

Otra forma de interés de definir el mainstreaming de género consiste en distinguir entre tres tipos de estrategias de igualdad de género: reparar, adaptar a la medida y transformar la realidad, veamos cada una de ellas con brevedad.

1. Por «reparar» se entiende, adoptar las medidas dirigidas a establecer con efectividad la igualdad formal entre hombres y mujeres, como la legislación de igualdad de trato y los mecanismos que garanticen el cumplimiento de la ley. Entre los ejemplos en la Unión Europea se pueden mencionar las directivas en materia de igualdad salarial e igualdad de trato en el acceso al empleo, la formación, la promoción y las condiciones laborales. Reparar es, en realidad, una de las estrategias de modificación más antiguas para la promoción de la igualdad de oportunidades en materia de género.

2. La segunda estrategia consiste en «adaptar a la medida». Dado que la igualdad de trato no conduce automáticamente a igualdad en los resultados, pueden ser necesarias medidas complementarias y servicios específicos para las mujeres, tales como los programas de acción positiva para mujeres y los servicios de cuidado infantil. En este planteamiento de adaptar a la medida, se supone que las mujeres asimilan el *statu quo,* que en sí mismo no se discute.

3. La tercera estrategia, «transformar», va un paso más allá al cuestionar el statu quo (es decir, la corriente dominante o *mainstream)* y considerar que puede ser necesaria una transformación de las instituciones o de las organizaciones para alcanzar la igualdad de género de forma efectiva. De esta forma, el mainstreaming de género supondría añadir ese potencial de transformación a las políticas ya establecidas de igualdad formal y acción positiva en materia de igualdad de género.

[7] Comisión Europea (1996): «Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias», COM (1996) 67 final.

III. METODOLOGÍA DEL INFORME DE IMPACTO DE GÉNERO

Se suele emplear una metodología [8] de trabajo que comprende las cuatro fases del mainstreaming de género, estas serían: Organizarse; Conocer las diferencias de género; Evaluar el impacto en las políticas y Rediseñar la política.

Veámoslas con más detalle:

1. **Organizarse**

La implantación y organización, así como la sensibilización y la implicación, pueden considerarse condiciones relevantes previas para el éxito del mainstreaming de género con carácter general. Por implantación y organización del mainstreaming de género se entiende el proceso de dotar de una base estructural y cultural a la igualdad de oportunidades lo que no es tarea sencilla porque los modelos culturales se encuentran firmemente asentados muchas veces de forma inconsciente en la sociedad, singularmente en las instituciones informales. [9] ¿De dónde provienen las limitaciones informales? Es decir, las actitudes en las que se atrincheran los valores culturales del patriarcado y del machismo; provienen de información transmitida socialmente y son parte de la herencia que llamamos cultura. Como advierte Doulglass C. North [10], la forma en la que la mente procesa la información depende de la habilidad del cerebro para aprender siendo programado por una o más lenguas naturales complejamente estructuradas que pueden cifrar conducta perceptual, moral y de actitud (conductual) así como información de hechos. Podemos definir la cultura como «transmisión de una cultura a la siguiente generación, por la enseñanza y la imitación, de conocimientos, valores y otros factores que influyen en la conducta». La cultura proporciona un marco conceptual basado en el lenguaje, para cifrar e interpretar la información que los sentidos están proporcionando al cerebro.

La implantación y organización incluyen la formulación de objetivos y metas, la elaboración de un plan y de un presupuesto, y la definición de las funciones y responsabilidades de las distintas personas involucradas. En lo que

---

[8] Collantes Sánchez, B.; Sanchis Vidal, A., *La evaluación del impacto de género en la normativa estatal y andaluza*, Instituto de Estudios de Género, Diputación Provincial de Jaén, 2009.

[9] Helmke, G.; Levitsky, S., «Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda», *Perspective on Politics*, December 2004, Vol 2, núm. 4, p. 725-749.

[10] North, D. C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1990, p. 55.

hace referencia al presupuesto, es necesario obtener recursos suficientes para su implantación y desarrollo. De igual modo, podría contemplarse la posibilidad de utilizar un asesoramiento especializado (externo) que contribuya al análisis en la eficacia de las políticas, programas y propuestas. El mainstreaming de género supone simultáneamente que todas aquellas partes interesadas que participan en la política de empleo tengan en cuenta la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Para crear un cierto grado de sensibilización y conocimiento experto en materia de igualdad de género es esencial la formación. Por ello, las partes interesadas deberían considerar el mainstreaming de género como parte de sus tareas, actividades y responsabilidades. Por ese motivo es importante «lograr la implicación que supone la interiorización del mainstream de género por los agentes implicados en su impulso y desarrollo», aunque para ello pueden adoptarse distintas estrategias operativas. En determinados supuestos, puede ser deseable en cambio que se implique todo el equipo; sin embargo, cuando los niveles de sensibilización sean bajos, puede ser necesario comenzar nombrando a una persona concienciada y con conocimientos específicos dentro del equipo o la unidad encargada de la elaboración de las políticas de sensibilización.

2. **Conocer las diferencias de género**

La siguiente fase en el proceso del mainstreaming de género es la recopilación de datos [11] apropiados sobre la posición de mujeres y hombres en cada marco de actuación. La descripción de la situación real resulta siempre esencial para evaluar con datos objetivos la igualdad (o desigualdad) de género y para determinar las áreas a las que hay que prestar una atención priorizada. En la misma medida, el seguimiento de la situación a lo largo del tiempo proporciona información sobre las tendencias que se perciben en materia de igualdad (o desigualdad) de género. La Comisión Europea estableció en 1998 [12] cuatro dimensiones para la evaluación de la desigualdad de género: la participación, los recursos, los usos sociales y valores, y los derechos. Es importante considerar la situación inicial desde una perspectiva dinámica y no exclusivamente estática ya que la evaluación de los datos debe abarcar series temporales sufi-

[11] En lo que respecta a los datos estadísticos e indicadores de género es de utilidad ver el informe del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas E/CN.3/2013/10 de 18 de diciembre de 2012. https://unstats.un.org/unsd/statcom/doc13/2013-10-GenderStats-S.pdf

[12] Comisión Europea (1998): «A Guide to Gender Impact Assessment» [«Guía de evaluación del impacto de género»], Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo.

cientemente amplias para una evaluación apropiada de los datos en un contexto temporal adecuado.

3. **Evaluar el impacto en las políticas**

La tercera fase requiere una evaluación del potencial impacto de género que produce la política en relación con la participación, los recursos, los usos sociales y valores, así como los derechos. En cuanto a la participación, es importante que se tengan en cuenta tanto los aspectos cuantitativos como cualitativos. Por ejemplo, es posible que los programas destinados a crear puestos de trabajo se dirijan, singularmente, a las mujeres. Esto puede valorarse como algo positivo desde el punto de vista de la igualdad de género. Sin embargo, cuando la calidad de los puestos es problemática (por ejemplo, en cuanto a jornada y salario u otras condiciones laborales como salud en el trabajo), esos programas podrían reforzar la desigualdad de género. En el caso del acceso a los recursos, resulta relevante tener en consideración no solo el impacto en cuanto a los recursos familiares, sino también en cuanto a los recursos individuales. En lo que se refiere a los usos sociales y los valores, las políticas de conciliación deberían abordar la implicación de los hombres en las tareas domésticas. Si solo las mujeres hacen uso de las medidas de conciliación, la tradicional división desigual del trabajo no retribuido entre hombres y mujeres se verá reforzada y, a su vez, podría reforzar los usos sociales a este respecto. En lo que respecta a los derechos, es relevante incluir el derecho a los servicios de cuidado infantil, así como el derecho a trabajar.

En el momento de valorar el impacto de las políticas puede ser importante diferenciar entre grupos concretos de hombres y mujeres, tales como grupos étnicos minoritarios; padres y madres frente a quienes no tienen descendientes; grupos según edad; grupos según el nivel educativo; grupos según la región, o diversos tipos de discapacidad, etc. Por ejemplo, aunque las medidas destinadas a aumentar la tasa de participación pueden ser eficientes para las mujeres del grupo dominante, las mujeres de grupos étnicos minoritarios podrían requerir medidas específicas complementarias de apoyo equilibradoras. Una correcta evaluación de las políticas debería incluir necesariamente los efectos indirectos o colaterales que puedan producirse y sobre los que es preciso mantener una atención constante. Los cambios en las relaciones de género, tanto dentro como fuera del trabajo, pueden ser uno de los efectos indirectos que ha de evaluarse. Una política muy centrada en el trabajo con dedicación parcial podría, por ejemplo, producir a largo plazo el efecto de reforzar las

divisiones del trabajo basadas en el género tanto dentro como fuera del ámbito laboral, al irse concentrando las mujeres en los sectores que ofrecen un empleo más flexible. Lo anterior, manifiesta la importancia de distinguir entre los efectos a corto, medio y largo plazo porque como vemos los efectos a medio y largo plazo serán en los que se podrán observar la decantación de los efectos colaterales apuntados.

4. **Rediseñar la política**

Si, una vez se ha evaluado la arquitectura de la decisión política (desde un presupuesto holístico), como resultado de esa evaluación se concluye que la política o políticas tienen o representan un impacto negativo en la igualdad de género o esta se manifiesta, en general, neutral desde el punto de vista del género, resultará necesario hallar formas de rediseñar la política con el fin de promover la igualdad de género, teniendo en consideración que será posible encontrar «resistencias» para las que es preciso desarrollar también una metodología de abordaje de las mismas. La necesidad de rediseño es especialmente pertinente cuando las diferencias de género iniciales son grandes y repercuten de manera relevante en las oportunidades vitales de las mujeres. El rediseño no implica necesariamente realizar cambios fundamentales. Por ejemplo, en relación con las políticas activas del mercado de trabajo, una medida relativamente sencilla pero eficaz consiste en extender la posibilidad de acceso a los programas a todas las personas inactivas. Ofrecer servicios de apoyo a los padres y a las madres trabajadores tampoco resultará excesivamente complicado. Quizá otros aspectos, en cambio, pueden resultar más complejos, por ejemplo, la reducción de la segregación vertical y horizontal exige aplicar políticas más estructuradas y más extensas. El rediseño puede también requerir planteamientos multidimensionales más complejos que afecten a más de un área política o a más de un departamento. Puede ser necesario que un servicio público de empleo coopere activamente con el departamento responsable de la prestación de servicios de cuidado infantil para que las mujeres que desean trabajar tengan acceso eficaz a unos servicios de cuidado infantil que les faciliten la búsqueda de trabajo o adecuar medidas que afecten a cuidados de ancianos dependientes para que la mujer pueda desarrollar su actividad no condicionada o limitada por otras deficiencias de los servicios sociales que, en otro caso, limitarán su acceso al empleo. El mainstreaming de género –como se puede advertir– exige un planteamiento más integrado del diseño de las políticas cuando la política de empleo no se desarrolla de manera aislada respecto de los

servicios de bienestar social y cuidado infantil, por un lado, o de las políticas fiscales de incentivación y de prestaciones económicas y sociales por el otro.

En todos aquellos supuestos en los que la norma propuesta pueda tener efectos, directos o indirectos, sobre personas físicas, se realizará una previsión sobre los resultados de la aplicación de la misma y se analizarán sus efectos para los hombres y mujeres que sean sus potenciales destinatarios.

El análisis de impacto de género incluirá, en todo caso, los siguientes apartados:

Identificación de los objetivos en materia de igualdad de oportunidades que son de aplicación.

A) Se realizará un análisis del ámbito de aplicación y de los objetivos generales de la norma para establecer su adecuada conexión con los objetivos en materia de igualdad determinados en la legislación, planes y programas de políticas públicas de igualdad.

B) Se tratará de concretar la obligación de transversalidad, es decir de integración de los objetivos de igualdad de oportunidades de forma activa, dentro de cada uno de los proyectos normativos.

Como ejemplo, el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de vivienda y rehabilitación 2009-2012, tiene como objetivo central garantizar a la ciudadanía el acceso a la vivienda en condiciones de igualdad. La normativa de igualdad, comenzando por la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, fija objetivos específicos en la materia que consideramos, específicamente en su artículo 31. De manera paralela también lo hacen la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género artículo 28 así como el Plan Estratégico de Igualdad de oportunidades (2008-2011) (eje.9. objetivo 1.5).

Simultáneamente el Plan estatal de vivienda y rehabilitación da cumplimiento a estos objetivos específicos, mediante lo establecido en su artículo 1: «las mujeres víctimas de violencia de género serán consideradas beneficiarias con derecho a protección preferente de las ayudas previstas en el Plan». Sin embargo, al margen de ello, el Plan de Vivienda, deberá tener en consideración el posible efecto diferencial sobre hombres y mujeres, derivado, entre otras cosas, de la diversa presencia de ambos en algunos de los colectivos de «atención preferente», considerados en su artículo 2, y, singularmente, personas mayores de 65 años (donde el porcentaje de mujeres es muy superior al de hombres) y familias monoparentales con hijos/as (en las que encontramos has-

ta un 90 % por mujeres). La consideración de este hecho diferencial permitirá evaluar el posible impacto sobre mujeres y hombres y la adecuación de los objetivos generales del plan a algunos de los objetivos específicos que la legislación en materia de igualdad que se establece en esta materia.

Tal y como podemos apreciar existen en la realidad social abundantes situaciones de desigualdad de género que deben ser determinadas cuidadosamente. Tales situaciones también se pueden haber generado merced a legislación consolidada por lo que los informes de impacto de género deberían tener un efecto retroactivo.

Para finalizar este apartado hay que señalar que el artículo 3 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre prevé la elaboración de los informes abreviados cuando se estime que de la propuesta normativa no se derivan impactos apreciables o significativos en ninguno de los ámbitos enunciados por el citado RD entre los que se encuentra el impacto de género. La memoria abreviada será preceptiva su presentación, también, en los supuestos de la tramitación de proyectos de reales decretos leyes, conforme a lo establecido en el artículo 26.11 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre. La memoria abreviada deberá incluir, al menos, los siguientes apartados: oportunidad de la norma; identificación del título competencial prevalente; listado de las normas que quedan derogadas; impacto presupuestario y por razón de género, así como otros impactos detectados que se juzguen relevantes; descripción de la tramitación y consultas realizadas. También se incluirá una descripción de la forma en la que se analizarán, en su caso, los resultados de la aplicación de la norma. El órgano u órganos proponentes deberán justificar oportunamente en la propia memoria los motivos de su elaboración abreviada.

IV. PREGUNTAS A LAS QUE DEBE RESPONDER EL INFORME DE IMPACTO DE GÉNERO

¿Cómo identificar las desigualdades de género?

Utilizando la perspectiva de género. Un sistema de análisis que permita desvelar las diferencias de género y las consecuencias que estas desigualdades tienen para hombres y mujeres. Los pasos esenciales de un análisis, desde la perspectiva de género, son:

Identificación de la diferente posición de partida entre mujeres y hombres ante una situación dada, desde un punto de vista cuantitativo (diferencias en las cifras de participación en un ámbito determinado, por ejemplo). Para ello

son precisos los indicadores de género ya que tienen la función de señalar los cambios sociales en términos de relaciones de género a lo largo del tiempo, en particular, su utilidad se centra en la habilidad de señalar los cambios de estatus y rol de las mujeres y de los hombres en distintos momentos de tiempo y, por lo tanto, medir si la igualdad de oportunidades está siendo alcanzada a través de las acciones planificadas [13].

Caracterización de la posición de mujeres y hombres frente a una situación dada, desde un punto de vista cualitativo (cómo intervienen los roles y las ideas o estereotipos ante una situación determinada, por ejemplo, en el caso de la normativa que se esté valorando en cada supuesto).

Valoración de las diferencias halladas con la finalidad de conocer cómo intervienen, en lo que respecta al aprovechamiento de un derecho o recurso social concreto.

La incorporación de la perspectiva de género permite no sólo conocer, de forma separada la situación de mujeres y hombres en un ámbito concreto, sino también percibir posibles desigualdades. Sólo si pensamos en ellas como tales, podremos intervenir, corrigiendo este sesgo de género en la normativa que se esté desarrollando, con el objetivo de que cada norma o proyecto legislativo mantenga la misma eficacia para hombres que para mujeres. Aunque es un término ampliamente conocido, conviene reiterarlo. Las políticas de igualdad de oportunidades tienen como objetivo desarrollar diferentes mecanismos para la erradicación de la discriminación social por razón de sexo, y se concretan básicamente en:

A) El desarrollo del principio de igualdad legal: Consiste en la eliminación del ordenamiento jurídico de las discriminaciones por razón de sexo. En sus comienzos, esta estrategia se dirigía sólo a las discriminaciones directas o cuando una persona pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra persona, en situación comparable, por razón de sexo. Con posterioridad, se incorpora la discriminación indirecta, cuando una disposición, criterio o práctica, «aparentemente» neutros, sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular respecto a las personas de otro sexo.

B) Las acciones positivas [14]: Son medidas específicas de intervención que actúan sobre las barreras sociales que dificultan la igualdad de oportunida-

[13] Dávila Díaz, M., *Indicadores de Género. Guía Práctica*, Unidad de Igualdad y Género, Instituto Andaluz de la Mujer, Junta de Andalucía, p. 26. Puede consultarse en: https://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/institutodelamujer/ugen/sites/default/files/documentos/99.pdf

[14] Pérez Luño, A. E., *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos «Bartolomé de las Casas», Dykinson, Madrid, 2005.

des entre mujeres y hombres. Tienen por objetivo equilibrar y compensar las diferencias sociales que producen la discriminación social que puedan sufrir uno u otro sexo, ordinariamente las mujeres.

C) El mainstreaming (transversalidad) de género significa la aplicación de las políticas de igualdad en las políticas generales. Se concreta, como su nombre indica, a través de la transversalidad, introduciendo la igualdad en todas las fases de la intervención pública, porque se entiende que los diferentes programas deben incorporar medidas a favor de la igualdad, con el objetivo de evitar sesgos o discriminaciones en las políticas generales que deban ser corregidos posteriormente. En lo que se refiere al desarrollo de la estrategia del mainstreaming de género, conceptos como el género: las expectativas sociales depositadas en los comportamientos masculinos y femeninos y la perspectiva de género, el análisis del grado aplicación de la igualdad, tienen en el informe de impacto de género su mejor instrumento de análisis.

¿*Cómo se valora*?

La valoración a partir del concepto de igualdad, que no significa semejanza, sino homologación (en derechos y oportunidades) entre hombres y mujeres. Para ello, es preciso determinar si la aplicación de los proyectos legislativos o normativos que se desarrollan en las administraciones públicas producen un efecto equivalente para ambos sexos. Para valorar el impacto de género es necesario identificar, claramente, esas diferencias sociales y las causas que las producen. Por otra parte, es preciso investigar sobre las consecuencias que estas diferencias tienen sobre la posición social de mujeres y hombres y las oportunidades que unas y otros tienen de obtener beneficios y disfrutar de derechos, en el ámbito de intervención que se está analizando que comprende cada ámbito normativo. La finalidad de este análisis es comprobar si hombres y mujeres obtienen, de la aplicación de las políticas, las normas y el desarrollo de la actividad pública, en general, un beneficio equivalente, o si, por el contrario, se producen situaciones de desigualdad y discriminación. No es necesario que los beneficios sean idénticos para ambos sexos, pero sí que las oportunidades de aprovechamiento para las mujeres y los hombres sean equivalentes, considerando su situación de partida y su diferente realidad social.

Es claro que el desafió al que se enfrentan las personas que deben elabora las propuestas legislativas y reglamentarias de cualquier área normativa sujeta a evaluación, con la reforma de la Ley de Gobierno y la introducción de los informes de impacto de género, en el proceso de elaboración y aprobación de las normas, es la elaboración de un documento en el que se exponga, con la

mayor claridad y brevedad posible la información necesaria para facilitar una valoración rigurosa de los efectos que la norma va a producir.

La información fundamental que debe proporcionar un informe de impacto de género son los datos esenciales para valorar la situación de partida de mujeres y hombres. Una valoración de los posibles efectos de la norma sobre uno y otro sexo y sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Además, y dependiendo del tipo de norma, de su contenido y de su ámbito de aplicación, podrá resultar conveniente incluir recomendaciones para mejorar sus resultados de aplicación, en relación con la igualdad de oportunidades y la prevención de impactos negativos de género, lo que supone abrir cauces a valoraciones de impacto pro futuro en contextos más amplios que el de la materia que se esté evaluando en un momento dado si esta guarda conexión con un área normativa de mayor alcance.

Según las orientaciones y estimaciones que realizan los diferentes organismos que han abordado el desarrollo del análisis de impacto de género, en la legislación o en la actuación de los poderes públicos, el proceso de elaboración de los informes de impacto de género debería iniciarse mediante la formulación de preguntas como las siguientes:

– ¿Cuáles son, específicamente, los papeles que desempeñan mujeres y hombres en el contexto sobre el que se pretende regular o intervenir?

– ¿Existen, en este contexto, diferencias relevantes entre mujeres y hombres, en relación con el disfrute de los derechos, el acceso a los recursos, a participación y los valores vinculados a uno u otro sexo?

– ¿Hacen frente las mujeres y los hombres a limitaciones diferentes para participar u obtener beneficios de la propuesta que se está realizando, con arreglo a las posiciones de partida identificadas en los estudios previos?

– ¿En qué medida incide el proyecto en los roles individuales de género? ¿Es consistente con el objetivo de una relación más equitativa entre ambos la media objeto de análisis o refuerza roles y estereotipos de género tradicionales negativos?

V. PROGRESO EN LAS HERRAMIENTAS PARA EL ANÁLISIS DE GÉNERO: HARVARD, MOSER Y SMART

Para reconocer la condición, posición, acceso a recursos, acceso al poder, es decir, reconocer la realidad formal y material en que viven las mujeres, así como para identificar las limitaciones y obstáculos a los que tienen que hacer

frente las mujeres para alcanzar su desarrollo se han desarrollado diversas herramientas que permiten reconocer, analizar y cuantificar las diferencias de circunstancias entre las mujeres y los hombres.

A continuación, hacemos un esbozo de algunas de las herramientas que se han elaborado a lo largo del tiempo para llevar a cabo el análisis de impacto de género.

1. **Modelo Harvard**

El modelo analítico de Harvard fue publicado en 1985 y fue uno de los primeros modelos para el análisis de género. Fue desarrollado por investigadores del Instituto para el Desarrollo Internacional de la Universidad de Harvard, quienes trabajaron en colaboración con personal de USAID.

Los objetivos del Modelo Analítico Harvard son los siguientes: –Demostrar que hay una racionalidad económica para invertir en las mujeres de la misma forma que se invierte en los hombres. –Apoyar a los planificadores a diseñar proyectos más eficientes y mejorar la productividad en general. –Enfatizar la importancia de contar con una mejor información como base para responder y alcanzar las metas de eficiencia y equidad. –Estructurar el trabajo de las mujeres y hombres en la comunidad y resaltar las diferencias claves. El modelo analítico Harvard utiliza «una red (conocida como matriz) para recolectar datos en un macronivel (por ejemplo el nivel comunitario o del hogar). Es una forma útil de organizar la información y puede ser adaptado a muchas situaciones. El modelo tiene cuatro componentes o herramientas, tres de las cuales identifican y recolectan datos relativos a las actividades desarrolladas, el control y acceso a recursos y beneficios y los factores de influencia, la última herramienta es un listado de preguntas. Hay que incidir en que la sistematización de la información obtenida de los datos estadísticos juega un papel importante a la hora de identificar y concretar las disfunciones percibidas si estas se presentan.

2. **Modelo Moser**

Como respuesta a las necesidades planteadas por las limitaciones del Modelo Mujeres en Desarrollo (MED), se desarrollaron nuevas herramientas para facilitar la medición y evaluación de las necesidades de las mujeres, pero considerando su entorno y las relaciones de género. Caroline Moser desarrolló

su Modelo en la Unidad de Planeación del Desarrollo (DPU, por sus siglas en inglés) de la Universidad de Londres. El objetivo del Modelo fue fortalecer la planificación con perspectiva de género. Según Moser «el objetivo de la planificación con perspectiva de género es la emancipación de la mujer de su subordinación y lograr la igualdad, equidad y empoderamiento». Precisemos que el empoderamiento –expresión que proviene del inglés, deriva del verbo *to empower*– es el proceso por medio del cual se dota a un individuo, comunidad o grupo social de un conjunto de herramientas para aumentar su fortaleza, mejorar sus capacidades y acrecentar su potencial, todo ello con el objetivo de que pueda mejorar su situación social, política, económica, psicológica o espiritual. Empoderar significa con arreglo a la definición precedente desarrollar en una persona la confianza y la seguridad en sí misma, en sus capacidades, en su potencial y en la importancia de sus acciones y decisiones para afectar su vida positivamente.

Las formulaciones mediante las que se alcance tal objetivo variarán ampliamente en los diversos contextos, dependiendo el alcance en el que la categoría mujer está subordinada en estatus a la categoría hombre. El Modelo utiliza tres conceptos principales: –El triple rol de las mujeres. –Las Necesidades prácticas y estratégicas de género. –Las categorías MED/GED.

3. **Modelo SMART**

El modelo SMART se desarrolló para evaluar el impacto de las políticas en mujeres y hombres. Y es que, como hemos señalado, las políticas tienden a dar continuidad a las percepciones y patrones de género establecidos [15]. Este instrumento permite reconocer la pertinencia de género de una determinada política. Este marco conceptual evalúa, en primer lugar, el impacto en función del género, para ello reconoce la existencia de estructuras básicas y de mecanismos que son la base donde se establecen las desigualdades de género.

Se las conoce como estructuras debido a que están construidas sobre las diferencias y desigualdades estructurales que se han creado entre mujeres y hombres de forma histórica, así como en las normas y valores que se vinculan a la masculinidad y femineidad.

[15] La difusión de la cultura de género es esencial en todos los modelos que venimos considerando, sobre este aspecto puede verse: AXELROD, R., «La diseminación cultural: un modelo con convergencia local y polarización global», en: *La complejidad de la cooperación social. Modelos de cooperación y colaboración basados en los agentes*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, pp. 183-215.

Estructuras:

Organización de la vida privada: Normas, valores instituciones y organizaciones relacionadas de cómo y con quién viven las personas, los vínculos reproductivos y el desarrollo de la sexualidad.

División social del trabajo: Normas, valores instituciones y organizaciones relacionadas con el trabajo pagado y el no remunerado, así como la adopción de decisiones.

En segundo lugar, se identifican y evalúan los procesos sociales, culturales y económicos que conforman y dan continuidad a las desigualdades de género y que se relacionan con el acceso y distribución de los recursos (materiales y no tangibles) y las reglas de género (formales e informales existentes). Este modelo evalúa el impacto en función del género y define si dichos impactos son positivos o negativos, lo cual depende de cómo las políticas y acciones de gobierno promueven la igualdad, la autonomía y el desarrollo de las mujeres [16]. Para la evaluación del impacto se generó un procedimiento que consta de 4 etapas, veámoslas sintéticamente.

Etapa 1: Consiste en un instrumento para evaluar la pertinencia del género en una propuesta de política. Este instrumento ha sido llamado herramienta SMART. El método SMART es un instrumento muy simple que puede ser utilizado sin experiencia previa en materias de género, pero no sin tener algunos datos básicos sobre la situación de las mujeres y los hombres en el ámbito de dicha política. El método SMART consta de dos preguntas:

– ¿La propuesta de política va dirigida a uno o más grupos objetivo (como por ejemplo personas que trabajan en granjas, minorías étnicas, personas que conducen coches, personas con alguna minusvalía, etc.)?

– ¿Existen en el ámbito de la propuesta de dicha política diferencias entre las mujeres y los hombres (por lo que se refiere a los derechos, los recursos, las posiciones, la representación, las normas y los valores)?

Etapa 2: A partir de los resultados de la etapa 1 se procede a describir y, de ser posible, delinear la situación de las relaciones de género en determinado aspecto de la sociedad, específicamente en el ámbito del problema que la política desea resolver: salud, educación, vivienda, alimentación, ocio, etc. Es necesario reconocer: el acceso a recursos, la distribución de mujeres y hombres;

[16] Sobre este aspecto puede verse, Sunstein Cass, R., *La revolución de los derechos: redefiniendo el Estado regulador*, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 47-62.

la distribución de los recursos entre ellos; las reglas formales e informales vinculadas a hombres y mujeres, etc. Adicionalmente, se desarrolla una prospectiva que resulta útil para reconocer tendencias en caso de efectuar un cambio en las relaciones entre mujeres y hombres. Por ejemplo: Si se desea implementar un programa para apoyar el desarrollo de microempresas de mujeres para apoyar su desarrollo económico, se debe considerar que cambiará el empoderamiento de las mujeres, lo cual necesariamente impactará en sus relaciones con los hombres. Se deberá reconocer si ese efecto es deseable o puede perjudicar las relaciones entre mujeres y hombres y en caso de perjudicar dichas relaciones identificar mecanismos para disminuir el problema previamente identificado.

Etapa 3: implica el análisis de la propuesta (política, programa o proyecto a evaluar). Significa desarrollar un diagnóstico (de la situación del problema o situación que se desea modificar), desarrollar objetivos teniendo en cuenta la situación de las mujeres, supone desarrollar propuestas de política que satisfaga los objetivos y se implemente y evalúe el impacto de la propuesta. Se deben tomar en consideración si se mejora la igualdad, autonomía y acceso a recursos de las mujeres para identificar su impacto ya sea positivo o negativo en las relaciones de género que son el objeto del análisis.

Etapa 4: Se comparan los escenarios desarrollados, con la realidad para identificar si los logros esperados son los que promueven la mejora en la condición y posición de las mujeres y favorecen su avance o si, por el contrario, tiene efectos adversos o carece de relevancia dicha política, programa o proyecto sobre la igualdad.

VI. CONTENIDOS PARA LOS INFORMES DE IMPACTO DE GÉNERO

Como resumen de los aspectos anteriormente señalados [17] debemos fijar los contenidos centrales que debe contemplar el informe de impacto de género y que son cuatro, a saber:

1. *Situación de partida*: Diagnóstico sobre la situación de partida de mujeres y hombres, en el ámbito tratado por la norma, y relación con las políticas de igualdad de oportunidades. Recordemos que, norma aquí, hace refe-

[17] Informes de impacto de género. Guía de aplicación práctica, para la elaboración de informes de impacto de género de las disposiciones normativas que elabore el gobierno, de acuerdo a la ley 30/2003. Instituto de la mujer (Ministerio de trabajo y asuntos sociales), Madrid, 2007. http://www.inmujer.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE0259.pdf

rencia a cualquier rango normativo, circunstancia que no se debe obviar ya que una norma reglamentaria también puede afectar en materia de impacto de género a la igualdad.

2. *Previsión de resultados*: Proyección de cómo incidirá la aplicación de la norma sobre la situación de partida identificada.

3. *Valoración del impacto de género*: Calificación de los efectos de la norma, respecto del avance, neutralidad o retroceso de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

4. *Formulación de propuestas de mejora*: Sugerencias de modificación del texto o recomendaciones de aplicación, para garantizar o mejorar los resultados de la norma, en relación con su impacto de género.

Veamos cada uno de ellos:

La situación de partida como venimos considerando a lo largo del capítulo es la parte del informe que recoge la información sobre el contexto social en el que se desarrollará la aplicación de la norma. Ha de dar respuesta a la pregunta de cómo se relacionan las mujeres y los hombres con el objeto de la norma y la relación que esta tiene con la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. El propósito de esta primera parte es facilitar la labor de las personas que participan en el proceso de elaboración del proyecto normativo y en la toma de decisiones, facilitando información sobre dos cuestiones básicas, tales como:

– La situación social de mujeres y hombres respecto de la finalidad, el objeto y el ámbito de aplicación de la disposición normativa que se presenta.

– Las posibilidades y obligación que existe de trabajar a favor de la igualdad de oportunidades, desde el ámbito de aplicación del futuro proyecto normativo.

Por tanto, en este apartado, es importante recoger la información que sirva para identificar, claramente, las posibles desigualdades de género previas que puedan existir, pero también, cómo el objeto de la norma y las diferencias detectadas entre mujeres y hombres, en el contexto de intervención, se relacionan con los objetivos de las políticas de igualdad de oportunidades. Para la elaboración de esta sección fundamental del informe, se tendrá que trabajar con tres tipos de información que resultan pertinentes:

Información estadística: Datos que definan el nivel de participación y las características de la participación de mujeres y hombres respecto del ámbito de aplicación de la norma. Se debe incluir una valoración sobre si las diferen-

cias que pueden existir en la participación de mujeres y hombres constituyen una situación de desigualdad o discriminación social, es decir, si dificulta las posibilidades de obtener un beneficio equivalente por parte de ambos sexos, respecto de la finalidad prevista para la futura norma.

Información cualitativa sobre roles y estereotipos de género: Identificación, a partir de estudios especializados en la materia, de valores, costumbres, opiniones sociales que puedan incidir sobre los niveles o características de la participación de mujeres y hombres, respecto del ámbito de aplicación de la norma con la que se contrasta dicha información.

Identificación de objetivos de igualdad de oportunidades: Relación de objetivos de las políticas de igualdad que es necesario tener en cuenta, a la hora de elaborar el proyecto normativo, de acuerdo con tres criterios de selección fundamentales:

– Que estén referidos directamente a las diferencias entre mujeres y hombres identificadas con precisión.
– Que tengan una relación directa con el ámbito de aplicación de la norma.
– Que sean una obligación directa del departamento que elabora la norma.

Con la cumplimentación de estos tres apartados, se recogerá la información necesaria para orientar y apoyar la reflexión sobre cuál es la dirección que deberán seguir las aportaciones de la futura norma en materia de igualdad de oportunidades. El conocimiento y manejo adecuado de esta información, por parte de los equipos que elaboran la norma y las personas que adoptan las decisiones, suponen una garantía de que la norma no va a producir un resultado contradictorio con las obligaciones gubernamentales, en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Es importante en esta fase, llevar a cabo una adecuada estructuración de los datos –como hemos señalado más arriba– de forma que hagan posible identificar patrones de desigualdad en el supuesto de que estos existan y que sea sencillo transferirlos para facilitar una comprensión adecuada por quienes muestren interés en el control de la fidelidad de estos y en la deducción de consecuencias desde los mismos, es decir, facilitando al máximo la transparencia y verificabilidad de los datos.

La previsión de resultados: Los contenidos de este bloque analítico presentarán una previsión de resultados de la norma, desde una perspectiva de eliminación de desigualdades y/o contribución al desarrollo de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. El adecuado desarrollo de esta segunda parte tiene como punto de partida el diagnóstico sobre el contexto de intervención, realizado en el apartado anterior. No se podrá realizar una adecuada valoración del impacto de género si ambos apartados no poseen una relación

de coherencia estrecha entre sus contenidos, si ambos apartados no están construidos a partir de indicadores fiables y datos que puedan ser comparados entre sí, para ello es necesario tener presente en la realización del informe el *Sistema Estatal de Indicadores de Género* (SEIG). Se trataría de realizar un ejercicio de prospección sobre la aplicación del proyecto normativo, de acuerdo con la realidad que hemos caracterizado en la primera parte, o, en otras palabras, identificar los cambios que puede originar la implementación de la futura disposición normativa sobre las desigualdades detectadas entre mujeres y hombres. La exposición de los resultados que se esperan o que son previsibles de la norma deberá estar relacionada con tres aspectos:

– *Resultados directos de la aplicación de la norma*: Expresados en términos cuantitativos y desagregados por sexo. Consideramos fundamental recoger tanto la afectación a mujeres y hombres en los resultados como las diferencias que pueden existir en la forma en que mujeres y hombres participan de los resultados.

– *Incidencia sobre los roles y estereotipos de género*: Es importante prever si se espera que de la aplicación de la norma se producirá alguna incidencia sobre el conjunto de roles y estereotipos de género que operan en el ámbito de aplicación de la norma. Resultaría también valioso realizar una valoración temporal sobre este tipo de resultados (corto, medio o largo plazo).

– *Contribución al desarrollo de los objetivos de igualdad de oportunidades*: Relación que tienen los resultados previstos con los objetivos de las políticas de igualdad de oportunidades que se han identificado como pertinentes en el bloque de contenidos anterior.

Los tres apartados deberán recoger información coherente y comparable con la situación de partida recogida en el primer bloque de contenidos, ya que esa comparación es el fundamento de la comprobación de las proyecciones de desigualdad, igualdad o neutralidad.

La valoración del impacto de género: Es la parte del informe en la que se realiza la valoración sobre los efectos de la norma en relación con su contribución a la eliminación de las desigualdades entre mujeres y hombres y el cumplimiento de las políticas de igualdad de oportunidades establecidas en las normas de aplicación. Habitualmente, se ha identificado el término «neutralidad» como una situación en la que una norma no produce efectos discriminatorios y, por lo tanto, no dificulta el desarrollo de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Se ha identificado esta situación como la calificación ideal de la norma. No obstante, con el procedimiento propuesto, esta valoración resulta claramente insuficiente e, incluso, inadecuada.

La valoración del impacto que se propone es de dos tipos, sin perjuicio de lo que veremos más adelante en una perspectiva de mayor granularidad:

En sentido negativo: Cuando la norma no disminuye las desigualdades de género identificadas, ni se prevé que, como consecuencia de su aplicación, se dé cumplimiento a ningún objetivo de las políticas de igualdad de oportunidades. Podemos pensar en una disposición sobre política de rehabilitación de un espacio público industrial.

En sentido positivo: Cuando se prevé que la aplicación de la norma va a conseguir, de alguna forma, la eliminación de las desigualdades de género y, por lo tanto, los resultados previstos van a contribuir al desarrollo de los objetivos de las políticas de igualdad de oportunidades.

La valoración del impacto sea este negativo o positivo, puede subdividirse en diferentes niveles, mostrando diversos grados de impacto de género. El contenido de ese apartado debe estar fundamentado en la comparación de datos de la primera y segunda parte del informe. Del contraste entre la situación de partida y el análisis de los resultados previstos, se establecerá la valoración del impacto de género. Es de interés volver a reiterar que, para poder hacer esta valoración, es necesario que, en la elaboración de la situación de partida y de la previsión de resultados, se haya respetado la coherencia interna entre ambos bloques de contenidos.

Sección de recomendaciones y propuestas de mejora: Es la parte final del informe. En ella se deben recoger las conclusiones a las que se haya llegado a lo largo del proceso de elaboración del mismo. Estas conclusiones estarán referidas, fundamentalmente, a dos aspectos que entendemos centrales:

A) Modificaciones que deban realizarse en el texto y los contenidos de la norma, dirigidos a evitar un impacto negativo de género o a fortalecer los aspectos positivos contenidos en la norma.

B) Recomendaciones sobre la aplicación de la norma y para el desarrollo de medidas complementarias que pudieran evitar el impacto negativo o que puedan garantizar y/o fortalecer el impacto positivo de género, lo que también puede incluir modificaciones sobre la implementación de la norma.

El primer apartado son modificaciones directas al texto de la norma y su contenido estará referido esencialmente a la propuesta de nuevo articulado o modificación del existente. Las propuestas que se realicen, en este sentido, deberán estar fundamentadas en el contenido del informe y deben tener como objetivo la mejora de los resultados previstos y el refuerzo de un impacto positivo de género de la norma, lo que exige establecer con claridad los argumentos en los que descansa la propuesta de modificación. Debe también incluirse

en el apartado que consideramos los resultados de la revisión de lenguaje, para evitar una redacción sexista de la norma.

Por su parte, las recomendaciones no tienen por qué suponer necesariamente una modificación del texto de la norma, aunque ello no excluye esa posibilidad. Pueden estar referidas a la implementación de las medidas que contiene, su complementariedad con otras líneas de intervención pública o la necesidad de modificar el funcionamiento, recogida de datos, etc. de los departamentos competentes en la puesta en marcha de la medida. En cualquier caso, las recomendaciones estarán, también, basadas en los contenidos del informe y su objetivo será, necesariamente, la mejora y el refuerzo del impacto positivo de género de la norma.

VII. OTROS ASPECTOS QUE DEBERÁN SER SINGULARMENTE CONSIDERADOS EN LA ELABORACIÓN DE LOS INFORMES: QUIEN, CUÁNDO Y CÓMO

A la hora de elaborar un informe de impacto de género, el departamento y las personas encargadas de su elaboración deben plantearse que, para que los informes de impacto de género puedan contribuir a sus objetivos es necesario que contengan la información mínima recomendada que ya conocemos.

Es necesario reiterar que los diferentes apartados guarden una rigurosa coherencia interna. La forma concreta que debe darse al informe de impacto de género dependerá, nuevamente, del tipo de norma y del departamento encargado de su elaboración. No tiene por qué existir un modelo estándar de informe siempre y cuando se respeten los contenidos mínimos propuestos.

La primera y segunda parte del informe constituirían, desde un punto de vista metodológico, la implementación de técnicas prospectivas de las normas, es decir, la realización de una evaluación *ex ante* de las disposiciones normativas. Es necesario que los contenidos de la primera parte sean coherentes con el proyecto normativo. Esta coherencia interna debe manifestarse en los tres tipos de contenidos propuestos para la elaboración del diagnóstico, es decir: Los indicadores y datos que se seleccionen para definir la situación de partida de mujeres y hombres deben guardar una relación directa con la finalidad, objeto y ámbito de aplicación de la norma. Precisemos que un indicador es una medida, un número, un hecho, una opinión o una percepción que señala una situación o condición específica y que mide cambios en esa situación o condición a través del tiempo. Los indicadores son siempre una representación de un determinado fenómeno, pudiendo mostrar total o parcialmente una realidad. Los

indicadores de género tienen la función especial de señalar los cambios sociales en términos de relaciones de género a lo largo del tiempo [18]. La construcción de un buen indicador de impacto de género [19] tiene que partir de una pregunta clara y precisa. Los indicadores no son medidas exactas y aunque deben hablar por sí mismos –cuanto más expresivos, más útiles serán– no pueden dejar de situarse en un determinado contexto; a menudo, los indicadores se formulan al margen de las políticas que pretenden evaluar, y esto de partida es un problema, los elementos que deben buscarse son:

– *Relevancia*: Los indicadores han de responder adecuadamente a los aspectos relevantes de las políticas sociales de equidad, por lo tanto la selección de los indicadores deberá ser aquella que maximice la respuesta a los problemas de inequidad en forma clara y concisa, reduciendo al mínimo en lo posible el número de indicadores.

– *Perdurabilidad*: Los indicadores deben hacer referencia a aspectos duraderos en el tiempo, aunque susceptibles de cambio.

– *Fácil comprensión*: La información que pueda proporcionar cada indicador no va dirigida necesariamente a expertas(os) en el tema o técnicos familiarizados con la metodología utilizada. Por consiguiente, los indicadores, en su expresión, han de ser fácilmente comprensibles por la mayor parte del público al que están dirigidos.

– *Viabilidad*: Los instrumentos estadísticos no siempre tienen la cobertura necesaria para satisfacer las demandas exhaustivas para el cálculo de indicadores. Es decir, no siempre permiten dar respuesta a las cuestiones de género que se formulan para responder a las interrogantes relativas a la equidad. Esto puede ocurrir por razones técnico metodológicas, o por razones financieras. Inclusive porque algunas de las fuentes de información no han sido explotadas. Es por tanto imprescindible que las preguntas seleccionadas, tengan su correlato en la factibilidad de ser respondidas con la información disponible.

– *Fiabilidad y validez*: Los procedimientos técnicos y metodológicos empleados en la construcción de cada indicador deben ser, desde el punto de vista estadístico, válido y confiable. La presencia de sesgos en la recolección, las preguntas ambiguas, una alta tasa de no respuesta, la baja cobertura muestral, la ausencia de procesos de validación y consistencia, pueden resultar en

[18] Dávila Diaz, M., «Indicadores de Género», Jornadas de la Unidad de Igualdad y Género «Mainstreaming de género: conceptos y estrategias políticas y técnicas», 26 y 27 de octubre de 2004, Sevilla, p. 3.

[19] Montaño, S., *Guía de asistencia técnica para la producción y el uso de indicadores de género*, Unidad Mujer y Desarrollo. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, agosto de 2004, p. 24. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/31960/1/S2006362_es.pdf

información distorsionada dando lugar a indicadores que no tienen la capacidad de representar adecuadamente el objetivo para el cual fueron planteados.

– *Comparabilidad*: Los indicadores deberán tener en la medida de lo posible comparabilidad regional e internacional, privilegiando el uso de estándares y clasificaciones internacionales ya validadas; asimismo deberán tener la capacidad de monitorear los cambios en el tiempo para lo cual se sugiere mantener las definiciones utilizadas en su construcción, sin que para ello se pierda de vista que en ocasiones exista necesidad de modificar algunas definiciones o clasificaciones en aras de eliminar sesgos de género.

– *Oportunidad*: Los indicadores deben estar disponibles en forma oportuna, por tanto, hay que prever con suficiente anticipación el tiempo requerido entre la recolección y procesamiento de la información y la presentación de resultados, a fin de servir a la toma de decisiones políticas en forma eficiente.

Las relaciones de género que se identifiquen deben guardar relación con la realidad de relaciones de género que se desarrollen en el contexto de aplicación de la norma en elaboración. Los objetivos de las políticas de igualdad que se identifiquen deben ser pertinentes respecto a la finalidad y objeto de la norma. Por su parte, los resultados esperados se deberán formular considerando los efectos de la norma sobre la situación de partida claramente definida. Esto afecta tanto a los datos de participación como a las relaciones de género y a los objetivos de las políticas de igualdad identificados anteriormente. Para concluir, los dos últimos apartados del informe deben guardar coherencia con los resultados de la evaluación *ex-ante*.

La valoración del impacto de género deberá estar fundamentada en los resultados esperados y las conclusiones relacionadas con la modificación de la situación de partida definida. Visto lo anterior, las recomendaciones y propuestas de mejora deben ir encaminadas a reforzar los aspectos de impacto positivo de la norma. El proceso de elaboración del informe de impacto de género está necesariamente unido a la elaboración del propio proyecto normativo al que se refiere y del que es parte. Es decir, ambos procesos deben evolucionar y desarrollarse en paralelo. Sólo respetando esta relación entre la elaboración del proyecto normativo y el propio informe de impacto de género se cumplirán los objetivos previstos y se contribuirá a incrementar la eficacia de los resultados de las propuestas normativas. El recorrido y las herramientas que se ofrecen a lo largo de este capítulo pretenden dar respuesta a las diferentes dificultades que pueden encontrarse a lo largo de la elaboración del informe de impacto de género. No obstante lo anterior, dada la complejidad del contexto y la enorme variedad de ámbitos o entornos a los que están referidas las normas que componen nuestro ordena-

miento jurídico multinivel, ofrecer una fórmula de general aplicación para todos los casos y contextos normativos es una tarea poco menos que inviable.

No se dispone de fórmulas automáticas y de validez general para la elaboración de todos los supuestos en los que hay que desarrollar un informe de impacto de género. Cada informe de impacto de género que se redacte requerirá de una adaptación específica y singular, tanto en sus contenidos como en su proceso de elaboración en la adaptación a la realidad del contexto de la norma para la cual se está realizando y de los departamentos responsables de su elaboración y posterior gestión, una vez aprobado. Entendida la finalidad y los contenidos mínimos de los informes de impacto de género, lo habitual será que cada uno de los departamentos y ámbitos competenciales implicados desarrollen sus propias estrategias y normas para la elaboración de los informes creándose una cultura departamental. El proceso que se describe, por lo tanto, es una referencia inicial que, necesariamente, deberá ser adaptado y mejorado a partir de su aplicación práctica en los diferentes contextos de intervención.

¿*Quién debe elaborar el informe de impacto de género*?

Con la finalidad de garantizar la eficacia de los informes de impacto de género, su elaboración debe ser responsabilidad del mismo equipo que elabore la norma. De esta forma, se garantiza que el análisis y las conclusiones a las que se llegue a lo largo de la elaboración del informe de impacto de género, se incorporan y enriquecen el texto del proyecto normativo. En ocasiones, no obstante lo anterior, será necesario recurrir a la supervisión y colaboración de profesionales con competencia en materia de relaciones de género y políticas de igualdad de forma que sea posible verificar si la elaboración del informe ha desarrollado los aspectos sustanciales que el informe está llamado a cumplir.

¿*Cuándo se debe elabora el informe de impacto de género*?

En lo que respecta a esta pregunta, el proceso de elaboración de los informes de impacto de género debe desarrollarse complementaria y paralelamente al proceso de elaboración de la propuesta normativa, de forma tal que los esfuerzos realizados en la elaboración del primero enriquezcan el contenido de la futura norma. De igual manera que la elaboración de las propuestas normativas, el informe no se elabora de una sola vez. Es recomendable que los diferentes pasos del informe se elaboren a medida que avanza la elaboración de la futura norma en paralelo como ya hemos señalado.

El primer paso del informe, la elaboración de la información de diagnóstico, deberá realizarse antes de la redacción del texto, una vez definida la fina-

lidad de la futura norma. La previsión de resultados y la valoración del impacto deberán elaborarse una vez redactada la norma, antes de iniciarse la ronda de consultas y dictámenes que estén previstos en la norma. No obstante, si se realizan modificaciones posteriores en el texto, será necesario revisar si las modificaciones introducidas afectan a la previsión de resultados y, por lo tanto, a la valoración del impacto realizado en una primera fase, por lo anterior el proceso idealmente debe ser en cierta medida recursivo.

El capítulo de recomendaciones se elaborará a lo largo de todo el proceso y puede seguir enriqueciéndose a lo largo de las fases de consulta, hasta su definitiva aprobación. La complejidad en la elaboración de este diagnóstico vendrá lógicamente determinada por la magnitud de la norma para la que se realiza el informe de impacto de género. No obstante, dependiendo del tipo de norma con el que se esté trabajando, de cuál sea su finalidad, de su objeto y su ámbito de aplicación, pueden encontrarse dificultades específicas, derivadas de la ausencia de información y de las dudas sobre cómo establecer relaciones entre estos elementos de la norma y las cuestiones relacionadas con el género y los objetivos de las políticas de igualdad de oportunidades. Cuando se esté ante proyectos normativos referidos a cuestiones directamente vinculadas a las relaciones sociales de las personas (salario mínimo, regularización de inmigrantes, pensiones, educación, por ejemplo), el proceso de diagnóstico de la situación será más fácil y existirá más información disponible. Podrá suceder lo contrario cuando el objeto de la norma esté referido a aspectos que no están vinculados, de forma directa o indirecta, con las relaciones sociales de las personas (tasas de pago en autopistas, tasas en aeropuertos, normativa sobre reglamentación técnica de vehículos, entre muchos otros ejemplos).

La mayor parte de dificultades que pueden surgir a lo largo de la elaboración del informe de impacto de género, seguramente, van a tener relación con la localización de la información oportuna y el establecimiento de las relaciones entre la finalidad de la norma y las relaciones de género.

¿Cómo se debe buscar la información pertinente del informe de impacto de género?

Es importante señalar que se debe realizar un trabajo previo de búsqueda documental, al inicio del informe, tanto de la información cuantitativa como cualitativa. Fundamentalmente se requieren tres tipos de categorías de información:

– Estadísticas oficiales sobre el ámbito de intervención. Pero de no existir éstas podrían identificarse fuentes no oficiales de información como las

elaboradas por fuentes privadas solventes, advirtiendo de esa circunstancia en lo que se refiere a la hipotética carencia de estadísticas oficiales.

– Estudios de género relativos al ámbito al que se refiere la norma y encuestas de opinión sobre relaciones de género.

– Documentos en los que se encuentran recogidos los objetivos de las políticas de igualdad, que serán los patrones a los que debe ajustarse el informe de impacto de género.

En España, a título de ejemplo, el Instituto de la Mujer [20] del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales dispone de un centro de documentación que puede proporcionar en una valiosa fuente de información en la búsqueda de la información requerida, igualmente la información de Eurostat [21] puede ser de utilidad, así como la elaborada por las Comunidades Autónomas en sus respectivos marcos competenciales.

VIII. ¿CÓMO SE VALORA EL IMPACTO DE GÉNERO?

Aquí habrá de establecerse siempre una relación entre la situación de partida y los resultados esperados y basándose en la información recogida en el informe sobre los efectos previstos de la futura ley sobre la situación de mujeres y hombres. Aunque se han ofrecido sólo dos opciones de valoración, positivo y negativo, se puede establecer una graduación de ambos valores. De forma orientativa y realizando una adaptación de la escala de valoración denominada Continuum, de A. Eckman [22], es posible establecer cinco niveles de valoración del impacto de género, en función de los efectos que produzca la aplicación de la norma.

Impacto negativo de género. Las desigualdades de género se refuerzan a través de la aplicación de la norma. Se trata de normas que, en el desarrollo de sus medidas, usan conceptos, roles y estereotipos de género que refuerzan las desigualdades. Los resultados de estas normas no sólo están basados en la diferente posición social de mujeres y hombres, sino que profundiza e incrementa estas diferentes posiciones. Produce resultados que contradicen los objeti-

[20] http://www.inmujer.gob.es/

[21] https://ec.europa.eu/eurostat

[22] Adaptación sobre ECKMAN, A. (2002), en: Pan-American Health Organization, Gender and Health Unit, *Annotated Bibliography on Gender Mainstreaming and Analysis Resources for Health Programmers*, agosto 2003.

vos de las políticas de igualdad de oportunidades lo que significa que las medidas propuestas son frontalmente contraproducentes al objetivo buscado.

Impacto neutral de género. El género no es relevante para el desarrollo y aplicación de la norma. Los roles y las relaciones de género no son afectadas por el desarrollo de la norma. Son disposiciones normativas que no incorporan la perspectiva de género. Las situaciones de desigualdad no mejoran ni empeoran tras su aplicación. Se trata de normas que no contribuyen ni directa ni indirectamente al desarrollo de la igualdad de oportunidades y que, aunque no empeoran la situación, no cumplen con el compromiso de contribuir al desarrollo de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Por lo tanto, se trata de un grado de valoración con connotaciones negativas. Esta valoración sólo es admitida como positiva en aquellas situaciones en las que las posiciones de partida están equilibradas y son equitativas y justas para mujeres y hombres.

Impacto sensible al género. El enfoque de género está presente en el desarrollo de la norma. En la norma, se contemplan los roles y las relaciones de género en la medida necesaria para facilitar una correcta aplicación de la norma. Se trata de normas que no producen grandes cambios en la situación de partida, pero que incluyen elementos correctores relativos a cambio de actitudes y mentalidades que faciliten el inicio de un cambio a favor de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, en relación con las medidas y contenidos de la propia norma.

Impacto positivo de género. La perspectiva de género es uno de los elementos fundamentales de la norma. Se trata de normas que modifican los roles y estereotipos de género e intervienen sobre las causas que dificultan un equilibrado acceso a los recursos, por parte de mujeres y hombres, en relación con su finalidad, objeto y ámbito de aplicación. Contiene medidas y persigue resultados que facilitarán un mejor impacto de otras disposiciones normativas en el ámbito de aplicación.

Impacto transformador de género. La perspectiva de género es el eje central de la norma, que tiene como finalidad promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Son normas, como se puede advertir, que tienen como finalidad principal una transformación en las relaciones de género y las desigualdades sociales entre mujeres y hombres. Desarrollan los objetivos de las políticas de igualdad de oportunidades que persiguen una redistribución equitativa del poder y un acceso equilibrado a los recursos, por parte de mujeres y hombres. Son normas que apoyan el empoderamiento de las mujeres, su mayor participación social y política y su presencia en los procesos de adopción de decisiones.

LA REPRESENTACIÓN PARLAMENTARIA DE LAS MUJERES

Clara Souto Galván
Universidad Rey Juan Carlos

I. LA LUCHA FEMINISTA POR LA CONSECUCIÓN DE DERECHOS

Las reivindicaciones políticas de las mujeres han evolucionado a lo largo de la historia y varían según el contexto cultural y político de cada región. Sin embargo, existen varios temas centrales que han sido y siguen siendo foco de estas reivindicaciones políticas más significativas.

El derecho al voto y la representación política fue la primera pretensión de las mujeres para lograr el derecho a voto, que ya ha sido reconocido en la mayoría de los países. El derecho de representación política, aún se sigue reivindicando en todos los niveles no sólo políticos, sino también económicos y laborales, además de una mayor participación en la toma de decisiones en todos los sectores, incluidos los negocios, la educación y la política. Esta lucha se fue ampliando al reconocimiento de otros derechos en los que la mujer estaba discriminada, como, por ejemplo, la igualdad de derechos en el matrimonio, el divorcio, la propiedad, en general lucharon por la consecución de todos los derechos en igualdad de condiciones con los hombres.

Otro de los derechos que las mujeres han reivindicado incesantemente fue el acceso a la educación en igualdad de condiciones que los hombres, porque durante gran parte de la historia, las mujeres fueron excluidas sistemáticamente de la educación formal y sus oportunidades de aprendizaje estaban muy restringidas. Las mujeres generalmente no recibían educación formal, sino que se les impartía en las casas y sobre todo se centraba en las tareas domésticas y

la maternidad. No será hasta el siglo XIX, con la revolución industrial y los movimientos feministas cuando empezaron a surgir demandas de la educación formal para las mujeres, aparecieron más escuelas para niñas, aunque con un enfoque en materias «apropiadas» para su género. Es en el siglo XX, con los movimientos feministas que presionaron para la igualdad de la educación, cuando se ampliaron significativamente las oportunidades de enseñanza para las mujeres, incluyendo el acceso a la educación secundaria y superior.

Hoy en día, en el siglo XXI, la educación de las niñas es reconocida como clave para el desarrollo y la igualdad de género. Y todavía organizaciones internacionales y movimientos sociales luchan contra las desigualdades educativas, a pesar de los avances, en muchas partes del mundo las niñas todavía se enfrentan a barreras significativas para acceder a la educación debido a factores económicos, culturales y políticos, lo que afecta significativamente a la inclusión de las mujeres en las asambleas.

Hay que tener en cuenta varios aspectos históricos para entender el lento e invisible proceso que ha tenido a participación de las mujeres en las asambleas, por lo que hay que destacar algunos movimientos y documentos históricos que reflejan con claridad esta discriminación por razón de género, entre ellos, el feminismo norteamericano que fue denominado en la Declaración de Seneca Falls, aprobada el 19 de julio de 1848 en Nueva York:

«La historia de la humanidad es la historia de las repetidas vejaciones y usurpaciones por parte del hombre con respecto a la mujer, y cuyo objetivo directo es el establecimiento de una tiranía absoluta sobre ella. Para demostrar esto, someteremos los hechos a un mundo confiado. El hombre nunca le ha permitido que ella disfrute del derecho inalienable del voto. La ha obligado a someterse a unas leyes en cuya elaboración no tiene voz. Habiéndola privado de este primer derecho de todo ciudadano, el del sufragio, dejándola así sin representación en las asambleas legislativas, la ha oprimido desde todos los ángulos…» [1].

Las inquietudes de Rousseau sobre los orígenes y las causas de las desigualdades no apreciaron la desigualdad política, social y jurídica que, a lo largo de los siglos, había existido entre hombres y mujeres. La posición de la mujer es preeminente y, en modo alguno, objeto de discriminación. Por ello, Rousseau exhortará a las mujeres a que prosigan su elevada e histórica misión: «Sed, pues, siempre lo que sois, las castas guardianas de las costumbres y de

[1] Declaración de Seneca Falls, aprobada el 19 de julio de 1848 en Nueva York. Texto completo en http://www.mujeresenred.net/spip.php?article2260.

los dulces lazos de la paz, y continuad haciendo valer en toda ocasión, los derechos del corazón y de la naturaleza en beneficio del deber y de la virtud» [2].

La igualdad solemnemente reconocida en los documentos revolucionarios franceses se refería exclusivamente a los hombres, ignorando a las mujeres. La Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano es inequívoca al respecto: «Todos los hombres son iguales por naturaleza y ante la Ley» [3].

La propuesta de Rousseau y la posterior interpretación liberal pronto recibirían la oportuna contestación por parte de Mary Wollstonecraft, quien en su texto «Vindicación de los derechos de la mujer» (1792) polemiza con Rousseau en los siguientes términos: «¿Cómo es que el señor Rousseau se puede permitir decir que la mitad de la especie humana está en estado natural y que además ha de ser conservada dentro de él? Y de ese punto deriva otro: ¿en qué sentido puede mantenerse un tracto naturalista dentro de la humanidad sin que la propia humanidad quede afectada como conjunto? Si la humanidad tiene al menos una mitad para la cual valen las explicaciones naturalistas, no hay razón para la cual no valgan para toda ella al completo… Si Rousseau se cree el resto de sus ideas, no tiene legitimidad teórica para mantener la desigualdad entre los sexos» [4].

El libro de esta autora será considerado como el texto fundacional de la teoría política del feminismo. Ciertamente, «la negación de los presupuestos igualitarios para las mujeres fue la causa de que estos llegaran a convertirse en presupuestos feministas. El feminismo, surgido en el siglo XVIII, se fraguaría en torno al soporte conceptual ilustrado, al tiempo que sería una de las manifestaciones más significativas de la reflexividad de la modernidad. Por ello, la primera ola del movimiento feminista se articularía, fundamentalmente, en contra de la dominación sexual que representaban las bases epistemológicas excluyentes del liberalismo patriarcal, pero, esta vez sí, desde una perspectiva verdaderamente igualitaria del racionalismo ilustrado» [5].

Wollstonecraft, contraria al absolutismo de los reyes, señaló la conexión existente entre ese sistema político y las relaciones de poder entre los sexos. Los hombres ejercían una superioridad manifiesta sobre las mujeres en el ámbito de la familia y la casa. Para esta autora, la clave para superar la subordinación femenina era el acceso a la educación. Las nuevas mujeres educadas no

---

[2] ROUSSEAU, J. J., *Discurso sobre el origen de la desigualdad*. Ed. www.elaleph.com, pp. 33-35.

[3] Artículo 3 de La Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano, 1789.

[4] WOLLSTONECRAFT, M., *Vindicación de los derechos de la mujer*. Ediciones Cátedra-Instituto de la Mujer, Madrid, 1994, p. 221.

[5] NUÑO GÓMEZ, L., *El mito del varón sustentador*. Icaria, Colección Género y Sociedad, Madrid, 2010, p. 49

sólo alcanzarían un plano de igualdad con respecto a los hombres, sino que podrían desarrollar su independencia económica accediendo a actividades remuneradas. Wollstonecraft, sin embargo, no dio importancia a las reivindicaciones políticas y no hizo referencia al derecho de voto femenino [6].

Por otro lado, en Francia (1789-1870) comienza una nueva etapa en la que se lucha por conseguir como objetivo central la consecución de la igualdad jurídica y de las libertades y derechos políticos, pero se tratan de unos derechos y una igualdad de la que sólo disfrutará el hombre. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, como antes hemos dicho, se refería exclusivamente a los hombres. Esto supondrá el comienzo de la lucha de la mujer por conseguir los derechos de los que disfrutaba el hombre, derechos que se le habían negado radicalmente a la mujer, por lo que el principal objetivo del movimiento feminista será conseguir el derecho al voto, surgiendo el movimiento sufragista [7]. Es importante también, hacer referencia a una valiente mujer, Olympia de Gouges, que buscando una significativa igualdad con los hombres elaboró un beligerante manifiesto, la *Declaración de los Derechos de*

[6] «Ya he advertido sobre los malos hábitos que adquieren las mujeres cuando se las confina juntas; y pienso que podría extenderse con justicia esta observación al otro sexo, mientras no se deduzca la inferencia natural que, por mi parte, he tenido siempre presente, esto es, promover que ambos sexos debieran educarse juntos, no sólo en las familias privadas sino también en las escuelas públicas. Si el matrimonio es la base de la sociedad, toda la humanidad debiera educarse siguiendo el mismo modelo, o si no, la relación entre los sexos nunca merecerá el nombre de compañerismo, ni las mujeres desempeñarán los deberes peculiares de su sexo hasta que no se conviertan en ciudadanas ilustradas, libres y capaces de ganar su propia subsistencia, e independientes de los hombres […] Es más, el matrimonio no se considerará nunca sagrado hasta que las mujeres, educándose junto con los hombres, no estén preparadas para ser sus compañeras, en lugar de ser únicamente sus amantes […]». Wollstonecraft, M., *Vindicación de los derechos de la mujer.* Editorial Debate, Madrid, 1977.

[7] «El sufragismo aparece como una forma de encuadramiento de mujeres de todas las clases sociales, a pesar de sus distintas ideologías y objetivos, pero coincidentes en reclamar el derecho a la participación política, uno de cuyos requisitos es el voto, para reformar la legislación y la costumbre y, en consecuencia, la sociedad […]. El sufragismo surgió en los países que adoptaron el régimen capitalista, países de clase media poderosa y con unos ideales democráticos asentados en sus instituciones políticas […]. En los países nórdicos apenas se dio sufragismo debido a la mentalidad progresista imperante y al peso social de la mujer, que facilitaron la equiparación jurídica de los sexos. Una evolución diferente presentó el mosaico de países del este procedentes de los Imperios centrales: austro-húngaro y alemán, turco y ruso. El desmoronamiento de los primeros tras la Primera Guerra Mundial (Alemania, Austria, Checoslovaquia, Polonia) trajo reformas muy progresistas, el voto femenino entre ellas, sin existencia previa del sufragismo […] En Rusia fue posible después de una auténtica revolución, la bolchevique, que trastocó los fundamentos del orden tradicional. En el caso de los estados surgidos del Imperio turco, Yugoslavia, Grecia y Bulgaria, el peso de la tradición era todavía muy fuerte y no hubo sufragismo ni reformas tocantes a la situación femenina. Por último, en los países occidentales cabría diferenciar entre los protestantes (Inglaterra, Holanda…): más modernos y evolucionados, y más prósperos económicamente, y los católicos (Italia, España, Portugal…): atrasados, tradicionales y conservadores […]. En los países protestantes hubo un movimiento sufragista fuerte, y sólo gracias a su lucha se consiguieron las reformas y el voto. En los católicos apenas se dio el movimiento sufragista y sólo tras mucha batalla femenina y muy tarde, caso de Italia, o por el reformismo de sus gobernantes, caso de España, se obtuvieron estas conquistas». Franco Rubio, G. Á., «Siglo xx», *Historia Universal*, Madrid, 1983, Historia 16.

la Mujer y de la Ciudadana, en septiembre de 1791. Con el modelo de la Declaración de 1789 aplicado de forma exclusiva a las mujeres, constituye el alegato más brillante y radical publicado hasta entonces a favor de las reivindicaciones femeninas.

«Las madres, las hijas, las hermanas, representantes de la nación, –proclama en su Preámbulo– solicitan ser constituidas en asamblea nacional. Considerando que la ignorancia, el olvido o la desestimación de los derechos de la mujer son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos; éstas han decidido exponer en una declaración solemne de los derechos naturales, inalienables y sagrados de la mujer, con el fin de que dicha declaración, constantemente presente en la mente de todos los miembros del cuerpo social, les recuerde de continuo sus derechos y sus obligaciones; con el fin de que los actos de poder de las mujeres y los del poder de los hombres, que pueden ser en cualquier momento comparados con la meta de toda institución política, adquieran mayor consideración; con el fin de que las reivindicaciones de las ciudadanas, basadas de ahora en adelante en principios sencillos e incontrovertibles apunten siempre en pro del mantenimiento de la Constitución, de las buenas costumbres y de la felicidad de todos los ciudadanos.

Consecuentemente, el sexo superior tanto en belleza, como en valor, en cuanto a sufrimiento maternal se refiere, conoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los derechos siguientes de la Mujer y de la Ciudadana».

Siguiendo este precedente anglosajón del feminismo, otros pensadores británicos siguieron la estela de Wollstonecraft, entre ellos cabe citar al liberal John Stuart Mill (1806-1873), quien, junto a su mujer Harriet Taylor Mill (1807-1856), publicó *El Sometimiento de la Mujer* en 1869, donde comenzaran a darle importancia a la lucha por el sufragio. Mill va a situar en el centro del debate feminista la consecución del derecho de voto para la mujer: la solución de la cuestión femenina pasaba por la eliminación de toda traba legislativa discriminatoria. Una vez suprimidas estas restricciones, las mujeres superarían su «sometimiento» y alcanzarían su emancipación [8].

Sobre este sesgo sufragista de las reivindicaciones feministas se ha advertido que: «El feminismo ha sido, como movimiento social, una de las manifestaciones históricas más significativas de la lucha emprendida por las mujeres

[8] «El principio regulador de las actuales relaciones entre los dos sexos –la subordinación legal del uno al otro- es intrínsecamente erróneo y ahora constituye uno de los obstáculos más importantes para el progreso humano; y debiera ser sustituido por un principio de perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros». STUART MILL, J. y TAYLOR MILL, H., *El sometimiento de la mujer*. 1869.

para conseguir sus derechos. Aunque la movilización a favor del voto, es decir, el sufragismo, haya sido uno de sus ejes más importantes, no puede equipararse sufragismo y feminismo. Este último tiene una base reivindicativa muy amplia que, a veces, contempla el voto, pero que, en otras ocasiones, también exige demandas sociales como la eliminación de la discriminación civil para las mujeres casadas o el acceso a la educación, al trabajo remunerado […]» [9].

Pero el comienzo de esta lucha por la Igualdad no tuvo un final feliz para las pioneras feministas que buscaban un sitio igual al lado de los hombres en un mundo machista donde no había cabida para todos. Así estas mujeres, aisladas y, sin duda, poco representativas, fueron víctimas de la situación anárquica de la revolución. Olympia de Gouges fue ejecutada por realista en 1793, al igual que otras mujeres que se encontraban en pie de guerra [10].

Esto se ve claramente reflejado en las pocas ocasiones que las mujeres han formado parte del órgano legislativo, pues en el momento en el que había que tomar decisiones eran relegadas. Será a partir de la II República española, cuando forman parte por primera vez del Parlamento, e incluso ejercen el cargo representativo de diputadas en las Constituyentes del 31, en este caso solo tres mujeres fueron elegidas [11]. Con la proclamación de la República, en abril de 1931, la igualdad de sexos pasó por fin a ser una posibilidad real con la aprobación de la nueva Constitución. El Gobierno provisional, en un decreto del Comité político de 3 de junio de 1931 [12], concedió el voto a todos los hombres mayores de veintitrés años y declaró que las mujeres podían ser elegidos para ser diputados. En las elecciones celebradas en junio de aquel año fueron elegidas diputadas dos mujeres, Clara Campoamor (Partido Radical) y Victoria Kent (Izquierda Republicana): dos mujeres de un total de 465 diputados. A finales de aquel mismo año otra mujer alcanzaría la condición de diputada, Margarita Nelken (Partido Socialista). De las tres, Clara Campoamor, abogada, fue la más asidua defensora de los derechos de la mujer y desempeñó un papel importante en el debate acerca del sufragio femenino, la única mujer

[9] Nash, M., Tavera, S., *Experiencias desiguales: Conflictos sociales y respuestas colectivas (Siglo xix)*. Editorial Síntesis, Madrid, 1995, p. 58.

[10] Arce Juan, M.ª C., *El voto femenino*. «Théroigen de Méricourt, fundadora del Club des Amis de la Loi, y la primera en defender el derecho de la mujer a participar en la lucha armada, fue apaleada por mujeres en 1793 y terminó sus días en un manicomio. Etta Palm, también detenida, desapareció de la escena política en 1794. La Convención disolvió los clubes femeninos en 1793, y el Thermidor y las reformas civiles de Napoleón harían el resto».

[11] Sevilla. J. (coord.), et.al., *Las mujeres parlamentarias en la Legislatura constituyente.* Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, p. 81.

[12] Decreto de Comité político de 3 de junio de 193, publicado en la Gaceta de Madrid, núm. 155 de 4 de junio, información más detallada en Durán y Lalaguna, P., *El voto femenino en España*. Asamblea de Madrid, Madrid, 2007, pp. 20-26.

elegida para formar parte de la Comisión constitucional compuesta por 21 diputados [13]. La Comisión redactó en 20 días el texto constitucional y fue presentado en la Cámara el 18 de agosto cuando comenzó el debate constitucional, llevando a cabo la votación final el 9 de diciembre de 1931, en el que se reconocía, entre otros, el derecho de sufragio activo [14] y pasivo [15] de las mujeres, en igualdad de condiciones que los hombres.

La escritora gallega Pardo Bazán denunciaba en la España Moderna (1890) que los avances culturales y políticos logrados a lo largo del siglo XIX (las libertades políticas, la libertad de cultos, el mismo sistema parlamentario) sólo habían servido para incrementar las distancias entre sexos, sin promover la emancipación femenina [16].

Cuarenta años después tampoco fue mejor la situación de la mujer, en el período de transición española el papel de las mujeres fue muy escaso, y su participación en la elaboración de la Constitución, invisibilizado.

La Plataforma Feminista de Madrid en 1978, mostró su decepción en los siguientes términos:

«No está claro que sea la Constitución de la concordia y del consenso. Pero lo que sí está claro es que no es la Constitución de las Españolas… la Constitución ya está hecha, no la hemos hecho nosotras, ni tenemos la posibilidad de modificarla. Lo único que podemos hace es dejar constancia de nuestra protesta» [17].

En este manifiesto la Plataforma Feminista de Madrid deja claro su descontento por el proceso constituyente que se ha llevado a cabo, y por no haber tenido en cuenta a las mujeres para su elaboración.

A partir de la aprobación de la Constitución española del 78 a las mujeres se les reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo, en las mismas condiciones que a los hombres, ¿pero luego en la práctica se ve reflejada esta igualdad?

---

[13] *Ibidem*, p. 21.

[14] El artículo 36 de la Constitución española de 1931 reconoce que «los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes».

[15] El artículo 51 de la Constitución española de 1931 establece que «serán elegibles para Diputados, todos los ciudadanos de la República mayores de 23 años, sin distinción de sexo ni estado civil, que reúnan las condiciones fijadas por la Ley Electoral. Los Diputados, una vez elegidos, representarán a la Nación».

[16] http://www.historiasiglo20.org/sufragismo/biogra.htm#pardo%20baz%C3% A1n, en relación a esta escritora más información relevante en http://webs.ucm.es/info/especulo/numero32/pabazan.html, en donde se puede encontrar bibliografía al respecto.

[17] AGUSTÍN, M., *Feminismo: identidad personal y lucha colectiva: Análisis del movimiento feminista español en los años 1975 a 1985*. Feminae, Granada, 2003, p.409.

En la Legislatura constituyente (1977-1979) hubo una presencia de 21 diputadas respecto a 340 diputados, en la I Legislatura (1979-1982) ascendió a 24 diputadas frente a 350 diputados [18]. En el Senado de 207 escaños sólo 4 fueron ocupados por mujeres, aunque se amplió a 6 en la designación real pues incluyeron a dos senadoras más.

La presencia de las mujeres fue aumentando lentamente, estando lejos de alcanzar un equilibrio entre representantes diputadas y diputados, pues en el orden en el que hacían las listas electorales invisibilizaban a las mujeres, y no les permitía dar voz a su presencia en puestos relevantes, por lo que fue necesario en 2007 la aprobación de la Ley 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, esta Ley incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

Fue un momento decisivo, se incluye en la Ley, el principio de presencia o composición equilibrada, se fijan unas cuotas, para que se respete una representación mínima de mujeres y de hombres en cargos de responsabilidad, para lo que es necesario modificar la normativa reguladora del régimen electoral general, y conciliar la igualdad material, la igualdad formal y el derecho de sufragio pasivo, derechos reconocidos en la Constitución española. Se asumen así a los recientes textos internacionales en la materia y se avanza en el camino para garantizar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito de la representación política, con el objetivo fundamental de mejorar la calidad de esa representación y con ella de nuestra propia democracia [19].

II. REFORMAS Y ACCIONES POSITIVAS: FACTORES DECISIVOS

Aunque realmente no se puede hablar con propiedad de movimientos feministas en España hasta la I Guerra Mundial, cuando se estaba acabando la lucha sufragista en otros países, ha habido personajes relevantes que es nece-

[18] http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados?_piref73_1333056_73_1333049_1333049.next_page=/wc/menuAbecedarioInicio&tipoBusqueda=completo&idLegislatura=0 (23 de mayo de 2024).

[19] Exposición de motivos de la Ley 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Título II, capítulo primero, artículo 14, Criterios generales de actuación de Poderes Públicos.

sario mencionar. Ciertamente, las dos grandes figuras feministas de esta época en nuestro país son Concepción Arenal (1820-1893)[20] y Emilia Pardo Bazán (1851-1921). La escritora gallega Pardo Bazán denunciaba en la España Moderna (1890) que los avances culturales y políticos logrados a lo largo del siglo XIX (las libertades políticas, la libertad de cultos, el mismo sistema parlamentario) sólo habían servido para incrementar las distancias entre sexos, sin promover la emancipación femenina. Concepción Arenal, por su parte, escribió mucho en relación al papel que jugaba la mujer como madre y esposa, señalando que ambos papeles eran fundamentales en la vida de las mujeres, pero recalcando que la experiencia de la vida femenina no podía centrarse en el ejercicio exclusivo de esa actividad. En el terreno educativo fue donde más avanzó el feminismo español. Las iniciativas del Krausismo tras 1850 y de la Institución Libre de Enseñanza (1876) buscaban un avance en la educación, la enseñanza y la cultura femenina.

En los comienzos del siglo XX las únicas organizaciones femeninas eran las formadas por mujeres católicas de clase alta que se dedicaban fundamentalmente a la caridad. La primera organización que menciona al feminismo es la Junta de Damas de la Unión Iberoamericana de Madrid que, entre sus planteamientos, propone determinadas mejoras sociales dirigidas a las mujeres, como la supresión de la trata de blancas o la consecución de mayores oportunidades laborales y de educación para el colectivo femenino, aunque sin llegar a plantear en ningún caso una defensa de los derechos políticos. En 1906 crean el Centro Iberoamericano de Cultura Popular Femenina y un periódico que se publicaba cada diez días: «La Ilustración de la

[20] Fuente: http://www.malostratos.org/mujeres/arenal.htm#fuente: En lo que atañe a los aspectos históricos de la vida de Concepción Arenal, ésta nació en Ferrol (La Coruña) el 31 de enero de 1820, en una modesta casa del barrio conocido como Ferrol Vello. Fundó en 1859 el grupo femenino de las Conferencias de San Vicente de Paúl para ayuda de los pobres. Dos años después, en 1861, la Academia de Ciencias Morales y Políticas la premió por su memoria La beneficencia, la filantropía y la caridad. Era la primera vez que la Academia premiaba a una mujer. En 1863 se convierte también en la primera mujer que recibe el título de Visitadora de Cárceles de Mujeres, cargo que ostentó hasta 1865. Posteriormente publicó libros de poesía y ensayo como Cartas a los delincuentes (1865), Oda a la esclavitud (1866), etc. En 1868, es nombrada Inspectora de Casas de Corrección de Mujeres, y tres años después, en 1871, comienza a colaborar con la revista La Voz de la Caridad, de Madrid, en la que escribe durante catorce años sobre las miserias del mundo que la rodea. En 1872 funda la Constructora Benéfica, una sociedad que se dedica a la construcción de casas baratas para obreros. Posteriormente también colabora organizando en España la Cruz Roja del Socorro, para los heridos de las guerras carlistas, poniéndose al frente de un hospital de campaña para los heridos de guerra en Miranda de Ebro. Con Concepción Arenal nace el feminismo en España, pues desde joven luchó por romper los cánones establecidos para la mujer, rebelándose contra la tradicional marginación del sexo femenino, y reivindicando la igualdad en todas las esferas sociales para la mujer. Murió el 4 de febrero de 1893 en Vigo, donde fue enterrada. Es su epitafio el lema que la acompañó durante toda su vida: A la virtud, a una vida, a la ciencia.

Mujer, Revista Hispanoamericana de Música, Letras y Artes», en el que, curiosamente, los puestos directivos estaban ocupados por hombres. En estos artículos se observará una orientación conservadora, que sentarán las bases de lo que posteriormente se denominará el «feminismo conservador», pues no hacen ninguna referencia a la igualdad de derechos, sino que simplemente asientan el reto a la mujer de ser una «colaboradora inteligente en la obra magna encomendada a la inteligencia masculina de ser sostenedor y salvaguardia de los hijos» [21].

Siguiendo esta línea conservadora, se creó también en 1906 «La Lliga Patriòtica de Dames», una sección femenina de la Lliga Regionalista catalana.

Además de la creación de estas asociaciones «feministas», otro sector feminista va a seguir luchando por conseguir el sufragio activo para las mujeres; así en 1907, durante un debate parlamentario sobre la reforma electoral, se presentan dos enmiendas en las que intentan recoger algún modo de voto femenino, aún sin ser equiparable al masculino, pero eliminando la restricción de la mujer al voto; sin embargo, sólo obtienen nueve votos a favor. Un año después los republicanos presentan una nueva proposición por la que las mujeres mayores de edad, económicamente emancipadas y no casadas, podrían votar sólo en las elecciones municipales, pero ni con la presencia de una proposición totalmente discriminatoria, la aceptan, sino que se rechaza la moción por veinte votos de diferencia.

En Madrid, en 1912, se funda la Agrupación Femenina Socialista [22], que buscará integrar un mayor número de mujeres en las filas del PSOE e intentará organizar varias sociedades obreras. Aunque su labor será, en cualquier caso, minoritaria.

---

[21] Navarro, P. A., «75 años de Sufragio femenino», *El Siglo*, núm. 706, 4 septiembre de 2006. https://elsiglodeuropa.es/hemeroteca/2006/706/706dossier.html

[22] Del Moral Vargas, M., «El Grupo Femenino Socialista de Madrid (1906-1914): pioneras en la acción colectiva femenina», *Cuadernos de historia contemporánea*, núm. 7, 2005, pp. 247-269. En este artículo Marta del Moral lo que pretende es «analizar la trayectoria y significación de uno de los grupos pioneros en la acción colectiva femenina en Madrid, el *Grupo Femenino Socialista* (desde 1910, *Agrupación Femenina Socialista*), entre abril de 1906 y marzo de 1914: su origen, objetivos, los sectores de opinión que había dentro del mismo, su vinculación a la Juventud Socialista y su alejamiento de ésta para vincularse al PSOE a través de la Agrupación madrileña, sus campañas, así como la actitud de los socialistas ante su labor. Todo ello se analiza a través de un marco interpretativo que trata de poner de manifiesto la enorme complejidad que lo caracterizaba, existiendo diversas líneas de pensamiento y acción en su interior que se impondrán alternativamente. Además, esas diferentes concepciones de la acción colectiva femenina han sido clasificadas en dos amplias categorías que tratan de facilitar la comprensión de un fenómeno tan amplio y diverso como es el de la movilización política y social de las trabajadoras».

En 1918, de otro lado, decidieron crear la Asociación Nacional de Mujeres Españolas (ANME) [23], que se convertiría en la organización feminista más importante de España. Se fundó en Madrid y su objetivo era promover los derechos de las mujeres, específicamente el derecho al voto. No se interrumpió su actividad hasta 1936, proclamándose la asociación más estable creada en el período de entreguerras. Fue una asociación que, aunque tuviera su sede en Madrid, estaba formada por socias de todas partes de España. Se formó el Consejo Feminista de España en 1919, al que se agruparon otras asociaciones ya constituidas, como, por ejemplo, la de Barcelona, Sociedad Progresiva Femenina y La Mujer del Porvenir, y en Valencia, Sociedad Concepción Arenal y Liga para el Progreso de la Mujer.

Como hemos visto anteriormente, ya en el período inmediatamente posterior a la I Guerra Mundial se concede el derecho al voto a la mujer en varios países, aunque en España, aún no será reconocido el derecho al voto a la mujer, sin embargo, se producirán una serie de cambios en al ámbito de la educación.

El voto femenino continuaba estando en el debate público, pues no se producía ningún avance en este aspecto, aunque se seguían presentando proyectos de ley, como el del diputado conservador Burgos Mazo, en noviembre de 1919, en el que se permitía el voto a todos los españoles de ambos sexos mayores de 25 años que se encontraran en el pleno goce de sus derechos civiles; pero, al mismo tiempo, incapacitaba a las mujeres para ser elegibles y establecía dos días para celebrar los comicios, uno para los hombres y otro para las mujeres [24]. Sin embargo, ni con estas condiciones se llegaba a un acuerdo, pues esta proposición ni siquiera llegó a debatirse. Como veremos más adelante no será hasta la Segunda República cuando empecemos a ver algún atisbo de igualdad en el ámbito electoral respecto de la mujer.

Con la proclamación de la República, en abril de 1931, la igualdad de sexos pasó por fin a ser una posibilidad real con la aprobación de la nueva Constitución. El Gobierno provisional, en un decreto de 8 de mayo de 1931,

---

[23] FAGOAGA BARTOLOMÉ, M.C., *Enciclopedia Madrid. Siglo xx*. Alianza Editorial, Madrid, 1980. La ANME no fue la primera asociación ni la última surgida en Madrid para el logro de los derechos civiles y políticos de las mujeres, pero sí es la de más larga trayectoria. En su seno nació la Juventud Universitaria Femenina en 1919. No contó nunca con el apoyo de partidos políticos ni de jerarquías eclesiásticas, y se mantuvo con las aportaciones mensuales de sus asociadas. Integraron la Asociación un grupo heterogéneo de mujeres de clase media, maestras, escritoras y esposas de profesionales en el que enseguida destacarán Benita Asas Manterola, Clara Campoamor, Elisa Soriano, María de Maeztu, Julia Peguero y Victoria Kent.

[24] BIZCARRONDO, M., «Los orígenes del feminismo socialista en España» en FOLGUERA, P., *La mujer en la Historia de España. Siglos xvi-xx*. Madrid, 1984.

concedió el voto a todos los hombres mayores de veintitrés años y declaró que las mujeres y los curas podían ser elegidos para ser diputados. En las elecciones celebradas en junio de aquel año fueron elegidas dos mujeres diputadas, Clara Campoamor (Partido Radical) y Victoria Kent (Izquierda Republicana): dos mujeres de un total de 465 diputados. A finales de aquel mismo año otra mujer alcanzaría la condición de diputada, Margarita Nelken (Partido Socialista). De las tres, Clara Campoamor, abogada, fue la más asidua defensora de los derechos de la mujer y desempeñó un papel importante en el debate acerca del sufragio femenino.

Clara Campoamor, diputada radical y miembro de la comisión parlamentaria, protestó vigorosamente de que sólo se reconociese «en principio» la igualdad de derechos, y consiguió finalmente que se enmendara el artículo 25 hasta quedar como sigue: «No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas, ni las creencias religiosas. El Estado no reconoce distinciones o títulos nobiliarios».

El artículo 36 confería los mismos derechos electorales al hombre y a la mujer mayores de veintitrés años. El artículo 53 otorgaba el derecho a ser diputado a todos los ciudadanos mayores de veintitrés años sin distinción de sexo, frase que, sin embargo, fue omitida en el artículo 69, por el cual eran elegibles para el cargo de presidente todos los ciudadanos mayores de cuarenta años. El artículo 43 trataba de la familia: «La familia está bajo la salvaguardia del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos».

Las primeras elecciones en las que participaron las mujeres fueron las de 1933. Las tesis sufragistas acababan de anotarse un triunfo en España. La concesión del voto, como la del divorcio, fueron logros de la mujer en el periodo republicano, pero logros tan efímeros como el propio régimen que los había posibilitado. La Guerra Civil y el nuevo Estado impuesto, tras la victoria del general Franco, el 1 de abril de 1939, darían al traste con todo lo conseguido. Habría que esperar al cierre de ese largo paréntesis de 40 años para que las mujeres recuperaran el punto de partida que significó la conquista del voto en 1931.

«La involución y la represión de la dictadura franquista –comenta Nuño Gómez [25]– dejaron a las mujeres en una suerte de esencia precívica. La implantación del régimen tradicionalista y nacional-católico del general Franco impuso un modelo muy específico de mujer articulado sobre el canon decimonó-

[25] Bizcarrondo, M., «Los orígenes del feminismo socialista en España», *op. cit.,* p. 132.

nico de la mujer como madre, esposa subordinada y pilar moral de la familia, cuyo espacio natural era el hogar y la iglesia». Estos principios, sin embargo, se fueron debilitando y a principios de la década de los años sesenta se revisará lo dispuesto en el Fuero del Trabajo, declarando en su artículo primero que: «La ley reconoce a la mujer los mismos derechos que al varón para el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y de trabajo, sin limitaciones que las establecidas en la presente ley» [26].

En esta década se crearían el Seminario de Estudios Sociológicos de la Mujer, la Asociación Española de Mujeres Universitarias, y el Movimiento Democrático de Mujeres (MDM). Esta última, que había destacado por su lucha antifranquista y por su oposición al modelo femenino propuesto por el franquismo, aprobaría en 1967 un documento titulado «Por los derechos de la mujer española». En 1975 se creó la Plataforma Unitaria de Organizaciones Feministas, que aglutinó a todas las asociaciones feministas opuestas al régimen franquista y, en diciembre del mismo año, se celebraron en Madrid las Primeras Jornadas Nacionales por la Liberación de la Mujer.

La Constitución de 1978 reconoció la igualdad formal, la no discriminación por razón de sexo y estableció el mandato a los poderes públicos de remover los obstáculos para lograr la real y efectiva igualdad. Pero a pesar de estos preceptos constitucionales, el movimiento feminista mostró su desencanto, lo que dio lugar a la ruptura de la unidad de este movimiento, que se había fraguado a partir del año 1975.

III. SITUACIÓN ACTUAL: ¿PRESENCIA DE LAS MUJERES EN LOS PARLAMENTOS DEL MUNDO?

La participación de la mujer en el ámbito político ha sido un proceso lento y tardío. El acceso a los derechos políticos, es decir, el derecho de sufragio activo y pasivo ha sido una de las reclamaciones más activas de las mujeres desde el siglo XIX. Posteriormente, la lucha feminista orientó sus esfuerzos a la consecución del reconocimiento del derecho a ocupar puestos públicos.

La Asamblea de Naciones Unidas en 1952 aprobó la Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer, convirtiéndose así en el primer documento que, en el ámbito internacional otorga un nuevo enfoque al reconocimiento de

[26] Ley 51/1961, de 22 de julio (*BOE* de 24 de junio de 1961).

los derechos de la mujer y al problema de la equiparación de sus derechos frente a los del hombre (Frías, 1980). Reconociendo en su articulado el derecho de sufragio activo y pasivo (arts. 1 y 2 respectivamente), así como el derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en condiciones de igualdad frente a los hombres, sin ningún motivo de discriminación (art. 3). Todo ello en aras del reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres expuesto en la Carta de Naciones Unidas.

En España hasta la aprobación de la Constitución española en 1978, no se han reconocido dichos derechos. La idea de la democracia paritaria, según se contempla en la Declaración de Atenas aprobada en la primera cumbre europea «mujeres al Poder» en 1992, parte del reconocimiento del hecho de que las mujeres constituyen el 50 % de la sociedad, la mitad de las inteligencias y capacidades potenciales de la humanidad y, por ello, su infrarrepresentación en los puestos de decisión constituye una pérdida para el conjunto de la sociedad. Por el contrario, una participación equilibrada puede generar ideas, valores y comportamientos, por lo que se reclama un reparto equilibrado del poder (Declaración de Atenas, 1992). Mediante esta declaración, hacen un llamamiento a la sociedad con el fin de poner en práctica los objetivos previstos en la Declaración que serán la base para la creación de la democracia paritaria [27].

La Declaración de Atenas también reconocía una serie de principios que declaraban que «la igualdad formal y real entre mujeres y hombres es un derecho fundamental del ser humano» y, sin embargo, se constataba que la situación de las mujeres en ese momento se caracterizaba por una desigualdad profunda «en todas las instancias y organismos de decisión públicos y políticos a todos los niveles». Por lo que sería importante destacar la relación entre la transversalidad y la paridad desde la perspectiva de género como políticas fundamentales del Estado que incorporen las acciones afirmativas como instrumento para la armonización de leyes y de políticas de aplicación obligatoria, que garanticen el acceso de todas las mujeres y las niñas al pleno goce todos sus derechos [28].

La Unión Europea y el Consejo de Europa expresan la importancia de una participación equilibrada para la realización de una democracia real que no puede permitirse ignorar las competencias, aptitudes y creatividad de las

[27] Souto Galván, C., *Principio de igualdad y Transversalidad de género*. Dykinson, Madrid, 2012, p.78.
[28] *Op. cit.* p. 77

mujeres y cuya persistente infrarrepresentación en la toma de decisiones políticas constituye un déficit democrático [29].

Esto nos lleva a la constatación de una carencia en el desarrollo y aplicación de la igualdad definida en los textos internacionales, europeos y en nuestra Constitución, pues se podrían haber evitado muchas situaciones de discriminación a las que se han visto sometidas.

La inclusión de las mujeres en el Estado ha sido muy lenta, en España han sido leyes como la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el gobierno; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, las que han ido dando su sitio a la mujer tanto en el ámbito político, como institucional, empresarial, etc., logrando una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, en todos aquellos campos donde la mujer no había sido reconocida.

El cambio más importante, dentro del ámbito político, que es el que estamos tratando, es a partir de los años 90, donde la representación de la mujer en las Cámaras (Congreso de los Diputados y el Senado) aumentó. Eso se debe a que el Partido Socialista y el Partido Comunista «introducen en su normativa interna la obligación de configurar las listas electorales con un porcentaje de hombres y mujeres que ha ido variando hasta alcanzar un equilibrio paritario» [30].

Con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva entre hombres y mujeres se introduce el principio de presencia equilibrada en la Administración del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma (arts. 52 a 54). Además, en la Disposición Adicional Primera se concreta este principio y establece la presencia equilibrada de mujeres y mujeres, por lo que las personas de cada sexo no superen el 60 por ciento ni sean menos del 40. Sin embargo, fue una medida muy criticada por algunos sectores que consideraban que la ley debía proponer el 50 por ciento como presencia equilibrada.

En este sentido, es interesante recordar que el Tribunal Constitucional, en la STC 269/1994 establecía que:

---

[29] Sevilla Merino, J., Ventura Franch, A., «Fundamento Constitucional de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Especial referencia a la participación política», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario Igualdad efectiva de mujeres y hombres, núm. VII, 2007, p. 20.

[30] Sevilla Merino, J., (coord.) et.al. *Las parlamentarias en la I Legislatura: Cortes Generales (1979-1982)*. Congreso de los Diputados, 2010, p. 13.

«el TC considera constitucional el establecimiento de puestos a minusválidos como plenamente constitucional. En el caso de cuotas electorales se debe de poner en relación con otro derecho constitucional, el derecho de participación política, cuyas posibilidades de limitación no han de llegar hasta el contenido esencial del derecho. El reconocimiento del derecho del derecho de participación política del artículo 23 de la Constitución, considera que éste no es un derecho ilimitado, pero sus limitaciones han de ser compatibles con el ejercicio del derecho».

De esta Sentencias han surgido diferentes doctrinas:

– Por un lado, la propia carga de negatividad que conlleva la preferencia de las mujeres simplemente por el hecho de ser mujeres, al margen de su propia acreditación para llevar a cabo dicha representatividad [31].

– Por otro lado, se considera por algunos que esta forzosa paridad humillaría a las propias mujeres que se verían en la política no por derecho propio, sino por una medida coactiva de la ley que forzaría esa representación [32].

La implementación de las cuotas electorales supone la adopción de unas medidas de acción positiva para lograr incorporar a las mujeres en determinados ámbitos que no tenían representatividad o que la tenían, pero muy baja. Por lo que han supuesto un importante avance, la representación de la mujer en el ámbito político ha ascendido notoriamente, pero el proceso es lento, sólo en 19 países han alcanzado o superado el 40 por ciento, entre estos países, más de dos tercios han implementado cuotas de género, lo que provocó una mayor participación política de las mujeres en los parlamentos nacionales [33].

La lucha feminista ha sido fundamental en el desarrollo y la evolución del reconocimiento de los derechos constitucionales de las mujeres. La consagración de la igualdad de género y la no discriminación en las constituciones y el derecho internacional ha sido un logro significativo, aunque persisten desafíos que requieren una atención continua y un compromiso renovado en la igualdad de género.

El acceso de las mujeres a la representación parlamentaria ha sido el resultado de una combinación de factores históricos, sociales, legales y políticos.

---

[31] Souto Galván, C., *Principio de igualdad y Transversalidad de género*, *op. cit.,* p. 79.

[32] *Op. cit.,* p 79.

[33] ONU Mujeres, Hechos y cifras: Liderazgo y participación política de las mujeres, https://www.unwomen.org/es/what-we-do/leadership-and-political-participation/facts-and-figures#_ednref11 (20 de junio de 2024).

Estos factores han interactuado de diversas maneras en diferentes contextos nacionales y regionales, facilitando el avance de la igualdad de género en la esfera política, como hemos visto hasta ahora. Las reformas legales y constitucionales han sido fundamentales para garantizar la representación de las mujeres en los parlamentos.

En muchos países han implementado sistemas de cuotas de género que requieren que un cierto porcentaje de los candidatos o de los escaños parlamentarios sean ocupados por mujeres. Por ejemplo, en 2007, Rwanda implementó una cuota del 30 % para las mujeres en el parlamento, lo que ha llevado a una de las tasas más altas de representación femenina en el mundo.

La promulgación de leyes de igualdad de género que prohíben la discriminación y promueven la paridad ha sido esencial. La Ley de igualdad de género de España de 2007 exige que los partidos políticos presenten listas de candidatos con al menos un 40 % de representación de cada género.

Los organismos internacionales y regionales han desempeñado un papel significativo en la promoción de la representación política de las mujeres. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979, insta a los Estados a tomar medidas para asegurar la igualdad de género en la vida política y pública.

También es muy significativo el aumento de la educación y el empoderamiento económico de las mujeres para su participación política. A medida que las mujeres han accedido a mayores niveles educativos y oportunidades laborales, también han ganado las habilidades y la confianza necesarias para participar en la política.

El acceso de las mujeres a la representación parlamentaria ha sido facilitado por una combinación de activismo feminista, reformas legales, apoyo internacional, avances educativos, cambios culturales y el compromiso de los partidos políticos. Estos factores han interactuado para crear un entorno más inclusivo y equitativo, aunque persisten desafíos y la necesidad de un esfuerzo continuo para garantizar la plena participación de las mujeres en la vida política.

El desarrollo legislativo de la representación parlamentaria de las mujeres puede ser analizado a través de diversas perspectivas y enfoques normativos que han evolucionado en respuesta a la creciente demanda de igualdad de género en la política.

Las cuotas de género han sido una herramienta crucial en este proceso, aunque su efectividad depende de un compromiso continuo y un enfoque integral que abarque tanto la legislación como la transformación social. La lucha por la igualdad de género en la política continúa, y requiere un esfuerzo concertado por parte de legisladores, partidos políticos, organizaciones de la sociedad civil y la comunidad internacional.

La representación parlamentaria de las mujeres ha experimentado avances significativos en las últimas décadas, aunque la igualdad plena aún no se ha alcanzado en la mayoría de los países. La situación varía considerablemente entre regiones y países, influenciada por factores culturales, políticos, legales y socioeconómicos. A continuación, se ofrece un análisis detallado de la situación actual de las mujeres en el ámbito de la representación parlamentaria a nivel global.

Según el Inter-Parliamentary Union (IPU), al inicio de 2024 [34], las mujeres ocupaban aproximadamente el 26.7 % de los escaños parlamentarios a nivel mundial. Sin embargo, esta cifra oculta variaciones significativas entre diferentes regiones:

En América Latina y el Caribe, esta región ha logrado avances notables gracias a la implementación de cuotas de género. En algunos países, como Bolivia y México, las mujeres constituyen más del 50 % de los miembros del parlamento [35].

En Europa los países nórdicos lideran con tasas de representación femenina superiores al 40 % . Sin embargo, en algunos países del Este y del Sur de Europa, la representación femenina sigue siendo relativamente baja.

En África, la representación de mujeres en los parlamentos africanos ha mejorado, con Rwanda destacando como un líder global, con más del 60 % de los escaños ocupados por mujeres [36]. Otros países, como Senegal y Sudáfrica, también han implementado con éxito cuotas de género.

En Asia y el Pacífico [37], la representación femenina varía ampliamente. En países como Nueva Zelanda, las mujeres ocupan cerca del 50 % de los es-

[34] Inter Parlamentary Union. The AI- Powered parliament Risks and opportunities, https://www.ipu.org/

[35] Unión Interparlamentaria. Women in national parliaments (Mujeres en parlamentos nacionales), al 1 de enero de 2024. https://data.ipu.org/women-ranking/?date_month=1&date_year=2024 (20 de junio de 2024).

[36] https://www.unwomen.org/es/what-we-do/leadership-and-political-participation/facts-and-figures#83880

[37] Unión Interparlamentaria. Women in national parliaments (Mujeres en parlamentos nacionales), al 1 de enero de 2024. https://data.ipu.org/women-ranking/?date_month=1&date_year=2024 (20 de junio de 2024).

caños parlamentarios, mientras que, en otros países asiáticos, la participación femenina es significativamente menor.

En Oriente Medio y África del Norte [38], la región MENA tiene algunas de las tasas más bajas de representación femenina, aunque hay excepciones notables como Túnez, que ha implementado reformas importantes para mejorar la igualdad de género.

Según un cálculo de la ONU, con el nivel de avance actual, la paridad de género en los cuerpos legislativos nacionales no se logrará antes de 2063 [39].

Los sistemas electorales también influyen en la representación de las mujeres. Los sistemas de representación proporcional suelen ser más favorables para la inclusión de mujeres que los sistemas mayoritarios. Esto se debe a que las listas de candidatos en los sistemas proporcionales permiten una mayor flexibilidad para incluir mujeres [40].

El compromiso de los partidos políticos y las instituciones con la igualdad de género es crucial. Los partidos que adoptan políticas internas de promoción de la igualdad de género y brindan apoyo a las candidatas mujeres pueden marcar una gran diferencia. Además, la existencia de organismos de igualdad de género y comisiones parlamentarias puede promover la representación femenina.

A pesar de los avances, persisten desafíos significativos para la plena representación de las mujeres en los parlamentos:

Como la violencia y el acoso, las mujeres en política a menudo enfrentan violencia y acoso, tanto físico como psicológico, lo que puede disuadir su participación.

Y las brechas de poder, incluso cuando las mujeres son elegidas, a menudo enfrentan dificultades para acceder a posiciones de liderazgo y toma de decisiones dentro de los parlamentos.

La representación parlamentaria de las mujeres ha avanzado significativamente, pero todavía queda mucho por hacer para alcanzar la igualdad plena. Las cuotas de género, las reformas legales, el apoyo institucional y el cambio cultural son elementos clave en este proceso. Un enfoque integral que aborde tanto las barreras legales como las socioculturales es esencial para

---

[38] *Ibid.*

[39] ONU Mujeres, Hechos y cifras: Liderazgo y participación política de las mujeres, https://www.unwomen.org/es/what-we-do/leadership-and-political-participation/facts-and-figures#_ednref11 (20 de junio de 2024).

[40] Dirección General de Políticas Interiores, *Sistemas electorales de cuotas de género y su aplicación en Europa,* Parlamento Europeo, 2008, pp. 42-44.

lograr una representación equitativa y efectiva de las mujeres en los parlamentos de todo el mundo.

La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing establecen como meta común lograr la participación política y distribución equilibrada del poder entre hombres y mujeres en la toma de decisiones. La mayoría de los países del mundo no han logrado el equilibrio de género, y son pocos los que han establecido o cumplido metas ambiciosas respecto de la paridad entre los sexos (50-50) (ONU Mujeres, 2013).

La presencia femenina en el ámbito político fue creciendo y los instrumentos internacionales apoyan este cambio. Desde los acuerdos de Pekín y la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres celebrada en Beijing en 1995, se trata de elaborar nuevas políticas públicas con enfoque de género, en cuyo texto se manifiesta la preocupación para alcanzar la erradicación de los estereotipos de género y violencia en imágenes y texto que presentan los medios de comunicación, en el objetivo estratégico sobre la Mujer y los medios de comunicación se establece «Promover una imagen equilibrada y no estereotipada de la mujer en los medios de comunicación» (Conferencia Beijing, 1995: objetivo J) y entre las acciones que plantean para que adopten los países, entre otras, es interesante destacar, en relación al tratamiento de los medios de comunicación a las mujeres políticas:

– Promover el concepto de que los estereotipos sexistas que se muestran en los medios de comunicación son discriminatorios de género, degradantes y ofensivos.

– Promover la investigación e implementación de una estrategia de información, educación y comunicación dirigida a promover una imagen equilibrada de las mujeres y niñas y sus múltiples roles;

– Desarrollar, en consonancia con la libertad de expresión, lineamientos profesionales y códigos de conducta y otras formas de autorregulación para promover la presentación de imágenes no estereotipadas de la mujer.

– Producir y/o difundir materiales para los medios sobre mujeres líderes, entre otras cosas, como líderes que aportan a sus puestos de liderazgo muchas experiencias de vida diferentes, incluidas, entre otras, sus experiencias en el equilibrio de las responsabilidades laborales y familiares, como madres, como profesionales, como gerentes. y como empresarias, para proporcionar modelos a seguir, en particular para las mujeres jóvenes.

La representación de las mujeres en el ámbito político, en los parlamentos, en los altos cargos directivos, en el ámbito funcionarial, es un hecho, pero como vemos, no se han alcanzado en 2024 las metas establecidas desde 1995.

Las cuotas de género han supuesto un avance, aunque sean todavía criticadas por algunos sectores, sin embargo, han permitido una mayor participación de las mujeres en las asambleas legislativas, hay más mujeres líderes de partidos políticos, aunque todavía su presencia no goza del respeto o del mismo tratamiento por parte de los medios de comunicación.

NEOMACHISMO, MASCULINIDADES Y JUVENTUD: ANÁLISIS DEL BARÓMETRO JUVENTUD Y GÉNERO 2023 DE LA FUNDACIÓN FAD JUVENTUD [1]

Mercedes Iglesias Bárez
Universidad de Salamanca

I. INTRODUCCIÓN

La crisis económica y financiera de 2008 y el cuestionamiento de la democracia representativa liberal han dado lugar a una serie de fenómenos que están marcando la identidad de una nueva política mundial: el auge del nacionalismo, el populismo, de los partidos políticos de extrema derecha y los discursos de odio. El elemento clave que define las actuales sociedades es el «desequilibrio del terror», ya sea frente a la inmigración, el terrorismo islamista o la pérdida del modelo referencial de la familia patriarcal.

El neomachismo es una dimensión más de este fenómeno, una reacción del patriarcado frente a la pérdida de su poder histórico en la cuarta ola del feminismo. Su pretensión confesada es la búsqueda de la igualdad formal y su efecto real es la perpetuación de un sistema de subordiscriminación de las mujeres. Emplea una nueva estrategia política, el victimismo, así como un espacio político propicio: la manosfera, y se dirige mediante eslóganes atractivos

[1] Este artículo es el resultado de las investigaciones realizadas en el seno del GIR Derechos y Libertades en la Sociedad actual de la Universidad de Salamanca cuya Investigadora Responsable es la Dra. Ángela Figueruelo Burrieza y en el Proyecto de Investigación El Estado de partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el contexto europeo (ESPAREU) Referencia: PID2021-124531NB-I00 (Ministerio de Ciencia e Innovación. Agencia Estatal de Investigación. Cofinanciado por la Unión Europea) y cuya Investigadora Principal es la Dra. María Salvador Martínez.

hacia los varones jóvenes, desheredados del poder político, económico y social en favor de un movimiento, el feminismo, que para ellos no es más que un grupo de interés y venganza. Un movimiento que en opinión de los hombres los ha excluido y criminalizado.

Este artículo se estructura en dos grandes partes. En la primera se traza un marco teórico acerca del surgimiento de los movimientos antifeministas y el neomachismo como nueva forma de hacer política. Se abordan sus estrategias de comunicación política y su influencia en la juventud, especialmente en el espacio digital. Plantea también el fracaso de las políticas públicas, esencialmente en España, en la implicación de los hombres, jóvenes y niños en la lucha contra la discriminación y contra todas las formas de violencia de género. En España, las políticas públicas que trabajan en la disolución de la masculinidad hegemónica son todavía una asignatura pendiente, y el trabajo muestra la necesidad de su construcción e implementación sobre todo en la juventud.

La segunda parte del artículo analiza en extenso los resultados que arroja el Barómetro Juventud y Género 2023 de la Fundación FAD Juventud. Se muestra, por medio de diferentes parámetros, el grado de penetración de la ideología reaccionaria y neomachista en la juventud española. Estas posiciones no solo han sido asumidas por nuestros varones jóvenes, sino también por mujeres jóvenes que, por un lado, no se sienten ya tan identificadas con la lucha feminista y, por otra parte, siguen en proporciones relevantes ancladas en un rol social y familiar que las identifica con el mundo de las emociones, el cuidado de los hijos, el amor romántico o la trivialización de ciertas formas de violencia de género. No son, en todo caso, tanto en el supuesto de los hombres como en el de las mujeres, posturas mayoritarias, pero sí relevantes, que nos inquietan al tiempo que nos compelen a incluir activamente a la juventud en la lucha por la igualdad y la no discriminación de género.

II. NEOMACHISMO, MASCULINIDADES Y JUVENTUD

Es de sobra conocido que todavía la cuestión del tratamiento de las nuevas masculinidades [2] está ausente del diseño e implementación de las políticas públicas en materia de igualdad y no discriminación en España, como demues-

[2] Lorente, M., Nuevos Hombres Nuevos. Destino, 2009; Salazar, O., Los hombres también tienen género. Dykinson, 2013; SALAZAR, Octavio, Yo, nosotros. Diario de masculinidades por desarmar. Cántico, 2024.

tra la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación [3]. Una omisión que no deja de ser extraña si tenemos en cuenta que una política adecuada, garantista y efectiva en la lucha contra la discriminación por razón de género requiere la presencia de los hombres, jóvenes y niños. Sin incorporar a los hombres no hay políticas eficaces de prevención ni tampoco es posible hablar de transversalidad en la lucha contra la violencia de género; mucho más si tenemos en cuenta el papel que esta integración puede operar para prevenir las vulneraciones en la autonomía personal de las mujeres, el acoso sexual, el acoso laboral por razón de género o la violencia digital [4]. De la misma forma, la disolución de los estereotipos y roles de género solo será posible si se construye una nueva masculinidad que se libere de los mandatos de género que exigen que los hombres sean seres eminentemente racionales, ajenos a las emociones, y creados y educados para conquistar y dominar, ya sea territorios o cuerpos [5].

En realidad, el principio de implicación de los hombres no es una cuestión nueva, sino que ya estaba presente en la Conferencia sobre la Mujer de Beijing en 1995 y en la 48.º Comisión de la CEDAW de 2004 donde Naciones Unidas recomendó a los Estados involucrar a hombres y niños en la lucha contra la violencia de género. No obstante, ha sido en los últimos años cuando esta recomendación se ha generalizado. En el Primer Informe de Evaluación de Grevio en relación a España de 2020 se instaba a las autoridades españolas a «que mantengan y desarrollen, cuando sea necesario, esfuerzos para involucrar a la sociedad en general, en particular a hombres y niños, a través de programas de prevención, campañas y otras medidas de base comunitaria como forma de prevenir y luchar contra las diferentes formas de violencia contra las mujeres» [6].

En este sentido se pronuncian también el Informe sobre la Igualdad de Género de la Unión Europea de 2021 [7] y la Estrategia para la Igualdad de Gé-

---

[3] Iglesias Bárez, M., «Políticas públicas y acciones positivas para la promoción de la igualdad en la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación», en: IgualdadES, 9, julio-diciembre, 2023, pp. 205-243.

[4] Gare, M., Macho. Por qué el feminismo no alcanza para sacar a los hombres del vestuario y qué pueden hacer ellos para salir. Urgentes, 2023.

[5] Salazar, O., «Otras masculinidades posibles: hacia una humanidad diferente y diferenciada», en: Recerca, 12, 2012, pp. 87-112; Salazar, O., «La quiebra del sujeto constitucional. Democracia paritaria y ciudadanía cuidadosa», en: Derechos y Libertades, 45, junio, 2021, pp. 17-56; Salazar, O., «La sexualidad masculina como problema político», en: Organicom, 40, sep-dic 2022, pp. 52 ss.

[6] https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/informesGREVIO/docs/InformeGrevioEspana.pdf consultado por última vez el 27 de junio de 2024, p. 34.

[7] https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0315_ES.html consultado por última vez el 27 de junio de 2024.

nero 2020-2025 de la Comisión Europea, donde se declara que «la prevención de la violencia, centrada en los hombres, los niños y las masculinidades, revestirá una importancia fundamental» [8].

Esta ausencia de integración de los hombres y niños en la promoción de la igualdad de trato y la no discriminación contrasta con la Estrategia estatal contra las violencias machistas 2022-2025 [9] del Gobierno español donde, dentro de sus objetivos, proclama como un elemento imprescindible la implicación y colaboración de los hombres en la lucha contra la violencia machista. Así, entre las medidas recogidas con un carácter específico en el ámbito de las estrategias, políticas públicas y pactos que se impulsen desde administraciones públicas en materia de violencias contra las mujeres, se encuentran: «[…] La mejora de la información dirigida a los hombres, jóvenes y adolescentes y su entorno para la detección y autodetección de comportamientos y actitudes no igualitarias, sexistas y violentas; la formación y sensibilización transversal a la ciudadanía en masculinidades igualitarias, feministas y antimachistas; la realización de campañas de concienciación que animen al activismo de los hombres por la igualdad y el feminismo involucrando a agentes estratégicos; el apoyo a programas de hombres por la igualdad y de promoción y apoyo a las entidades que trabajan por el cambio de los hombres; la creación de recursos especializados dirigidos a hombres para la prevención y actuación frente a las violencias machistas».

La inclusión de los hombres en la prevención de la violencia de género y la discriminación como principio que orienta las políticas de igualdad, es decir, el principio de implicación de los hombres, ya ha sido incorporado en 2022 en el artículo 3 de la Ley de Igualdad del País Vasco y recepcionado a nivel de Derecho comparado, tal y como nos muestra el Informe Comparativa Internacional en políticas de masculinidades de 2022 de la Fundación Capaim. Las recomendaciones de este Informe se enfocan en promover políticas «relacionales e inclusivas; interseccionales; capaces de vincular lo personal y lo político; adaptativas a largo plazo; con financiación continua suficiente y centrada en la responsabilidad de los hombres» [10].

Este Informe también propone un conjunto de medidas y acciones positivas como la creación de un órgano que centralice, coordine y vele por el cum-

[8] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0152&from=ES p. 4, consultado por última vez el 27 de junio de 2024.

[9] https://violenciagenero.igualdad.gob.es/planActuacion/estrategiasEstatales/combatirViolenciaMachista/docs/EEVM_22-25.pdf p. 285, consultado por última vez el 27 de junio de 2024.

[10] https://www.cepaim.org/wp-content/uploads/2022/06/Comparativa-politicas-masculinidades_delegaciongobviolenciadegenero_FundacionCepaim.pdf p. 184, consultado por última vez el 27 de junio de 2024.

plimiento de los principios básicos de una estrategia de lucha contra las violencias machistas poniendo el foco en los hombres; desagregar los datos y estadísticas; desarrollar estudios sobre la incorporación de los hombres en la lucha contra la violencia; promocionar la formación en género, igualdad y masculinidad a agentes clave como servicios sociales, educativos, de salud, la judicatura y la policía; o bien considera que en el ámbito laboral los Planes de Igualdad pueden ser un espacio eficaz para incluir medidas enfocadas específicamente a los hombres en temas como la prevención del acoso sexual y los riesgos laborales [11]. Una de las más transcendentales recomendaciones del Informe es que «todo el sistema educativo reglado, así como los espacios de educación no formal y el deporte son espacios óptimos para llegar a las poblaciones más jóvenes donde se fomenten relaciones igualitarias y valores de comunidad, cuidado y cooperación» [12].

Esta última propuesta se orienta a plantear y luchar contra el problema de la violencia de género entre los jóvenes, una preocupación que ha nacido en los últimos años en España, especialmente con el surgimiento del fenómeno del neomachismo [13], el antifeminismo y las posiciones negacionistas en relación a la violencia de género.

Vivimos actualmente en una época de polarización y también de polarización por razones de género. Si bien, por un lado, existe un amplio consenso entre los jóvenes sobre la necesidad de luchar por la igualdad de género y contra la discriminación [14], también en los últimos informes y encuestas, como la del Barómetro de 2023 [15], que analizaremos en profundidad más adelante, nos muestran que una proporción relevante de jóvenes en España tienen posiciones reaccionarias. Así, el número de jóvenes que se declaran feministas, incluso entre las chicas, ha disminuido; se cuestiona el feminismo como un

---

[11] *Ibid.* p. 185.

[12] *Ibid.* p. 185.

[13] Kuric, S., «Posmachismo, o de cómo el patriarcado se adapta en la sociedad actual», 2021 https://www.centroreinasofia.org/blog/posmachismo-o-de-como-el-patriarcado-se-adapta-en-la-sociedad-actual/ consultado por última vez el 28 de junio de 2024; Lorente, M., La refundación del machismo. Poskultura y guerra cultural. Comares, Granada, 2023; Lorente, M., «Posmachismo, violencia de género y derecho», en: Themis, 13, 2013, pp. 67 ss.

[14] Encuesta del CIS de 14 de enero de 2024 donde un 94 % de jóvenes de 16 a 24 años se mostraban bastante o muy de acuerdo con la idea de que «la igualdad entre hombres y mujeres contribuye a hacer una sociedad más justa». CIS (2024) Percepciones sobre la igualdad entre hombres y mujeres y estereotipos de género https://www.cis.es/-/avance-de-resultados-del-estudio-3428-percepciones-sobre-la-igualdad-entre-hombres-y-mujeres-y-estereotipos-de-genero?redirect=%2F consultado por última vez el 27 de junio de 2024.

[15] Sanmartín Ortí, Anna et al, Barómetro Juventud y Género 2023. Ministerio de Igualdad, el Centro Reina Sofía y la Fundación FAD Juventud, 2024. https://www.centroreinasofia.org/publicacion/barometro-juventud-genero-2023/ consultado por última vez el 28 de junio de 2024.

movimiento de derechos humanos; se ha incrementado la relevancia de los estereotipos de género a la hora de identificar la idoneidad por motivos de género en los sectores profesionales; se han reforzado los roles de género asociados al modelo familiar patriarcal; y los jóvenes muestran ser menos combativos contra la violencia de género, asumiendo posiciones que trivializan, justifican, o en el peor de los casos, niegan su existencia. Debates que antes creíamos superados como el de la igualdad de género se han reabierto, y se ha resquebrajado el consenso social sobre la violencia de género.

El antifeminismo es un fenómeno político global que se articula en un imaginario construido sobre posiciones ideológicas nacionalistas y tradicionalistas, que defienden el orden natural de los mandatos de género, así como el modelo de familia patriarcal, que denuncia la llamada ideología de género y que niega o banaliza la violencia de género; un antifeminismo que es defendido por los partidos y las alianzas internacionales de ultraderecha [16]. Uno de los grandes problemas que presenta es que este nuevo fenómeno político afianza el concepto clásico de masculinidad y tiene un efecto directo en la perpetuación de la violencia de género y especialmente de la violencia sexual [17].

El neomachismo es una dimensión más, sin duda una de las más preocupantes, de la época del miedo [18] que atravesamos; una reacción del sistema patriarcal ante la pérdida de poder de la masculinidad hegemónica tradicional. De la misma forma que la nueva política nacionalista y neofascista ha aprovechado el miedo económico y social al inmigrante para hacer política del odio, también este miedo a la pérdida de la autorreferencialidad masculina tradicional ha sido detectado y aprovechado por los partidos políticos de ultraderecha para hacer política antifeminista [19].

Esta reacción antifeminista bascula entre la exaltación de la masculinidad tradicional y el victimismo. El neomachismo se concibe como una nueva estrategia política contra el feminismo, que no opera en términos de confrontación directa contra los derechos de las mujeres; sino que se presenta como un antifeminismo líquido o lo que podríamos llamar un feminismo

[16] Rubio, R., «La munición constitucional del movimiento global antigénero», en: Teoría y Realidad Constitucional, 53, 2023, pp. 233-265. Rodríguez Palop, Eugenia et al, La extrema derecha y el antifeminismo en Europa. Fundación de Estudios Espacio Público, 2021, https://espacio-publico.com/wp-content/uploads/2021/06/Informe-version-final.pdf consultado por última vez el 28 de junio de 2024.

[17] Rodríguez Del Pino, J., et al, Moldear hombres. Juventud y representación de las masculinidades en la sociedad actual. Ikaria, 2021.

[18] Virilio, P., La administración del miedo. Pasos Perdidos, 2016.

[19] Álvarez-Benavides, A., & Toscano, E. (2021), «Nuevas articulaciones de la extrema derecha global: Actores, discursos, prácticas, identidades y los retos de la democracia», en: Política y Sociedad, 58, 2021.

abusivo, que sería una variante del constitucionalismo abusivo [20]. El neomachismo, pues, se desenvuelve más sutilmente, mediante la práctica de dos estrategias discursivas: la equidistancia y el victimismo [21]. Los neomachistas se escudan en que la igualdad de hombres y mujeres ya existe o bien que la violencia de género se practica tanto por hombres como por mujeres. El victimismo se construye mediante un argumentario que señala cómo las políticas de género perjudican a los hombres y menoscaban el criterio de la meritocracia, que la igualdad es, en realidad, solo para las mujeres, que la ideología de género les ha arrebatado su derecho a la presunción de inocencia, que son denunciados falsamente por violencia de género en los juicios por separación o la custodia de los hijos, o que son tratados de forma generalizada como delincuentes sexuales. Para los neomachistas los hombres viven en la actualidad una situación de «dominación feminista». Este alegato victimista olvida que la discriminación de género y la violencia de género son fenómenos estructurales en nuestros Estados y sociedades, no meras anécdotas o fenómenos circunstanciales, que afectan de forma mayoritaria a las mujeres, o que el uso abusivo de las denuncias falsas es una mera desinformación de género, cuando no *fake news*.

El neomachismo es una forma de hacer política mucho más peligrosa que el machismo hegemónico tradicional pues con la apariencia de legalidad y de respeto a la igualdad de todos, legitima y justifica un sistema de subordinación y discriminación. Estas posiciones reaccionarias, desde su apariencia de respeto formal a la legalidad, pueden así no suscitar un rechazo frontal y polinizar las mentes de los jóvenes. Además, construye un mundo especialmente atractivo para los jóvenes pues aplaca muchas de las necesidades asociadas a la adolescencia: encontrar una tribu o comunidad, incluso descubrir su propia identidad exaltando la masculinidad tradicional, así como ancla en la mente del joven su condición de víctima o incomprendido, ya sea por sus padres o por las mujeres.

Además, el neomachismo ha sabido manejarse muy bien en el mejor espacio de difusión actual como es el universo digital. La manosfera [22] aglutina a un sinfín de movimientos masculinistas y neomachistas. El espacio digital ha

---

[20] Landau, D., «Abusive Constitutionalism», en: U. C. Davis Law Review, California, vol. 47, núm. 1, noviembre de 2013, pp. 189 - 260.

[21] Reeves, R., Hombres. Por qué el hombre moderno lo está pasando mal, por qué es un problema a tener en cuenta y qué hacer al respecto. Deusto, Bilbao, 2023.

[22] García Mingo, et al, «(Re)configurando el imaginario sobre la violencia sexual desde el antifeminismo: el trabajo ideológico de la manosfera española», en: Política y Sociedad, 59, 2022; Delagado Ontivero, L. y Sánchez Sicilia, A., «Subversión antifeminista. Análisis audiovisual de las manosfera en las redes sociales», en: Prisma social, 40, 2023, pp. 183 ss.

propiciado la creación de burbujas de comunidades antifeministas que exaltan los valores masculinos, y se retroalimentan en su victimismo; así como ha permitido la rápida difusión de la desinformación de género.

Como los jóvenes se comunican esencialmente de forma digital, la manosfera ha permitido crear nuevos líderes de opinión o *influencers* antifeministas [23], comunidades de incels y un sinfín de contenido antifeminista [24]. Además, el anonimato de las redes y la falta de conexión física propicia la práctica de discursos de odio de género, que para ser más virales tienen que ser más agresivos, y favorece por su naturaleza digital la propia despersonalización de la mujer atacada o del propio colectivo feminista vilipendiado, con lo que la práctica de la violencia digital es más accesible y menos perseguida. Son además discursos de odio que se difunden de forma inmediata, globalmente y de forma gratuita. Es necesario, pues, entender y luchar contra los peligros reaccionarios que genera la manosfera, en tanto en cuanto se ha constituido en un espacio de identidad, de tribu, un lugar seguro entre los jóvenes varones.

Recientemente, el Informe del Centro Sofía sobre violencia de género y jóvenes de 2023 «Culpables hasta que se demuestre lo contrario. Percepciones y discursos de adolescentes españoles sobre masculinidades y violencia de género» [25], muestra algunas de estas posiciones neomachistas entre los jóvenes con afirmaciones y creencias como que el feminismo «busca perjudicar a los hombres», que «no se ocupa de problemas reales, sólo se usa como herramienta política»; o las posiciones de jóvenes que afirman que «no se puede debatir con feministas porque te acusan de machista muy rápido» o que «los hombres suelen tener trabajos más duros que las mujeres». Entre las recomendaciones del estudio para luchar contra el neomachismo se incluyen: trabajar y presentar a los y las adolescentes experiencias reales y no datos y/o estadísticas, que favorezcan una mayor identificación con la realidad; la necesidad de formación de los jóvenes en alfabetización mediática; un enfoque de las políticas públicas en las masculinidades y con una perspectiva interseccional. Es necesario deshacer el orden sociosexual tradicional que implica desvelar la toxicidad de la masculinidad tradicional para el propio bienestar físico y mental de los jóvenes, enseñar a los jóvenes los

[23] Pibernat Vila, M., «Misoginia youtuber: conseguir audiencia con humor sexista», en: Investigaciones Feministas, 12, 2022, pp. 47–56.

[24] Bates, L., Los hombres que odian a las mujeres. Incels, artistas de la seducción y otras subculturas misóginas *online*. Capitán Swing, 2023.

[25] https://www.centroreinasofia.org/publicacion/masculinidades-cualitativo/ consultado por última vez el 27 de junio de 2024.

problemas derivados de la construcción de su propia identidad, en base al reconocimiento del resto de la tribu de varones, denunciar el concepto de una sexualidad masculina siempre activa y heteronormativa, o bien desmitificar la idea del varón proveedor. En definitiva, los jóvenes deben entender que la masculinidad tradicional no solo ha significado para ellos históricamente una posición de poder, sino también una posición de presión social; intervenir en el ámbito digital y luchar contra el sexismo y la violencia digital; ayudar a los jóvenes a desarrollar estrategias de futuro y progreso, sin caer en el catastrofismo o la desesperanza y desjerarquizar y generar espacios de diálogo que integren a los jóvenes en las políticas públicas, que habitualmente se construyen desde posiciones adultocéntricas [26].

III. ANÁLISIS DEL BARÓMETRO JUVENTUD Y GÉNERO 2024 DE LA FUNDACIÓN FAD JUVENTUD [27]

La Fundación FAD Juventud realiza desde 2017 un informe bianual que muestra las percepciones, actitudes y experiencias de la juventud en relación a la igualdad de género. Esta organización, pues, cuenta ya con datos y estadísticas de los años 2017, 2019, 2021 y 2023, lo que permite construir una serie y analizar las tendencias en términos de avances y retrocesos que se producen en España.

Los principales objetivos del Barómetro de 2023 son, por una parte, conocer cuál es la percepción y las vivencias de los jóvenes españoles en relación a distintas cuestiones en materia de género: las diferentes representaciones sobre la identidad personal atravesadas por la variable del género, especialmente en lo que se refiere al mantenimiento de los roles y estereotipos de género; las relaciones y los roles dentro de la familia y de la pareja; o las actitudes, así como las percepciones y las experiencias con la desigualdad de género y la violencia de género y el acoso. Por otro lado, se pretende conocer la evolución de los indicadores desde 2017 e identificar tendencias en el tiempo al comparar los datos de 2023 con los Barómetros anteriores.

La metodología empleada son 1500 encuestas *on line* realizadas a jóvenes entre 15 y 29 años que residen en España, con cuestionarios autocomple-

[26] *Ibid.* pp. 72 ss.
[27] Sanmartín Ortí, Anna et al, *op cit.,* nota 14.

mentados donde las preguntas, salvo algunas excepciones, se mantienen a lo largo del tiempo para favorecer los estudios longitudinales [28].

1. **Principales resultados en relación a los estereotipos de género**

En relación a los mandatos de género [29], el Barómetro muestra que pervive una construcción diferenciada de las identidades femenina y masculina, asociadas a una jerarquía de características y cualidades que serían propias de mujeres o bien de hombres, y que afianzan los estereotipos de género.

Así, las mujeres según los datos globales son concebidas en términos globales como personas trabajadoras y estudiosas (46,5 %), inteligentes (41,4 %), responsables y prudentes (35,3 %), y sensibles y tiernas (31,6 %). En cambio, cuando se trata de los hombres, estos son identificados con características de las que carecen las mujeres, además de que la jerarquía de las mismas varía: son dinámicos y activos (35,8 %), trabajadores y estudiosos (32.3 %), independientes (30 %) y emprendedores (24,9 %). Dentro de las características que según las chicas definen a los chicos no se encontraría la sensibilidad y la ternura, una cualidad del ámbito de las emociones que ha sido históricamente ligada a la mujer.

En este mismo sentido, para los chicos, las chicas no tendrían como cualidades más esenciales el dinamismo y la condición de ser emprendedoras. Por otro lado, los chicos consideran en un 10,6 % (frente a un 8,6 % de las chicas) que las mujeres son dependientes; que son posesivas y celosas (en un 15,2 % frente a un 3,9 % de las mujeres); en un 11 % frente a un 2,8 % de las mujeres que son superficiales, y en un 7,7 %, (frente al 4,9 % de las mujeres) que están vinculadas al hogar.

Todos estos datos provocan que se mantenga una doble percepción de las mujeres: se trata de personas ligadas a la emoción, a la responsabilidad y, por tanto, menos dinámicas y emprendedoras, es decir, menos propensas a desarrollarse en el ámbito laboral y el espacio público, y más aptas para el hogar y el cuidado de los hijos. Así como existe una visión de la mujer como «tóxica» e interesada económicamente pues son personas dependientes y celosas.

En la serie temporal no se observan variaciones importantes en este orden de cualidades [30]. No obstante, los resultados de 2023 son negativos para una

[28] La encuesta tiene como parámetros una «afijación proporcional según edad, en tres intervalos (15-19, 20-24 y 25-29 años) y nivel de estudios terminados (Secundaria Obligatoria (ESO); Secundaria posobligatoria (Bachillerato) y Superiores Universitarios)», p. 8 del Barómetro.

[29] *Ibid.* p. 10, pp. 24 y 25.

[30] *Ibid.* p. 26.

cualidad importante de la personalidad de los jóvenes (hombres y mujeres): la independencia. En los Barómetros de 2017, 2019 y 2021 entre las principales características que definen a las chicas se mantenía la condición de independencia pero se pierde en la jerarquía de cualidades en 2023 y es sustituida por la sensibilidad y la ternura como características fundamentales de las chicas. En el supuesto de los chicos en el Barómetro de 2023 también la independencia pierde la condición de primeras características.

En relación a las atribuciones profesionales o idoneidad profesional en función del género, como una variable que construye estereotipos de género y genera brechas profesionales [31], el 50 % de los jóvenes considera que el género no es un elemento determinante para el ejercicio profesional. No obstante, un número importante de jóvenes (el 50 %) todavía considera que ciertas profesiones son más propias de hombres o de mujeres. Así, las profesiones de los ámbitos asistencial, sanitario y de cuidados y docente siguen siendo más propias de mujeres que de hombres (un 29,5 % de mujeres frente al 22,9 % de hombres en el primer caso y un 26,4 % de mujeres frente al 22,2 % de hombres en el segundo supuesto). En contraposición, la informática (un 7,7 % para mujeres y un 41,6 % para hombres), la gestión empresarial (12,4 % para mujeres y un 33,3 % para hombres) y las ingenierías (un 11 % para mujeres y un 37,9 % para hombres) son profesiones masculinas.

En lo que se refiere a este aspecto, desde la perspectiva histórica, en 2023 [32] tiene lugar un cambio sustancial que es necesario destacar: hay una disminución generalizada de aquellos que entienden que el género es una variable que determina la asignación profesional en la mayoría de los sectores. La razón de este descenso es un cambio en las percepciones de los hombres. Los varones jóvenes consideran cada vez más que todos los trabajos pueden ser para hombres y mujeres, incluso aquellos que estaban históricamente feminizados. Así, en el ámbito asistencial, sanitario o de cuidados, el porcentaje de hombres que entiende que es más adecuado para los hombres se incrementa del 11 % en 2021 al 23 % en 2023, y en las profesiones del ámbito educativo y docente, la subida es del 11 % al 22 %. Por tanto, se está produciendo una extensión profesional de los hombres hacia las profesiones consideradas femeninas, con lo que esta percepción de los hombres contribuye a profundizar el fenómeno; pero además los hombres también piensan en mayor proporción que las profesiones tradicionalmente masculinas son ahora

[31] *Ibid.* pp. 10 y 11. P. 29.
[32] *Ibid.* p. 11. p. 30.

más masculinas: en informática asciende de un 35 % al 42 %, en la gestión empresarial del 24 % al 33 % y del 21 al 38 % en las ingenierías.

Este cambio de extensión del horizonte profesional no ha tenido lugar en las mujeres jóvenes. Con ello se aprecia que los varones jóvenes perciben que todos los trabajos, incluso los feminizados en el pasado, son para ellos también, mientras que esta misma apreciación no se ha producido en las mujeres jóvenes que se perciben más compartimentadas laboralmente y puede implicar en el futuro mayores brechas laborales.

Otra de las cuestiones que analiza el Barómetro de 2023 es la presión social percibida por los jóvenes [33]. Esta variable en muchas ocasiones es determinante para que los jóvenes sigan los mandatos de género. Los resultados muestran que la presión social que los jóvenes sienten es muy alta con independencia del género. Así, el 48 % la siente para tener éxito profesional y en los estudios, el 43 % para no defraudar a otras personas, el 38 % tanto para no mostrar emociones de tristeza o ansiedad o como para ser físicamente atractivo, el 30 % para tener pareja estable, el 29 % para cuidar o apoyar emocionalmente a otras personas, el 28 % para realizar tareas del hogar y el 24 % para actuar o pensar como su grupo de amigos.

Ahora bien, se observa que esta presión social es muy superior en el caso de las mujeres que en el de los hombres, sobre todo en ciertos ámbitos: en el supuesto de tener éxito en el trabajo o los estudios es del 55 % para las mujeres frente al 39 % de los hombres o bien cuando se trata de no defraudar a otras personas (50 % de las mujeres frente a 37 % de los hombres). Esta divergencia aparece especialmente cuando el origen de la presión radica en mostrar la parte emocional en los casos de ocultar la tristeza o la ansiedad donde la diferencia es de 16 puntos (46 % de las mujeres, 30 % de los hombres). Y aunque esta brecha también es amplia en otros aspectos relacionados con el universo femenino o asociado a las mujeres es menor que los resultados de la presión social emocional: mostrarse atractiva (43 % frente al 33 % entre los hombres), realizar las tareas del hogar (33 % frente a 22 %) o en lo que se refiere a la presión para tener hijos (23 % frente a 15 %). Solo hay un resultado donde la percepción de la presión social es mayor para los hombres: tener que demostrar éxito para ligar (22 % de ellos, frente al 17 % de ellas), aunque no es una diferencia tan acusada como en los casos anteriores. No cabe duda de que en relación a la presión social, que invoca a los mandatos de género, la mujer joven sigue siendo identificada con las emociones y el hombre joven con el conquistador.

[33] *Ibid.* p. 11.

Como resultados positivos la presión social del Barómetro de 2023 ha disminuido respecto a los datos que arrojaron cortes anteriores [34].

2. **Principales resultados en las relaciones de pareja y familia**

En relación a los modelos relacionales de pareja que son más aceptados [35], los jóvenes optan mayoritariamente (65 %) por el modelo tradicional de pareja monógama. No obstante, esta opción también tiene una lectura en términos de género porque hay una gran diferencia entre la elección de los hombres (55 %) y las preferencias de las mujeres (74 %). Por otra parte, entre los hombres jóvenes se ha incrementado en 2023 significativamente otras opciones alternativas a la monogamia: relaciones sin compromiso (14 % frente al 8 % entre las mujeres), no tener pareja (10 % frente al 7 % de ellas) o bien parejas que no sean monógamas (6 % frente al 3,5 % de las mujeres).

Sobre la percepción que tienen los jóvenes de la pareja se da una paradoja. Por una parte, el 69 % considera que dentro de la pareja es necesario mantener la independencia, especialmente entre las mujeres (76 % frente al 62 % de los hombres), pero cuando se analizan distintas variables se observa que los jóvenes entienden la pareja como como una institución opresiva y limitante [36]: el 44 % cree que el chico debe proteger a su chica; el 39 % que tener pareja implica una entrega absoluta a la otra persona; el 32 % cree que empezar una relación debe afrontarse como si fuera para toda la vida; el 31 % cree que tener pareja implica una disminución de la libertad; el 27 % piensa que los celos son normales en una relación y que son una prueba de amor o que una persona necesita el amor de una pareja para sentirse realizada; el 21 % que es normal revisar el móvil de la pareja si crees que te engaña; el 15 % que es mejor ponerse la ropa que agrada a la pareja para evitar conflictos, y el 17 % que cuando se tiene pareja las amistades dejan de ser tan importantes. Además, estos porcentajes son más elevados en los casos de las percepciones de los hombres jóvenes: el chico debe proteger a la chica (53 % frente a 35 % de mujeres) o que los celos son una prueba de amor normal (37 % frente al 17 % de chicas). No cabe duda de que los roles que cada sexo desempeña en la pareja perpetúan los estereotipos de la mujer como ser débil y dependiente y la percepción de los hombres

[34] *Ibid.* p. 33.
[35] *Ibid.* p. 12.
[36] *Ibid.* pp. 12 y 13. pp. 37 a 39.

jóvenes como seres fuertes; sin olvidar que la visión de la pareja como un espacio limitante puede provocar situaciones de violencia y dependencia.

Además, la serie temporal arroja dos conclusiones. Por un lado, se muestra una visión más favorable a los modelos de parejas no tradicionales y, por otra, hay un incremento de la percepción opresiva y limitante de la pareja que ya había descendido, o bien se había mantenido estable en otros Barómetros [37]: tener pareja implica una entrega absoluta a la otra persona en 2021 era del 30,1 % y en 2023 del 39,5 % o que tener pareja siempre te va a quitar algo de libertad en 2021 era del 23,6 % y en 2023 es del 31,5 %.

Sobre la distribución de roles de género en el modelo de familia patriarcal, los resultados de 2023 muestran concepciones reaccionarias en materia de género que si bien solo se refieren a un grupo de jóvenes que no es mayoritario, sí que resulta relevante [38]. Así, el 36 % piensa que las mujeres nacen mejor preparadas para cuidar a los hijos; el 26 % que las mujeres, aunque trabajen, lo que realmente quieren es crear un hogar y tener hijos; el 22 % que son los hombres quienes deber sostener económicamente a la familia; el 18 % que las mujeres deberían ocuparse antes del cuidado familiar que de su vida profesional y el 13 % que no es bueno enseñar a un chico a cocinar, limpiar o cuidar menores. En relación a los resultados por género, si bien el porcentaje de hombres que tiene esta concepción es mayor que el de las mujeres, se observa con preocupación que también en las mujeres se mantienen posiciones sexistas asociadas a los roles de género dentro de la familia: el 32 % frente al 40 % de los hombres cree que las mujeres nacen mejor preparadas para el cuidado de los hijos e hijas; el 20 % (31 % de los hombres) afirma que lo que realmente quieren las mujeres es formar un hogar; el 16 % (27 % de los hombres) piensa que son los hombres quienes deben sostener a la familia; el 14 % (22 % de hombres) considera que las mujeres deben ocuparse del cuidado familiar por encima de todo, y el 10 % cree que no hay que enseñar a los chicos a realizar tareas domésticas o de cuidados.

En relación al reparto de las tareas del hogar, el 58 % que vive con su familia de origen y el 61 % de quienes viven en pareja declaran que el reparto de tareas es igualitario. Sin embargo, el 34 % reconoce que es más frecuente entre las mujeres. No obstante, también hay opiniones diferenciadas por sexo. Cuando las mujeres son preguntadas declaran que el reparto de tareas no es tan igualitario: cuando se convive con la familia de origen, casi el 40 % de ellas frente al 29 % de los hombres, y cuando viven con su pareja, declaran que las

[37] *Ibid.* p. 13.
[38] *Ibid.* p. 39.

tareas del hogar son asumidas especialmente por mujeres (el 23 % de las mujeres, frente al 14 % de los hombres).

3. Principales resultados en la percepción y vivencias de la desigualdad, la discriminación y el acoso

En relación a los resultados sobre la percepción de los jóvenes en materia de desigualdades [39], hay una amplia mayoría del 49 % que afirma que las desigualdades de género son grandes o muy grandes. El 15 % entiende que estas desigualdades son pequeñas o muy pequeñas y el 6 % niegan las desigualdades de género. Sin embargo, estas opiniones son muy diferentes entre hombres y mujeres: el 63 % de las mujeres (33 % de los hombres) las percibe como grandes o muy grandes, mientras que entre los hombres están muy presentes los argumentos que las relativizan (21 % frente al 10 % de ellas) o bien que las niegan (10 % frente al 2 % de las mujeres).

La tendencia es bastante estable desde 2017, aunque la serie apunta al descenso en la visión de que las desigualdades de género existen, descenso que es más acusado entre los hombres.

Sobre la percepción y vivencias de discriminación [40] entre los jóvenes, se observa una mayor percepción y experiencias de discriminación entre las mujeres, especialmente cuando se trata de determinadas causas de discriminación como es ir sola por la calle, es decir, la percepción de las jóvenes de los espacios seguros (46 %). También que son peor tratadas en las redes sociales (30 %), que cuentan con menos o peores oportunidades en el acceso a cargos de responsabilidad en la vida política (29 %), para compaginar la vida familiar y profesional (26 %), en los salarios o el acceso a puestos de responsabilidad en el trabajo (25 %), para ganar dinero (21 %), para romper con la pareja si lo desea (20 %) o para encontrar un empleo (20 %). Esta opinión contrasta fuertemente con la de los hombres jóvenes que piensan que las mujeres tienen mejores condiciones en ciertos aspectos: un trato igualitario en redes sociales con un 33 %, acceso a puestos de responsabilidad en la vida política con el 23,2 %, una mejor posibilidad de compaginar vida laboral y familiar con el 29,7 %, un mejor salario con el 27,2 %, un mejor acceso a puestos de responsabilidad en el trabajo con un 28,9 %, la posibilidad de ganar dinero con un 31,3 %, de romper con la pareja con un 35,1 % y más oportunidades para

[39] *Ibid.* pp. 13 y 14. pp. 44 y 45.
[40] *Ibid.* pp. 14 y 15.

encontrar un empleo con un 33,3 %. Con ello se muestra que hay una percepción antagónica entre hombres y mujeres en relación a la discriminación por razón de género, que además fomenta la autopercepción de los hombres como víctimas de las políticas de acción positiva y de discriminación positiva.

Los resultados de la serie son muy preocupantes en relación a la visión positiva que tienen los jóvenes en España de las políticas de igualdad de género pues se aprecia un importante descenso de esta percepción en 2023 respecto a la valoración de 2019 y 2021, tanto en chicas como en chicos [41]. Así, cuando se les pregunta sobre la meritocracia como único elemento a valorar en el acceso a puestos de poder el 57,3 % está de acuerdo; y cuando se les interroga sobre si las leyes deben establecer políticas de discriminación positiva solo el 33,9 % está a favor frente al 30,1 %, que está en contra (y en el caso de las mujeres es del 24,3 %).

En lo que se refiere a las vivencias o experiencias de discriminación [42], solo un 19,2 % (15,3 % en el caso de las mujeres y 23,7 % de los hombres) afirma no haber sentido discriminación. El origen de la discriminación se encuentra en el aspecto físico 39 % (42 % de mujeres frente a 35 % de hombres), el 27 % por ser joven (35 % de las mujeres y 19 % de hombres), el 20 % por razón de sexo o identidad de género (27 % de las mujeres frente al 13 % de los hombres), el 19 % declara haberse sentido discriminado por su forma de ser, su carácter o sus aficiones o por su nacionalidad, y el 18 % por sus opiniones políticas.

En términos de evolución de la serie, desde la perspectiva de las mujeres, el aspecto físico sigue siendo la mayor causa de discriminación, sin que haya variado sustancialmente a lo largo del tiempo. La condición de ser joven como causa de discriminación se mantiene aunque con un ligera bajada respecto a 2021, así como la discriminación por razón de sexo o identidad de género y el porcentaje de las mujeres que señalan discriminación por opiniones políticas. En los hombres, el aspecto físico también es el primer motivo de discriminación y ha aumentado la discriminación por nacionalidad, religión o creencias, orientación sexual y origen étnico y racial.

Los principales ámbitos de discriminación [43] son la calle (29 %), el ámbito laboral (20 %), las redes sociales (19 %) y la familia (17 %). Y las mujeres en términos generales se perciben y han vivido más discriminadas en todos los ámbitos: 38 % (frente al 20 % de ellos) en la calle o en el trato con la gente;

[41] *Ibid.* p. 48.
[42] *Ibid.* pp. 51 a 56.
[43] *Ibid.* pp. 53 y 54.

el 25 % (frente al 15 % de los hombres) en el espacio laboral; el 21 % (frente al 16 %) en las redes sociales y el 23 % (frente al 10 %) en el ámbito familiar. Los porcentajes se igualan en la vivencia de discriminación en el acceso a servicios públicos (16 % en todos los casos), sin embargo es más elevada en el caso de las mujeres en el acceso a servicios privados (tiendas, locales de ocio, bares…): 17 % frente al 11 % de los hombres.

En relación a la experiencia de situaciones de violencia [44], el 4,7 % de jóvenes dice haber sufrido acoso sexual con mucha frecuencia, un 9 % con frecuencia y un 21 % haberlo sufrido alguna vez. Cuando se trata de violencia física el 4,4 % relata haberla vivido con mucha frecuencia, el 8 % con frecuencia y el 17 % en alguna ocasión. Comportamientos de humillación y desprecio como burlas, insultos e incluso amenazas han sido sufridos por el 6,4 % con mucha frecuencia, el 12 % con frecuencia y el 40 % alguna vez. También hay diferencias por razón de género en las violencias que han sufrido: en el caso de los hombres dicen haber sido sometidos con frecuencia o mucha frecuencia a burlas, insultos y amenazas (20 %) frente al 17 % de las mujeres y a violencia física en mayor proporción que las mujeres (el 15,6 % de hombres frente al 9 % de mujeres).

En menor medida los jóvenes declaran haber practicado la violencia: un 3 % de jóvenes dice haber ejercido acoso sexual con mucha frecuencia en los últimos 6 meses y el 6,6 % con frecuencia; el 3,4 % dice haber ejercido violencia física con mucha frecuencia y el 6 % con frecuencia y el 11 % alguna vez. El 3,2 % se ha burlado, insultado o amenazado con mucha frecuencia y el 8,7 % con frecuencia y el 22 % de forma esporádica. Sin embargo la violencia ejercida por los hombres es mayor que la de las mujeres: un 13,6 % de hombres en los casos de insultos, burlas y amenazas de forma frecuente frente a un 9,8 % de mujeres; en los supuestos de violencia física con frecuencia o mucha frecuencia, un 12 % de los hombres frente al 7 % de mujeres jóvenes y en relación al acoso sexual, el 11 % de hombres, frente al 8 % de mujeres.

3.1 **Principales resultados en relación al sexismo y la violencia de género**

Sobre la percepción del sexismo por parte de los jóvenes [45], el Barómetro de 2023 recoge doce supuestos de sexismo [46]. El 18 % considera que todos estos comportamientos son sexistas, si bien consideran que el mayor acto de se-

[44] *Ibid.* pp. 15 y 16.
[45] *Ibid.* p. 16.
[46] *Ibid.* p. 60.

xismo (23 %) serían los piropos en la calle, seguido de atribuir las conductas violentas antes a los hombres que a las mujeres (20 %), y que los cambiadores de pañales estén en los baños de mujeres (20 %). Prácticamente el mismo porcentaje (19,7 %) apunta a que se valore de forma diversa la ropa que lleva una chica o un chico.

Por otro lado, y como viene siendo una constante, los hombres y las mujeres jóvenes valoran de forma diferente estos comportamientos sexistas. Mientras que para las mujeres el mayor supuesto reconocido de sexismo son los piropos en la calle (25 % frente al 21 % de los hombres), seguido de la identificación de todos los actos como inadmisibles (24 % de las mujeres frente al 10 % de los hombres), para los hombres, la opción sexista más reprobable (25,4 %) es que se atribuyan antes las conductas violentas a los hombres que a las mujeres (frente al 15 % de ellas), seguida de que sea el hombre quien tenga que invitar (24 % de los hombres y 10 % de las mujeres).

En relación a la evolución de la serie, para las mujeres la tendencia se mantiene en términos generales desde 2017, aunque desciende el porcentaje de cada uno de estos supuestos sexistas, especialmente con un descenso acusado de los piropos por la calle, que en 2021 representaban el 42,6 % y en 2023 el 25,5 %. En el caso de los hombres los cambios en su valoración de los actos sexistas son mayores. Hay un descenso importante en el porcentaje de jóvenes que señala la opción de los piropos en la calle (del 30,3 %, en 2021 pasa al 20,7 % en 2023), y aumentan otros comportamientos: que se atribuya la conducta violenta antes a los hombres (que ha pasado del 21,2 % al 25,4 %), que sean los hombres quienes tengan que invitar (del 21,2 % al 24,3 %) o que se valore de forma diferente la ropa que lleva un chico o una chica (del 13,2 % al 20 %).

Sobre la percepción y valoración de la violencia de género por parte de los jóvenes [47], una amplia mayoría del 63,3 % considera que la violencia de género es un problema social muy grave. Si bien este porcentaje es sumamente esperanzador, los porcentajes del Barómetro de 2023 en relación a opiniones relacionadas con la violencia de género, que la trivializan o la niegan son una fuerte rémora en el avance en la lucha contra la violencia de género entre los jóvenes. Así, el 30 % percibe como inevitable la violencia de género y el 40 % considera que es igual de problemática la violencia ejercida por las mujeres contra los hombres. El 44 % considera que los hombres están desprotegidos ante las denuncias falsas y el 37 %, que los hombres no están protegidos mediante la presunción de inocencia. El 18 % cree que la violencia de género no existe, y que es un invento ideológico, el 17 % que es algo

[47] *Ibid.* pp. 16 y 17. pp. 64 ss.

habitual en el seno de las parejas y el 16,5 % que no es un problema si se ejerce con una baja intensidad.

Más allá de esta valoración global, la percepción de los hombres y de las mujeres es muy diferente: la violencia de género es un problema social muy grave para el 73 % de las mujeres frente al 54 % de los jóvenes. Además, entre los hombres están más extendidas las posiciones negacionistas o banalizadoras: el 19 % de ellos (frente al 14 % de ellas) cree que la violencia no es problema si es de intensidad baja; el 32 % de ellos considera que es inevitable porque siempre ha existido, frente al 28 % de ellas; el 23 % de ellos dice que la violencia de género es un invento ideológico, frente al 13 % de las mujeres; el 18 % de los hombres cree que es algo habitual en una pareja, frente al16 % de ellas.

También entre los hombres está muy asumida su posición de víctima discriminada ante las políticas contra la violencia de género: la desprotección que sufren ante las denuncias falsas (51 % frente al 37 % entre las mujeres), o que no tienen garantizada la presunción de inocencia (45 % de los hombres y 30 % entre las mujeres). No obstante, y más allá de que los porcentajes sean superiores en el caso de los hombres es necesario destacar lo que preocupante que resulta las elevadas cifras que arrojan las percepciones de las mujeres, que abundan en la percepción que tienen los hombres de estar discriminados y en la percepción social general de que los hombres están desamparados frente a una denuncia de violencia de género.

En la evolución temporal se mantiene estable la opinión generalizada entre los jóvenes de que la violencia de género es un problema social muy grave, si bien es una opinión más extendida entre las mujeres que entre los hombres, aunque ha aumentado en el año 2023 entre los varones jóvenes (del 50 % ha pasado al 54 %). Más problemático resulta el aumento en la serie, tanto en mujeres como en hombres, de las opiniones minimizadoras, banalizadoras o negacionistas, que aunque sigan siendo superiores entre los hombres también están presentes en las mujeres, afianzando y generalizando el fenómeno del neomachismo.

En relación al argumentario que explica la violencia de género o los factores que influyen en la violencia de género[48], la falta de educación con un 36 % es la opción mayoritaria entre los jóvenes, a la que siguen la desigualdad de género (29 %), el consumo de alcohol y otras drogas (28 %), la educación patriarcal (26 %) y las rupturas sentimentales, separaciones, divorcios… (25,8 %). Hay una divergencia en la identificación de las causas de la violencia de género entre hombres y mujeres. Para las mujeres las principales motivaciones se en-

[48] *Ibid.* pp. 17 y 18. pp. 67 ss.

contrarían en causas estructurales como la desigualdad de género con un 36 % (frente a un 22 % de los hombres) y la educación patriarcal con un 35 % frente al 17 % de los jóvenes. Los hombres señalan como explicaciones de la violencia de género fenómenos circunstanciales, no estructurales, tales como el consumo de alcohol y otras drogas (30 % frente al 27 % de las mujeres) y los conflictos sentimentales (28 % de ellos frente al 24 % de ellas).

En lo que se refiere a la serie no hay cambios fundamentales. En las mujeres aumenta la causa de la desigualdad de género y factores circunstanciales y desciende la causa de la falta de educación y la educación patriarcal. Entre los hombres se incrementa la causa de la falta de educación y los supuestos circunstanciales. Resulta relevante que entre los hombres haya aumentado la causa de la desigualdad, la educación patriarcal y el clima social de violencia.

Es interesante destacar como entre las mujeres las causas que explican la violencia de género serían causas fundamentalmente estructurales, lo que requiere un tratamiento de la violencia de género desde la percepción de que subordiscriminación de las mujeres. Para los varones jóvenes las causas son sobre todo de tipo circunstancial, que atañen a determinados hombres, y que, por tanto, exigirían políticas específicas para estos hombres y no un tratamiento que remueva violencias y discriminaciones históricas e institucionales.

3.2 **Principales resultados de experiencias de violencia de género en el seno de la pareja y en su entorno**

Sobre la percepción de los jóvenes de supuestos de violencia en la pareja dentro de su entorno,[49] el Barómetro expone 16 posibles conductas de experiencias de violencia. De ellas, solo el 13 % de jóvenes dice no reconocer alguno de esos actos de violencia en su círculo cercano o entorno (esta cifra baja al 8 %, en el caso de las mujeres), por lo que su percepción de actos de violencia de pareja es muy alta. El acto de violencia de revisar el móvil es la primera causa que reconocen como percibida con un 54 % de mujeres y un 35 % de hombres[50].

[49] *Ibid.* pp. 18 y 19. pp. 71 ss.

[50] «El resto de conductas serían: el 36 % conoce casos en los que se controla todo lo que hace la pareja (47 % de mujeres, 25 % de hombres) o se limita con quién se puede hablar o a dónde se puede ir (36 % del total, 46 % de las mujeres y el 26 % de los hombres). El 33 % conoce casos en los que se trata de alejar a la pareja de sus amistades (42 % entre las mujeres y 22 % entre los hombres) o en los que se insulta o humilla (42 % de las mujeres y 22 % de los hombres), y el 32 % casos en los que se controla permanentemente donde está la pareja (40 % de las mujeres y 23 % de los hombres). Casi el 30 % de los y las jóvenes han conocido casos en los que se hace sentir miedo a la pareja (38 % de las mujeres y 20 % de los hombres), o se le dice que no vale nada (35 % de las mujeres, 22 % de los hombres). Alrededor del 27 %

A nivel del estudio longitudinal, y en lo que se refiere a la opinión de las mujeres, el porcentaje de todos los actos conocidos de violencia en su entorno son muy elevados, aunque en 2023 se ha reducido la proporción de mujeres que identifican ciertos actos. En el caso de los hombres se ha reducido desde 2021 su percepción en su entorno de los actos de violencia física directa y de amenazas.

Sobre las experiencias de los jóvenes de violencia en la pareja, tanto sufridas como ejercidas[51], las cifras son muy relevantes y más elevadas en el caso de las mujeres. Solo el 38 % (40 % de las mujeres y 37 % de los hombres) dice no haber vivido alguna de las situaciones de violencia. El acto de violencia más frecuente es el control mediante la revisión del móvil (22 % en términos globales, 24 % de las mujeres y 18 % de los hombres).

Desde 2017 se ha producido un incremento del reconocimiento explícito por parte de los jóvenes de todas las situaciones de violencia propuestas, siendo el Barómetro de 2021 el que recoge las cifras más elevas. Afortunadamente, en 2023 se percibe una disminución acusada: en el caso de la percepción de las mujeres, la conducta de revisar el móvil pasa en 2021 de un 59,7 % a un 54,4 % en 2023 (para los hombres de un 38,7 %, en 2021 a un 35,2 % en 2023). Así mismo entre las mujeres desciende de forma importante desde 2019 el porcentaje de las mismas que confiesan haber vivido alguna de estas situaciones (52 %, en 2019, 41 % en 2021 y 37 % en 2023). Sin embargo, en 2023 entre las mujeres ha amentado la mayoría de las experiencias de control. Y entre los hombres aumenta, aunque en menor porcentaje todas las situaciones especialmente en lo que se refiere a la revisión del móvil, pasan del 10 % al 15 % los que sienten que les controlan con quién hablar o dónde ir y asciende del 7 % al 13 % el porcentaje de quienes a los que se les ha dicho que no valen nada.

En lo que se refiere a los porcentajes de los jóvenes que reconocen haber ejercido violencia contra su pareja es minoritario[52] y resultan muy similares entre hombres y mujeres. La violencia más empleada consiste en revisar el móvil (hasta el 17,2 % del total, de los cuales el 21,1 % corresponde a las mujeres y el 13,3 % a los hombres), seguida con un 8,3 % decir con quién puede

señala la insistencia para mantener relaciones sexuales cuando la otra persona no quiere (37 % de las mujeres, 17 % de los hombres) o el envío de mensajes de diferentes tipos asustando, ofendiendo o amenazando (32 % de mujeres, 20 % de hombres); el 26 % amenazas concretas en caso de separación (33 % de mujeres, 19 % de hombres) o amenazas para obligar a hacer algo que no se quiere (29 % de mujeres, 19 % de hombres). Por debajo, aunque en porcentajes significativos, hay hasta un 22 % de jóvenes que conoce casos en los que se pega a la pareja (27 % ellas y 16 % ellos) o que conoce casos en los que se difunden sin permiso mensajes, insultos o imágenes o se graba o se hacen fotos de la pareja sin permiso (27 % de mujeres, 17 % de hombres)». *Ibid.* p. 18.

[51] *Ibid.* pp. 19 y 20.

[52] *Ibid.* pp. 75 ss.

hablar y dónde puede ir. Salvo en el supuesto de la revisión del móvil el resto de comportamientos está por debajo del 10 %.

La serie ha permanecido estable desde 2021. En relación a las mujeres se incrementa levemente los actos de humillación y la violencia digital como la grabación y/o difusión de mensajes o fotos sin permiso, o bien las amenazas y los supuestos de control como tratar de que no tenga contacto con sus amigos. Entre los hombres aumenta en la mayoría de las violencias, y especialmente las más frecuentes tienen que ver con la humillación, el control y las amenazas.

3.3 **Principales resultados de la actitud de los jóvenes ante el feminismo**

Uno de los fenómenos más problemáticos en materia de igualdad de género que revela el Barómetro de 2023 tiene que ver con escasa identificación de los jóvenes con el movimiento feminista [53] ya que, si bien el 42 % se considera feminista, el 46 % del global se declara no feminista y casi 12 % no sabe o no contesta. Además, la identificación varía sustancialmente entre los hombres y las mujeres: el 57,4 % de las mujeres se declaran feministas y solo el 25,9 % de los hombres. El grupo de más edad, que corresponde a los jóvenes de 25 a 29 años, es el que está más identificado con el movimiento feminista.

Por primera vez en 2023 hay un descenso entre los jóvenes que se sienten feministas, tanto si son hombres como mujeres (en el supuesto de las mujeres se quiebra la tendencia ascendente de la serie con un 46 % en 2017; 62 % en 2019; 67 % en 2021 y 57 % en 2023), y con un aumento también de quienes no saben o no quieren definirse. En relación a los hombres se consolidada el descenso observado desde 2019 (37 % en 2019; 33 % en 2021; 26 % en 2023).

Sobre la valoración del feminismo [54], la mayoría tiene una opinión positiva pues el 57,9 % considera que debe implicar a hombres y mujeres y el 47 % lo percibe como necesario para corregir las desigualdades existentes. No obstante, el Barómetro también refleja un serio cuestionamiento del feminismo: el 26,3 % por su parte considera que no es necesario porque ya existe igualdad de hombres y mujeres; el 31,7 % entiende que el feminismo no se preocupa de los problemas reales de las mujeres, y además que su intención última es la de perjudicar a los hombres, 31,7 %. Entre las mujeres, la valoración positiva del feminismo es mayor (64 % frente al 52 % de los hombres) y los hombres lo perciben como una ideología inútil o bien perjudicial: 38 % de hombres (fren-

[53] *Ibid.* p. 20. pp. 82 ss.
[54] *Ibid.* pp. 20 y 21. pp. 84 ss.

te al 29 % de mujeres) que creen que no tiene impacto real; el 35,5 % frente al 28 % de mujeres declara que el feminismo no se preocupa por los problemas reales de las mujeres; el 41 % de hombres (22 % de mujeres) que cree que el feminismo busca perjudicar a los hombres, y el 35 % (18 % de mujeres) que afirma que el feminismo no es necesario porque ya existe igualdad real.

Desde 2021 hay un aumento de las valoraciones positivas y negativas en torno al feminismo, tanto en hombres como mujeres. Las valoraciones negativas entre las mujeres han crecido en supuestos como que el feminismo no tiene impacto real, y solo se utiliza como herramienta política (del 17,2 %, en 2021, al 28,7 %); el feminismo no se preocupa por los problemas reales de las mujeres (del 17,4 % al 27,9 %); que el feminismo busca perjudicar a los hombres del 13,9 % al 22,3 %) y la opinión de las mujeres en relación a que el feminismo no es necesario, porque ya existe igualdad también ha ascendido del 12,9 % al 17,9 %. En el caso de los hombres, también ha crecido desde 2021 las opiniones contrarias al feminismo: no tiene impacto real y solo se emplea como herramienta política (del 26,9 % al 38,5 %); no se preocupa de los problemas reales de las mujeres (del 27,9 % al 35,5 %); busca perjudicar a los hombres (del 24 al 40,8 %), y no es necesario porque ya existe igualdad (del 26,4 % al 34,7 %). Estas percepciones vienen también a asentar la idea de que el neomachismo se ha instalado en el imaginario de los jóvenes españoles.

¿LA ARTIFICIAL INTELIGENCIA PUEDE PENSAR EN LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES? PATRIARCADO Y GÉNERO, CONCEPTOS BÁSICOS QUE LA AI DEBERÍA APRENDER

Asunción Ventura Franch
Universitat Jaume I

I. LA ARTIFICIAL INTELIGENCIA Y EL PENSAR PARA LA IGUALDAD

El auge de la IA parece un hecho irreversible cada día más se va a utilizar en multitud de funciones y se puede afirmar que la IA ya forma parte de la cotidianidad, casi todo tiene alguna relación con esta tecnología, que se ha convertido nominalmente en familiar aunque muy poca gente conoce sus profundidades. Frente a este hecho se dan reacciones a favor y en contra, pero queremos destacar una cierta preocupación por lo que respecta a los contenidos sobre todo en materia de igualdad de mujeres y hombres. Uno de los debates acerca de la IA es si realmente es inteligente o simplemente aprende, utilizando mucha información de manera muy rápida, tanto de los conocimientos realizados por la ciencia como de todo lo que circula por la red y a la que tiene acceso, que como ya es conocido tiene muchos sesgos de género, estos sesgos son amplificados por la IA al tener una gran capacidad de desarrollo, mayor escala y más velocidad. Si la Inteligencia Artificial fuera bien pensante, que no es seguro que lo sea, tendría que discriminar y eliminar los mencionados sesgos a la vez que aplicar los mecanismos que la ciencia, y en este caso nos referimos a los estudios feministas, ha aportado para así desarrollar una IA no sexista. Parece que hasta ahora los sesgos de género se han incorporado, de

forma mayoritaria, al diseño de la IA pero eso no significa que no se pueda modificar esta tendencia, sobre todo si los Estados adoptan medidas para cumplir con la finalidad de la igualdad de mujeres y hombres y poder así utilizar todo el potencial que representa la puesta en marcha de un instrumento que bien diseñado, desde la perspectiva de los derechos humanos, puede contribuir a desarrollar una sociedad menos discriminatoria.

Hasta ahora como señalan algunos autores [1] «los sesgos de género se encuentran en los conjuntos de datos de inteligencia artificial (IA) en general y en los conjuntos de datos de capacitación en particular. Los algoritmos y dispositivos tienen el potencial de difundir y reforzar estereotipos de género dañinos. Tales sesgos de género corren el riesgo de estigmatizar y marginar aún más a las mujeres a escala mundial. Teniendo en cuenta la creciente ubicuidad de la IA en nuestras sociedades, ponen a las mujeres en riesgo de quedarse atrás en todos los ámbitos de la vida económica, política y social. Incluso pueden compensar algunos de los considerables avances fuera de línea que los países han logrado hacia la igualdad de género en el pasado reciente». La IA también corre el riesgo de tener un impacto negativo en el empoderamiento económico de las mujeres y las oportunidades del mercado laboral al conducir a la automatización del trabajo».

Como ejemplos muy evidentes se han señalado la sumisión «femenina» de Siri [2] y el servilismo expresado por tantos otros asistentes digitales de aspecto femenino. En relación con ello se apunta que «casi todos los asistentes de voz reciben nombres y voces femeninas [3] y expresan una «personalidad»

---

[1] West, M.; Kraut, R.; Chew, H., Ei, *I'd blush if I could: closing gender divides in digital skills through education*. EQUALS y UNESCO, 2019. https://unesdoc.unesco.org/ark:/483/pf0000367416.page=1. Citado en Senent Vidal, M. J.; Ventura Franch, A., «Inteligencia artificial e igualdad de mujeres y hombres: una regulación Jurídica necesaria. Especial referencia al proyecto de reglamento europeo», en: *Revista IgualdadEs,* núm. 10, enero/junio 2024, pp 45-71.

[2] Curiosa y significativamente, «los fans han descubierto que la voz original de Siri, el asistente virtual de Apple, aparece en el juego [Persona 5 Strikers] doblando también a una inteligencia artificial, de nombre Emma», Cervera, S., 2021, disponible en: https://areajugones.sport.es/videojuegos/la-voz-original-de-siri-apple-aparece-en-persona-5-strikers/. «En el juego, Emma cumple muchas de las mismas funciones que Siri en el mundo real. Encuentra tiendas cercanas, traza rutas de viaje, hace horarios e incluso puede sugerir cosas como qué llevar en un viaje de campamento. Los protagonistas adolescentes rápidamente se dan cuenta de lo útil que es y lo descargan en todos sus teléfonos», Walker, I., 2021, disponible en: https://kotaku.com/persona-5-strikers-got-siris-original-voice-actor-to-pl-1846337639

[3] «Siri no está sola: Alexa (Amazon), Cortana (Microsoft), Bixby (Samsung), Anna (Ikea) o en España Aura (Movistar) o Irene (Renfe) son asistentes virtuales que obedecen órdenes, administran aplicaciones, compran billetes y aconsejan sobre muebles o compras, entre tantas otras funciones», disponible en: https://www.eldiario.es/tecnologia/hola-siri-hola-alexa-mujer_1_1746781.html. Cortana, el asistente de voz de Microsoft tiene una representación explícita femenina; y también un personaje de videojuego, que «fue una IA que forma una parte fundamental en la franquicia de los videojuegos del *Universo de Halo* y es la principal antagonista en la *Saga del Reclamador*». No obstante, «[l]os estudios y quejas de personas usuarias al respecto han propiciado que algunas compañías incorporen la imagen de un hombre

que está diseñada para ser uniformemente subordinada. […] estos sesgos tienen sus raíces en marcados desequilibrios de género en la educación de habilidades digitales y se ven exacerbados por los desequilibrios de género de los equipos técnicos que desarrollan tecnologías de vanguardia por parte de empresas con disparidades de género significativas en sus *C-suites* y juntas corporativas» (UNESCO, 2020) [a. trad.]. Por ello, distintas investigaciones han pedido que se tomen medidas para que las aplicaciones que adoptan roles femeninos no persistan en situar a las mujeres en papeles secundarios y ligados a los roles tradicionales de género, de cuidados y provisión de ayuda [4].

Además de la discriminación latente debida a los sesgos que pueden adoptar los sistemas de IA, se han descrito diferentes supuestos de lo que se ha denominado «mal automatizado» [5]. Se trata, en definitiva, del uso de la IA para discriminar y sostener los estereotipos de la sociedad patriarcal.

Todo ello contribuye a desvelar que «el patrón cultural dominante corresponde a un hombre blanco perteneciente a un grupo con recursos. Es a él a quien se tiene como público objetivo a la hora de diseñar y desarrollar herramientas de inteligencia artificial [6]. Ello es así en gran medida porque es el reflejo de quienes las diseñan, que lo hacen de manera acorde con sus propias necesidades de productos y servicios. […] Además del género y la raza, el estatus socioeconómico suele ser una categoría más de discriminación. […] Si ya la presencia y la consideración de mujeres blancas y con buenas condiciones económicas y socioculturales es poco frecuente, esto se hace casi imposible para mujeres procedentes de grupos desaventajados socialmente» [7].

Los sesgos de género existentes en la IA perpetúan la desigualdad de las mujeres y contribuyen a un incremento de la violencia contra ellas porque además propician que se reproduzcan estereotipos de sumisión y mercantilización de los cuerpos de las mujeres vinculándolos al imaginario del cuerpo sexuado, en los que cualquiera que tenga acceso a una apps de IA en abierto puede modificar unas imágenes sin el consentimiento de las personas afectadas.

---

en su sistema de asistencia virtual. Por ejemplo, Renfe en la actualidad tiene la imagen de un hombre –Martín– en el asistente virtual de su página web», Sáinz, M.; Arroyo, L.; Castaño, C., *Mujeres y Digitalización. De las Brechas a los Algoritmos*. Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, Ministerio de Igualdad, 2020. Disponible en: https://www.inmujeres.gob.es/diseno/novedades/M_MUJERES_Y_DIGITALIZACION_DE_LAS_BRECHAS_A_LOS_ALGORITMOS_04.pdf

[4] Sáinz; Arroyo; Castaño, *ibid.*

[5] Senent, R. M.; Bueso, D., «La banalidad del mal (automatizado): reflexiones críticas sobre el conocimiento peligroso en la investigación del aprendizaje automático». *Recerca, Revista de Pensament i Anàlisi*, 27(2), 2022, 1-26.

[6] Senent Vidal; Ventura Franch, *op. cit*, nota 1.

[7] Sáinz; Arroyo; Castaño, *op. cit.,* nota 3.

Sin entrar en la profundidad del debate acerca de si la IA es una máquina que genera pensamiento propio o hecho por mano o arte del hombre o la mujer (definición de artificial de la RAE a la que añadimos mujer) lo que entendemos como fundamental es que el desarrollo de la IA esté regulada estableciendo así unos parámetros basados en los principios que emanan del respeto a los derechos humanos porque de esta manera y gracias al efecto multiplicador de la IA puede contribuir a avanzar en la implementación de un sistema social planetario menos discriminatorio.

II. LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y EL SISTEMA PATRIARCAL: LA NECESIDAD DE ACOTAR CONCEPTOS

La violencia de género es un término muy usado para designar algunas de las agresiones que los hombres infringen a las mujeres pero no tiene un significado unánime, en la mayoría de los casos se utiliza de forma incorrecta identificando violencia de género con algunos de los tipos en los que se manifiesta.

La dispersión terminológica y la confusión del concepto de violencia de género se produce en la academia, en las leyes, en las Convenciones y Tratados internaciones y en general en todos los ámbitos, por ello difícilmente se podría esperar algo diferente cuando se le pregunta sobre dichos conceptos a alguna de las formas más utilizadas de IA. Así preguntado al ChatGPT Español sin registro acerca de la violencia de género contesta: «La violencia de género se refiere a cualquier acto de violencia que se dirige a una persona debido a su género» (consultado el 27/07/24). El genérico persona puede ser hombre o mujer y con respecto al género tampoco se concreta si es el dominante o el subordinado.

Es necesario acotar el concepto de violencia de género para no producir confusiones y poder abordar esta problemática de manera eficaz, dado que la dispersión en unos casos y la incorreción terminológica en otros, impiden que las medidas adoptadas surjan efectos y sean exportables a situaciones que también son violencia de género pero no se consideran como tal según se hayan establecido unos u otros conceptos.

La violencia contra las mujeres es mucho mayor en número de víctimas de lo que en realidad señalan las estadísticas, porque al no existir un concepto unificador de la violencia de género, los datos se fragmentan y parece que su alcance sea menor. Aun así, solo los datos que reflejan las mujeres asesinadas por su pareja o expareja, en España, o en cualquier otro país son insoportables, pero si a esto se añade la violencia que las mujeres sufren en el trabajo, en la política, en la economía y en cualquier tipo de relación, quizá el resultado po-

dría ser insostenible desde cualquier tipo de análisis y cuestionar los propios fundamentos del Estado. La encuesta Europea de Violencia de Género de 2022 señala que la violencia sufrida por mujeres en la pareja en España alcanza el 28,7 % lo que supone un total de 4.806.054 mujeres y en relación a la violencia fuera de la pareja estima que el 20,2 % de mujeres han sufrido violencia lo que supone un total de 3.614.235 mujeres.

Para comprender y conceptualizar la violencia contra las mujeres es necesario acudir al concepto de patriarcado, en cuya estructura reside el origen de esta violencia. Para ello, adoptaremos dos definiciones: una de carácter general, que afecta a la totalidad de un sistema; y otra más concreta, que detalla algunas situaciones que en principio parecen contradictorias con el sistema patriarcal pero que sin embargo son consecuencia del mismo.

La primera definición de carácter general corresponde a Celia Amorós [8] que entiende por patriarcado un modo de dominación de los varones sobre las mujeres que tiene efectos sistémicos. La segunda, de carácter más concreto pero que tiene un gran interés para comprender las formas y los mecanismos que adopta ese modo de dominación es de Alda Facio [9], quien define el patriarcado «como el poder de los padres; un sistema familiar, social ideológico y político mediante el cual los hombres, por la fuerza, usando la presión directa o por medio de símbolos, ritos tradicionales, leyes, educación, el imaginario popular o inconsciente colectivo, la maternidad forzada, la heterosexualidad obligatoria, la división sexual del trabajo y la historia robada, determinan qué funciones podemos o no desempeñar las mujeres. En este sistema, el grupo, casta o clase compuesto por mujeres, siempre está subordinado al grupo, casta o clase compuesto por hombres, aunque pueda ser que una o varias mujeres tengan poder, hasta mucho poder como las reinas o las primeras ministras, o que todas las mujeres ejerzan cierto tipo de poder, como es el poder que ejercen las madres sobre los y las hijas».

La concreción de esta definición de patriarcado permite, por una parte, visualizar que este poder puede utilizar todas las formas de sometimiento, incluida la violencia, y que además no excluye la posibilidad de que algunas mujeres participen individualmente del poder patriarcal, o que tengan un cierto tipo de poder que el patriarcado no considera como tal.

El concepto de patriarcado ha sido «resignificado» por la teoría feminista y además ha sido desnaturalizado contribuyendo con ello al cuestionamiento

---

[8] Amorós, C., «Pensar filosóficamente desde el feminismo», en: *Revista Debats*, núm. 76, Valencia, 2002.

[9] Facio, A., «El derecho como producto del patriarcado», en: Facio, A.; Camacho, R., (eds.), *Sobre patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones (Una mirada de género sensitiva del derecho)*. Ilanud: Programa Mujer, Justicia y Género, San José de Costa Rica, 1993, pp. 7-29.

del patriarcado como sistema de dominación incompatible con los sistemas democráticos. Una de las razones que había contribuido a la consolidación y permanencia del patriarcado ha sido la teorización y justificación de que formaba parte de la naturaleza humana, lo que contribuía a su aceptación como algo irremediable y la vez inmodificable. La teoría feminista aporta elementos científicos suficientes para entender que el que haya existido de forma generalizada no quiere decir que no pueda dejar de existir [10].

Al concepto de género se le atribuyen orígenes diferentes [11] y, como señala Rosa Cobo [12], se ha desarrollado en varias direcciones, pero señalaremos dos relacionadas con este trabajo. En primer lugar, «género» se refiere a la existencia de una normatividad femenina edificada sobre el sexo como hecho anatómico. Y en segundo lugar, esta normatividad femenina reposa sobre un sistema social en el que el género es un principio de jerarquización que asigna espacios y distribuye recursos a varones y mujeres. Este sistema social será designado por la teoría feminista con el término patriarcado.

El uso del término género aparece en la obra de Kate Millet «Politica sexual» (1970) y lo consolida Gayle Rubin [13] en 1975 que define el sistema sexo/género como un conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos humanos. Así el sexo lleva la marca de la biología y el género la marca de la cultura. «Es el conjunto de prácticas, símbolos, representaciones, normas y valores sociales que las sociedades elaboran a partir de la diferencia sexual». La estructuración del sistema sexo/género comporta necesariamente la represión de aquellas conductas que se aparten del modelo. La violencia de género presupone una posición de poder de los hombres en la sociedad, dado que en la estructura del sistema sexo/género, el sexo que ejerce el poder es el masculino, y fruto de esa posición se ejerce la violencia contra las mujeres con el ánimo de control y subordinación.

La cultura ha establecido un sistema de organización sobre una base biológica por la que las mujeres, históricamente, han sido dominadas y se han

---

[10] Barrère Unzueta, M. Á., «Género, discriminación y violencia contra las mujeres», en: Laurenzo Copello, P.; Maqueda Abreu, M. L.; Rubio Castro, A. M., *Género, violencia y derecho.* Tirant lo Blanch, 2008, pp. 27-47.

[11] Izquierdo, M. J., *El malestar en la desigualdad.* Cátedra-feminismos, Madrid, 1998. La autora atribuye el origen del concepto de género a la psiquiatría. Pero señala la posición de otras autoras, como Silvia Turbet, que lo atribuye a la endocrinología infantil. Sin embargo, reconoce que existe un amplio consenso en identificar el concepto de género con las teorías de la antropóloga feminista Gayle Rubin (1975), que a partir de ese momento se convierte en una categoría central del pensamiento feminista (p. 53).

[12] Cobo Bedía, R., «El género en las ciencias sociales», en Laurenzo Copello, Maqueda Abreu, Rubio Castro, *op. cit.,* nota 10, p. 53.

[13] RUBIN, G.; GLOVER, D.; KAPLAN, C., *Géneres i identitats culturals*. Eumo, Vic, 2002, p. 34.

encontrado en una posición de subordinación y los hombres en una posición de dominación. Para analizar esta situación es necesario partir de la existencia de estas dos posiciones claramente diferenciadas, pero a la vez, estrechamente vinculadas, hasta el punto que no se puede entender la una sin la otra: para que un grupo esté subordinado debe existir otro grupo dominante. La subordinación de las mujeres –al igual que cualquier otro tipo de subordinación– se produce porque otros, apoyados por todos los instrumentos del poder, ejercen la función de dominio. Por ello, es necesario analizar las relaciones que se dan entre la posición subordinada y la posición de dominante, y las consecuencias que han tenido y la dificultad que comporta intentar, a partir de esta estructura, poder establecer unas relaciones igualitarias. Simplificando, podríamos señalar que hay dos grandes bloques de funciones en la historia de la humanidad, una en la que los hombres, por tener un sexo determinado, han realizado las funciones que tienen más valor, de acuerdo con los parámetros establecidos por el poder patriarcal, mientras que las mujeres, por tener un sexo diferente al del hombre, han realizado todas aquellas que socialmente tienen un reconocimiento menor. Las diferentes asignaciones de funciones sociales en base al sexo han generado una estructura social marcada por la subordinación y la discriminación de las mujeres en todos los ámbitos.

Por tanto, el género [14] no puede identificarse con mujer ni tampoco con sexo, aunque el hecho de tener un sexo femenino es la base de la asignación de funciones que tienen una peor valoración. El género no puede confundirse con el hecho de ser mujer porque en primer lugar hay dos géneros, masculino y femenino con posiciones diferentes como hemos visto; y en segundo lugar, porque un género no puede explicarse solo, dado que necesita del otro para su existencia [15]. La asignación de funciones diferentes en base al sexo y la jerarquización de los géneros es una cuestión que se nutre de razones culturales e históricas y sobre la que se ha sustentado la construcción social y todavía condiciona el modo de percibir la realidad.

---

[14] Sobre las distintas acepciones de la categoría género se puede consultar la obra de Bodelón, E., *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales.* Ediciones Didot, Barcelona, 2012, pp. 14-26.

[15] Turbet, S., «La crisis del concepto de géne*ro»,* en: Laurenzo Copello, Maqueda Abreu, Rubio Castro, *op. cit.,* nota 10, p. 99. En los últimos tiempos se utiliza mucho la palabra género porque parece que sea un término más fácilmente aceptado y así se evita hablar de patriarcado, también y de alguna manera, se pretende invisibilizar al feminismo como teoría critica que reconceptualizó el patriarcado, e incluso, el termino género. Además hay una creencia, por cierto cada día más extendida, que identifica género con mujeres y así nos podemos encontrar con algunos estudios que se denominan de género y en realidad solamente hablan de mujeres, y no establecen una relación dialéctica entre ambos resultando que son estudios parciales y no pueden contribuir a la eliminación de la discriminación, de las mujeres. La utilización de género se cuestiona tanto desde el feminismo de la diferencia como desde el feminismo de la igualdad porque representa una abstracción voluntarista en detrimento de la representación sexual y del conflicto inherente a ella.

La modernidad ha introducido valores y principios que, «reconceptualizados» desde la teoría feminista, cuestionan la jerarquización de los géneros masculino y femenino; pero, a pesar de los avances producidos en los últimos años, todavía no se ha construido un modelo alternativo al sistema sexo/género capaz de eliminar la dominación *versus* subordinación, y establecer un sistema cuyo fundamento sea la persona y no su sexo.

Los valores y principios que sirvieron de base para establecer un nuevo modelo de sociedad, sobre todo el principio de igualdad, no estaban pensados para construir un nuevo modelo de relaciones sino para ordenar un sistema político en el que los hombres fueran libres en el ámbito privado e iguales en el ámbito público. La exclusión de las mujeres en un primer momento formaba parte de la «naturalización» [16] del proceso, y así se interiorizó en la idea de igualdad, sobre la base de un modelo exclusivamente masculino.

Las mujeres son excluidas del proyecto de la modernidad y recluidas al ámbito privado, los grandes principios de este nuevo orden aparentemente involucran a todas las personas incluidas en un sujeto universal [17] que en realidad se identifica con los hombres, o mejor dicho, con algunos hombres que reúnan las características de ser blancos y propietarios.

La violencia que los hombres ejercen sobre las mujeres resultó ser un motivo de gran preocupación para el movimiento feminista y, por ello, desde los años sesenta del siglo pasado este movimiento dirige uno de sus focos de atención a la violencia sexual y a la violencia contra las mujeres en un doble sentido: por una parte, deslegitimándola como instrumento de resolución de conflictos; y por otra, elaborando nuevas propuestas de análisis. En la década de los setenta del siglo pasado la violencia contra las mujeres en la pareja comenzó a denunciarse de forma específica como problema, y nació en Inglaterra el movimiento de mujeres maltratadas, con la apertura de una casa de acogida; poco a poco, esta práctica se fue extendiendo a otros a países europeos. Y en la década de los ochenta las feministas europeas comenzaron a presionar a sus respectivos gobiernos con el fin de que adoptaran medidas para la erradicación de la violencia y la protección de las mujeres maltratadas [18]. La visualización de la violencia en la pareja en un primer momento es lo que se configu-

[16] Amorós, C., «Conceptualizar es politizar», en: Laurenzo Copello, Maqueda Abreu, Rubio Castro, *op. cit.,* nota 10, p. 20. La autora señala que el movimiento feminista se ha encargado de desnaturalizar, cuestionándola, la configuración histórica de la dicotomía público-privado.

[17] Sobre el cuestionamiento del sujeto universal cómo omnicomprensivo de hombres y mujeres existe una abundante literatura desde el punto de vista filosófico siendo la más relevante las obras de Celia Amorós sobre la ilustración y desde el punto de vista jurídico-político se pueden consultar las obras de las profesoras María Luisa Balaguer Callejón, Julia Sevilla Merino y Mar Esquembre Valdés.

[18] Bosch, E.; Ferrer, V. A.; Alzamora, A., *El laberinto patriarcal.* Antrophos, Barcelona, 2006, p. 65. En el libro se recogen las declaraciones que la directora ejecutiva de UNIFEM, Noeleen Heyzer reali-

ró como violencia doméstica y si bien posteriormente los análisis feministas señalan que esta es un tipo de violencia contra las mujeres a pesar de estos estudios se sigue tratando conceptualmente, en muchos casos, la violencia doméstica como si fuera una categoría jurídica diferente a la violencia de género.

La violencia generada por el sistema sexo/género ha sido denominada de diferentes formas. Las denominaciones de los problemas se relacionan con el grado de asunción que una sociedad determinada tiene sobre el hecho en concreto. En el caso de la violencia contra las mujeres, al igual que en otros temas, como los de la representación política, la conciliación entre la vida laboral y familiar… etc., la tendencia habitual es que en un primer momento se tienda a buscar denominaciones genéricas, en las que resulta difícil identificar a los sujetos que intervienen en la relación, como en el caso que nos ocupa: el agresor y la víctima. Y ello no es casual, porque de esta manera se consigue que pueda parecer que los sujetos pueden ser intercambiables. Así ocurre cuando en un primer momento la violencia contra las mujeres se denomina violencia doméstica: esta denominación permite difuminar el origen de la violencia y la posición de los sujetos. Pero en la medida en que los estudios van confirmando que la violencia doméstica se fundamenta en el sistema sexo/género se dan los primeros pasos para que las organizaciones internacionales y las normas que de ellas fluyen comiencen a reconocer, y consolidar, que la violencia doméstica es un tipo concreto de violencia que tiene su raíz en las relaciones de poder establecidas en la sociedad y en las que las mujeres ocupan una posición de inferioridad respecto de los hombres. No obstante, resulta complicado resolver el problema conceptual, porque es difícil establecer consensos en relación a la asunción por parte de la sociedad de que el sistema sexo/género ha consolidado un tipo de organización social que impide la implantación de una sociedad estructurada sobre la base de la igualdad de la ciudadanía, a pesar de los esfuerzos políticos y legislativos que se están realizando.

III. LA REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL DIFICULTA EL APRENDIZAJE DE LA ARTIFICIAL INTELIGENCIA

La dispersión conceptual la encontramos también en los organismos internacionales cuando asumen esta problemática y comienzan a elaborar y

zó en el Foro Mundial contra la Violencia de las Mujeres en Valencia en el año 2000. En ellas señala que las diferentes formas de violencia contra las mujeres representan una violación de los Derechos Humanos.

aprobar Declaraciones contra la violencia de género [19]. Una de las pioneras es la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la Violencia contra la Mujer, aprobada en diciembre de 1993 y promulgada en 1994. Esta Declaración define la violencia como una consecuencia de la situación de subordinación que padecen las mujeres. Sin embargo, además de señalar el origen de la violencia es necesario situarla en el contexto político y social actual, y analizar qué consecuencias tiene para las mujeres que la sufren, sobre todo en relación con los derechos humanos.

Efectivamente la violencia contra las mujeres representa una violación de los derechos humanos y existen diferentes tipos de violencia, física, psicológica, sexual… y pueden incluirse también las propias amenazas de sufrir violencia. Además, pueden producirse tanto en el contexto familiar como en cualquier otro tipo de relaciones fuera de la familia, sin que necesariamente medien relaciones de afectividad. En realidad, se trata de una violencia basada en el hecho de ser mujer [20].

La plataforma de Beijín de 1995 en el objetivo 118 señala que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres que han conducido a la dominación y a la discriminación de las mujeres por parte de los hombres y a la prevención de su pleno adelanto.

Las Declaraciones internacionales de violencia contra las mujeres se dan tanto en el ámbito de Naciones Unidas cómo en América y Europa. Es en este último ámbito en el que cabe destacar el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011, también conocido por Convenio de Estambul, ratificado por España el 18 de marzo de 2014 y en vigor desde el 1 de agosto del mismo año. Es el primer documento vinculante, en el ámbito europeo, sobre la violencia contra la mujer que introduce mecanismos para garantizar su cumplimiento. El 28 de junio de 2023 la UE ratifica el Convenio y el 1 de octubre de 2023 entra en vigor en todos los países de la Unión Europea.

---

[19] La primera referencia es la de la Convención de Naciones Unidas de 1979 como una forma de discriminación (http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm). También pueden citarse la Conferencia mundial sobre derechos humanos celebrada en Viena en 1993 (http://www.un.org/es/development/devagenda/humanrights.shtml) y la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la violencia contra la mujer del mismo año (http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx).

[20] Bosch, E., et al., *La violencia contra las mujeres. El amor como coartada*. Antrophos, Barcelona, 2013. Las autoras mantienen a lo largo del texto que la violencia de género es una violencia contra las mujeres por la posición de subordinación que ocupan en la estructura patriarcal.

Este Convenio es un intento, por otra parte muy loable, de acotar unos conceptos básicos acerca de la violencia contra las mujeres, elaborados fundamentalmente por la teoría feminista, pero los asume parcialmente y al no hacerlo con todas las consecuencias introduce algunos elementos de confusión, concentrados en su artículo 3. La conceptualización de la violencia contra las mujeres en el Convenio de Estambul parece huir de la tríada sobre la que se sustenta la violencia contra las mujeres, esto es, patriarcado, género y violencia. Distingue la violencia contra las mujeres en la que el sujeto que sufre la violencia es una mujer de la violencia doméstica que se produce en la familia en el hogar o entre cónyuges mezclando en este último caso la tipología de la violencia con la autoría del delito y desvinculándola del origen basado en la discriminación de las mujeres. Así el:

Artículo 3. Definiciones.

A los efectos del presente Convenio:

a) *por «violencia contra las mujeres» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;*

b) *por «violencia doméstica» se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;*

c) *por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;*

d) *por «violencia contra las mujeres por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada;*

e) *por «víctima» se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a y b;*

f) *el término «mujer» incluye a las niñas menores de 18 años.*

En el ámbito internacional el concepto de violencia de género que vincula la violencia contra las mujeres con el patriarcado y el sistema sexo/género

es la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, adoptada en diciembre de 1993 por la Asamblea General de Naciones Unidas. En ella se determina el origen de la violencia en los siguiente términos: «la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre» (apartado 6). En base a ello, el artículo 1 de la mencionada Declaración define como violencia contra la mujer «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada».

El artículo 2 de esta Declaración establece una tipología [21] de la violencia que puede perpetrarse tanto en el ámbito público como en el privado, dejando la puerta abierta a su ampliación. Este artículo señala la violencia en el ámbito familiar o en las relaciones de afectividad como uno de los tipos de violencia contra la mujer. Así, la violencia doméstica participa del origen y de la definición de violencia contra las mujeres en la que, claramente, el sujeto que la ejerce es un hombre y mujeres las que la sufren, dado que es un acto de violencia realizado desde una posición de poder que otorga a los hombres la estructura patriarcal.

En el mismo sentido se pronunció el Parlamento Europeo en su Resolución sobre Tolerancia Cero de 1997: «Considerando que la violencia contra las mujeres está sin duda alguna vinculada al desequilibrio en las relaciones de poder entre los sexos en los ámbitos social, económico, religioso y político, pese a las legislaciones nacionales e internacionales a favor de la igualdad». Sin embargo, a pesar de este pronunciamiento la UE ha aprobado la Directiva 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024,

[21] Artículo 2: Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: a) La violencia física, sexual y sicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y sicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; 3 c) La violencia física, sexual y sicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica que, a nuestro entender, reproduce la regulación establecida en el Convenio de Estambul. En el artículo 2 distingue entre violencia contra las mujeres y violencia doméstica y la definición de víctima es algo confusa al referirse a personas independientemente de su género.

IV. PROPUESTAS DE ACCIONES QUE PUEDEN CONTRIBUIR A UNA IA MÁS RESPETUOSA CON LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

La IA como se ha señalado anteriormente puede ser un instrumento para el avance en la igualdad de mujeres y hombres siempre que el diseño de la misma se realice sobre parámetros adecuados para su alcance. Se trata de concretar cuales serían los mecanismos que permitirían que una IA contribuyera a la igualdad de mujeres y hombres, y por tanto, a la eliminación de la violencia contra las mujeres que de acuerdo con los argumentos desarrollados en los apartados anteriores es el origen de la violencia de género. Es necesario intervenir en el diseño de los algoritmos y desarrollar los mismos aplicando la perspectiva de género, para ello los equipos tendrían que estar compuesto por hombres y mujeres (presencia equilibrada) y además estos equipos deberían tener formación en género. Todo lo contrario, a lo que ocurre en la actualidad, dado que los que diseñan los algoritmos son fundamentalmente hombres blancos y con escasa o nula formación en género. Para poder implantar esta perspectiva es necesario una regulación jurídica que concrete los términos de funcionamiento y además se necesitaría que la misma la adoptaran todos los países del mundo, puesto que la AI no conoce las fronteras físicas, y para ello haría falta un poder mundial con competencia para poder dictar normas y establecer mecanismos para su cumplimiento.

La UE ha aprobado un Reglamento para regular el funcionamiento de la IA que constantemente a lo largo del texto se refiere a los derechos fundamentales de la Unión como límite al desarrollo y aplicación de la IA con el fin de garantizar los derechos fundamentales de la Unión pero apenas introduce la perspectiva de género de manera transversal quedando muchos aspectos sin regular.

El desarrollo y la aplicación de la IA va a necesitar de la adopción de una serie de medidas que contribuyan a que este instrumento tan potente que va a condicionar el futuro de la humanidad pueda resultar beneficioso y no discriminatorio. Los poderes públicos están obligados a intervenir y no dejar el de-

sarrollo de un mundo más justo y equitativo bajo parámetros de garantía de los derechos humanos al albur de los gigantes tecnológicos [22] que en la actualidad copan el desarrollo de la IA, actuando bajo sus propios intereses de mercado. Por ello es necesario establecer medidas con perspectiva de género en la regulación de la IA (Senent y Ventura, 2024) a partir de los siguientes parámetros:

a) Formación obligatoria en igualdad y no discriminación por razón de sexo para las personas que diseñan los algoritmos.

La obligatoriedad de la formación en Igualdad y contra la violencia de género en las Universidades está establecida en España desde el año 2004, en el artículo 4.7 de la ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género. Sin embargo, esta obligatoriedad se ha incumplido sistemáticamente: hay muy pocos planes de estudio que tengan alguna asignatura relacionada con esta materia. Esto que ocurre en nuestro país se puede hacer extensible a la mayoría de los países del mundo y máxime a aquellos que no vienen obligados por ley como ocurre en los países que son pioneros en el desarrollo de la IA como EEUU, China y la India principalmente.

b) Presencia equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones en todas las fases del ciclo de vida la IA.

La composición equilibrada de cualquier ámbito de toma de decisiones es uno de los principios impulsados por la Unión Europea, que lo incluye en diferentes ámbitos y, sobre todo, en la investigación. Así, los programas de investigación Horizonte 2020 y Horizonte Europa 2021–2027 requieren la composición equilibrada en los equipos de investigación y en los de evaluación. En realidad, se ha convertido en un principio transversal para todo el proceso de la investigación. Los equipos que desarrollan los algoritmos de la IA deben, por tanto, tener esta composición. Con ello se aporta una pluralidad de visiones que complementa y completa los resultados investigadores de la IA [23]. Pero al igual que en la formación esto no ocurre en los países pioneros en el desarrollo de la IA.

---

[22] Webb, A., *Los nueve gigantes: Cómo las grandes empresas tecnológicas amenazan al futuro de la humanidad*. Península, Barcelona, 2021.

[23] Son múltiples las referencias y evidencias respecto a la necesidad de aportar la «mirada» de las mujeres en todos los ámbitos de toma de decisiones, a fin de que puedan tenerse en cuenta sus necesidades e intereses específicos. Sólo a título de ejemplo podemos referir la experiencia de una joven informática que, al incorporarse a un proyecto de investigación y desarrollo de un sistema experto para la detección de enfermedades mediante el reconocimiento por imagen de las uñas, hubo de hacer ver al resto del equipo la necesidad de tener en cuenta el uso habitual de esmaltes, mayoritariamente por parte de las mujeres.

c) Vigilancia específica en todas las fases de creación y aplicación de los sistemas de IA: diseño, capacitación, pruebas de implementación a fin de corregir eventuales sesgos de género en su entrenamiento y toma de decisiones.

Una regulación jurídica de la IA debería desarrollar los procesos de evaluación en cada uno de los procesos del desarrollo de la IA para poder constatar si realmente se han aplicado las medidas que respeten los derechos humanos y eliminen los sesgos de género.

e) Armonizar la normativa internacional de la violencia contra las mujeres con el fin de evitar posibles confusiones conceptuales acerca de los sujetos activos de la violencia y las posibles víctimas. Para ello se requiere situar el origen de la violencia contra las mujeres en el sistema patriarcal sobre el que se han estructurado las actuales sociedades y sobre las que se asienta su actual configuración, en la que los hombres ostentan el poder y las mujeres una posición de subordinación, con independencia de que existan excepciones, hecho determinante para evitar el confusionismo conceptual de las actuales normativas.

d) Regulación de mecanismos de control del cumplimiento de la normativa y de las eventuales consecuencias jurídicas del incumplimiento.

Todas las medidas propuestas deben ser aplicadas de forma efectiva, y su incumplimiento debe llevar aparejadas una serie de consecuencias, que pueden ir desde establecer una tipología de sanciones hasta impedir la puesta en marcha del programa de IA que no sea respetuoso con los derechos humanos y que no prevea la eliminación de los sesgos de género. Entendemos que esta última medida puede ser más eficaz, porque en ocasiones las grandes empresas o los gigantes de la IA prefieren en ocasiones pagar sanciones económicas, por muy altas que sean, en la medida que les puede resultar más rentable que retirar el producto del mercado.

Estas propuestas, y algunas más, deberían aplicarse en el desarrollo de la IA pero no es suficiente que se realice en un país o en un ámbito regional concreto, Europa, América etc., es necesario que su aplicación fuera a nivel planetario porque una medidas regionales son insuficientes porque la IA escapa de los ámbitos territoriales y para ello hace falta de un poder político mundial y, consecuentemente, de una regulación global. Esta globalización, que no cuenta con adscripción de verdaderas potestades a un poder político mundial, impide el desarrollo normativo en este ámbito y, por tanto, el control de si los sistemas de IA que se desarrollan son respetuosos con los derechos humanos y,

en su caso, con los derechos fundamentales, específicamente en lo que respecta a este trabajo, con la igualdad y no discriminación de las mujeres [24].

Precisamente, uno de los «reparos» que se formulan por parte de algunos sectores frente a una eventual «excesiva» regulación es que dificultaría el potencial desarrollo de la IA, en la medida en que las medidas de garantía de los derechos fundamentales lo harían más costoso. En ese sentido, no es casual que mayoritariamente las grandes empresas que desarrollan IA estén ubicadas en territorios donde la regulación es más escasa, como EEUU, India y China.

Esta constatación nos lleva a introducir de nuevo el debate sobre la necesidad del Estado y a rescatar el principio democrático, pero reubicado en un espacio diferente, continuando el proceso de la construcción de la ciudadanía global, a la que sin duda puede contribuir de manera importante un desarrollo de la IA respetuosa con los Derechos Humanos como marco de convivencia mínimo [25], sobre el que se puede elaborar una Constitución de la Tierra [26].

[24] En relación con ello, la Resolución del PE de 20/10/20 sobre un marco de los aspectos éticos de la IA señala en su ap. 139 que «las oportunidades y los riesgos inherentes a estas tecnologías tienen una dimensión mundial, ya que los programas informáticos y los datos que utilizan a menudo se importan y exportan […] y, por tanto, se necesita un enfoque de cooperación coherente a escala internacional». También se muestra especialmente preocupada por promover en el marco de «las Naciones Unidas y de otros foros pertinentes, un marco regulador internacional eficaz que garantice un control humano significativo de los sistemas armamentísticos autónomos con el fin de dominar estas tecnologías mediante el establecimiento de procesos bien definidos basados en parámetros de referencia y la adopción de legislación para su uso ético, en consulta con las partes interesadas militares, industriales, policiales, académicas y de la sociedad civil, para comprender los aspectos éticos conexos y para mitigar los riesgos inherentes a estas tecnologías e impedir su uso con fines malintencionados».

[25] Habermas, J., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Paidós, Barcelona, 1999.

[26] Ferrajoli, L., *Por una Constitución de la Tierra*. Trotta, Madrid, 2023.

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN EL ESPACIO DIGITAL. UN DESAFÍO PARA LA IGUALDAD EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES [1]

Eloísa Pérez Conchillo
Universidad Nacional de Educación a Distancia

AGRADECIMIENTOS

Cuando terminé de leer el trabajo de la profesora Yolanda Gómez «Juristas contemporáneas y su legado: aquellas mujeres, estas mujeres» publicado en la revista IgualdadES en 2021, no pude evitar sonreír al pensar que, entre todas las voces femeninas destacadas por haber contribuido, en el pasado o en el presente, a la creación de un feminismo jurídico, faltaba ella. Esa ausencia solo se justifica por su humildad pues, lo cierto es que la homenajeada ha sido cómplice esencial en la lucha por la igualdad efectiva entre mujeres y hombres desde el feminismo jurídico.

[1] La publicación es parte de la ayuda JDC2022-049807, financiada por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea «NextGenerationEU»/PRTR, que se desarrolla en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Se inscribe, además, en las actividades del Grupo de Investigación Derechos Fundamentales Multinivel/ Multilevel Fundamental Rights, código de grupo 271, de la UNED; de la Cátedra ISAAC. Derechos Individuales, Investigación Científica y Cooperación, UNED- CNR/IFAC; y de la Cátedra Jean Monnet Gobernanza y Regulación en la Era Digital -Proyecto 101127331 GovReDig, ERASMUS-JMO-2023-HEI-TCH-RSCH, financiado por la Unión Europea en el ámbito del Programa Erasmus+, que se desarrolla también en la UNED. Los puntos de vista y opiniones expresados son los de la autora y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea ni los de la Agencia Ejecutiva en el Ámbito Educativo y Cultural Europeo (EACEA). Ni la Unión Europea ni la EACEA pueden ser consideradas responsables de las mismas.

Desde mi posición, como mujer y como jurista más novel, quiero aprovechar este espacio para agradecer a la profesora Yolanda Gómez la oportunidad de sus trabajos en materia de igualdad, así como su esfuerzo por aclarar conceptos y categorías esenciales desde la dogmática constitucional. Esta tarea clarificadora es siempre de agradecimiento en un tema tan desafiante y complejo como necesario para el progreso de la sociedad.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende servir a la reflexión sobre los desafíos que aún encuentra la igualdad y no discriminación de las mujeres en las sociedades modernas en un ámbito específico: el espacio digital.

Para ello, partiré de una aproximación contextual sobre la lucha por la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y los logros conseguidos, a través de un recorrido panorámico por la normativa española más importante que se ha ido aprobando en la materia a lo largo de las últimas décadas. Si bien es cierto que, como se verá, se han dado pasos adelante en la lucha por la igualdad efectiva de las mujeres, entendemos que dicha normativa no agota todos espacios que generan desafíos en materia de igualdad.

El marco legal de ámbito nacional al que me referiré parte de referentes esenciales, cuáles son los valores reconocidos constitucionalmente: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político (art. 1.1. CE) en el marco del Estado social y democrático de Derecho. No obstante, ¿resulta suficiente con la aproximación normativa desplegada hasta ahora para abordar la igualdad y no discriminación de la mujer teniendo en cuenta los retos que plantea la sociedad digital a tal efecto? Este interrogante sirve de antesala para reflexionar acerca de la extrapolación de conductas machistas, propias del espacio físico, al *online*.

En este sentido, trataré de analizar nuevas formas digitales en las que se expresan déficits patentes en materia de igualdad y no discriminación de la mujer [2]. Tal objetivo se circunscribe esencialmente al estudio de las formas más graves de ciberviolencia contra la mujer [3], bien como forma de

[2] Pueden destacarse en la materia, entre otros, los trabajos de Arenas Ramiro, M., «La igualdad a la luz de los derechos digitales» y Queralt Jiménez, A., «La discriminación de las mujeres en las redes. Tres brechas digitales por razón de sexo», ambos en: Reche Tello, N.; Tur Ausina, R., (dirs.), La teoría constitucional frente a la transformación digital y las nuevas tecnologías. Thomson Reuters, Aranzadi, 2022.

[3] El estudio «Combating Cyber Violence against Women and Girls», elaborado por el Instituto Europeo para la Igualdad de Género en 2022 ha propuesto como definición para el concepto de ciberviolencia contra la mujer: «CVAWG includes a range of different forms of violence perpetrated by ICT means on the grounds of gender or a combination of gender and other factors (e.g. race, age, disability, sexuality,

violencia de género o, más ampliamente, de violencia digital contra aquella. En concreto, analizaré conductas que atentan contra su libertad sexual y que recaen sobre su cuerpo.

Así pues, al debate subyacente sobre la cosificación del cuerpo de la mujer para satisfacción de una visión patriarcal dominante del mundo en el espacio físico, con ejemplos tales como el aborto, la gestación subrogada o la prostitución, se unen otros en la esfera digital, que ejemplificaré mediante el estudio de casos concretos. Tales casos se ordenan sistemáticamente en función del estadio de evolución digital en que han venido apareciendo y mostrando su lado oscuro para la garantía de la igualdad entre mujeres y hombres. Así, en el marco de la web 2.0, me centraré en analizar los fenómenos de *sexting* y *sextorsión* como ejemplos propios de esta fase de evolución tecnológica, que afectan claramente a la igualdad de la mujer y que inciden de pleno en el debate sobre la cosificación de su cuerpo. Posteriormente y, ya en relación con el estadio tecnológico más avanzado en el que nos encontramos actualmente a propósito de la Inteligencia Artificial (IA) generativa, me referiré al supuesto de las *deepkafe*. Más específicamente, mencionaré el caso de las llamadas *deepfake* pornográficas, como un supuesto especialmente problemático en el que la mujer viene a ser la principal víctima mediante la instrumentalización de su cuerpo.

La exposición de tales ejemplos muestra una fenomenología conclusiva preocupante que apunta hacia la extensión de la violencia contra la mujer al mundo digital. Es más, según los datos ofrecidos por los estudios que comienzan a reflejar esta realidad, puede observarse un preocupante incremento de este tipo de violencias digitales contra la mujer [4]. Aunque lo verdaderamente subrayable es que la mayoría de estas conductas comparten el denominador común de seguir poniendo el foco sobre el cuerpo de la mujer.

En este sentido, las conclusiones ahondarán en la instrumentalización (digital) del cuerpo de la mujer por los estereotipos patriarcales, a través de los que algunos hombres ejercen una relación asimétrica de poder y dominación. Todo ello sin perder de vista las graves repercusiones que ostentan este tipo de violencias digitales para la vida de las mujeres afectadas. Pues con ellas no

profession or personal beliefs). Cyber violence can start online and con- tinue offline, or start offline and continue online, and it can be perpetrated by a per- son known or unknown to the victim». Accesible a través del enlace: https://eige.europa.eu/publications-resources/publications/combating-cyber-violence-against-women-and-girls. Para una aproximación conceptual sobre la civerviolencia contra la mujer véase también «Cyber Violence against Women and Girls Key Terms and Concepts», Instituto Europeo de Igualdad de Género (EIGE), 2022, disponible en: https://eige.europa.eu/sites/default/files/cyber_violence_against_women_and_girls_key_terms_and_concepts.pdf

[4] Así puede consultarse entre otros el informe «Violencia de género: una realidad invisible», Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2022.

sólo se pone en jaque la igualdad y no discriminación, sino otros derechos fundamentales como la integridad física y moral, el derecho a la intimidad personal, el honor y la propia imagen, así como en el peor de los casos, el propio derecho a la vida [5] de la mujer.

Dicho esto, habría que subrayar que estas páginas solo pretenden servir a la reflexión sobre un tema que entiendo plenamente circunscrito a la agenda del constitucionalismo digital. No se trata pues de un trabajo con punto final, sino necesariamente sujeto a evolución y desarrollo, tal como resulta del propio contexto cambiante en que este debate se inserta.

II. LA LUCHA POR LA IGUALDAD EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES. POR UN MUNDO EN LIBERTAD

La historia del feminismo es una historia de lucha por la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres y de apuesta por la visión de un mundo libre de estereotipos sobre los roles de género que, históricamente, han venido impuestos de forma inmanente al sexo femenino por el sistema patriarcal [6].

No es por tanto casualidad que este movimiento despertase, desde tempranamente, interés para el Derecho constitucional, aunque muy especialmente, lo hiciera a partir de la transición política en España. En particular, «(a) partir de la vigencia de la Constitución, la protección jurisdiccional de la igualdad mediante procedimientos de defensa de los derechos fundamentales incrementa la autonomía del feminismo jurídico y se produce una literatura de construcción del feminismo desde el ordenamiento jurídico en el Estado» [7].

Es cierto que, tal como destaca Gómez Sánchez críticamente, debe subrayarse la ausencia en la Constitución de «previsiones específicas sobre la histórica desigualdad de mujeres y hombres y una decidida apuesta por una regula-

[5] Nótese que este tipo de violencias ha llegado a desembocar en la práctica en casos de suicidio consumado por parte de mujeres que han sido víctimas de conductas como el *sexting*. Puede recordarse, entre otros, el caso de la trabajadora de Iveco que se suicidó tras la difusión de un video sexual suyo entre los compañeros de trabajo a través de WhatsApp.

[6] Sirva como nota aclaratoria a efectos del trabajo que soy consciente de la disyuntiva sexo-género y de los cambios que ha aparejado en el debate actual la protección del colectivo LGTBIQ+, hasta ahora marginado por la visión cisheteronormativa de la sociedad. No obstante, ello no es óbice para que el trabajo se enfoque desde la teoría feminista, entendiéndola aún como necesaria en la lucha por la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, así como contra su discriminación histórica. Por eso, dado el objeto delimitado del trabajo, cuando en el trabajo se hacen alusiones al género me refiero al asociado tradicionalmente al sexo femenino. Y ello sin perjuicio de reconocer, con carácter general, la existencia de una concepción más amplia del género.

[7] Balaguer Callejón, M. L., «El movimiento feminista en España. Influencias de los modelos americanos y europeos», en: IgualdadES*,* 1, 2019, p. 21.

ción específicamente transformadora, que ordene la sociedad bajo el principio de la radical igualdad entre los dos sexos: mujeres y hombres. Una reforma constitucional en perspectiva feminista que habilitara y facilitara una interpretación conforme a dicha igualdad» [8]. No obstante, la Carta Magna ha sido el instrumento de referencia, como mecanismo de garantía, para alcanzar cotas de igualdad nunca antes conocidas.

En esta línea, la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres ha tenido encaje normativo constitucional pasando del reconocimiento de la igualdad formal y la prohibición de discriminación (art. 14 CE) a la igualdad material, entendida como mandato impuesto a los poderes públicos para orientar su actuación hacia su consecución real y efectiva, así como a la remoción de los obstáculos que la impidan (art. 9.2 CE). Ambas aproximaciones, formal y material, deben verse en todo caso presididas por una interpretación sistemática de la Constitución que hunde sus raíces en el reconocimiento de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo jurídico como valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) en el marco del Estado social y democrático de Derecho, así como en el respeto a la dignidad de la persona como fundamento esencial del orden político (art. 10.1 CE).

Ahora bien, el hecho de que la igualdad se haya reconocido al mayor rango constitucional, no es un resultado final, sino al contrario, la punta de lanza para la andadura de un largo camino que va escribiéndose día a día. Así pues, en la búsqueda de una sociedad más justa y respetuosa con la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la agenda política ha ido dando pasos en pro de su consecución, a lo largo de las últimas décadas.

Entre los hitos más destacables cabría mencionar a nivel legislativo la aprobación, entre otras, de:

– La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Dicha Ley Orgánica pone el foco en esta lacra social como la manifestación más extrema de desigualdad contra la mujer, a manos de su cónyuge o persona con quien se mantenga o haya mantenido una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, siendo ésta quien actúa como agresor prevaliéndose de su posición de poder como hombre. Esto es, tal como aclara Gómez Sánchez, en este caso «el concepto de "violencia de género" incluido en la Ley Orgánica se refiere específica-

[8] Gómez Sánchez, Y., «Desafíos para la igualdad en la sociedad contemporánea: Género», en: Aragón Reyes, M.; Valadés Ríos, D.; Tudela Aranda, J., (coords.), Derecho constitucional del siglo xxi: desafíos y oportunidades. Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2023, p. 583.

mente a la violencia del hombre sobre la mujer por serlo» [9]. Y, en virtud de su artículo 1.3, se entiende como violencia de género «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad». En el marco de esta Ley Orgánica trata de darse una respuesta jurídica integral al fenómeno de la violencia de género desde una aproximación multidisciplinar. Para lo cual incorpora normas procesales, penales y civiles, así como medidas formativas y de sensibilización dirigidas a los operadores intervinientes en el ámbito sanitario, policial y jurídico. Todo ello, se enfoca desde una perspectiva preventiva, sancionadora y de asistencia a favor de las mujeres y menores víctimas de esta violencia [10].

– La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres [11], que centra sus esfuerzos en la eliminación de la discriminación de la mujer «sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural» [12]. Son logros atribuibles a la referida Ley Orgánica el regular «derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas» [13] (siendo especialmente destacables los vinculados con la proscripción de la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral o con la maternidad). En la misma línea, viene a exigir la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas con carácter general [14] *(mainstreaming*), así como la incorporación de medidas de acción positiva destinadas a corregir la discriminación de la mujer en el marco de situaciones patentes de desigualdad respecto del hombre [15].

---

[9] Gómez Sánchez, Y., «Desafíos para la igualdad…», *cit.,* p. 590.

[10] Artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

[11] Tal como indica Esquembre Cerdá, M., «El reconocimiento de las mujeres como sujetos jurídico-políticos en la Ley de Igualdad», en: Ventura Frach, A., y García Campá, S., El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007. Thomson Reuters, Aranzadi, 2018, p.113, dicha Ley ha supuesto «un cambio de paradigma en el que las mujeres pasan a ser sujetos no solo en esta ley concreta, sino que se reconoce que son sujetos de derechos junto a los hombres». Sobre el estudio de la referida Ley Orgánica puede verse también, entre otros, el trabajo de Elías Méndez, C., «Técnicas para la consecución de la igualdad en la Ley Orgánica 3/2007: análisis y propuestas de mejora», en: Alvarado Planas, J., Estudios sobre historia de la intolerancia. Sanz y Torres, 2011, pp. 671-688.

[12] Artículo 1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

[13] *Ibidem*.

[14] *Vid.* Artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

[15] Véase al respecto el artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

– La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Esta última Ley sigue la senda emprendida por la ya mencionada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, completando la legislación en nuestro país en materia de igualdad. La citada Ley no circunscribe su ámbito subjetivo de aplicación a la discriminación por razón de sexo, sino que opera como ley general aplicable contra cualquier tipo de discriminación [16]. Empero, ello no es óbice para que incorpore la perspectiva de género en el artículo 4, al preverla específicamente como un criterio a tener en cuenta en las políticas antidiscriminatorias. En todo caso, la referida Ley se aprueba con el objetivo de constituirse «en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas» [17].

– La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Como es sabido, dicha Ley Orgánica (también conocida como ley «del sólo sí es sí») suscitó controversia política y social, por las modificaciones que incorporó en la redacción del delito de agresión sexual, tipificado en el artículo 178.1 del Código Penal (CP) [18], así como por las consecuencias a las que ha llevado su aplicación en la práctica judicial [19]. Con esta Ley Orgánica se da una nueva regulación a los delitos sexuales, de forma tal que, las anteriores figuras delictivas de agresión y abuso sexual quedan ahora fusionadas en un solo tipo delictivo de agresión sexual que opera en torno al consentimiento. Según reza el artículo 178.1 CP, se considera responsable de agresión sexual, «el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento». Siendo una novedad, introducida por

[16] Así, el artículo 2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación señala que «Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

[17] Preámbulo de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

[18] Para un estudio crítico desde la perspectiva penal sobre la aprobación de la referida Ley Orgánica, véase, entre otros, Álvarez García, F. J., «Algunos comentarios generales a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 25, 2023, pp. 1-28.

[19] Puede verse al respecto, García Sánchez, B., «La nueva concepción de la libertad sexual en la ley del "solo sí es sí" y su problemática aplicación retroactiva», en: Revista de Derecho Penal y Criminología, 30, 2023, pp. 113-163. Ramos Vázquez, J. A., «Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada Ley de "solo sí es sí"», en: Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, 34, 2023, pp. 230-255.

dicha Ley Orgánica, la incorporación de una definición del consentimiento al establecer que: «Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona» [20].

Cabe subrayar que la mencionada Ley Orgánica es más que la polémica apuntada. Al margen de que pueda estarse o no de acuerdo con la técnica penal utilizada en la regulación del nuevo delito de agresión sexual, dicha regulación incorpora también una importante batería de medidas preventivas, de sensibilización y formación en materia de violencias sexuales [21] en multitud de ámbitos como el educativo, sanitario, digital, comunicación y publicidad, entre otros, que toman el testigo iniciado con la LO 1/2004.

Con independencia de este breve recorrido por la normativa de referencia aprobada en España para atajar las distintas formas de discriminación, y las más graves de violencia contra la mujer, huelga decir que sigue habiendo importantes retos desde el feminismo jurídico del siglo XXI a los que hacer frente. Tal y como señala Gómez Sánchez, en la actualidad impera aún «el reto de que las necesidades de la organización de la sociedad no recaigan exclusivamente ni mayoritariamente en las mujeres y, sobre todo, que las mujeres se mantengan como sujetos de sus derechos» [22]. Nos encontramos aquí frente a una tarea democrática *in fieri* de y para el bienestar de la sociedad que, entre otros desafíos, tiene pendiente el de la instrumentalización del cuerpo de la mujer en todos los espacios (públicos y privados).

III. RETOS PENDIENTES: EL MUNDO DIGITAL COMO ESCENARIO DE RIESGO PARA LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS MUJERES EN EL SIGLO XXI

La panorámica normativa expuesta anteriormente carece de todo sentido si no analizamos cuál es la realidad social en la que ésta se aplica e interpreta. Resulta, por tanto, necesario observar el mundo que nos rodea y cómo éste puede influir en la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

---

[20] Artículo 178.1 CP.

[21] Las violencias sexuales quedan definidas en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual como «cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital».

[22] Gómez Sánchez, Y., «Juristas contemporáneas y su legado: Aquellas mujeres, estas mujeres», en: IgualdadES, 4, 2021, p. 34.

Si por algo se caracteriza el actual contexto social es por el impacto que las tecnologías de la información y la comunicación han tenido, y siguen teniendo a propósito del desarrollo de la IA, en el ejercicio de los derechos que se ejercen a través de Internet. Es ya un lugar común afirmar que el espacio digital es un espacio privado, al que le han sido ajenas las reglas propias de articulación y control del poder que impone la Constitución a través de su normatividad [23]. Y, si bien es verdad que esta cuestión es digna de análisis en sí misma, únicamente la menciono como pretexto para estudiar en qué medida el espacio digital es un lugar hostil para la igualdad y no discriminación de la mujer. E, incluso, para plantear si es un espacio fructífero para generar violencia contra la mujer, tanto en el ámbito de la pareja como fuera de él.

Con carácter previo, hay que señalar que si al poder privado que impera en la red le son ajenas las reglas democráticas acordadas a través de la Constitución, también le resultan ajenos sus valores y principios como guías que han de ordenar su actuación. De este modo, la libertad, la justicia, la igualdad o el pluralismo son valores que se ven subyugados en Internet al poder económico que lo mueve. No es de extrañar entonces que los desafíos que dificultan la consecución de tales valores (incluida la igualdad) en el mundo físico, se multipliquen de forma exponencial en Internet [24] por las consabidas características de este medio, tales como: el anonimato, la sensación de impunidad que le acompaña, la rapidez para compartir contenido y acceder a información, su capacidad de viralización, ubicuidad y carácter global, etc. Estas notas, no solo han favorecido un nuevo paradigma comunicativo en las relaciones interpersonales, sino la construcción de una identidad personal paralela en el espacio digital; un alter ego u otro yo, que a veces muestra una cara disociada y menos amable que la correlativa al mundo físico [25].

Esta última cuestión pone de manifiesto que las nuevas formas de comunicación social entrañan riesgos, antes inexistentes para el ejercicio de muchos

[23] Sobre esta cuestión véase con más profundidad, por todos, el trabajo de Balaguer Callejón, F., La constitución del algoritmo. Fundación Manuel Giménez Abad, 2023.

[24] Sobre el estudio de los valores en la sociedad digital me remito a Aguilar Calahorro, A., «Valores constitucionales y sociedad digital», en: Balaguer Callejón, F.; Wolfgan Sarlet, I. (dirs.), Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital. Aranzadi, 2023, pp. 113 a 137.

[25] Para mayor profundidad sobre el estatus de la persona en el mundo digital y, en concreto, sobre la cuestión de su identidad en la sociedad digital pueden consultarse los trabajos de De La Quadra-Salcedo Fernández Del Castillo, T., «Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital», pp. 21 a 86; Rodotà, S., «Del ser humano al posthumano», pp. 87 a 94; Piñar Mañas, J. L., «Identidad y persona en la sociedad digital», pp. 95 a 112; Barrio Andrés, M., «Robots, inteligencia artificial y persona electrónica», pp. 113 a 136; Pérez Luño, A. E., «Las generaciones de derechos humanos ante el desafío posthumanista», pp. 137 a 158. Publicados todos en: De La Quadra Salcedo, T.; Piñar Mañas, J. L. (dirs.), Sociedad digital y Derecho. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Red. Es, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.

derechos, por la capacidad lesiva del medio utilizado. Ahora bien, resulta además que tales cambios en el desarrollo *online* de las relaciones interpersonales tampoco han sido ajenos al elemento sexo-género y, consecuentemente, tampoco lo han sido frente a la desigualdad aún imperante en el mundo *offline*. En este orden de cosas, puede observarse cómo las conductas machistas han dado un salto también al espacio digital, aunque ahora se expresen a través de nuevas formas y contornos. Así pues, en la red encontramos patrones que perpetúan la discriminación de la mujer, mediante la expansión de conductas que generan nuevas formas de dominación, y que se dan especialmente en el ámbito de la pareja (o expareja) pero también fuera de él.

En mi opinión, es llamativo observar cómo los desafíos que se presentan para la igualdad de la mujer en Internet siguen poniendo el foco sobre su cuerpo, como objeto instrumental para la realización de una visión patriarcal, sobre la que algunos hombres siguen protagonizando una relación de poder [26]. En tal sentido, vemos como gran parte de los fenómenos problemáticos, e incluso delictivos, que surgen en la red, siendo víctima la mujer, atentan contra la igualdad y no discriminación, recayendo sobre su libertad sexual y, en específico, sobre su cuerpo. Aspecto éste que subraya la necesidad de que el feminismo jurídico siga poniendo el punto de mira en la cosificación del cuerpo de la mujer, por ser el principal elemento que retarda su liberación. Tal y como subraya a este respecto la magistrada Balaguer Callejón, «(d)esde la maternidad, la belleza objetual de la publicidad, la materialización de los cuidados familiares y parentales, la gestación subrogada y la prostitución, la mujer soporta la desigualdad sexual sobre su cuerpo y es ahí donde se dirime la discriminación, en el factor biológico que extiende sus efectos desde la biología al conjunto social» [27].

De esta forma, al debate sobre la cosificación del cuerpo de la mujer, para satisfacción de una visión patriarcal dominante del mundo en el espacio físico, con ejemplos tales como el aborto, la gestación subrogada o la prostitución [28], se unen otros en la esfera digital, que trataré de ejemplificar en los apartados siguientes.

---

[26] En este sentido, se valora positivamente la atención que ha puesto al respecto la citada Ley Orgánica 10/2022, al declarar en el artículo 3 que pone «especial atención a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil en todo caso, y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos».

[27] Balaguer Callejón, M. L., «La validez del consentimiento sexual y su relación con la dignidad de la persona», en: IgualdadES, 10, 2024, p. 270.

[28] Algunos trabajos de referencia en torno a tales debates pueden encontrarse en Gómez Sánchez, Y., «Desafíos para la igualdad…», *cit.* Balaguer Callejón, M. L., La construcción jurídica del género. Madrid, Cátedra, 2005. Balaguer Callejón, M. L., Hij@s del mercado. Madrid, Cátedra, 2017. Rodríguez Ruiz, B., (ed.) Autonomía, género y Derecho. Debates en torno al cuerpo de las mujeres. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

No obstante, quisiera aclarar que, lógicamente, las conductas que presentan problemas en este sentido en el espacio digital, ni se mueven solo en el ámbito penal, ni recaen únicamente sobre el cuerpo y/o libertad sexual de la mujer. Existen también otro tipo de fenómenos preocupantes que requieren de la implicación de los operadores jurídicos, al comprometer la consecución efectiva de la igualdad entre mujeres y hombres. Eso sí, coincidiendo con Queralt Jiménez y, para no banalizar el concepto de violencia, la respuesta jurídica en cada caso deberá depender de la gravedad de los hechos para tratar de ofrecer una respuesta adecuada según las circunstancias [29]. Fuera de las formas de discriminación más graves contra la mujer en el espacio digital, que son aquellas sobre las que trataré de centrarme, pueden destacarse otras dinámicas menos invasivas pero que inciden igualmente en dos realidades: 1) Que Internet es un reflejo de la realidad en la que vivimos; 2) Que, consecuentemente, a través de la red se canalizan conductas que atentan contra la igualdad y no discriminación de la mujer [30]. Dicho lo cual, parece lógico y necesario que tales desafíos se aborden en perspectiva de género.

Sirva aquí a título de ejemplo que, «el acallar, de una forma más o menos intensa, la voz de las mujeres que pretenden participar activamente en el debate público supone una nueva faceta de discriminación por razón de su sexo» [31]. Lo cierto es que la reducción de la voz de la mujer en el espacio público, manifestada a través de formas que van desde comentarios sexistas hasta el acoso, puede terminar por inhibir a la mujer e incentivar su expulsión del debate público [32]. Aspecto preocupante que no sólo afecta a la consecución de la igualdad, sino al carácter democrático de nuestras sociedades. Y ello en la medida en que el pluralismo y la participación efectiva se ven directamente comprometidos, al menospreciarse a la mujer como sujeto de derechos.

Entra aquí de lleno el fenómeno global de la desinformación, que también ha expandido su marco de acción sobre la mujer por el hecho de serlo. En este caso, la desinformación «se centra en la intersección entre la desinformación y el sexo/género, en la que las mujeres son objeto de un acoso desproporcionado mediante la difusión de contenidos engañosos, adulterados, o falsos tanto sobre ellas o sobre temas que les interesan» [33]. Así pues, la potencialidad de la desinformación para generar barreras silenciosas y dividir

---

[29] Queralt Jiménez, A., «Desinformación por razón de sexo y redes sociales», en: International Journal of Constitutional Law, 21, 2023, p. 1607.

[30] Véase en tal sentido el informe «Violencia de género: una realidad…», *cit.,* p.5.

[31] Queralt Jiménez, A., «Desinformación por razón de sexo…», *cit.,* p. 1591.

[32] *Vid.*, Informe «Violencia de género…», *cit.,* p. 13.

[33] *Ibidem*., p. 1595.

a la sociedad perpetúa estereotipos sexo-género frente a los que venimos luchando desde hace años [34]. Además, cabe destacar que la desinformación en este ámbito se ha visto impulsada por el desarrollo de la IA, en la medida en que las decisiones automatizadas pueden incorporar sesgos de género que perpetúen dinámicas superadas, aunque ahora lo hagan de forma invisible y a simple vista neutras.

Pese a lo dicho hasta ahora y, en palabras del profesor Balaguer Callejón, «la constitución no es neutral frente a la realidad sino que proporciona en mayor o menor medida la base cultural y normativa para promover, por ejemplo, la igualdad entre mujeres y hombres» [35]. De ahí que todo lo expuesto sirva de antesala al debate sobre la igualdad y no discriminación de la mujer, como desafío específico del constitucionalismo digital. Así pues, quisiera dedicar las páginas que siguen a una preocupante realidad que atañe al constitucionalismo contemporáneo en este ámbito: la violencia digital ejercida contra la mujer, con especial referencia al ámbito de su libertad sexual.

Nos movemos aquí en el ámbito de la ciberviolencia [36] ejercida contra la mujer (adulta y menor de edad) como sujeto especialmente vulnerable en la red [37]. Ello se refleja a través de diversas manifestaciones [38], como pueden ser: el ciberacoso o *cyberstalking*, crímenes de odio a través de Internet, violaciones a su privacidad mediante la comisión de delitos de descubrimiento y reve-

[34] Así, el estudio The true Gap: (des)informadas online, El Estado mundial de las niñas, 2021, p.11, señala que «El conjunto de estudios de investigación sobre la desinformación y la información errónea online está aumentando rápidamente, pero muy pocos estudios aplican la visión del género. Cuando así sí lo hacen, resulta esclarecedor, por ejemplo, que la información y las imágenes falsas y sexualizadas se usan para atacar y desacreditar a las mujeres de la escena política en mucha mayor medida».

[35] Balaguer Callejón, F., La constitución del algoritmo…, *cit.,* p. 41.

[36] La ciberviolencia se define por el Consejo de Europa «Mapping study on cyberviolence», Cybercrime Convention Committee (T-CY). Working Group on cyberbullying and other forms of violence, especially against women and children, 2018, p.5, como «el uso de sistemas informáticos para causar, facilitar o amenazar con violencia contra las personas, que tiene como resultado, o puede tener como resultado, un daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o económico, y puede incluir la explotación de la identidad de la persona, así como de las circunstancias, características o vulnerabilidades de la persona».

[37] A través de la noticia de actualidad «violencia de género en internet: tipos, mitos y contenidos», publicado por la Universidad Oberta de Catalunya, 2021, disponible en: https://biblioteca.uoc.edu/es/actualidad/noticia/Violencia-de-genero-en-internet-tipos-mitos-y-contenidos-para-prevenirla/, puede accederse a multitud de enlaces y estudios oficiales de ámbito nacional e internacional que «constatan que las mujeres se encuentran entre los grupos de población más vulnerables ante la ciberviolencia». En el ámbito concreto de la ciberviolencia en el ámbito sexual resulta llamativo el dato de que «En España, durante el 2020, 855 mujeres fueron víctimas de delitos sexuales en internet y, de estas, el 86 % fueron chicas menores de edad. En cuanto al perfil de agresor, en el 95 % de los casos los responsables de este tipo de crímenes fueron hombres y, de los 734 casos registrados, setenta los cometieron chicos menores de edad».

[38] Para una aproximación sobre la perpetración de las diversas formas de violencia digital contra la mujer, me remito al estudio «Combating Cyber Violence against Women…», *cit.*

lación de secretos, amenazas, coacciones, el *grooming,* la difusión de *sexting* inconsentido (porno venganza), la sextorsión o las *deepfakes*.

De entre tales conductas, me referiré a continuación a algunos ejemplos de violencia contra la mujer, que recaen en el ámbito de su libertad sexual, con expresa manifestación sobre su cuerpo, en el marco de la web 2.0 y la IA. Y ello con el objetivo de destacar cómo, aún en la sociedad actual, el cuerpo de la mujer sigue instrumentalizándose, aunque ahora se haga a través de nuevas formas en el espacio digital.

1. Violencia contra la mujer en la web 2.0. El cuerpo a debate con las conductas de *sexting* y *sextorsión*

Los ejemplos a los que me referiré, en este apartado y en el siguiente, son buena muestra de la violencia digital y de género que se ejerce contra la mujer a través de Internet.

Por su parte, el *sexting* hace referencia a la conducta voluntaria llevada a cabo entre dos personas que mantienen o han mantenido una relación de pareja, y que consiste en obtener imágenes o grabaciones audiovisuales de carácter erótico-sexual con aquiescencia de ambas partes, en el ámbito de esa intimidad compartida. Se trata pues de una conducta propia de la relación de pareja (cónyuges u análoga relación de afectividad) cuya práctica se ha extendido con el uso de los dispositivos electrónicos. Cabe resaltar que dicha conducta no plantea mayor problema en la medida en que forma parte del ámbito estricto de la intimidad sexual de la pareja.

El problema, por tanto, no viene de la práctica consentida de *sexting*, sino de la conducta que, tras esa obtención, lleva a uno de ellos (el destinatario de las imágenes o grabaciones) a difundir a terceros dicho contenido sexual, sin consentimiento de la víctima. Éste es el *sexting* relevante para el Derecho, que ha merecido su reproche penal en el artículo 197.7 CP, por las graves consecuencias que conlleva para la intimidad y el honor de la víctima, al llegar a terceros, viralizándose en cuestión de minutos. Resta decir que esa difusión inconsentida de *sexting* se produce generalmente en el marco de la ruptura de la pareja, a modo de venganza. Aspecto éste último por lo que también se conoce a esta conducta como *revenge porn* o porno venganza [39].

[39] He realizado un estudio profundo sobre la conducta de difusión de *sexting* inconsentido y la problemática que implica para la intimidad en Pérez Conchillo, E., Intimidad y difusión de sexting no consentido. Tirant lo Blanch, 2018. Permítase la referencia sobre este mismo fenómeno, desde una pers-

Por otra parte, cabe citar aquí también el caso de la *sextorsión* como un supuesto igualmente problemático que va en línea con el anterior. Se trata del caso en que un miembro de la pareja o un tercero ciberdelincuente accede a grabaciones o imágenes de carácter sexual (con o sin consentimiento) de la otra parte y la extorsiona para que ésta última se someta a su voluntad, bajo la amenaza de difundir dicho contenido [40].

Es cierto que conductas de este tipo abren la puerta al debate sobre los contornos del derecho a la intimidad en el mundo digital, por la práctica cada vez más extendida de publicar lo éxtimo, esto es, lo que tradicionalmente ha quedado al resguardo de terceros. Consecuentemente, surge aquí la paradoja de que sea el propio titular del derecho el que sobreexponga ámbitos de su vida privada [41]. Ahora bien, que asistamos a un proceso de cambio sobre la idea cultural del recato, el pudor y lo íntimo no puede otorgar una carta en blanco a quien, en el marco de una relación íntima de pareja, obtiene material de contenido sexual de la otra parte, para difundirlo a terceros sin consentimiento de ésta última.

A efectos de caracterizar la conducta de *sexting* ajeno, por plantear mayores dificultades que la *sextorsión*, cabe señalar que la práctica judicial demuestra cómo en ella subyace un patrón de género enraizado en el que la mujer es la victima habitual en este tipo de delitos. Subrayo este dato porque, a *sensu contrario*, nuestro Código penal no ha tipificado esta conducta teniendo en cuenta dicho factor de género, al tratar por igual, aunque como subtipo agravado, los casos en los que el sujeto activo del delito sea cónyuge o persona con quien se mantenga o haya mantenido una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, con independencia de que sea hombre o mujer [42]. Sin embargo, en mi opinión, el género es una categoría relevante para estos casos, y

---

pectiva de género a Pérez Conchillo, E., «La difusión de sexting ajeno como violencia de género», en: Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 51, 2018.

[40] El Instituto Nacional de Ciberseguridad (Incibe) define la sextorsión como: «una forma de chantaje en la que una persona amenaza con publicar imágenes o videos con contenido sexual explícito de otra persona a menos que esta cumpla con sus demandas. Los ciberdelincuentes suelen obtener estas imágenes mediante engaños, haciéndoles creer que son alguien que no son, a través del robo de cuentas personales como pueden ser redes sociales o correos electrónicos o incluso tras la infección del dispositivo de la víctima, lo que permite acceder a sus imágenes y vídeos almacenados en él». Definición accesible a través del enlace: https://www.incibe.es/node/486964

[41] Sobre los cambios del derecho a la intimidad en la sociedad digital véase Villaverde Menéndez, I., «La intimidad, ese "terrible derecho" en la era de la confusa publicidad virtual», en: Espaço Jurídico: Journal of Law, vol. 14, 3, 2013, pp. 57 a 72. Al respecto pueden consultarse también los trabajos publicados en la obra colectiva: El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico: XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Tribunal Constitucional, 2016.

[42] Véase al respecto, Lloria, P., Violencia sobre la mujer en el siglo xxi. Violencia de control y nuevas tecnologías. Habitualidad, *sexting* y *stalking*. Iustel, 2020, p. 206.

creo que así debiera haberlo considerado el legislador distinguiendo el supuesto en que concurra como un caso de violencia de género del resto.

La razón para ello no es otra que el especial desvalor que merece en tal caso la conducta por el constructo social que opera sobre el cuerpo de la mujer y su exposición, así como por lo que rodea a su sexualidad. En efecto, la dinámica que subyace en esta conducta gira precisamente en torno a ese constructo social. Esto es, sobre la relación de poder que algunos hombres ejercen mediante la instrumentalización del cuerpo de la mujer, prevaliéndose de la relación de pareja. Y ello en la medida en que utilizan la imagen o grabación sexual obtenida en el marco de la misma para, una vez rota la relación, vejar y humillar públicamente a la mujer.

De este modo, con un simple clic, el hombre se apodera del cuerpo y sexualidad de la mujer, exponiéndola públicamente a modo de castigo social. Lloria sitúa este supuesto como un caso genuino de «violencia de control» que tiene la finalidad de «someter a la mujer a los deseos del varón, que utilizará los instrumentos a su alcance para mantener la dominación dando lugar a una situación de violencia de género» [43].

Lo dicho hasta ahora hace que no sorprenda que el hombre que quiera hacer daño a la mujer, en un contexto como éste, difunda la imagen o grabación sexual que tiene en su poder, a sabiendas de la repercusión social y desaprobación que tendrá la conducta para ella. Surge en este punto una crítica añadida que no me resisto a comentar y que tiene un carácter más amplio que nos atañe como sociedad. Dicha crítica va dirigida a las lecturas sociales machistas que aún imperan en torno a conductas como ésta. Y, ello en tanto en cuanto la interpretación social de la acción en cuestión, esto es, de la grabación de carácter sexual, no se hace generalmente en clave de la libertad y autonomía de la mujer en el desarrollo de su vida privada. Más bien sucede que dicha actuación se interpreta como una especie de libertinaje censurable asociado a una visión claramente patriarcal del pudor y del recato, como notas identificables del género femenino en las relaciones íntimas.

Por ello, entiendo que la connotación de esta conducta es distinta por razón de sexo-género, pues tal como destaca Lloria, «(e)videntemente, la propia estructura social que sitúa a la mujer en el plano sexual como un ser pasivo y que la castiga por sus comportamientos sexuales inadecuados a la norma hace que la lesión de su honor e intimidad sea más grave que cuando es el hombre

[43] *Ibidem*., pp. 126, 127 y 206.

el que aparece el dichas imágenes, pues en su caso, por el contrario, el hecho de la actividad sexual con rol dominante lo empodera» [44].

Como puede observarse, el relato que descansa en la interpretación de un mismo acto por razón de quien lo desarrolle adquiere connotaciones y roles bien distintos, pues en definitiva se orienta al imaginario sexual propio de las sociedades patriarcales. De ahí que, salvando las distancias, resulten trasladable a este caso, las reflexiones de Cobo en torno al rol del hombre y de la mujer en la pornografía, cuando señala que «(l)a pornografía define a los varones como sujetos sexuales activos, dueños de una masculinidad poderosa que contribuye a reforzar en el imaginario colectivo la idea de que la masculinidad es poder. Por el contrario, la pornografía –así como la moda y la publicidad– presenta un modelo de mujer centrado en la sexualidad. El modelo de identidad femenina hegemónico está articulado alrededor del atractivo sexual» [45], siendo por tanto la sexualidad el ámbito característico e incuestionable de lo femenino.

Llegados a este punto, y centrando el debate en las conductas analizadas, quisiera destacar la paradoja diabólica en que incurrimos como sociedad, cuando, por un lado, se impone en la mujer una carga de valor importante en el atractivo sexual, en su imagen y en su cuerpo y, por otro lado, se la castiga y desacredita socialmente cuando, dentro o fuera de sus relaciones de pareja, decide vivir su sexualidad saliéndose del modelo de mujer que responde a los intereses patriarcales.

En este sentido, no puedo sino suscribir las reflexiones de la magistrada Balaguer Callejón cuando, en el análisis que efectúa sobre la desigualdad de género, centra la mirada en el cuerpo de las mujeres por las lacras sociales a las que lleva su instrumentalización y dominio.

2. **Violencia contra la mujer mediante el uso de IA. El cuerpo a debate con *las deepfake***

El desarrollo exponencial de la IA durante los últimos años ha dado lugar a sistemas automatizados cada vez más sofisticados que conllevan nuevos desafíos para la protección de los derechos.

En este apartado, me centraré en las *deepfake* como ejemplo concreto de cómo a través de la IA generativa puede seguir desafiándose la igualdad efec-

[44] *Ibidem*., p. 127.

[45] Cobo, R., «La pornografía como pedagogía de la prostitución», en: Rodríguez Ruiz, B., (ed.) Autonomía, género y Derecho. Debates en torno al cuerpo de las mujeres. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 79 y 80.

tiva entre mujeres y hombres, generando violencia digital contra la mujer a través de la instrumentalización de su cuerpo. Conviene antes señalar que cuando hablamos de *deepfake* nos referimos al uso de la IA para generar contenido audio visual falso, aunque sumamente realista, sobre personas reales, a través de la superposición de rostros y/o voces. El reciente Reglamento de Inteligencia Artificial aprobado en 2024 en el seno de la Unión Europea se refiere a las *deepfake* como «ultrasuplantación» y las define como «un contenido de imagen, audio o vídeo generado o manipulado por una IA que se asemeja a personas, objetos, lugares, entidades o sucesos reales y que puede inducir a una persona a pensar erróneamente que son auténticos o verídicos». Aquí radica precisamente el mayor problema de este tipo de contenido falso, esto es, en la facilidad con que pueden estimarse como reales, bajo una apariencia de verdad, con el consiguiente daño que pueden generar en la persona afectada, según el contenido sobre el que recaiga el engaño. Ese contenido falso, generado a través de IA, se utiliza, por ejemplo, como una herramienta burlesca o satírica en el ámbito político o como herramienta de influencia informativa (*microtargeting*) en campañas electorales, pero no sólo.

Hemos de valorar positivamente que el referido Reglamento europeo de IA contemple previsiones específicas para tratar de poner freno a esta realidad mediante la imposición de obligaciones de transparencia a los responsables del despliegue que utilicen IA generativa que manipule contenido de imagen, audio o video y que pueda llevar a pensar que son auténticos. En tal sentido, se prevé que tengan que hacer público que tal contenido se ha creado y manipulado artificialmente [46]. No obstante, sigue habiendo desafíos importantes en materia de *deepfake* que presentan un lado más oscuro y que requieren de especial atención por sus implicaciones, al margen de que, en línea con el citado Reglamento europeo, se publique que se trata de un contenido de este tipo.

Me refiero al caso de que las *deepfake* se utilicen para simular la representación del cuerpo de personas concretas en actitudes sexuales comprometidas con fines de extorsión o para generar pornografía no consentida. En este supuesto, aunque se trate de imágenes que no responden a la realidad, un estudio publicado por el *UK Council for Internet Safety* revela que las consecuencias negativas que produce se asemejan a las formas tradicionales de porno venganza [47]. Las consecuencias para la persona afectada van más allá de que en

[46] Véase al respecto el considerando 134 del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial.

[47] Davidson, J.; Livingstone, S.; Jenkins, S.; Gekoski, A.; Choak, C.; Ike, T.; Phillips, K, «Adult Online Hate, Harassment and Abuse: A Rapid Evidence Assessment», University of East London,

el sitio web donde se aloje dicho contenido se aclare que se trata de una *deepfake* porque, aunque ésta sea mentira, la victimización y la afección a derechos fundamentales ya se ha consumado.

De ahí que, si comparamos en el mismo plano y en los mismos términos esta conducta respecto de la del *sexting* o la *sextorsión*, analizadas anteriormente, no sorprendan los datos ofrecidos por Security Hero en su informe *State of Deep Fake 2023*. En dicho informe puede verse como las *deepfake* pornográficas ocupan el 98 % del total de *deepfake online*, distribuyéndose ese porcentaje por razón de género de forma estrepitosamente desigual: el 99 % de las *deepfake* pornográficas compromete a las mujeres, frente a un 1 % que afecta a los hombres. Igualmente preocupante es el crecimiento exponencial que han tenido las *deepfake* pornográficas en los últimos años. Pues frente a las 3.725 detectadas en 2022, nos movemos en la cifra de 21.019 en 2023, habiendo crecido un 464 % para este último año [48].

Encontramos aquí un nuevo filón de ciberviolencia contra la mujer, en su versión más avanzada, que arrastra a la mujer a verse implicada en la industria del sexo sin su consentimiento, mediante la comercialización digital de su imagen (aun cuando en este caso sea falsa). Aspecto ciertamente preocupante en tanto que ya ni siquiera hace falta que exista una imagen producida por la mujer de contenido sexual para humillarla y desacreditarla, sino que ahora basta con que exista una imagen suya vestida para manipularla y desnudarla mediante IA, a través de la superposición de su rostro sobre un cuerpo femenino ajeno desconocido. Así, aunque la imagen generada en este caso mediante IA no sea real, las consecuencias negativas que produce sobre la mujer si lo son al quedar igualmente señalada y expuesta públicamente.

Todas las conductas anteriormente señaladas coinciden en un aspecto sumamente grave y preocupante que, al menos, quisiera dejar apuntado y es la problemática que surge cuando la mujer víctima de tales conductas es, además, menor de edad. En este caso, la afección a bienes de interés constitucional se multiplica. Nótese que la accesibilidad de imágenes de menores de edad en la red y/o a través de dispositivos tecnológicos con fines ilícitos no solo representa un problema de violencia digital contra la mujer por el hecho de serlo, sino de abuso y pornografía infantil. Aspectos todos ellos que ponen en jaque categorías esenciales del constitucionalismo como son: la especial vul-

UK Council for Internet Safety, 2019, p. 48. Accesible a través del enlace: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5d110e2640f0b6200bb2b2da/Adult_Online_Harms_Report_2019.pdf

[48] Véase «State of Deepfakes. Realities, Threats, and Impact», Security Hero, 2023. Accesible en: https://www.securityhero.io/state-of-deepfakes/#targeted-individuals

nerabilidad de la menor de edad, el principio de interés superior del menor o el libre desarrollo de su personalidad, entre otros factores.

IV. CONCLUSIONES

Con el presente trabajo se he tratado de poner de manifiesto que la lucha por la igualdad efectiva entre mujeres y hombres no es un desafío superado, sino que, al contrario, sigue presentando importantes retos para el constitucionalismo. En particular, se ha querido traer al primer plano cómo, pese a la aprobación de importantes leyes de ámbito nacional dictadas para la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, sigue habiendo grandes retos que atañen al constitucionalismo digital. En este orden de cosas, se ha subrayado en el trabajo cómo las conductas machistas imperantes en el espacio físico, lejos de estar erradicadas, han encontrado nuevos espacios para expandirse y expresarse en el mundo digital.

De ahí que en este punto se hayan concluido dos ideas: 1) Que Internet es un reflejo de la realidad en la que vivimos; 2) Que, consecuentemente, a través de la red se canalizan conductas que atentan contra la igualdad y no discriminación de la mujer que exigen que las políticas antidiscriminatorias, en este ámbito, incluyan la perspectiva de género.

Así, de la minimización de la voz de la mujer en Internet y el consiguiente debate sobre su posición como sujeto político en el espacio público, pueden observarse formas especialmente graves de violencia contra la mujer en el mundo digital. Éste ha sido el objeto esencial del trabajo: el tratamiento de las formas más graves de ciberviolencia contra la mujer perpetradas, en el ámbito de la pareja afectiva o fuera de ella, a través de la instrumentalización de su cuerpo.

En tal sentido, se observa que esta lacra social ha dado el salto del mundo *offline* al *online*, expresándose de distinto modo en función del estadio de evolución tecnológica en el que nos movamos: web 2.0 o IA. En el marco de la web 2.0 se han analizado conductas específicas como el *sexting* y la *sextorsión* que bien pueden caracterizarse en el marco de la violencia de género o, más ampliamente y en función de los casos, de violencia contra la mujer en el mundo digital. Respecto al *sexting,* como conducta especialmente problemática en este ámbito, se ha criticado que el legislador penal no la haya contemplado como una conducta específica de género, pues es aquí donde ésta se expresa en la mayoría de los casos. Así las cosas, ha tratado de explicarse el especial desvalor que merecen tales conductas, al invadir el ámbito de la intimidad y libertad sexual de la mujer, manifestadas a través de su propio cuerpo, a tenor del

constructo social que opera sobre él. En otras palabras, se trata de conductas en las que, con un simple clic, algunos hombres se apoderan del cuerpo de la mujer, exponiéndola públicamente a modo de castigo social o amenazándola con tal exposición.

Se ha visto así que la efectividad de tal amenaza o exposición pública de la mujer no es casualidad. En realidad, esta última se urde en la propia lectura machista que gran parte de la sociedad efectúa, todavía, sobre determinadas conductas que pueden traducirse en un pulso a la normatividad de lo sexual femenino. Subyace aquí una crítica más general, que interpela a la sociedad en su conjunto y que llama la atención sobre la paradoja diabólica en que situamos a la mujer. Nótese que, por un lado, se le impone un valor añadido en todo lo que concierne a su cuerpo, imagen y atractivo sexual, aunque, por otro lado, se la reprende socialmente cuando ésta decide salirse del modelo de mujer que responde a los intereses patriarcales.

De otro lado, se han detectado desafíos igualmente preocupantes en el estadio de evolución tecnológica en que nos encontramos actualmente con la IA. Y ello se ha materializado en el trabajo a través del ejemplo de las *deepfake* pornográficas. Este nuevo fenómeno resulta expresivo para poner de manifiesto que, aún, cuando no existe imagen o grabación real que comprometa la intimidad y honor de la mujer, dicho contenido se llega a crear e inventar artificialmente, mediante la suplantación de su rostro, para seguir instrumentalizando su cuerpo. De ahí que se valoren positivamente iniciativas como las que abre el Reglamento de IA al imponer obligaciones de transparencia sobre el carácter de tales *deep fake.* No obstante, parece cuestionable que dicha declaración sea suficiente para minimizar los daños y consecuencias ocasionadas en los derechos de la persona afectada. Puede declararse que «X» contenido es una *deepfake,* pero la victimización ya se ha producido y la afección a derechos fundamentales ya se ha consumado por la apariencia de veracidad del contenido.

Con tales ejemplos, hemos querido reflejar que la discriminación de la mujer por razón sexo-género no es ajena al espacio digital ni al debate sobre el cuerpo de la mujer. Tal como se ha visto, dichas conductas son reflejo de un relato distinto en función del sujeto sexualizado que se ve implicado. Así, mientras que el hombre no aparece como víctima en tales conductas pues, además, ostenta a su favor un poder asociado a su masculinidad que aparece como dominante en el ámbito de lo sexual, ocurre distinto en el caso de la mujer. Ésta última, por el contrario, ve afectados sus derechos de forma especialmente intensa, al verse victimizada a través de su cuerpo. Esta operación de instrumentalización de la mujer resulta aún viable por los roles y

connotaciones que, en definitiva, siguen imperando en el imaginario sexual propio de las sociedades patriarcales.

Con todo, cabe concluir que la Constitución no es ni debe ser neutral frente a la realidad, sino que, al contrario, constituye la base sobre la que han de orientarse los principios y valores que perfilan la sociedad, como es el caso de la igualdad y no discriminación de la mujer. Ese papel normativo y garantista característico de la Constitución la ha situado, de hecho, como instrumento de referencia sobre el que han podido alcanzarse cotas de igualdad nunca antes conocidas. Eso sí, el hecho de que la igualdad se haya reconocido al mayor rango constitucional no es un resultado final, sino, como se ha subrayado, la punta de lanza para la andadura de un largo camino que va escribiéndose día a día. Así pues, seguir construyendo sociedades libres en aquellos espacios del constitucionalismo digital que presentan desafíos, como los aquí planteados, constituye una tarea democrática *in fieri.* De este modo, terminando con una cita de la profesora Gómez Sánchez «(e)l mañana; el mañana está por venir, pero el camino está trazado y el Derecho y el feminismo jurídico, darán respuestas a viejos y nuevos desafíos en la lucha por los derechos de las mujeres» [49].

[49] Gómez Sánchez, Y., «Juristas contemporáneas…», *cit.,* p. 39.

QUINTA PARTE:
Derecho Constitucional Europeo

EL NUEVO PACTO SOBRE MIGRACIÓN Y ASILO DE LA UNIÓN EUROPEA

José María Porras Ramírez
Universidad de Granada

A Yolanda, europeísta de cabeza y corazón

I. INTRODUCCIÓN

Aun mostrando un carácter incompleto, dado el sesgo u orientación parcial que lo condiciona e inspira: que no es otro que preservar, a toda costa, la seguridad de la Unión; y tras varios intentos fallidos, en septiembre de 2020, la Comisión Europea presentó un nuevo y articulado *Pacto sobre Migración y Asilo* [1]. Los continuos debates y negociaciones sostenidas en el seno del Consejo y del Parlamento Europeo fructificaron, primero, con la creación de la *Agencia Europea de Asilo* [2] y la mejora de los permisos orientados a la captación de trabajadores extranjeros, altamente cualificados *(Tarjeta Azul)* [3]. Y, posteriormente, el 20 de diciembre de 2023, se alcanzó un acuerdo definitivo,

[1] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al *nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*. COM/2020/609 final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0609

[2] Reglamento (UE) 2021/2303, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2021, relativa a la Agencia de Asilo de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (UE) núm. 439/2010. *OJ L 468,* 30 de diciembre de 2021, p. 1-54.

[3] Directiva (UE) 2021/1883, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2021, *relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, y por el que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo*. *OJ L 382,* 28 de octubre de 2021, p. 1-38. *OJ L 251,* 15 de julio de 2021, p. 1-47.

conforme al cual se optó, como auspició la presidencia española, por la asunción del *package approach,* defendido por la Comisión y el Parlamento. De tal modo, superadas las múltiples dificultades halladas, el Consejo y el Parlamento Europeo aprobaron los distintos actos legislativos necesarios, en la primavera de 2024.

La llamada «tercera fase del SECA» [4], ligada a una modificación de la normativa Schengen, se plasmó, así, en un conjunto de normas que establecen controles más intensos y efectivos, a fin de hacer posible la contención y el rechazo de quienes no son considerados merecedores de entrar o permanecer legalmente en el territorio de la Unión [5]. En particular, el Pacto, que, como se demostrará, ha supuesto un paso más en la política de «securitización de los flujos de asilo» [6]. Se expresa fundamentalmente en cinco reglamentos, asociados a la modificación de otras normas legislativas, ya vigentes, cuyo objeto y alcance se analizarán, seguidamente, siquiera, en sus rasgos principales.

II. EL REGLAMENTO QUE INTRODUCE UN CONTROL PREVIO DE ENTRADA *(PRE-ENTRY SCREENING)* A NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS, EN LAS FRONTERAS DE LA UNIÓN: LA CONTENCIÓN Y LA CLASIFICACIÓN DE LOS MIGRANTES EN IDÓNEOS E INIDÓNEOS

Esta destacada norma, la más llamativa de las contenidas en el Pacto, que adopta como base jurídica los apartados b) y d) del artículo 77.2 TFUE, introduce un procedimiento preliminar, consistente en el establecimiento de un control reforzado y adicional de entrada en las fronteras exteriores de la Unión, que va más allá, aun siendo complementario, del que establece el Código de Fronteras Schengen [7]. Por medio de aquél se viene a constatar que, pese a las medidas de vigilancia fronteriza aplicadas, los Estados miembros pueden enfrentarse al cruce no autorizado de su frontera por parte de los nacionales de terceros Estados que, sin cumplir las condiciones de entrada previstas: hayan sido aprehendidos al traspasar esa divisoria; hayan solicitado protección internacional durante su inspección en un paso fronterizo; hayan desembarcado

[4] La primera fase legislativa se extendió entre 2000 y 2006; y la segunda entre 2007 y 2014.

[5] Peers, S., «First analysis of the EU´s new asylum proposals», en *EU Law Analysis Blogspot,* September, 25. https://eulawanalysis.blogspot.com/2020/09/first-analysis-of-eus-new-asylum.html

[6] Mitsilegas, V.; Moreno-Lax, V.; Vavoula, N., S*ecuritising asylum flows: deflection, criminalisation, and challenges for human rights.* Brill, Leiden, 2020, p. 20.

[7] Reglamento (UE) 2016/399. El artículo 6 de este Reglamento establece las condiciones de entrada.

tras un registro y operación de salvamento, antes de ser derivados al procedimiento adecuado; o se encuentren ilegalmente en el territorio de los Estados miembros, no existiendo indicios de que hayan sido sometidos a controles en las fronteras exteriores de la Unión [8].

El objetivo declarado es, por tanto, estrictamente securitario, al pretenderse, por medio de un cribado («screening»), reforzar la contención y el control en frontera de los migrantes incursos en las situaciones descritas, y, a tal fin, registrarlos e identificarlos, verificando si constituyen una amenaza para la seguridad interior y la salud pública de la Unión [9]. Dependiendo de lo que resulte de ese control previo, durante el cual no cabe la aplicación de la renovada Directiva de acogida, con los derechos, garantías y condiciones mínimas que aquélla entraña [10], se les derivará al procedimiento considerado adecuado, evitando, a toda costa, la entrada de aquéllos no considerados idóneos. En realidad, la norma en cuestión, si bien modifica varias que forman parte del sistema Schengen [11], no expresa una práctica novedosa, sino que viene a normalizar y consolidar un «modus operandi», ensayado ya, con la creación, pretendidamente extraordinaria, esto es, como medida de emergencia ante «retos migratorios desproporcionados», de los llamados «puntos críticos» *(hotspots)*, en Grecia e Italia, en 2016 [12]. Por medio de éstos se quiere determinar, tras su registro e identificación, quiénes pertenecen a las categorías señaladas, sometiéndolos, a esos efectos, a una suerte de clasificación o triaje rápido, a fin de resolver acerca de su aptitud para merecer el acceso a la Unión, en tanto que fidedignos solicitantes de protección internacional; o hacerlos, en caso contrario, objeto de un procedimiento, deseablemente no menos acelerado, de retorno, devolución o expulsión.

Se parte así de la premisa de que las llegadas a la Unión Europea se componen de flujos migratorios mixtos (económicos, también) y no sólo compuestos, ni siquiera principalmente, por personas demandantes de protección inter-

---

[8] Artículo 1 del Reglamento.

[9] Artículo 5, 6 y 7 del Reglamento.

[10] Se trata de la versión refundida y reformada de la Directiva «por la que se establecen normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional». Dicha Directiva debe interpretarse acompañada de destacados *«leading cases»*, entre los que sobresalen, aunque no sólo, los expresados en la STJUE, de 27 de septiembre de 2012, *Asunto Cimade y Groupe d´information et soutien des inmigrés (GISTI),* C-179/11; y en la STEDH, de 2 de julio de 2020, *Asunto núm. H. et autres v. France.*

[11] Muy destacadamente, en tanto que parte fundamental de la normativa Schengen, se modifica así el Reglamento (UE) 2017/226, que establece un Sistema de Entradas y Salidas (SES) para registrar los datos de entrada y salida, y de denegación de entrada, relativos a nacionales de terceros Estados que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros.

[12] Fernández-Rojo, D., «Los *hotspots:* expansión de las tareas operativas y cooperación multilateral de las agencias europeas Frontex, Easo y Europol». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, 2018, pp. 1013-1056; p. 1.

nacional, por lo que a éstos se les considera, inicialmente, integrantes indiferenciados de la categoría general de nacionales de terceros Estados, a efectos de la gestión de los movimientos migratorios. De esa forma, en vez de considerarlos presuntos refugiados, se les recibe como a probables migrantes ilegales [13], por lo que, aunque se les haya autorizado la entrada, conforme al artículo 6.5 del Código de Fronteras Schengen, si solicitan protección internacional, se les someterá, de todos modos, a un triaje [14]. No en vano, estamos en presencia de un mecanismo de filtro y descarga del sistema de asilo, que busca apartar de aquél a quienes no merecen la acogida de la Unión, y así impedir su ingreso o permanencia, haciendo posible su inmediato retorno.

Además, la rapidez que se desea imprimir al proceso, el cual se efectuará «sin retrasos», completándose, en todo caso, «en un plazo máximo de siete días desde la aprehensión en la zona fronteriza exterior, el desembarco en el territorio del Estado miembro o la presentación en el paso fronterizo»; o, excepcionalmente, de cuatro, si son personas detenidas en relación con un cruce no autorizado de la frontera exterior de un Estado miembro por tierra, mar o aire, y permanezcan en la frontera exterior durante más de 72 horas [15]; o de sólo tres, en referencia a los que se encuentren ilegalmente en el territorio de un Estado miembro [16]; conlleva grandes riesgos para quienes deseen sinceramente acceder a dicha protección, sobre todo, si la evaluación correspondiente, en tan breve lapso de tiempo, no se lleva a cabo, como es de temer, particularmente en casos complejos, con la exhaustividad requerida y las garantías exigibles. No en vano, puede abocar a una resolución de expulsión irreparable, contraria, si se aplica incorrectamente, al principio de no devolución. A lo que se añade la indefensión que provoca no haberse reconocido, en esta fase preliminar, la posibilidad de ejercitar el derecho a un recurso efectivo.

A su vez, el Reglamento plantea el problema del lugar dónde se realizará ese apresurado control de entrada: no aclarando, en toda situación, si se efectuará en territorio europeo, o fuera de él, lo que constituye una amenaza evidente de posible vulneración del Convenio Europeo de los Derechos Huma-

[13] Moreno-Lax, V., «La (des)confianza mutua en el sistema europeo común de asilo: la excepcionalización de los derechos fundamentales». En Abrisketa Uriarte, J., (Coord.), Políticas de asilo de la UE: convergencias entre las dimensiones interna y externa. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 191-22, p. 207.

[14] Artículo 5.3 del Reglamento.

[15] Artículo 8.3 del Reglamento.

[16] Artículo 8.4 del Reglamento.

nos [17] [18]. Así, el artículo 6 dispone, que, durante la realización de aquél, las personas que no cumplan las condiciones de entrada, permanecerán en lugares habilitados al efecto, a disposición de las autoridades competentes, «a fin de evitar cualquier riesgo de fuga, posibles amenazas para la seguridad interna o para la salud pública». Por ello, el artículo 8 indica que el control se efectuará, de forma deliberadamente imprecisa, «en cualesquier lugar indicado y adecuado, designado por los Estados miembros, generalmente situado en las fronteras exteriores o cerca de éstas o, en otros lugares dentro de su territorio». Sólo los que se encuentren ilegalmente en el territorio de los Estados miembros, no existiendo indicios de que hayan sido sometidos a controles en las fronteras exteriores de la Unión, serán sometidos al control preliminar de referencia en localizaciones ubicadas dentro del territorio de los Estados miembros [19]. A su vez, se aprecia un riesgo excesivo, nunca descartado, a que se recurra a la detención y el internamiento, mientras se realiza la evaluación previa, sin control judicial alguno [20]. Tal evidencia resulta del análisis de la experiencia acumulada, la cual es fruto de la interesada aplicación por parte de los Estados miembros de la Directiva 2008/115 (EC), de Retorno, a la que el Reglamento se remite, nuevamente, a esos efectos [21].

Adicionalmente, se ha de criticar que, una vez más, el Reglamento traslade la carga que supone el empleo de este procedimiento a los Estados miembros que, al constituirse en frontera exterior de la Unión Europea, son quienes, principalmente, sufren la presión migratoria. Se sigue requiriendo así que, en tanto que guardianes efectivos de dichas fronteras, se encarguen de promover la cumplimentación del formulario de evaluación; proporcionen información, en una lengua comprensible y por escrito, acerca del propósito, duración, modalidades y elementos componentes del procedimiento de control a los nacionales de Estados terceros afectados; y de su derecho a solicitar protección internacional, de los requisitos que comporta y de la consecuencia que se deriva de no hacerlo, que no es otra que la devolución inmediata, sin posibilidad de recurso. Así mismo, serán los Estados fronterizos quienes asumirán el deber de dar traslado a los migrantes de las obligaciones que les afectan durante el procedimiento, las cuales les llevarán a someterse a controles de seguridad, salud

[17] Cassarino, J. P. y Marín, L., «The Pact on Migration and Asylum: turning the European territory into a non-territory», *European Journal of Migration and Law,* 24 (1), 2022, pp. 1-26; p. 21.

[18] STEDH de 14 de diciembre de 2020, n.ºs. 40503/17, 42902/17 y 43643/17, *asunto M. K. y otros v. Polonia*.

[19] Artículo 7 del Reglamento.

[20] STJUE de 14 de mayo de 2020, C-924/19 PPU y C-925/19 PPU, asuntos acumulados *FMS y otros v. Országos*.

[21] Artículo 8.7 del Reglamento.

y vulnerabilidades; a estar disponibles para las autoridades estatales, suministrándoles sus datos personales requeridos, a fin de verificar su identidad; de la posibilidad de ser objeto de un procedimiento de retorno, forzoso o voluntario; y a ser reubicados o a participar en otro mecanismo de solidaridad previsto [22]. Además, serán los propios Estados de primera línea quienes, actuando, así, como juez y parte, deban adoptar las disposiciones pertinentes para investigar las denuncias por violación de los derechos fundamentales, en relación con la aplicación del sistema de referencia [23].

En consecuencia, más allá de su objetivo básico, el cual no es otro que asegurar el blindaje de las fronteras exteriores de la Unión frente a la migración considerada irregular, debilitando así la especial atención que, habida cuenta de su considerable vulnerabilidad, merecen los solicitantes de protección internacional [24], dada la indiferenciación que, a los efectos del mencionado control, padecen con respecto al resto de migrantes; lo más reseñable consiste en que, en el llamado Reglamento de entrada, no hay atisbo alguno de aplicación de los principios de solidaridad y reparto equitativo de responsabilidades, previstos en el artículo 80 TFUE; ni previsión de actuaciones más humanitarias, garantes de la dignidad y de los derechos de los migrantes [25]. Por el contrario, la única pretensión que, de principio a fin, recorre y anima al Reglamento, no es otra que incrementar la seguridad fronteriza de la Unión, atribuyendo a los Estados miembros de primera línea la obligación de actuar como eficaz antemuro de unos flujos migratorios, prejuzgados como mayoritariamente indeseables, en tanto que amenaza para la cohesión social, la estabilidad política y la identidad cultural europea.

III. EL REGLAMENTO EURODAC: UN INSTRUMENTO AL SERVICIO DE LA CONTENCIÓN MIGRATORIA Y LA PRESERVACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EUROPEO

El nuevo Reglamento, fundado en los artículos 78.2 c), d), e) y g), 79.2 c), 87.2 a) y 88.2 a) TFUE, convierte a la base europea común de comparación de datos, destinados a la identificación de las personas migrantes, en un medio

[22] Artículo 11 del Reglamento. Si son menores, conforme al artículo 13, se prevé la presencia de un representante legal. También el concurso de organizaciones no gubernamentales y de mediadores culturales.

[23] Artículo 10 del Reglamento.

[24] Claramente subrayada en las SSTEDH (Gran Sala), de 21 de enero de 2011, *asunto M. S. S. v. Bélgica,* núm. 30696/09; y de 4 de noviembre de 2014, *asunto Tarakhel v. Suiza*, núm. 29217/12.

[25] Abrisketa Uriarte, J., The European Pact on Migration and Asylum: border containment and frontline States, en *European Journal of Migration and Law,* 24 (4), 2022, pp. 463-488; p. 487.

cuyos nuevos objetivos desbordan ampliamente la finalidad que justificó su creación [26], la cual no fue otra que contribuir a la determinación del Estado miembro responsable de examinar cada solicitud de protección internacional [27]. Así, la norma sustitutiva de su predecesora, se orienta, no sólo a la consecución de ese fin, sino, también, muy destacadamente, al desarrollo de cometidos ligados a la seguridad y el cierre de fronteras. De ese modo, amplía las categorías de personas cuyos datos deben ser contrastados, para identificar a los migrantes irregulares, merecedores de expulsión; y a aquellos sujetos, considerados peligrosos, cuya entrada a la Unión se considera que debe ser rechazada.

Con ello, EURODAC pasa a ser una herramienta que tiene como propósito la realización de tres metas principales: 1) proporcionar soporte y ayuda al sistema común de asilo. 2) Facilitar el control de la inmigración irregular y la detección de movimientos secundarios en la Unión, con la identificación de los nacionales de terceros Estados y apátridas que hayan cruzado irregularmente las fronteras exteriores de la Unión [28]. 3) Y favorecer la cooperación policial y judicial, en orden a la prevención, detección e investigación de delitos de terrorismo o de otros delitos graves; asegurando la interoperabilidad de los sistemas europeos de información [29]. A esos fines se suman otros, no menos relevantes, como prestar asistencia en los procedimientos de admisión humanitaria y reasentamiento; reubicación y protección temporal; garantizar la interoperabilidad en el marco del Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV) y del Sistema de Información de Visados (VIS); y elaborar estadísticas [30].

La Agencia Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (Eu-LISA), encargada de la gestión operativa de EURODAC, asume la competencia de centralizar los datos que recaban los Estados miembros para el cumplimiento de esos objetivos [31]. Estos son, por tanto, quienes asumen la obligación de

---

[26] Reglamento 603/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013.

[27] Viguri Cordero, J., *Seguridad y protección de datos en el Sistema Europeo Común de Asilo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 32.

[28] A ese fin, se vincula EURODAC, en particular, al Reglamento de control de entrada y al Reglamento sobre la gestión del Asilo y la Migración (RAMM).

[29] A este respecto, ha de ser tenido en cuenta el nuevo Reglamento sobre modificaciones de coherencia, relacionadas con el control, que reforma el Reglamento (UE) 2019/816, por el que se establece un sistema centralizado de identificación de los Estados miembros que poseen información sobre condenas de nacionales de terceros Estados y apátridas para complementar el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales; y el Reglamento (UE) 2019/818 sobre el establecimiento de un marco para la interoperabilidad entre la UE y los sistemas de información en el ámbito de la cooperación policial y judicial, asilo y migración; y modificación de los Reglamentos (UE) 2018/1726 y 2018/1862, con el fin de introducir un control de nacionales de terceros Estados en las fronteras exteriores.

[30] Artículo 1.1 del Reglamento.

[31] Artículo 4, 5, 6 y 7 del Reglamento.

tomar los datos biométricos a los migrantes que se ven en esas situaciones, empleando, si fuere necesario, como último recurso, medios coercitivos, entre los que se hallan las sanciones administrativas, e, incluso, la detención, en relación a quienes se nieguen a cumplir con el procedimiento de registro [32]. Además, los Estados miembros, con vistas al fin policial apuntado, desempeñan un papel muy significativo, designando a las autoridades responsables de solicitar la comparación de datos propios con los almacenados en la base EURODAC, y de coordinarse, a esos efectos, con la autoridad, así mismo, responsable, de Europol [33].

En relación a los «solicitantes de protección internacional», el nuevo Reglamento reduce la edad mínima para la recogida y almacenamiento de datos biométricos, que pasa de catorce a seis años. Aquéllos se transmitirán a EURODAC, en un plazo máximo de setenta y dos horas desde su registro, efectuándose, tras ello, una comparación automática, cuyo resultado será puesto en conocimiento del Estado miembro correspondiente [34]. Y no sólo se podrán requerir esos datos, sino, también, otros, de carácter alfanumérico y, a su vez, cuando se disponga de ella, se exigirá una copia escaneada, en color, de un documento de identidad o de viaje, que incluya imágenes faciales [35]. Se busca así la obtención de información adicional, lo más completa posible, acerca de las personas sometidas a ese procedimiento, a fin de establecer un perfil acerca de su potencial peligrosidad para la seguridad interior de la Unión, una vez sometidas al preceptivo control de entrada [36]. En todo caso, la comparación de datos que contengan imágenes faciales, aunque se considere, en ocasiones, subsidiaria, en tanto que referida a supuestos de obtención no fiable de huellas dactilares [37], viene a normalizarse, como exigencia habitual en el Reglamento. Ello suscita el riesgo de elaboración de perfiles raciales, con la posibilidad que tal hecho entraña de realizar controles más intrusivos, incurriendo en abusos, lesivos de los derechos y libertades [38]. Esa misma preocupación cabe proyectar

---

[32] Artículos 13.3 del Reglamento.

[33] Artículos 5, 6 y 7 del Reglamento.

[34] Artículo 15.1 del Reglamento.

[35] Artículo 15.3 del Reglamento.

[36] Se aprecia esa peligrosidad y consecuente amenaza para la seguridad interior (art. 16.1), si concurre alguna de las circunstancias siguientes: que la persona esté armada, sea violenta, se haya visto envuelta en actos de terrorismo o afectada por una orden de entrega europea; que su solicitud de protección haya sido rechazada, ya sea a través del procedimiento ordinario o el fronterizo, y no tenga, por tanto, derecho a permanecer en territorio europeo; o se le haya garantizado el retorno voluntario. (art. 17.2 i)).

[37] Artículo 28 del Reglamento.

[38] García Mahamut, R. y Viguri Cordero, J., «La protección de los datos personales de los solicitantes de protección internacional en el nuevo Sistema Europeo Común de Asilo: grandes desafíos y graves deficiencias» en *Teoría y Realidad Constitucional,* 44, 2019, pp. 237-270; p. 237.

en relación a las personas registradas, con arreglo al Marco de la Unión para el Reasentamiento y la Admisión Humanitaria [39], ya que el Estado miembro responsable deberá remitir a EURODAC los datos biométricos, y demás adicionales, a los efectos de realizar su comparación, tan pronto como sea posible y, a más tardar, antes de llegar a la conclusión acerca de su eventual admisión [40]. E igual sucederá en relación a los admitidos con arreglo a un plan nacional de reasentamiento, tan pronto como dichos Estados miembros hayan reconocido la protección internacional o la protección humanitaria correspondiente [41].

En lo que respecta a los «nacionales de terceros Estados y apátridas, detenidos con ocasión del cruce irregular de una frontera exterior de la Unión», se insta a las autoridades nacionales competentes del Estado miembro afectado, a fin de que tomen inmediatamente sus datos biométricos y demás adicionales, y los transmitan a EURODAC, junto con los que testimonian su eventual peligrosidad, revelada por su carácter violento o armado, o por la acusación de haber cometido un delito grave, antes de que se agote el plazo de setenta y dos horas desde que se produjo la detención [42]. Igual se requiere en relación con aquéllos «nacionales de terceros Estados y apátridas que permanecen ilegalmente en el territorio de un Estado miembro» [43]. Y lo mismo se especifica con respecto a los «extranjeros desembarcados, tras una operación de búsqueda y salvamento», en relación a los cuales se prevé que, si su arribo al territorio de la Unión se produce como consecuencia de una «afluencia repentina», pueda extenderse el plazo de 72 horas a 48 más [44]. Además, se insiste en que los datos almacenados en EURODAC deberán actualizarse tras las «reubicaciones», contando con la colaboración de los Estados miembros afectados [45]. Y en los supuestos de «protección temporal», se ordena que se transfieran los datos obtenidos, antes de que transcurran diez días desde que se produjo el registro del beneficiario [46].

La cuestionable asimilación de los solicitantes de protección internacional a los migrantes irregulares, a los efectos del tratamiento de datos en EURODAC, motiva que el «almacenamiento» de aquéllos vea ampliada su duración en el nuevo Reglamento. Así, aunque se mantiene un plazo de diez años para la con-

[39] Cfr., el nuevo Reglamento de ese nombre, aprobado como parte integrante del Pacto sobre Migración y Asilo, que reemplaza el Reglamento 516/2014.
[40] Artículos 18 y 19 del Reglamento.
[41] Artículos 20 y 21 del Reglamento.
[42] Artículo 22 del Reglamento.
[43] Artículo 23 del Reglamento.
[44] Artículo 24.6 del Reglamento.
[45] Artículo 25 del Reglamento.
[46] Artículo 26 del Reglamento.

servación de los datos de los solicitantes de protección internacional [47]; aumentan a cinco los de los inmigrantes irregulares [48], lo que cabe considerar un período de tiempo excesivamente largo, que dificulta una futura solicitud de entrada, por cauces regulares, a la Unión. A su vez, se fijan en tres los años referidos a las personas registradas, con arreglo al Marco de Reasentamiento y Admisión Humanitaria de la Unión [49]; y de uno, en relación a los beneficiarios de protección temporal [50].

Reforzando la adscripción de EURODAC a objetivos securitarios, el «procedimiento de comparación y transmisión de datos con fines policiales» adquiere un protagonismo destacado en el Reglamento. Por eso, se considera su regulación necesaria, a fin de facultar a las autoridades designadas por parte, tanto de los Estados miembros, como de Europol, el acceso a EURODAC, cuando se reúnan las muy indeterminadas, en tanto que genéricas, condiciones siguientes: a saber, que se haga a los efectos de la prevención, detección o investigación de delitos de terrorismo o de otros delitos graves, expresando la existencia de una preocupación imperiosa de seguridad pública, que hace que la consulta de la base de datos sea considerada proporcional; así mismo, cuando afecte a un caso concreto y a personas específicas; y, también, cuando existan motivos razonables, esto es, sospechas fundadas para considerar que la comparación de datos contribuirá sustancialmente a la prevención, detección o investigación de alguno de los delitos en cuestión, al hallarse el sospechoso, autor o víctima de un delito de terrorismo u otro delito grave, comprendido en una de las categorías de sujetos afectados por el Reglamento [51].

A lo indicado se agrega la inquietante posibilidad de autorizar la transferencia de los datos de EURODAC a terceros países, para identificar y documentar el proceso de retorno y readmisión, lo que introduce una excepción a la prohibición general, contemplada en la propia norma, y en el Reglamento General de Protección de Datos [52], que exige cumplir ciertas condiciones: así, se viene a considerar que solo cabe dicha transferencia para conseguir la identificación y expedición de un documento de identificación o de viaje a un nacional de un tercer Estado en situación irregular, con vistas a hacer posible su retorno. Y, además, se precisa que el nacional del tercer Estado afectado será

[47] Artículo 29.1 del Reglamento.
[48] Artículo 29.3 del Reglamento.
[49] Artículo 29.4 del Reglamento.
[50] Artículo 29.9 del Reglamento.
[51] Artículos 32, 33, 34 y 35 del Reglamento.
[52] Reglamento (UE) 2016/679.

informado de que sus datos personales pueden ser compartidos con las autoridades de un tercer Estado [53].

En suma, EURODAC se ha transformado, prioritariamente, merced al nuevo Reglamento, en un sistema puesto al servicio, tanto del control y rechazo de la inmigración irregular, como del mantenimiento del orden público interno, esto es de la prevención y eliminación de cuanto pueda perturbarlo. Y dado que la migración es percibida con recelo, siendo objeto preferente de contención, más que de canalización segura y ordenada, su encuadramiento en la nueva arquitectura normativa de la Unión no puede sino ser considerada, dicho sea, con el debido sarcasmo, más que un completo acierto.

IV. EL REGLAMENTO SOBRE LA GESTIÓN DEL ASILO Y LA MIGRACIÓN: LA SOLIDARIDAD «A LA CARTA» CON EL ESTADO MIEMBRO RESPONSABLE

De conformidad con los artículos 78.2 e) y 79.2 a), b) y c) TFUE, el nuevo Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración sustituye al Reglamento (UE) 604/2013 (Dublín III), que ha venido siendo el pilar fundamental del SECA. Así, la nueva norma, que se dice partícipe del «enfoque integral» de la gestión de las políticas de asilo y migración de la Unión, en sus dimensiones tanto interna como externa [54], establece un informe de evaluación anual acerca de la situación y necesidades [55], define las obligaciones del solicitante de protección internacional [56] y reconoce sus derechos (entre los que destacan aquéllos a ser informado [57], a recibir consejo jurídico [58], y a ser objeto de una entrevista personal [59], además de establecer garantías específicas para los menores [60], en conexión con lo previsto en la renovada Directiva sobre las condiciones de acogida).

No obstante, la nueva regulación se dedica primordialmente, en primer lugar, a la codificación de los criterios de determinación del Estado miembro responsable de examinar las solicitudes de protección internacional, presentadas por un nacional de un tercer Estado o apátrida. Y, a ese respecto, el

[53] Artículo 50.3 del Reglamento.
[54] Artículos 3-8 del Reglamento.
[55] Artículos 9-15 del Reglamento.
[56] Artículos 17-18 del Reglamento.
[57] Artículos 19-20 del Reglamento.
[58] Artículo 21 del Reglamento.
[59] Artículo 22 del Reglamento.
[60] Artículo 23 del Reglamento.

nuevo Reglamento muestra escasas novedades con respecto a su predecesor [61], al descartar la ambiciosa propuesta de reforma, presentada en 2016 [62], que promovía el establecimiento de un registro común de peticiones, disponiendo un mecanismo permanente y automático de reparto y reubicación de solicitantes, gestionado por la Agencia de Asilo de la Unión, garante de una justa distribución de responsabilidades y obligaciones, de forma plenamente acorde con el principio de solidaridad, proclamado en el artículo 80 TFUE [63]. Así, el nuevo Reglamento mantiene la jerarquía de criterios de determinación ya vigentes; limitándose, a lo sumo, a agregar dos más, conforme a los cuales se atribuye, también, la responsabilidad del examen de la solicitud al Estado miembro en el que el solicitante haya obtenido un diploma educativo; y, así mismo, al Estado de entrada, tras producirse un desembarco en el marco de una operación de búsqueda y rescate [64]. Por tanto, en esencia, el Reglamento sigue asignando por defecto, a modo de «regla de cierre del sistema» [65], la competencia para evaluar las solicitudes de protección internacional al primer Estado miembro en el que la solicitud haya sido registrada [66]. Y como este suele ser un Estado de primera línea, llamado, en tanto que guardián de la frontera exterior de la Unión, a verse afectado directamente por la presión migratoria, a veces, de forma masiva o desproporcionada, subsiste la situación que ha llevado, reiteradamente, a dichos Estados a exigir, sin éxito, el reparto de la carga inicial que ello les supone.

---

[61] Di Filippo, M., «The allocation of competences in asylum procedures under EU Law», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* 59, 2018, pp. 41-95.

[62] Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo. *«Hacia una reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y el reforzamiento de las vías legales de llegada de personas a Europa»*. Bruselas 6 de abril de 2016 COM (2016) 197 final.

[63] La STJUE de 6 de septiembre de 2017, acerca de los asuntos acumulados C-643/15 y C-647/15, *República Eslovaca y Hungría v. el Consejo de la Unión Europea*, vino a confirmar la obligatoriedad de la reubicación acordada y de las cuotas de reparto correspondientes a los Estados miembros.

[64] Es considerado Estado responsable de examinar la solicitud de protección internacional, conforme al nuevo Reglamento: 1. Aquél, atendiendo al interés superior del menor, sobre todo si no está acompañado, en el que se halle legalmente un miembro de su familia o presente su solicitud; o resida un familiar, con residencia legal en un Estado miembro; buscando siempre el mantenimiento de la unidad familiar (arts. 25-28); 2. Aquél que expidió en favor del solicitante un permiso de residencia o visado válido (art. 29). 3. Aquél que expidió al solicitante un título académico o cualificación por un centro de enseñanza en él establecido, siempre que la solicitud se haya registrado menos de seis años después de la expedición (art. 30). 4. Aquél a cuyo territorio el solicitante accedió sin necesidad de visado, legalmente (art. 31). 5. Aquél en cuyo territorio se ubica el aeropuerto que alberga la zona de tránsito internacional en la que se presentó la solicitud (art. 32). 6. Aquél cuya frontera el solicitante cruzó irregularmente por tierra, mar o aire, o procedente de un Estado tercero, a menos que hayan transcurrido 20 meses desde el cruce. No obstante, la responsabilidad cesará si la solicitud se registra más de 12 meses después de la fecha en que se produjo el desembarco (art. 33).

[65] Morgades Gil, S., *De refugiados a rechazados. El sistema Dublín y el derecho a buscar asilo en la Unión Europea.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 252.

[66] Artículo 24.2 del Reglamento.

Así, a fin de paliar, más que contrarrestar, esa situación, consciente, al tiempo, tanto de las dificultades de gestión y acogida que asumen esos Estados, como de la resistencia de los demás a compartir, de manera efectiva, dicha obligación, el nuevo Reglamento dedica buena parte de su articulado a arbitrar instrumentos que hagan de la solidaridad, entendida como reparto equitativo de responsabilidades entre los Estados miembros (art. 80 TFUE), su principal objetivo. Y este constituye, sin duda, su rasgo más novedoso, a pesar de su decepcionante alcance y de lo incierta que se revela su aplicación futura. No en vano, ha dispuesto un «Mecanismo de Solidaridad», al que atribuye un carácter obligatorio, del que se derivan medidas a aplicar por parte de los Estados miembros, que se consideran, no obstante, «de igual valor», lo que faculta, flexiblemente, su empleo alternativo [67]. De ese modo, partiendo de la constatación y el análisis de la situación migratoria, que se expresa en un informe anual elaborado por la Comisión, se prevé que el Consejo apruebe, por mayoría cualificada, con esa misma periodicidad, a propuesta de aquélla, un acto de ejecución por el que se establece el llamado *Contingente anual de Solidaridad* [68], a fin de atender las necesidades de gestión y acogida que presentan los Estados responsables de examinar las solicitudes de protección internacional, sometidos a presión migratoria [69].

Dicho mecanismo de asistencia se configura «incluyendo el número de referencia de las reubicaciones, y las contribuciones financieras necesarias», además de «los compromisos específicos que cada Estado miembro haya asumido para cada tipo de contribución de solidaridad» [70]. Un porcentaje indicativo de dicho Contingente se pondrá a disposición de los Estados miembros sometidos a un número de llegadas significativas. Más, el Reglamento permite a aquéllos, denominados «contribuyentes», en tanto que no directa o inmediatamente afectados por la situación descrita, la opción por cualquiera de las alternativas que incorpora, para cumplir con sus obligaciones de solidaridad y contribución a las labores de gestión y acogida que recae en los Estados, llamados «beneficiarios», que precisan y solicitan la ayuda de la Unión [71]. Es así que a los primeros se les requiere, fiándolo a su libre elección, bien que parti-

[67] Artículo 56.1 y 2 del Reglamento.
[68] Artículos 57 y 58 del Reglamento.
[69] Artículo 59 del Reglamento.
[70] Artículo 57 del Reglamento. Según establece el artículo 66 del Reglamento, «el porcentaje de contribuciones de solidaridad que cada Estado miembro debe realizar…se calculará de acuerdo con la fórmula que aparece en el Anexo I, y se basará en los siguientes criterios para cada Estado miembro, según los últimos datos de Eurostat disponibles: el tamaño de la población respectiva (con una ponderación del 50%) y su PIB total (con una ponderación del 50%).
[71] Artículo 57.4 del Reglamento.

cipen en los procedimientos de reubicación de los solicitantes de protección internacional [72]; bien que realicen contribuciones financieras, destinadas, ya sea a reforzar las capacidades de los Estados miembros sometidos a presión; ya al patrocinio del retorno de los migrantes en situación irregular; a prestar su apoyo a la llamada dimensión exterior de la política migratoria, esto es, a promover y facilitar las readmisiones [73]; o bien a colaborar con los Estados responsables mediante cualesquiera otras actuaciones consideradas idóneas [74].

Se deduce así que la creación de un instrumento de solidaridad efectivo, destinado a ofrecer una respuesta común por parte de la Unión a las situaciones descritas, expresivas de presión y crisis migratoria, se relega a la discrecionalidad de los Estados miembros, que asumen ese flexible deber de asistencia. La Unión parece así haber llegado a la, tan realista, como decepcionante conclusión, de que no es posible alcanzar un acuerdo unánime entre sus socios para establecer un mecanismo obligatorio y automático de reubicación, que dé respuesta a la situación que sufren los países que se erigen en frontera exterior de la Unión. Esa constatación pone en entredicho el principio de solidaridad europeo, el cual se muestra debilitado, al no garantizarse un reparto equitativo de responsabilidades en la gestión y acogida de los solicitantes de protección internacional. Además, el hecho de vincular la solidaridad en situaciones de crisis a la cooperación con terceros Estados, a fin de facilitar el retorno y la readmisión de los migrantes, con el riesgo que ello implica de devolver a las personas afectadas a Estados no seguros, supone asociar la ayuda al desarrollo a la colaboración con el control migratorio. Pero, más allá de eso, expresa la renuncia por parte de la Unión a cualquier pretensión de introducir compromisos firmes e irrenunciables, expresivos de la voluntad de desarrollar una acción común y coordinada, fundada en el principio de la confianza mutua.

V. EL REGLAMENTO QUE ESTABLECE UN PROCEDIMIENTO COMÚN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN LA UNIÓN: UNA EVALUACIÓN RÁPIDA Y ÚNICA PARA FACILITAR LOS RETORNOS

[72] Artículo 56.2 a) en relación con los artículos 67 y 68 del Reglamento.

[73] Artículo 56.2 b) en relación con el artículo 64 del Reglamento. Conforme a este último, las contribuciones financieras consistirán en transferencias de importes de los Estados miembros contribuyentes al presupuesto de la Unión. Y se utilizarán para ejecutar las medidas del contingente anual de solidaridad.

[74] Artículo 56.2 c) en relación con los artículos 65 del Reglamento.

Por medio de este nuevo Reglamento, que halla su base jurídica en el artículo 78.2 d) TFUE, reemplazando a la Directiva 2013/32/UE, se busca establecer un procedimiento común, ágil y simplificado, para tramitar las solicitudes de protección internacional [75], unificando los estándares nacionales existentes y los derechos y garantías reconocidos a los solicitantes [76]. Y todo ello con un doble propósito, inspirado en el claro sesgo securitario que anima a la norma: por un lado, someter a una evaluación rápida las solicitudes, a fin de demostrar su carácter fundado, o no, y, en caso de inadmisibilidad o desestimación, propiciar el retorno inmediato de los rechazados; y, por otro, conexo necesariamente a aquél, dificultar la presentación de sucesivas y análogas solicitudes de protección internacional, a fin de desincentivar los movimientos secundarios.

De tal modo, el Reglamento se aplica a todas las solicitudes de protección internacional [77], presentadas en el territorio de los Estados miembros, incluidas las fronteras exteriores, las aguas territoriales o las zonas de tránsito de aquéllos; y a la retirada de dicha protección [78]. Así, además de establecer una regulación unitaria referida al acceso y examen, en el marco del procedimiento ordinario [79]; se crea otro de carácter especial, «de examen acelerado», para supuestos de inadmisibilidad manifiesta [80]. No obstante, la principal novedad a destacar consiste en la creación de un polémico «procedimiento fronterizo de asilo», que pasa a ser de aplicación obligatoria en determinados supuestos [81]. Su carácter especialmente expeditivo obedece a que asume el prejuicio según el cual la mayoría de quienes arriban a las fronteras de la Unión son migrantes económicos y no auténticos refugiados, necesitados de protección, por lo que se les debe impedir, a toda costa, el acceso a aquélla. Así, el procedimiento se inicia tras el cribado y triaje de entrada, siempre que el solicitante no haya sido autorizado a entrar en el territorio de los Estados miembros. Es, entonces, cuando aquél,

---

[75] Artículos 26-70 del Reglamento.

[76] Artículos 8-25 del Reglamento.

[77] Se vincula así, necesariamente, a lo dispuesto en el nuevo Reglamento de Reconocimiento, modificado en el marco del Pacto Migratorio. Dicha norma viene así a sustituir, con escasos cambios de contenido, si bien elevando su rango normativo, a la Directiva 2003/109/CE, a fin de proporcionar un estatuto auténticamente uniforme, en todo el territorio de la Unión, desalentando así el *«asylum shopping»*. Se trata del nuevo Reglamento «por el que se establecen normas relativas al reconocimiento de nacionales de terceros Estados o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida». Y, también a la renovada Directiva de acogida, que dispone los derechos que asisten a los solicitantes de protección internacional.

[78] Artículo 1 del Reglamento.

[79] Artículos 27-41 del Reglamento.

[80] Artículo 42 del Reglamento. Este procedimiento se prevé en situaciones en las que la solicitud es apreciada de antemano incorrecta o manifiestamente infundada.

[81] Artículo 45 del Reglamento.

considerado, según el Reglamento de Gestión de Asilo y Migración, responsable, habrá de examinar una solicitud presentada por un nacional de un tercer país o un apátrida que no cumpla las condiciones de entrada en el territorio de un Estado miembro, establecidas en el artículo 6 del Reglamento 2016/399, que incorpora el Código de Fronteras Schengen [82].

Dicho procedimiento fronterizo, que, con carácter general, se prevé que tenga una duración máxima de, tan solo, doce semanas [83], se efectuará tras la recepción de una solicitud presentada en un paso fronterizo exterior, o en un punto o zona de tránsito de un Estado miembro; incluso por personas detenidas en relación con un cruce no autorizado de la frontera exterior, es decir, en el mismo momento del cruce irregular de la frontera exterior o cerca de aquélla, tras haberla cruzado; o de haber desembarcado en el territorio de un Estado miembro, de resultas de una operación de búsqueda y salvamento; o tras una reubicación [84]. La intención no es otra que evaluar con la mayor celeridad posible, en las fronteras exteriores de la Unión, la admisibilidad de la petición realizada [85] y emitir, en su caso, una decisión de devolución que podrá ser recurrida, aunque con limitaciones [86]. En el caso de que se determine la denegación de protección internacional, así solicitada, se dará inicio a un «procedimiento fronterizo de retorno» [87].

El procedimiento fronterizo de asilo requiere que los Estados miembros que lo lleven a cabo demuestren una «capacidad adecuada» a esos efectos [88]. Esto es, que dispongan de recursos y medios de acogida para examinar un número determinado de solicitudes, pudiendo, a su vez, ejecutar las correspondientes resoluciones de retorno. La capacidad adecuada de un Estado miembro se determina por medio de un acto de ejecución de la Comisión, que recurrirá,

[82] Artículo 43 del Reglamento. Conforme al artículo 6 del Reglamento 2016/399, no cabe la entrada de los nacionales de terceros Estados cuando se comprueba que estos carecen de un documento de viaje válido; de documentos que justifiquen su estancia; por no poder acreditar la posesión de medios de subsistencia suficientes; estar inscritos como no admisibles en el Sistema de Información Schengen; o se considera que suponen una amenaza para la seguridad nacional.

[83] Artículo 51 del Reglamento. Cabe, excepcionalmente, extenderlo a dieciséis.

[84] Acordada esta última de conformidad con el Reglamento de la Gestión del Asilo y la Migración.

[85] Artículos 44.2 del Reglamento.

[86] En todo caso, un procedimiento de apelación o recurso es, así mismo, puesto a disposición de los solicitantes de protección, a los efectos de que puedan impugnar el rechazo de su solicitud o la retirada de la protección en su día reconocida (arts. 67-69 del Reglamento).

[87] Dispuesto en el nuevo Reglamento de ese nombre, que modifica el Reglamento 2021/1148. Supone que, a quienes hayan visto denegada su solicitud, no se les autorice a entrar en el Estado miembro de que se trate, debiendo residir durante un período máximo de doce semanas en ubicaciones situadas en la frontera exterior o zonas de tránsito o en sus proximidades. Como último recurso se contempla su internamiento si lo fueron durante el procedimiento fronterizo de asilo. Se les concederá la posibilidad de regresar voluntariamente durante un plazo de quince días.

[88] Artículos 46-50 del Reglamento.

a esos efectos, a una fórmula consistente en multiplicar la capacidad adecuada considerada a nivel de la Unión (30.000) [89], por la suma de los cruces fronterizos irregulares de la frontera exterior, incluyendo las llegadas tras operaciones de búsqueda y salvamento, y las denegaciones de entrada en la frontera exterior del Estado miembro afectado, durante los tres años anteriores. El resultado así obtenido se dividirá por la suma de cruces irregulares de la frontera exterior, las llegadas tras las operaciones de búsqueda y salvamento, y las denegaciones de entrada en la frontera exterior, producidas en el conjunto de la Unión, durante el mismo período, según datos aportados por Frontex y Eurostat [90]. Más si un Estado miembro alcanza el número máximo de solicitudes contemplado, lo notificará a la Comisión, a efectos de que aquélla le descargue de seguir desempeñando el deber contraído [91].

A su vez, el Reglamento destaca por su voluntad de evitar la situación, hasta ahora apreciada, conforme a la cual los solicitantes de asilo, tras la presentación de su solicitud en el primer país de entrada; registraban, según su conveniencia, solicitudes sucesivas, de características similares, al advertir porcentajes de reconocimiento y normas de acogida diversas, y más favorables, según en qué Estados miembros [92]. A fin de evitarlo, el Reglamento de referencia ha previsto que, a menos que aún no se haya adoptado una resolución definitiva sobre la solicitud anterior, una petición formulada por el mismo solicitante se la considerará una alegación adicional y no una nueva solicitud, por lo que deberá ser examinada por el mismo Estado miembro responsable. Por tanto, cuando un mismo solicitante presente una solicitud posterior, sin mostrar nuevos elementos que aumenten significativamente la probabilidad de que sea calificado como beneficiario de protección internacional, al relacionarse la nueva con los motivos por los cuales la anterior fue rechazada por inadmisible, la solicitud posterior no será objeto de un nuevo procedimiento de examen completo, sino que será rechazada, tras un examen preliminar, considerándosela inadmisible, de conformidad con el «principio de cosa juzgada» [93]. De este modo, se viene a reforzar la tendencia, ya muy presente en el SECA, al reconocimiento mutuo entre los Estados miembros de las resoluciones negativas de asilo, en particular, y de las medidas restrictivas de derechos, en general.

---

[89] Artículo 46 del Reglamento.
[90] Artículo 47.4 del Reglamento.
[91] Artículos 48-50 del Reglamento.
[92] Martínez Alarcón, M. L., *La política europea de protección internacional. Sistema Europeo Común de Asilo.* Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 283.
[93] Artículo 55 del Reglamento.

En cualquier caso, el reconocimiento del derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional, atribuido a quienes no se conceda o retire la protección internacional, y a quienes sean destinatarios de una decisión de retorno [94], se verá acompañado de excepciones significativas, criticables, ya que generan indefensión a quienes las sufren [95]. Quizá la más relevante se expresa en el artículo 68.3 del Reglamento, conforme al cual los solicitantes y las personas a las que se retire la protección internacional no tendrán derecho de permanencia en el país, cuando hayan sido objeto de un examen acelerado, de un procedimiento fronterizo (a menos que sea menor no acompañado) o tras resoluciones denegatorias por manifiesta ausencia de fundamentación de la solicitud o retirada implícita de aquélla. Se deja así al criterio discrecional del órgano jurisdiccional nacional, mientras se resuelve el recurso en el que se decidirá sobre el fondo del asunto. En consecuencia, la presentación de un nuevo recurso contra una resolución negativa acerca del primer recurso, no garantiza derecho alguno de permanencia en el territorio del Estado miembro, a menos que, nuevamente, un órgano jurisdiccional lo conceda, de oficio o a instancia de parte, «cuando se invoque el principio de no devolución [96].

Finalmente, cabe indicar que, dado que el procedimiento fronterizo efectúa una evaluación rápida de las solicitudes de protección internacional, orientada, en buena medida, a hacer posible el pronto retorno de quienes, en todo caso, no tienen derecho a permanecer o entrar en la Unión, al haber sido declaradas sus peticiones inadmisibles [97]; o a retirar la protección que se había concedido a sus beneficiarios [98], se invoca, a esos efectos, el, todavía, discutible, en tanto que insatisfactoriamente objetivado, concepto de «Estado seguro» [99] [100]. A ese fin, el reglamento considera que, si el solicitante de protección internacional proviene de un considerado «Estado seguro de origen» o de un calificado como «tercer Estado seguro», dada su condición de garante de la «protección efectiva» de los derechos humanos y del principio de no devolución, conforme a la Convención de Ginebra, aun afectándole, en su caso, significativas excepciones

[94] Requena De Torre, M. D., *Un estatuto de derechos para los solicitantes de protección internacional*. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2024, p. 132.

[95] Artículo 67.1 del Reglamento.

[96] Artículo 68.7 del Reglamento.

[97] Artículo 14 del Reglamento 2016/399/UE.

[98] Artículos 65 y 66 del Reglamento.

[99] Estos conceptos traen causa de la Directiva 2013/32/UE.

[100] Soler García, C., «La noción de país seguro ¿es segura? Un análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* 66, 2020, pp. 559-600.

o limitaciones geográficas y personales, su petición podrá ser rechazada por parte del Estado miembro que deba resolver acerca de aquélla [101].

A su vez, ha de destacarse la alusión al maleable concepto de «tercer Estado seguro», que vuelve a emplearse, habida cuenta de la necesidad de garantizar que los retornos se realicen, sin menoscabo de la «protección efectiva» que merece toda persona, de conformidad con la Convención de Ginebra y el Convenio Europeo de los Derechos Humanos [102]. Esto llevará a la Comisión Europea a elaborar y revisar periódicamente una lista de los «terceros Estados seguros» que, a su juicio, cumplen las condiciones exigidas [103], y a donde los migrantes rechazados, o que han sufrido la retirada de protección internacional, podrán ser enviados. En ese sentido, el Reglamento apela a la capacidad que se reconoce a la Unión, en el artículo 218 TFUE, de firmar acuerdos de admisión de los migrantes con esos Estados terceros [104].

Sin embargo, lamentablemente, la generosidad con la que la Comisión otorga esa calificación a Estados, tan cuestionablemente observantes de las garantías indicadas, como Turquía, Túnez, Marruecos, Egipto, Líbano, Mauritania o Libia, genera, a ese respecto, más inquietud y alarma, que seguridad para el afectado, por mucho que aquélla diga basarse, a tal fin, en «fuentes de información pertinentes y disponibles» [105].

VI. EL REGLAMENTO RELATIVO A LAS SITUACIONES DE CRISIS Y FUERZA MAYOR EN LA MIGRACIÓN Y EL ASILO: MEDIDAS RESTRICTIVAS DE EXCEPCIÓN, PARA SITUACIONES EXTRAORDINARIAS, EN EL MARCO DEL SECA

Invocando, como base jurídica, el artículo 78.2 d) y e) TFUE, un nuevo Reglamento, partícipe, tanto del enfoque integral, como de la orientación securitaria que inspira el Pacto, ha venido a dotar a la Unión de un haz de instrumentos que se dicen complementarios de los expresados en la Directiva 55/2001CE [106], los cuales «pueden aplicarse de forma simultánea». A pesar de ello, esta norma,

---

[101] Artículo 57.1 y 2 del Reglamento.
[102] Artículo 59.2 En tanto que excepción permitida al principio de no devolución.
[103] Artículos 59.1 y 60 del Reglamento.
[104] Artículo 59.7 del Reglamento.
[105] Artículo 59.3 del Reglamento.
[106] Directiva 55/2001 (CE), del Consejo, 20 de julio de 2001, «relativa a las normas mínimas para la concesión de Protección Temporal en casos de afluencia masiva de personas desplazadas ya medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida». OJ L 212, 7.8.2001, p. 12-23.

en buena medida, y durante muchos años, considerada marginal al SECA, se ha visto, de facto, condicionada y desplazada por el nuevo Reglamento, dispuesto a garantizar la aplicación efectiva de las reglas de procedimiento y gestión de la protección internacional que dicha Directiva eludía, aunque sometiéndolas, ahora, en las situaciones extraordinarias que contempla, a un polémico régimen de excepciones. De tal modo, asumiendo un evidente cambio de paradigma, se procura una alternativa, ciertamente no excluyente, al sistema de protección temporal de los desplazados [107], aplicado, con éxito, a pesar de los defectos que su ejecución reveló, por primera y única vez, en relación a la crisis humanitaria suscitada por la invasión rusa de Ucrania [108]. No en vano, su puesta en práctica permitió la reducción al máximo de los controles de entrada, evitando la acumulación indefinida de migrantes forzosos en campos de refugiados, lo que hizo posible su pronta acogida y el reconocimiento inmediato de sus derechos más básicos [109]. Y así sucedió, a cambio de asumir el sostenimiento de un ingente número de personas, que desbordó inicialmente las capacidades de los Estados fronterizos, que se veían más afectados por una afluencia verdaderamente masiva de personas desplazadas, solicitantes de acogida.

Así, conforme a una orientación bien distinta, el nuevo Reglamento viene a poner el foco, para garantizar la pervivencia de un SECA notablemente securitizado, en las necesidades sobrevenidas de los Estados, que no en las de las personas solicitantes de protección, afectadas por circunstancias extraordinarias. De tal modo, viene a considerar que tales acontecimientos inusitados comprometen la capacidad de aquéllos para ejercer las tareas que tienen habitualmente encomendadas, las cuales se orientan, más a la contención y el rechazo, que al amparo de quienes piden ser acogidos en el territorio de la Unión. Al tiempo, mediante esta norma se ha deseado, tanto uniformizar el tratamiento dado a esa materia en todo el territorio de la Unión, sin dejar, por tanto, margen de desarrollo a los Estados miembros; como inscribir dicho reglamento en el enfoque conjunto *(package approach),* del que no se desea desligarlo, a fin de

---

[107] Arenas Hidalgo, N., *El sistema de protección temporal de los desplazados en la Europa comunitaria*. Huelva, Universidad de Huelva, 2005, p. 27.

[108] Así, se criticó que la Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, del Consejo, conforme al artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE, en lo relativo a la acogida de los ucranianos, renunciara a establecer cuotas de reubicados en los diferentes Estados miembros, permitiendo así a los desplazados elegir libremente donde residir. Y que ofreciera protección sólo a ciertas categorías de personas, dejando a otras al criterio de los Estados de acogida.

[109] Porras Ramírez, J. M., «La aplicación de la directiva de protección temporal de los desplazados, en casos de afluencia masiva, como instrumento para el reconocimiento inmediato de derechos a los migrantes», en Porras Ramírez, J. M. (dir.). *El acceso a la ciudadanía de los migrantes. Retos y amenazas para su inclusión*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2022, pp. 61-89.

que resulte plenamente coherente con las restantes normas que aparecen integradas en él, las cuales poseen una marcada orientación securitaria.

De tal modo, el nuevo Reglamento busca, ante todo, la integración plena en el SECA del conjunto de respuestas que la Unión ofrece a situaciones excepcionales, no sólo de crisis, sino, también, de fuerza mayor, en supuestos de «llegadas masivas» de migrantes; situaciones que imposibilitan, habida cuenta de su magnitud, la actuación aislada de los Estados afectados, en aplicación de las normas vigentes de acceso a la Unión (artículos 1.1 y 1.2 del Reglamento) [110]. De ahí que prevea que las medidas extraordinarias que aquéllos adopten, hayan de guardar la proporción estrictamente requerida por las exigencias de la situación, posean un carácter temporal y limitado, y únicamente se apliquen en las circunstancias anómalas descritas, al venir a excepcionar, aun moviéndose en un mismo marco de actuación, las que los demás reglamentos contemplan, particularmente, los referidos a la Gestión del Asilo y la Migración; y al Procedimiento Común de Protección Internacional [111].

En consecuencia, inicialmente, el Reglamento estima que las situaciones de «crisis» [112], ya previstas en la Directiva mencionada, pero determinadas, ahora, conforme a parámetros que pretenden ser más objetivos, se producen por las «llegadas masivas de nacionales de terceros Estados o apátridas a un Estado miembro, por tierra, aire o mar, incluidas las personas que hayan sido desembarcadas tras operaciones de búsqueda y salvamento». Además, requiere, a esos efectos, que aquéllas sean «de tal naturaleza y magnitud», teniendo en cuenta, entre otros indicadores, la población, el PIB, las especificidades geográficas y el tamaño del territorio del Estado miembro afectado, que causen «consecuencias graves», de las que pueda resultar el colapso operativo de su sistema de asilo, acogida y retorno, hasta el punto de llegar a devenir este no funcional para el desarrollo de sus cometidos habituales [113].

Como novedad, el Reglamento contempla y define, a modo de variante específica de las circunstancias o condiciones causantes de crisis, las situaciones de «instrumentalización», que se producen, según su criterio, cuando «un Estado tercero o un actor o un agente no estatal, hostil», como una organización criminal, de carácter terrorista, «fomente o facilite el desplazamiento de

[110] Ineli-Ciger, M., Time to activate the temporary protection directive: why the directive can play a key role in solving the migration crisis in Europe, en *European Journal of Migration and Law*, 18 (1), 2016, 1-33.

[111] Artículo 1.3 del Reglamento.

[112] Cfr. Artículo 78.3 TFUE.

[113] Artículo 1.4 a) del Reglamento. La crisis generada por la invasión rusa de Ucrania, en febrero de 2022, motivó, conforme a este supuesto, la activación de la Directiva 2001/55 de Protección Temporal, la cual no ha sido expresamente derogada por el Reglamento de referencia.

nacionales de terceros Estados o apátridas a las fronteras exteriores o a las de un Estado miembro, con el objetivo de desestabilizar a la Unión o un Estado miembro» [114]. Y así se apreciará, además, cuando tales acciones, inscritas en el marco de «estrategias híbridas», que buscan desequilibrar las condiciones de seguridad, sin superar el umbral de la agresión armada convencional, explotando las vulnerabilidades, «pongan en peligro funciones esenciales de un Estado miembro, como el mantenimiento del orden público o salvaguardia de la seguridad nacional». Se constata, así, como la utilización intencionada de «olas incontroladas de inmigración irregular», a fin de amenazar las fronteras exteriores de un Estado miembro, con el cruce no autorizado por tierra, mar o aire, representa una amenaza contemporánea que es necesario afrontar, tal y como, hoy, ya contemplan las estrategias de seguridad nacional de la gran mayoría de los Estados miembros de la Unión [115]. De ahí que se haya considerado conveniente y necesaria su previsión expresa en la norma europea, como modalidad de crisis a tener en cuenta.

En segundo lugar, el Reglamento expresa, agregando un concepto, en buena medida, redundante, al poderse reconducir a los supuestos de crisis, qué entiende por una situación de «fuerza mayor», la cual se refiere, a su juicio, a «circunstancias anormales e imprevisibles» y, por tanto, sobrevenidas, como catástrofes naturales o pandemias, cuyas consecuencias inevitables impidan a los Estados miembros afectados, aun habiendo guardado la diligencia debida, cumplir con sus obligaciones contraídas en el marco del SECA [116].

Las dos situaciones extraordinarias descritas, con las consecuencias que de ellas se derivan, incitarán a los Estados miembros que hayan de afrontarlas a dirigir una solicitud motivada a la Comisión, anunciando hallarse en una de ellas, al tiempo que explican, en qué medida se ven desbordadas sus capacidades, para gestionar el sistema de asilo y acogida, incluyendo los servicios de protección a menores. El fin no es otro que instar la activación de las respuestas contempladas en el nuevo Reglamento, a los efectos de recibir, con la mayor prontitud, la solidaridad de la Unión y, además, en su caso, la autorización para aplicar excepciones a las normas sobre el procedimiento y la gestión del asi-

[114] Cassarino, J. P., «An Unsettling-Dejà vu. The May 2021 Ceuta events», en *European Papers. A Journal on Law and Integration,* 7 (1), 2022, pp. 79-85.

[115] Cfr., la nueva Estrategia de Seguridad Marítima Nacional del Gobierno de España, en https://www.dsn.gob.es/es/estrategias-publicaciones/estrategias/estrategia-seguridad-mar%C3% ADtima-nacional. Flujos migratorios irregulares que «pueden ser aprovechados por elementos terroristas para dar cobertura a sus desplazamientos», lo que plantea mejorar los sistemas de control migratorio contra ese tipo de amenazas. Así lo indica la Estrategia Nacional contra el Terrorismo. https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/estrategia-nacional-contra-terrorismo-2023.

[116] Artículo 1.5 del Reglamento.

lo [117]. De tal modo, la Comisión, una vez evaluada la solicitud, particularmente cunado un Estado miembro se enfrenta a una situación de instrumentalización [118], será quien adopte, en atención a los indicadores contemplados en el Reglamento y los informes que le trasladan sus agencias, en el plazo máximo de dos semanas desde que se presentó la petición, una decisión de ejecución «ad hoc», por la que calificará o confirmará la grave situación descrita [119] [120], y que, tras comunicarla al Parlamento Europeo y remitirla al Consejo, conducirá a éste a aprobar una decisión ejecutiva propia, también a propuesta de la Comisión, en el plazo máximo de otras dos, expresando, en su caso, las salvedades a la normativa general y las medidas de solidaridad y apoyo, aprobadas en favor del Estado requirente [121]. Los contenidos de esta decisión se aplicarán durante un período de tres meses, extensible a otros tres, en el caso de persistir la situación excepcional denunciada. Más allá de ese plazo, se requerirá, para el mantenimiento de esas medidas, que el Consejo adopte una nueva decisión ejecutiva, la cual será de aplicación durante un nuevo período de tres meses, prorrogable otros tres, de ser necesario. En todo caso, la vigencia de esas disposiciones extraordinarias no excederá los doce meses [122], debiendo el Consejo y la Comisión supervisar su aplicación, en todo momento [123].

Las «medidas de solidaridad y apoyo» en situaciones de crisis, demandadas con urgencia por un Estado miembro, ante una de las situaciones extraordinarias señaladas, son las ya conocidas y previstas en el Reglamento de Gestión, pudiendo consistir, de modo alternativo, en: reubicaciones de solicitantes y beneficiarios de protección internacional; contribuciones financieras destinadas a acciones que sean pertinentes para hacer frente a la situación de crisis en el Estado miembro afectado; u otras medidas de solidaridad adicionales, que se contabilizarán como solidaridad económica y cuyo valor real se establecerá conforme a criterios objetivos, consistiendo en acciones tales como recibir asistencia de otros Estados miembros, en relación a los patrocinios de retorno y readmisiones de migrantes, sin que, no obstante, exista un compromiso taxativo y obligatorio para aquéllos, dado el gran margen de discrecionalidad con el que

[117] Artículo 2, párrafos 1 y 2 del Reglamento.
[118] Artículo 3.4 del Reglamento.
[119] Arenas Hidalgo, N., «La primera activación de la Directiva 2001/55/EC. Entre los límites restrictivos de su ámbito de aplicación personal y las bondades de su modelo de solidaridad interestatal en la acogida de las personas desplazadas desde Ucrania», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* 44. 2022, pp. 1-22.
[120] Artículo 3.8 del Reglamento.
[121] Artículo 4.3 del Reglamento.
[122] Artículo 5 del Reglamento.
[123] Artículo 6 del Reglamento.

cuentan para optar por unas actuaciones u otras, calibrando su alcance y dimensión [124]. Además, se contempla la posibilidad de que el Estado beneficiario, en lugar de reubicaciones, solicite a otros Estados miembros que asuman la responsabilidad de examinar, en su lugar, las solicitudes de protección internacional que le corresponden, lo que se deducirá proporcionalmente de su cuota o parte equitativa, en tanto que «compensación de responsabilidad» [125]. Así pues, como se aprecia claramente, no es, sólo, una solidaridad «a la carta», la que se prevé y ofrece en situaciones de crisis, sino, además, una solidaridad que, lejos de ser espontánea, se encuentra, en todo caso, debidamente cuantificada.

Las «excepciones» a las reglas que informan el procedimiento común de protección internacional van más allá de las medidas de flexibilidad que aquél ya prevé, al no considerarse éstas suficientes para afrontar las situaciones extraordinarias de afluencia masiva. Más, todas ellas, apelando a esa justificación, redundan en la precarización y el debilitamiento de las garantías que acompañan a dicho procedimiento. No en vano, facultan al Estado miembro afectado por una situación de crisis para que registre las solicitudes, no en un plazo máximo de cinco días, como requiere el Reglamento de Procedimiento [126], sino en otro, de cuatro semanas, desde su presentación, siempre que lo haga durante el período de vigencia de la primera decisión ejecutiva del Consejo, con lo que se viene a prolongar el tiempo máximo de detención en frontera. Así mismo, tales excepciones implican una autorización para que el Estado afectado seleccione las solicitudes, priorizando, no sólo las de los miembros de colectivos vulnerables, en tanto que «personas con necesidades de acogida especiales» [127], como menores y familiares, aunque no solo, sino, también, aquéllas que aquél considere, preliminarmente, «bien fundadas» [128], lo que permite establecer sesgos en el procedimiento de asilo, que debilitan las garantías de los derechos humanos de los solicitantes.

Dichas excepciones se aprecian, también, acusadamente, en relación al procedimiento fronterizo de asilo, al facultar que, en situaciones declaradas de crisis o fuerza mayor, se añadan seis semanas a las doce [129], destinadas a su tramitación, con las consecuencias, ya señaladas, para los solicitantes, de privación de derechos, en general, y de detención, en particular, durante tan prolongado ínterin [130]. A su vez, se hace posible la modificación de los criterios

[124] Artículos 8.1 a), b) y c) del Reglamento.
[125] Artículo 9 del Reglamento.
[126] Artículo 28 del Reglamento de Procedimiento.
[127] Conforme a lo dispuesto en la nueva Directiva sobre las condiciones de acogida.
[128] Artículo 10.3 del Reglamento.
[129] Artículo 6 del Reglamento por el que se establece un procedimiento fronterizo de retorno.
[130] Artículo 52 del Reglamento de Procedimiento y Artículo 11.1 del Reglamento.

que disciplinan la aplicación del, ya de por sí, muy restrictivo y expeditivo procedimiento fronterizo, bien para reducir el número de solicitudes que se examinarán, bien para ampliar el ámbito de aplicación de este procedimiento, a fin de que todas las solicitudes, en situaciones de crisis, motivadas por supuestos de instrumentalización, se valoren conforme a aquél, aunque estableciendo salvaguardias especiales para los grupos vulnerables [131]. Así mismo, se contempla la prórroga de los plazos en el procedimiento [132]. Y, también, en el contexto de una situación de crisis, que se permite relevar al Estado afectado de la obligación de readmitir solicitantes de protección, cuando sea considerado Estado miembro responsable, renunciando así a sus obligaciones contraídas en circunstancias normales [133].

Finalmente, otra destacada novedad trae causa de la creación de un «procedimiento acelerado», que debe ser autorizado expresamente por la Comisión, a los efectos de permitir que solicitudes consideradas «bien fundadas», sean priorizadas para su examen, concluyendo así su tramitación, de la que cabe omitir la entrevista personal, no más de cuatro semanas después de su presentación, y no en el plazo de dos meses, tal y como en condiciones normales se ha previsto. Más si se cree que el solicitante constituye una amenaza para la seguridad interior, se evitará la aplicación de este procedimiento [134].

El nuevo Reglamento de crisis y fuerza mayor, permite apreciar, una vez más, cómo la solidaridad « a la carta», invocada en dicha norma se destina, en realidad, a los Estados miembros que sufren las situaciones extraordinarias de afluencia masiva, y no a las personas que la padecen; por lo que ocasiona, al posibilitar la aplicación un sistema paralelo de excepciones a las normas generales, un claro debilitamiento de las garantías que asisten a un procedimiento de protección internacional ya, de por sí, entreverado de restricciones para sus solicitantes. De este modo, la norma se afana por mantener, con toda su firmeza, los controles y la insistencia en la contención de los flujos migratorios, por mucho que terribles crisis humanitarias, necesitadas de atención inmediata, sean las verdaderas causantes de las afluencias masivas de refugiados que amenazan con la desestabilización del Sistema. Se comprueba, así, como el enfoque securitario, con el fin que, obsesivamente, lo orienta al cierre de fronteras, se impone a toda exigencia individualizada de acogida, guiada por la voluntad de asegurar la dignidad e inclusión de quienes, sin duda, se encuentran entre los más vulnerables, entre los vulnerables de la Tierra.

---

[131] Artículo 11 del Reglamento.
[132] Artículo 12 del Reglamento.
[133] Artículo 13 del Reglamento.
[134] Artículo 14 del Reglamento.

VII. CONCLUSIONES

Las normas legales que forman parte del nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, no resuelven los principales retos a los que se enfrenta, en la materia, la Unión Europea, ya que evitan la conformación de un verdadero sistema europeo común de asilo, eficiente, solidario y garantista. De tal modo, aunque disuaden las actuaciones unilaterales, preservando la capacidad de acción conjunta, a fin de afrontar la gestión de crisis migratorias futuras, eluden resolver cuestiones largamente demandadas, como la que afecta a la excesiva carga y responsabilidad que recae en los países que se constituyen en frontera exterior de la Unión. Más bien, incrementan sus obligaciones, apostando por dificultar la entrada de los migrantes al territorio de aquélla. Además, el sistema de solidaridad propuesto establece un «menú a la carta» para los Estados Miembros, que traslada a un segundo plano la protección de las personas que llegan a Europa. De ahí su resistencia a crear un mecanismo obligatorio de reubicación. Con ello, el sistema se ha vuelto más complejo, suponiendo una merma de las garantías, tal y como se observa en las disposiciones sobre procedimientos y gestión de las crisis. El énfasis principal se pone en el incremento de los retornos, con el riesgo de derivarlos a países no seguros; permitiendo, al tiempo, que los no readmitidos se mantengan en situación de detención prolongada, en un lamentable limbo jurídico que los somete a una situación flagrante de privación de derechos. Por lo demás, el Pacto no establece propuestas claras y compromisos específicos acerca de la creación de vías legales y ordenadas de acceso, que hagan posible la obtención de una protección segura, sin riesgo para la vida y la integridad de los migrantes. Por ende, en su obsesión por reforzar la seguridad y la salvaguardia del orden público europeo, fracasa en la creación de una política migratoria común, digna de ese nombre, que responda a los valores y principios enunciados en los Tratados.

DERECHOS Y JUECES EN EL ESPACIO EUROPEO

Juan Francisco Sánchez Barrilao
Universidad de Granada

I. INTRODUCCIÓN

El 10 de noviembre de 2023 la Profesora Yolanda Gómez Sánchez pronunciaba en Granada, en el marco de la Cátedra Fernando de los Ríos, una muy interesante conferencia que, bajo el título «¿Hacia un sistema único de derechos fundamentales en Europa?», venía a referirse, con cierto toque provocador, sobre la conveniencia, o no, de que la Unión Europea (en adelante UE) se adhiriera finalmente al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), conforme prevé el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE). A dicha conferencia le siguió un no menos interesante debate entre la Profesora Gómez Sánchez y el público (con nutrida asistencia de las compañeras y los compañeros del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada), siendo muchas las ideas que surgieron de su intervención y del ulterior diálogo; de estas, queda en mi recuerdo alguna que otra discordancia que entre derechos y tribunales cabe apreciarse en Europa [1].

[1] En https://lamadraza.ugr.es/multimedia/hacia-un-sistema-unico-de-derechos-fundamentales-en-europa/ (24 de abril de 2024). Al poco tiempo, el 7 de febrero de 2024, otra participación en dicho marco granadino vendría reavivar este recuerdo, al hilo ahora de una intervención de la Profesora Salcedo Beltrán, M. C., en relación a «El destino de Europa, entre el mercado y los derechos sociales», y en la que se enfrentaban no solo el modelo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ante la Carta Social Europea *revisada*, sino el rol de sus garantes a nivel europeo y nacional; en https://lamadraza.ugr.es/multimedia/el-destino-de-europa-entre-el-mercado-y-los-derechos-sociales/ (24 de abril de 2024).

Ciertamente la cuestión de la referida divergencia entre derechos y tribunales en Europa había suscitado ya mi interés en anteriores ocasiones; no en vano mis primeros trabajos (como mi Tesis doctoral y otras publicaciones posteriores), trataron de la relación que entre derechos fundamentales y jueces ordinarios se aprecia al amparo de la Constitución de 1978 y del sistema de garantías de los derechos que a su luz se ha construido en España [2]. Qué mejor manera, entonces, de participar en el homenaje en torno a la Profesora Yolanda Gómez Sánchez y a su contribución a la conformación doctrinal del Derecho Constitucional Europeo [3], en la estela de gigantes como Peter Häberle con sus iniciales tesis sobre el Derecho Constitucional Común Europeo [4] o luego Ingolf Pernice con su *multilevel constitutionalism* [5], que afrontando directamente

Ambas conferencias fueron organizadas por mi compañero Azpitarte Sánchez, M., a quien además agradezco, junto a Guillén López, E., la lectura y sugerencias ofrecidas a este texto.

[2] Así, Sánchez Barrilao, J. F., «Límites a la atribución de funciones extrajurisdiccionales a jueces y magistrados», en: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 6, 1994, pp. 85-113; *Las funciones no jurisdiccionales de los jueces en garantía de derechos*, Civitas, Madrid, 2002; y «La garantía de los derechos fundamentales, y el juez como garante ordinario de los mismos», en: Balaguer Callejón, M. L. (coord.), *XXV Aniversario de la Constitución Española: propuestas de reformas*, Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2004, pp. 575-590.

[3] Con carácter general sobre la obra de Gómez Sánchez, Y., acerca del Derecho Constitucional Europeo, *vid. Derecho Constitucional Europeo. Derechos y libertades*, Sanz Torres, Madrid, 2005; y ya con Elías Méndez, C., *Derecho Constitucional Europeo*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019. Y desde una dimensión metodológica en relación a los derechos, p.e.: «Dignidad y ordenamiento comunitario», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, pp. 219-254; «La protección de los datos genéticos: el derecho a la autodeterminación informativa», en: *Derecho y Salud*, vol. 16, núm. Extra 1, 2008, pp. 59-78; «La libertad de creación y producción científica: especial referencia a la ley de investigación biomédica», en: *Revista de Derecho Político*, núms. 75-76, 2009, pp. 489-514; «El pañuelo islámico: la respuesta europea», en: *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 28, 2012, pp. 143-169; «El derecho de reunión y asociación», en: Rovira Viñas, A., (coord.), *Gobernanza democrática*, Marcial Pons / Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013, pp. 125-166; y «Derechos fundamentales en la Unión Europea: una ciudadanía diversa», en: D'amico, M., *et al.* (coord.), *Europa, società aperta (I)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 265-290.

[4] Cfr. Häberle, P., «Derecho Constitucional Común Europeo», Mikunda Franco, E. (trad.), en: *Revista de Estudios Políticos*, núm. 79, 1993, pp. 7 ss. También del mismo autor, y al tiempo ya en relación al Derecho Constitucional Europeo, *vid.*: «El estado constitucional europeo», en: *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2000, pp. 87 ss.; «Europa como comunidad constitucional en desarrollo», Balaguer Callejón, F. (trad.), en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004, pp. 11 ss.; y «Algunas tesis sobre el presente y el futuro de Europa: una aportación al debate», Balaguer Callejón, F. (trad.), en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 18, 2012, pp. 423 ss. Y al hilo de la obra de Häberle, P., también de interés Balaguer Callejón, F., «Un jurista europeo nacido en Alemania. Conversación con el Profesor Peter Häberle», en: *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 9, 1997, pp. 9 ss.; y «La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho Constitucional Europeo», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 13, 2010, pp. 189 ss.

[5] Pernice, I., p.e.: junto a Mayer, F. C., «De la constitution composée de l'Europe», en: *Revue Trimestrielle de Droit Europeen*, vol. 36, núm. 4, 2000, pp. 623 ss.; «Derecho constitucional europeo y derecho constitucional de los Estados miembros», en: *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 8, 2003, pp. 602 ss.; muy especialmente, «El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea», Elías Méndez, C. (trad.), en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, 2012, pp. 639-674; y «La

la referida discordancia entre derechos y tribunales en Europa; y ello, a su vez, desde esa perspectiva crítica que otro «gigante» sobre el Derecho Constitucional, Carlos de Cabo [6], ha inoculado en Granada [7]. Qué mejor manera, así, de participar y progresar, «a los hombros» ahora de la Profesora Gómez Sánchez, en el Derecho Constitucional Europeo.

A tales efectos proponemos presentar primero cómo hoy Europa se configura desde el Derecho como un espacio propio, aun complejo y compuesto, en el contexto global, para luego analizar la diversa configuración de los derechos en el espacio europeo, además del carácter con el que actúan los jueces y los tribunales nacionales y europeos; después pasaremos a ver cómo efectivamente se relacionan la referida configuración de los derechos con los jueces en Europa, para a su luz examinar, finalmente, la divergencia que entre unos y otros derechos y jueces acabe apreciar en los distintos espacios.

II. DERECHO Y ESPACIO EUROPEO

Más allá de su configuración como espacio geográfico, cultural e histórico [8], Europa es hoy también un espacio jurídico; y ello como espacio físico o marco territorial de regulación, vigencia jurídica y garantía jurisdiccional, a la par que masa normativa y de realización judicial [9]. Europa así en tanto que UE, Consejo de Europa (en adelante CdE) y cada uno de los muy distintos Estados

dimensión global del Constitucionalismo Multinivel», Saldía, O. (trad.), en: Beneyto Pérez, J. M. (dir.), *El modelo europeo: Contribuciones de la integración europea a la gobernanza global*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2014, pp. 15-52.

[6] De Cabo Martín, C., p.e.: «Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, 2009, pp. 17 ss.; y, muy especialmente, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Trotta, Madrid, 2014.

[7] Desde tal perspectiva, Balaguer Callejón, F., «Crisis económica y crisis constitucional en Europa», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, 2013, pp. 91 ss.; y «Una interpretación constitucional de la crisis económica», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 19, 2013, pp. 449 ss.

[8] P.e.: Zweig, S., *El legado de Europa*, Gancho, C. (trad.), El Acantilado, Barcelona, 2003; Carpentier, J.; y Lebrun, F., *Breve historia de Europa*, Armiño, M. (trad.), Alianza, Madrid, 2014; Altares, G., *Una lección olvidada. Viaje por la historia de Europa*, Tusquets, Barcelona, 2018; Steiner, G., *La idea de Europa*, Condor, M. (trad.), 6.ª ed., Siruela, Madrid, 2020; y FIGES, Orlando, *Los europeos. Tres vidas y el nacimiento de la cultura cosmopolita*, Serrano Giménez, M. (trad.), Taurus, Madrid, 2020.

[9] Von Bogdandy, A., «La ciencia jurídica nacional en el espacio jurídico europeo. Un manifiesto», Álvarez Álvarez, L. (trad.), en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, 2012, pp. 13 ss. También de interés, *Id.*: «Historia y futuro del Derecho Constitucional en Europa», Morales Antoniazzi, M. (trad.), en, junto a Cruz Villalón, P.; y Huber, P. M., *El Derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 143 ss.; y «La transformación del derecho europeo: el concepto reformado y su búsqueda de la comparación», Burgos Alcaide, M. (trad.), en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 54, 2016, pp. 441 ss.

integrantes de ambas estructuras, como la suma y yuxtaposición de lo anterior; pero en todo caso en relación y desde el Derecho, en cuanto que aglutinante básico e identificador de dicho espacio total (dado que, recordemos, jurídico).

Ahora bien, la conformación jurídica de la UE, del CdE y de los propios Estados miembros no es homogénea a la vista de las diversas formas con las que el Derecho articula y regula cada uno de ellos. De este modo, y al respecto de los Estados europeos, su diseño y regulación queda en manos de sus propias Constituciones, y a su luz la consideración de aquellos como Estados constitucionales [10]; de otro lado, no se olvide que no todos los Estados miembros del CdE son parte de la UE, lo que obviamente repercute en una mayor variedad y diversidad jurídica entre unos y otros. En relación ahora al referido CdE y a la propia UE en tanto que estructuras supraestatales, resultan asimismo conformadas y reguladas por el Derecho, pero no desde instrumentos (propiamente) constitucionales (por más que participe de tal condición en algunos de sus elementos). Y por último, en cuanto a las relaciones entre los Estados, el CdE y la UE, cómo estas también quedan conformadas y reguladas por el Derecho, si bien: para los Estados y la UE, sin el grado de definición y seguridad jurídica que aporta una auténtica Constitución normativa (según se acaba de señalar), por más que dichas relaciones acaben por quedar ordenadas por normas con dimensión y potencialidad constitucional [11]; y para el CdE y la UE, y sin que exista ahora entre ambas vinculación jurídica alguna de carácter directo y formal, cómo, de un lado, la segunda reconoce a la primera y su Derecho (art. 6.3 TUE) [12], y de otro, desde el CdE se termina por enjuiciar (aun indirectamente) el Derecho de la UE (p.e. STEDH de 18 de febrero de 1999, en el caso *Matthews* c. *Reino Unido*) [13].

Así es que Europa como espacio jurídico se define desde y en relación al Derecho, pero no desde una construcción total, última, unitaria, y menos aún uniforme, de la misma, lo cual repercute en su heterogeneidad; una heterogeneidad que, al margen del pluralismo jurídico ínsito en los distintos Estados, en el CdE y en la UE, refleja una disparidad al respecto de las mismas formas

[10] *Vid.* García-Pelayo, M., «Estado legal y Estado constitucional de Derecho», en: *Obras completas (III)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 3029 ss.

[11] Cfr. Balaguer Callejón, F., «La incidencia del Tratado de Lisboa en el sistema de fuentes de la Unión Europea y su influencia en los ordenamientos estatales», en: AAVV. *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Comares, Granada, 2009, pp. 65 ss.

[12] P.e., Marín Aís, J. R., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE», en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 44, 2013, pp. 233 ss.

[13] Cfr. Sanz Caballero, S., «El control de los actos comunitarios por el TEDH», en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 10, 2001, en especial pp. 498 ss.

de entender el rol del Derecho en cuanto, y en concreto, a los diversos espacios que componen yuxtapuestamente Europa. Si el Derecho tiene por finalidad la ordenación de relaciones sociales, y en el caso del Derecho Público tales relaciones al respecto del poder, las distintas formas con las que desde Europa se articulan estas dan lugar a diversos espacios de relaciones jurídicas que entran en natural conflicto; y un conflicto que, en no pocas ocasiones, carece de respuesta última [14]. Consecuentemente, tal espacio total jurídico europeo acaba por desarrollarse dinámica y dialécticamente, pues es el resultado de la constante comunicación e interacción de unos ordenamientos con otros; y no solo de manera «multinivel», sino desde una perspectiva «en red», incluso [15], a la vista de cómo las normas jurídicas de unos ordenamientos interactúan con otras de otros ordenamientos jurídicos tanto vertical, como horizontalmente [16]. No se olvide que la falta de una Constitución para «esa» Europa, además de para la misma UE, junto con la señalada negativa de esta para adherirse al CEDH, impiden respuestas finales y «unificantes» a los conflictos que entre los diversos ordenamientos europeos se dan, potenciando, de esta forma, el referido dinamismo, junto con el carácter abierto, incluso divergente, del Derecho europeo. Otra cosa es, con todo, que tal Derecho europeo, y especialmente a nivel comparado y *ad extra*, ostente cierta identidad propia, en particular en materia de derechos [17], a pesar de la diversidad referida (especialmente a nivel estatal).

En tal sentido, un aspecto clave del Derecho europeo es el elevado desarrollo que en el mismo han alcanzado los derechos de las personas, tanto en su condición de fundamentales, como humanos. Sin perjuicio de que dicho progreso se presente en principio global a la luz de lo que ya se conoce como la «era de los derechos» [18], lo cierto es que el grado de consolidación alcanzado por los mismos concretamente en Europa, como su capacidad de adecuación a nuevos retos (p.e. el progreso digital al hilo de la protección de datos persona-

[14] Mas esto no solo como consecuencia de la ausencia de una Constitución total al respecto de Europa (insistimos), como de la falta de regulación de algunas de las relaciones que se dan entre los distintos espacios (como así sucede, conforme lo adelantado, entre el Derecho de la UE y del CdE), sino por la propia diversidad con la que el Derecho acaba afrontando el poder en los respectivos espacios europeos (según se acaba de indicar); no en vano de darse afinidad normativa al respecto, el conflicto sería casi intrascendente, por mucho que siempre quepa potencialmente (sobre lo que se volverá al final de estas páginas).

[15] Ost, F.; y Van De Kerchove, M., «De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?», en: *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, núm. 44, 2000, pp. 1 ss.

[16] Sánchez Barrilao, J. F., *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: El Derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

[17] Así, Häberle, P., *Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Gutiérrez Gutiérrez, I. (trad.), Trotta, Madrid, 1998; y *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*, Mikunda Franco, E. (trad.), Tecnos, Madrid, 2000.

[18] Bobbio, N., *L'età dei diritti*, Einauidi, Torino, 1992.

les y ante la inteligencia artificial) [19], es en general más avanzado (o progresista) que el del resto del mundo, influyendo en este (de «efecto Bruselas» en relación a la protección de los derechos en la UE, y cómo ello actúa luego a nivel mundial, se llega a hablar) [20]. No es que en el resto del mundo los derechos fundamentales y humanos no se reconozcan y garanticen (sin más, téngase en mente cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante TEDH– hoy adopta líneas jurisprudenciales de otros espacios –como p.e. la Corte Interamericana de Derechos Humanos–) [21], sino que no alcanza, con carácter general y abstracto, el nivel de protección logrado aquí [22]. Otra cosa es, claro, la progresiva pérdida de influencia geopolítica y económica de Europa, y cómo ello acabe, finalmente, por incidir en tal espacio de derechos y en su sostenibilidad jurídica y material.

Con todo, la anterior diversidad jurídica que se advierte en la conformación de los distintos espacios europeos, es que alcance también cómo se reconocen y garantizan los derechos de las personas en estos; a ello dedicamos el siguiente epígrafe. Pero antes de ello (y al hilo del referido «efecto Bruselas») resulta oportuno recordar cómo en el caso de la UE se está también ante un espacio jurídico que es un mercado profusamente regulado, al punto de que su regulación no solo venga a garantizarlo y ordenarlo, sino a definirlo y condicionarlo. De este modo, y más allá de cómo ello influya a su vez en los derechos en el espacio jurídico de la UE (según se refiera luego), lo cierto es que hoy está permitiendo un marco normativo con cierto grado de efectividad en relación a los derechos frente al mercado ahora global; baste al respecto advertir la protección jurídica que en materia de datos personales se ha alcanzado en Europa no ya frente a empresas y Estados europeos, sino a nivel mundial (con-

[19] Respectivamente, a nivel de la UE, Reglamento General de Protección de Datos y Reglamento de Inteligencia Artificial; y en cuanto al CdE, el Convenio 108 sobre la protección de datos de carácter personal, y el muy reciente Convenio [marco] sobre el desarrollo, el diseño y la aplicación de inteligencia artificial.

[20] Cfr. Bradford, A., «The Brussels Effect», en: *Northwestern University Law Review*, vol. 107, núm. 1, 2012; y más recientemente, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

[21] P.e. Groppi, T.; y Lecis Cocco-Ortu, A. M., «Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?», en: *Revista de Derecho Político*, núm. 91, 2014, pp. 185 ss.

[22] Ya, Sánchez Barrilao, J. F., «La delimitación por el TEDH de líneas rojas en un Derecho global sobre derechos humanos», en: *Anales de Derecho (Universidad de Murcia)*, núm. extra 1, 2020. Y cuando efectivamente se logra un grado de garantía similar al europeo, es que en la mayoría de los casos se trate de espacios jurídicos culturalmente referidos a la órbita europea de los derechos (¿Occidente?), de forma que Europa, al final (o el referido Occidente), continúe a la vanguardia de los derechos, por más que, y en contrapartida, quepa denunciarse cierta dinámica un tanto *supremacista* al respecto (lo que, por contra, pueda generar cierto *efecto revote* al respecto).

forme lo señalado más arriba) [23]. Por tanto, a la par que el mercado europeo participa en la delimitación misma de los derechos en la UE (afectándolos), es que permita, en contrapartida, un espacio jurídico de efectiva garantía de ellos ante poderosos sujetos externos a esta (como p.e. ya se reconoce al respecto de la Inteligencia Artificial y su regulación por y en la UE) [24].

III. DERECHOS EN EL ESPACIO EUROPEO

La reconstrucción constitucional durante el siglo pasado de no pocos Estados europeos tras años de regímenes ajenos al principio democrático, al ejercicio limitado del poder y a los derechos y libertades de las personas (tras la II Guerra Mundial, Alemania Occidental [25] e Italia [26]; en los años setenta, Grecia [27], Portugal [28] y España [29]; y ya en la década de los noventa, los antiguos Estados del «telón de acero» [30]), daría lugar al progresivo desarrollo y consolidación de nuevos sistemas democrático-pluralistas en Europa, en los que la garantía constitucional de las minorías a partir del reconocimiento de la dignidad y los derechos fundamentales de la personas ha resultado cardinal [31]. Así es que en el seno de las distintas Constituciones normativas aprobadas a tales efectos se hayan introducido declaraciones (al tiempo sujetas a ulteriores reformas) de derechos individuales personalísimos y libertades públicas de participación política, además de otros sociales a fin de una mayor igualdad ma-

[23] De interés, Jurado, C., «La formación del "Acquis communautaire" digital: creación y conveniencia», en: *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 89, 2024, pp. 9 ss.

[24] Así, López-Tarruella Martínez, A., «El futuro Reglamento de Inteligencia Artificial y las relaciones con terceros Estados», en: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 45, 2023; también, Ruiz Tarrías, S., «La búsqueda de un modelo regulatorio de la IA en la Unión Europea», en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 57, 2023, pp. 91 ss.

[25] P.e., Waltner, G., «Principios de la constitución de la República Federal de Alemania», Aimone Cibson, E. (trad.), en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 7, 1983, pp. 71 ss.

[26] *Vid.* Pizzorusso, A., «La Constitución italiana», en: Peces-Barba Martínez, G. *et al.* (dir.), *Historia de los derechos fundamentales (IV-7)*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 119-157.

[27] P.e. Eleftheriadis, P., «Constitutional Reform and the Rule of Law in Greece», en: *West European Politics*, núm. 28, 2005, pp. 317 ss.

[28] Moura Ramos, R. M.; Loureiro, J. C.; y Tavares Da Silva, S., *La Constitución de Portugal*, Moreno González, G. (trad.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

[29] Entre otros, García De Enterría, E.; y Predieri, A. (coord.), *La Constitución española de 1978*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981.

[30] P.e., Flores Juberías, C. (coord.), *Las nuevas instituciones políticas de la Europa oriental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

[31] Ridola, P., «Constitucionalismo y Estado Constitucional», en: Häberle, P. *et al.* (coord.), *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel: libro homenaje a Jörg Luther*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 69 ss.

terial, e inclusos colectivos (como es la protección del medio ambiente), junto con diversos instrumentos de protección jurídica de los mismos que alcanzan la propia supremacía constitucional (en cuanto que auténticos límites para los poderes públicos, en general, y el legislador, en particular). Se tratan, de este modo, de declaraciones constitucionales de derechos y libertades directamente conectados con el reconocimiento de la dignidad de la persona, y en tanto que nuevo eje sobre el que se construye la ordenación democrática del poder en los Estado europeos [32].

Sin embargo, tales Estados, aun con sus transformaciones constitucionales al hilo de los derechos fundamentales y la Democracia pluralista, continúan con una función básica que desde Edad Moderna han desarrollado, cual es la estructuración de una organización básica social y de poder con la que garantizar un respectivo espacio de seguridad común [33]. No en vano, en toda comunidad resulta implícita la idea de seguridad (sentirse protegidos por el grupo que la conforma), mas con el precio que para la libertad de los miembros de tal comunidad la seguridad suponga pues esta conlleva restricciones para aquella al venir la seguridad a interactuar sistémicamente en la organización y en el funcionamiento del grupo en que se desenvuelve [34]. Y así, consecuentemente, el surgimiento de una relación dialéctica entre seguridad y libertad, el Estado y el individuo, pues la seguridad requiere de acciones de aquel que inciden en los derechos de sus miembros (y de terceros) al hilo de su reconocimiento, ejercicio y efectiva garantía por aquél [35]. Otra cosa es cómo el Derecho Constitucional ha venido a lo largo del tiempo a conformar dicha relación dialéctica, hasta llegarse al referido Estado constitucional contemporáneo, en tanto que garante de un amplio marco de derechos y libertades [36]; como otra cosa es, pasados los años, la crisis de este modelo constitucional a la sombra de la globalización y las limitaciones que esta supone para los Estados [37], por no hablar

[32] Nuevamente Ridola, P., pero ahora «Garantías, derechos y transformaciones del constitucionalismo», Spada, P. (trad.), en: *Revista Derecho del Estado*, núm. 15, 2003, pp. 3 ss.

[33] Cfr. Jellinek, G., *Teoría General del Estado*, De los Ríos Urruti, F. (trad.), Comares, Granada, 2000, en especial pp. 248-249.

[34] Bauman, Z., *Comunidad (En busca de seguridad en un mundo hostil)*, Alborés, J. (trad.), 2.ª ed., Siglo xxi, Madrid, 2006.

[35] *Vid.* Sánchez Barrilao, J. F., *Inteligencia y seguridad como objeto constitucional: el CNI y la comunidad de inteligencia ante los nuevos retos de la sociedad del riesgo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, pp. 51 ss.

[36] Cfr. Maurizio, F., *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2014.

[37] Ya Sánchez Barrilao, J. F., «Sobre la Constitución normativa y la globalización», en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, pp. 241 ss.; asimismo, *vid. id.*, «Globalización y crisis económica: sombras en la integración europea», en: *Videtur Quod: Anuario del Pensamiento Crítico*, núm. 2, 2010, pp. 184 ss.

de cierta deriva de algunos de estos Estados hacia posiciones bastante menos garantistas a la sombra del impulso de sistemas iliberales [38].

Por otra parte, el referido proceso de reconocimiento y profundización constitucional de los derechos fundamentales en Europa no se desarrolló de manera aislada en los Estados, sino, y al contrario (conforme se ha adelantado), paralelamente a su positivización y protección a nivel internacional mundial (Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y los Pactos Internacionales de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, de un lado, y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales también de 1966, de otro) [39] y regional-europeo. De esta manera, la referida «era de los derechos» en Europa ha sido fruto de la conjunción de la profundización constitucional en los derechos fundamentales y en las libertades públicas por los Estados europeos, junto con la institucionalización a nivel supraestatal de una nueva estructura al servicio de la paz y los derechos humanos, el CdE (1949) [40], dando lugar, al tiempo, a dos instrumentos internacionales de protección de los mismos, el CEDH (1950) y la Carta Social Europea (1961; en adelante CSE): el primero, viniendo a positivizar los derechos civiles y políticos (sin perjuicio de su ulterior apertura, de mano del TEDH, a otros sociales); y en cuanto a la CSE, hoy en su versión «revisada» (1996), centrada en derechos sociales y específicamente laborales [41]. Pero en ambos casos, y a diferencia de lo acontecido a nivel estatal, tomando como eje exclusivo de dicha estructura supraestatal los derechos de la persona y su garantía jurídica en relación a los Estados, por más que se tenga en cuenta el interés de estos en la protección de bienes e intereses específicamente propios de la comunidad estatal (como la seguridad nacional, la salud pública, el orden público, los propios derechos, etc.), los cuales acaban interactuando a modo de límites legítimos de los derechos [42]; e incluso, un cierto «margen de apreciación» por parte de los Estados en relación a los derechos del CEDH, según el TEDH, pues la propia generalidad de los derechos

[38] Krzywon, A., «El iliberalismo constitucional ha llegado para quedarse. Las experiencias centroeuropeas», en: *Revista de Derecho Político*, núm. 113, 2022, pp. 165 ss.

[39] *Vid.* Fernández Liesa, C. R., «Codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos», en: Ansuátegui Roig, F. J. *et al.* (coord.), *Historia de los derechos fundamentales (V.3)*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 175 ss.

[40] P.e. Fernández De La Vega Sanz, M. T., *Derechos humanos y Consejo de Europa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

[41] Monereo Atienza, C.; y Monereo Pérez, J. L. (coord.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, Granada, 2017.

[42] Entre otros, Caicedo Camacho, N., «La Doctrina sobre los límites a los derechos y libertades en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia al caso Sas C. Francia», en: *Revista Internacional CONSINTER de Direito*, vol. 3, núm. 4, 2017, pp. 155 ss.

humanos es compatible con cierta singularidad de los mismos al hilo de la historia, la cultura y las particularidades propias de los Estados [43], además de sus circunstancias políticas y jurídicas concretas, pues estos se encuentran en mejor posición para afrontar precisamente dichas peculiaridades [44].

Muestra de lo anterior, a la vez que del diverso grado de interacción de los derechos ante otros bienes y principios de relevancia pública, es, por ejemplo, la distinta jurisprudencia mantenida por los Tribunales nacionales y el TEDH al respecto de la seguridad nacional como límite de los derechos de las personas, por cuanto que, en el segundo caso, mucho más estricta en la protección de la persona frente a los poderes públicos. No es que el TEDH ignore la seguridad nacional como un límite legítimo al respecto de los derechos contenidos en el CEDH (arts. 8.2, 10.2 o 11.2), y de conformidad (claro) con el preceptivo juicio de proporcionalidad (así, SSTEDH de 12 de enero de 2016 y de 13 de septiembre de 2018 en los asuntos, *Szabó y Vissy* c. *Hungría* y *Big Brother Watch y otros* c. *Reino Unido*, respectivamente), sino que excluye la impunidad de los clásicos *arcana imperii* en relación a la protección del Estado en cuanto que fundamento último de este y de su ordenación (en tal sentido, la muy polémica *SCC* italiana 106/2009, de 8 de abril) [45].

Diverso a lo anterior ha sido el proceso de reconocimiento y garantía de los derechos de la persona en el ámbito de la UE, por cuanto que heredera de unas estructuras supraestatales previas que, aun referidas a la paz en Europa (las originarias Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Comunidad Europea de la Energía Atómica y Comunidad Económica Europea) [46] y paralelas a la positivización de aquellos en las Constituciones estatales y en los referidos CEDH y CSE, han tenido como finalidad primigenia y básica la integración económica y el mercado [47]. Aunque desde el comienzo se contempló la protec-

[43] Cfr. Carpizo, J., «Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características», en: *Cuestiones Constitucionales*, núm. 25, 2011, pp. 20-21; con todo, sobre la universalidad de los derechos humanos como carácter esencial de estos, *vid.* Pérez Luño, A. E., «La universalidad de los derechos humanos», en: Soriano Díaz, R.; Alarcón Cabrera, C.; Mora Molina, J. (dir.), *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos (I)*, Universidad Internacional de Andalucía, La Rábida, 2000, pp. 27 ss.

[44] Cómo no, García Roca, F. J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010.

[45] Nuevamente Sánchez Barrilao, J. F., pero ahora «Servicios de inteligencia, secreto y garantía judicial de los derechos», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019, p. 324.

[46] *Vid.* Bermejo Batanero, F., «La Europa Comunitaria. La creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y el fracaso de la Comunidad Europea de Defensa (1945-1954)», en: Bermejo Batanero, F., (dir.), *Historia Jurídica de la Integración Europea*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 67 ss.

[47] Entre otros, Saldaña Ortega, V., «Origen y evolución de la Unión Europea: hacia la construcción de un modelo federal», en: Molina Del Pozo Martín, P. C. (coord.), *Derecho de la Unión Europea e integración regional:* Liber amicorum *al profesor Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 115 ss.

ción de unas libertades fundamentales comunitarias, si bien de naturaleza económica (libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y de prestación de servicios, libre circulación de trabajadores y libre circulación de capitales) [48], ha sido, al tiempo, que: de un lado, el propio Tribunal de Justicia de la hoy Unión Europea (en adelante TJUE) acabara reconociendo no solo la consideración de los derechos fundamentes como principios generales del Derecho comunitario (la pronta STJCE de 12 de noviembre de 1969, en el caso *Erich Stauder* c. *Stadt Ulm*), sino como «tradiciones comunes» parte de un «patrimonio constitucional europeo» (en tanto que Derecho originario presupuesto y compartido en Europa) positivizado a los años en los propios Tratados constitutivos conforme al Tratado de 1992 (art. F.2 TUE) [49]; y de otro, finalmente, se acabara proclamando por la UE y los Estados miembros una Carta propia de derechos fundamentales al respecto de las instituciones europeas y su Derecho (solemnemente proclamada en Niza el 1 de diciembre de 2000), cuyos derechos, aun conexos con los previstos por las Constituciones nacionales y el CEDH, continúan resultando no ya mediatizados, sino transfigurados por la esencia económica y el mercado de la UE [50]. Es como si el mercado y lo económico se hubieran incrustado en el ADN de las instituciones y del Derecho de la UE [51], al punto de delimitar funcionalmente los contenidos de la actividad europea. Esto se advierte no solo cuando atendemos a la misma dicción con la que positivizan dichos derechos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE) frente la propia de las Constituciones y en CEDH (sobre todo en la versión inicial de 2000) [52], sino en el modo con el que se conforman y se limitan estos. Así, en cuanto lo primero, de un lado está la rebajada dimensión inmediata y directa de no pocos derechos, en cuanto que considerados como meros principios [53], a la par que su reconocimiento deja de

[48] P.e., Guamán Hernández, A., «Libertades económicas europeas», en: Baylos Grau, A. P.; Florencio Thomé, C.; García Schwarz, R. (coord.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1433-1440.

[49] Pizzorusso, A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002.

[50] No en vano, desde un principio el Tribunal de Justicia entendió la realización e interpretación de los derechos fundamentales desde el Derecho de la Comunidad, primero, y de la Unión, luego; así, Carmona Contreras, A. M., «El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016, pp. 13 ss.

[51] De interés, Weiler, J. H. H., «Descifrando el ADN político y jurídico de la integración europea: un estudio exploratorio», Bouazza Ariño, O. (trad.), en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 96, 2012, pp. 13 ss.

[52] Cfr. Ridola, P., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el desarrollo del constitucionalismo europeo», Sánchez Barrilao, J. F. (trad.), en: Balaguer Callejón, F., (coord.), *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 463 ss.

[53] *Vid.* Aguilar Calahorro, A., «La eficacia de la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea a la luz de la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia», en: Häberle, P. *et al.* (coord.), *Dere-*

quedar vinculado efectivamente a la dignidad de la persona, en tanto que dependiente, realmente, de otro título europeo (p.e. STJUE de 10 de septiembre de 2014, en el asunto C-34/13, Monika Kušionová, y relativa al derecho a la vivienda y al respecto de la protección de los consumidores) [54]; y en cuanto a lo segundo, está cómo la integración económica y el mercado efectivamente han pasado a constituir un límite último e indisponible en no pocos casos para los derechos fundamentales (p.e. STJUE de 24 de noviembre de 2011, en los asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10, ASNEF), a pesar de las cláusulas de salvaguardia que la propia CDFUE establece (arts. 52.4 y 53) [55]. Naturalmente esto último se acrecienta con ocasión de los derechos de carácter más social [56], sin perjuicio de que quepa advertir, no obstante, sinergias positivas entre unos y otros derechos y libertades (p.e., STJCE *Elliniki*, de 18 de junio de 1991; o STJUE Åklagaren *v. Hans* Åkerberg *Fransson*, de 26 de febrero de 2013) [57].

Esa consideración de los derechos fundamentales en la UE desde lo económico y el mercado, y en tanto que fin básico e inicial, pero también último, de una integración europea cada vez más importante ante la globalización [58], incide en cómo el TJUE, aun de manera contradictoria al propio artículo 6.2 del TUE, habría rechazado la referida adhesión de la UE al CEDH (Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014) [59]. ¿Cómo garantizarse, enton-

chos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel: libro homenaje a Jörg Luther, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 695 ss.

[54] Sobre ello, Simón Moreno, H., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la constitucionalización del Derecho privado: ¿una nueva vía para proteger el derecho a la vivienda?», en: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 771, 2019, pp. 161 ss. También de interés, Aguilar Calahorro, A., «El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor», en: García Herrera, M.Á.; Asensi Sabater, J.; Balaguer Callejón, F., (dir.), *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 489 ss.

[55] Cfr. Sánchez Barrilao, J. F., «Los fundamentos del "progreso informático" en la Unión Europea», en: *Revista de Derecho Político*, núm. 98, 2017, pp. 358-359.

[56] Así, Espada Ramos, M. L., «Los derechos sociales de la Unión Europea: mercado o justicia», en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35, 2001, pp. 23 ss.; y con ocasión de la crisis económica, Hernández Zubizarreta, J., «La crisis de los sistemas de regulación en la Unión Europea», en: *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 26, 2012, pp. 12 ss.

[57] Cfr. Sarrión Esteve, J.: «Problemas de la protección de los derechos sociales en las situaciones de conflicto con las libertades del mercado en el Derecho de la Unión Europea», en: *RUE: Revista Universitaria Europea*, núm. 13, 2010, pp. 85 ss.; y, especialmente, «Las libertades fundamentales del mercado interno, su sinergia positiva con los derechos fundamentales en el derecho de la Unión Europea, y una anotación sobre el ámbito de aplicación», en: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016, pp. 260 ss.

[58] Así, Sánchez Barrilao, J. F., «Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del Derecho Constitucional Europeo», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 12, 2009, pp. 115 ss.

[59] Entre otros: Halberstam, D., «"It's the autonomy stupid". A modest defense of Opinion 2/13 on EU Accesion to the ECHR, and the way forward», en: *German Law Journal*, vol. 16, núm. 1, 2015, pp. 105 ss.; Martín y Pérez De Nanclares, J., «El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*,

ces, la unidad en la integración si esta puede resultar condicionada por normas externas al Derecho de la UE? Pero al hilo de ello, ¿cuál es el rol que está desarrollando el TJUE al respecto de los derechos de las personas y del Derecho europeo?; y en contrapartida, ¿cómo actúan el resto de los Tribunales de los respectivos espacios europeos en relación a los derechos fundamentales y humanos? Veámoslo en el siguiente epígrafe.

IV. JUECES NACIONALES Y EUROPEOS

Al hilo de la transformación que para los Estados europeos ha supuesto la aprobación de sus respectivas Constituciones normativas en el siglo pasado (según se ha señalado), sus Tribunales ordinarios, ahora como auténticos Poder Judicial (p.e. Tít. VI CE), se verán asimismo renovados, transcendiendo de la clásica función de resolver las disputas entre particulares y la aplicación del Derecho penal (en tanto que garantía, a su vez, del monopolio estatal de la fuerza y de la heterocomposición jurídica del conflicto social) a la protección de los derechos de las personas, y en especial ante el ejercicio del poder público [60]; y a estos efectos, desde la necesaria configuración de un juez independiente, en cuanto que capaz de resistir los envites de terceros, tanto públicos como privados [61]. Por otra parte, esta nueva percepción de los jueces y tribunales ordinarios al amparo de la Constitución normativa y de la Democracia pluralista se ve aún más reforzada no solo por la garantía procesal a un juez predeterminado por la ley (p.e. artículo 24.2 CE), sino por el reconocimiento incluso de un derecho fundamental a la tutela judicial de los derechos (así, artículo 24.1 CE), dándose una auténtica transformación del juez nacional y su

núm. 52, 2015, pp. 825 ss.; Azpitarte Sánchez, M., «Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio (Acerca del Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, sobre la compatibilidad con los Tratados constitutivos del Proyecto de acuerdo internacional de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales)», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, 2015, pp. 243 ss.; y Alonso García, R., «Análisis crítico del veto judicial de la Unión Europea al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014», en: AA. VV. *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, IVAP, Oñati, 2016, pp. 142 ss. Ello, a su vez, vendría a conectar con la búsqueda por el propio TJUE por proteger su autonomía al respecto del Derecho internacional y de órganos garantes de este; en tal sentido, Gordillo Pérez, L. I., «El TJUE y el Derecho Internacional: la defensa de su propia autonomía como principio constitucional básico», en: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 330 ss.

[60] Nuevamente Sánchez Barrilao, J. F., «La garantía de los derechos fundamentales, y el juez como garante ordinario de los mismos… *cit.,* pp. 575 ss.

[61] Entre otros, Milione Fugali, C., «Estado de Derecho y derecho a la independencia judicial: un binomio insoslayable», en: *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, vol. 72, núm. 1, 2024, pp. 21 ss.

misión constitucional a su luz, al pasar del mero control del poder a la garantía del reconocimiento de los derechos fundamentales y humanos ante su vulneración, como del propio goce pacífico de los mismos por las personas [62]. Sin embargo, a nivel de Derecho comparado, no todos los Estados europeos han diseñado de la misma forma el Poder Judicial y los Tribunales ordinarios que los conforman, especialmente en relación a la dimensión diferenciada de la jurisdicción administrativa en no pocos casos (siguiendo el modelo francés) [63]; además, a ello habría que añadir la previsión constitucional de una jurisdicción constitucional concentrada (sin perjuicio de su integración, o no, en el Poder Judicial) con la misión general de garantizar la Constitución siempre, y en particular los derechos fundamentales en algún caso (p.e. artículos 53.2 y 161.1.b CE) [64]. Por tanto, no todas las jurisdicciones constitucionales en Derecho comparado van a tener así la función específica de garantizar los derechos fundamentales (al margen de su mayor o menor carácter subjetivo u objetivo) [65], sin perjuicio de su capacidad (más o menos abstracta) para garantizar dichos derechos si bien, normalmente, en colaboración con los Tribunales ordinarios (p.e. artículo 163 CE) [66].

Es de este modo que la garantía judicial de los derechos fundamentales a nivel interno de los Estados europeos se vea diversificada en dos estructuras diferenciadas (más o menos, según el Estado) no solo orgánicamente, con los Tribunales ordinarios de un lado y las jurisdicciones constitucionales de otro, sino funcionalmente, de tal modo que a los primeros les corresponde la garantía genérica de los derechos de las personas, mientras que a la segunda la ga-

---

[62] García De Enterría, E., «Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?», en: *Foro de Córdoba: Publicación de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 119, 2007, pp. 57 ss.

[63] P.e., *vid.* López Ramón, F., «Hacia un modelo europeo de control jurídico del poder ejecutivo», en: *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm.100, 2018, pp. 299 ss. Y ello al margen, a su vez, de otros tribunales administrativos especializados y de limitada independencia; sobre esto, de interés, Mata Sierra, M. T., «De la independencia de los tribunales económico-administrativos: cuestionamiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y consecuencias», en: *Crónica Tributaria*, núm. 174, 2020, pp. 61 ss.

[64] Entre otros: Weber, A., «La jurisdicción constitucional en Europa Occidental: una comparación», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, pp. 47 ss.; Rubio Llorente, F.; y Jiménez Campo, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998; o Ahumada Ruiz, M., *La jurisdicción constitucional en Europa: bases teóricas y políticas*, Thomson Reuters / Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

[65] En España, a la luz de la LO 6/2007 (de 24 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica del tribunal Constitucional), de interés, Carrillo, M., «La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible», en: *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 81, 2008, pp. 87 ss.

[66] Todavía de interés, el clásico colectivo *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; y ya para España, Aragón Reyes, M., «El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad», en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, pp. 179 ss.

rantía abstracta de su correspondiente Constitución; y consecuentemente, que las jurisdicciones constitucionales tiendan a garantizar los derechos fundamentales, ya sea directa o indirectamente (según lo recién referido), en cuanto que parte especialmente significativa y delicada de la Constitución normativa dada su importancia y sensibilidad para el sistema democrático-pluralista diseñado por aquella [67]. Esto alcanza particular relevancia con ocasión de los esporádicos, pero recurrentes, conflictos que al respecto de la garantía judicial de los derechos se dan entre ambas estructuras jurisdiccionales, pues en algún supuesto los Tribunales constitucionales acaban incidiendo en la función jurisdiccional de los Tribunales ordinarios más allá de lo estrictamente necesario para la específica protección de los derechos fundamentales [68].

En cuanto al espacio del CdE, dos son los órganos previstos en protección jurídica de los derechos que en su ámbito se reconocen y garantizan a través del CEDH y la CSE: de un lado el TEDH y de otro el Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante CEDS), si bien en el primer caso a instancia directa de particulares y en el segundo a partir de reclamaciones colectivas en denuncia por violación de los respectivos derechos [69]; ello, sin duda, afecta a la misma dinámica funcional de garantía de los derechos que tienen jurídicamente encomendados, por cuanto bajo petición no institucional, sino de las personas (ya sea individual, o colectivamente) [70]. Son así órganos específicamente concebidos para la garantía internacional de los derechos humanos ante los Estados miembros del CdE, que en el caso del TEDH viene a asumir una cualificada naturaleza jurisdiccional [71]; esto no supone que la garantía judicial de dichos derechos quede exclusivamente en manos de aquel y del CEDS, pues

---

[67] Así Häberle, P., «El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional», en: García Belaunde, D. (coord.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 225 ss.

[68] P.e., Serra Cristóbal, R., *La guerra de las Cortes: la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1999; también Matia Portilla, F. J., «Las tensas relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y los límites de la (legítima) discrepancia entre ellos», en: *Revista de Derecho Político*, núm. 97, 2016, pp. 13 ss.

[69] En torno al TEDH, Bouazza Ariño, O., «Legitimación activa ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: admisión de una demanda presentada por una organización no gubernamental en nombre de una persona con discapacidad, fallecida en un centro de salud mental», en: *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 37, 2014; y respecto al CEDS, Díaz García, C., «La Carta Social Europea revisada y las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales: un análisis general sobre su naturaleza y una aportación específica para su aplicación en España», en: *Iuslabor*, núm. 1, 2024, pp. 105 ss.

[70] Con carácter abstracto, de interés, EPP, Charles R., *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Bixio, A. (trad.), siglo xxi, Buenos Aires, 2013.

[71] Así, Oetheimer, M.; y Cano Palomares, G., «European Court of Human Rights (ECtHR)», en: Wolfrum, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012. Y en cuanto al CEDS, Arenas Ramiro, M., «La garantía del Comité Europeo de Derechos Sociales: un compromiso real con los derechos sociales», en: *Lex Social*, vol. 10, núm. 1, 2020, pp. 261 ss.

resulta inicialmente responsabilidad de los propios Estados europeos y de sus Tribunales ordinarios, como constitucionales (en su caso), de acuerdo a su normativa interna, al ser la garantía del TEDH y del CEDS meramente subsidiaria a la que deben ofrecer aquellos. Por otra parte, y en relación al CEDH y al TEDH, se ha de advertir: primero, cómo, y al igual que sucede con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el derecho ahora a un recurso efectivo en el ámbito del CEDH (art. 13) potencia aún más la garantía judicial al interno de los Estados de los derechos reconocidos en el CEDH [72]; y segundo, la comunicación que entre los Tribunales estatales y el TEDH se fomenta en especial con ocasión del Protocolo 16 y la cuestión consultiva que aquellos (los de mayor rango) pueden elevar a este, lo que, sin duda, favorece tanto la colaboración entre ambos espacios a nivel jurisdiccional, como una mayor *cross-fertilization* [73].

Y al respecto de la UE, ahora, el TJUE se diseña como garante jurisdiccional de su Derecho y de su propio proceso de integración (arts. 19 TUE y 251 ss. TFUE) [74], tal como su antecesor Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se había autoconformado [75]. Consecuencia de ello es que el TJUE no sea, y a diferencia del TEDH, un órgano destinado específicamente a la garantía concreta de los derechos en el espacio europeo, más allá de la consideración de estos como parte relevante del Derecho de la UE, y de la CDFUE en cuanto que Derecho originario de la misma [76]. Y así, conforme se ha adelantado, la limitada (aun intensa) labor que en garantía de los derechos fundamen-

[72] Sobre su alcance, Carmona Cuenca, E.; y Fernández Vivas, Y., «El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional: problemas interpretativos (artículo 13 CEDH)», en: García Roca, F. J.; Santolaya Machetti, P.; y Pérez-Moneo, M. (coord.), *La Europa de los derechos: el Convenio europeo de derechos humanos (II)*, 4.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2023, pp. 873 ss.

[73] P.e.: Romboli, S., «El rol del Protocolo núm. 16 al CEDH en el dialogo entre Tribunales para una protección de los derechos más uniforme. Reflexiones al hilo de sus características y de la propuesta italiana de ratificación», en: Pérez Miras, A. *et el.* (dir.), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española (II)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales / BOE, Madrid, 2020, pp. 41 ss.; y Sevilla Duro, M. Á., «El Protocolo núm. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: el diálogo entre tribunales para la configuración de un espacio europeo de derechos», en: *Anales de Derecho*, núm. extra 1, 2020. Por otra parte, para una lectura crítica del Protocolo 16, *vid.* Martínez Sospedra, M., «Las opiniones consultivas del TEDH. Una idea no del todo convincente. Notas sobre el protocolo 16 al CEDH», en: *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 54, 2021.

[74] Entre otros, Alonso García, R., «Lisboa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en: Pascua Mateo, F. (dir.), *Derecho de la Unión Europea y el Tratado de Lisboa*, 2013, pp. 307 ss.

[75] P.e., Rodríguez Iglesias, G. C., «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en: Rodríguez Iglesias, G. C.; y Liñán Nogueras, D. J., (coord.), *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 373 ss.

[76] No obstante, sobre los progresos dados por el TJUE al respecto de la garantía de los derechos y libertades incluidos en la CDFUE, Cruz Villalón, P., «Sobre la "especial responsabilidad" del Tribunal de Justicia en la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales», en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 66, 2020, pp. 363 ss.

tales lleva a cabo el TJUE al margen de ser contención, en buena medida, del impacto del Derecho de la UE al interno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y de sus propios derechos fundamentales [77]; ¿cómo, si no, se entiende el limitado entendimiento que en más de un caso ha venido haciendo el TJUE en relación a la protección de los derechos de la CDFUE? [78] Por otro lado, adviértase que la realización judicial ordinaria del Derecho de la UE no queda en manos del propio TJUE, sino de los Tribunales nacionales que, en tanto que aplicadores de dicho Derecho, pasan a ser Tribunales europeos [79]; y ello, en especial, con ocasión de la aplicación directa y la primacía del Derecho de la UE [80], además de al hilo de la comunicación que entre estos y el TJUE se da mediante la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) [81]. Y consecuentemente que Tribunales nacionales que, en principio, se yerguen en protección de los derechos de la propia CDFUE, puedan acabar achantados, normalmente tras una cuestión prejudicial al TJUE, ante la garantía inquebrantable del Derecho de la UE y del progreso de integración al que este sirve (p.e., STC 26/2014, de 13 de febrero, ante la anterior STJUE *Melloni*, 26 de febrero de 2013) [82]; ¿cómo, si no, se entiende ahora que dichos Tribunales estatales puedan verse obligados a hacer una interpretación a veces cicatera de los derechos fundamentales (nacionales y europeos) a la vista de un pronunciamiento previo del TJUE? [83] Con todo se ha de reconocer la posición clave que hasta ahora ha ocupado el TJUE entre el TEDH y los Tribunales nacionales al respecto de los derechos, al haber protagonizado buena parte del diálogo que se ha producido

---

[77] De interés, Cartabia, M., «La Unión Europea y los derechos fundamentales: 50 años después», en: *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 82, vol. 2, 2008, pp. 85 ss.

[78] P.e. Aguilar Calahorro, A., *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucional, 2021.

[79] Cómo no, Ruiz-Jarabo y Colomer, D., *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid, 1993.

[80] Nuevamente Aguilar Calahorro, A., pero ahora *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Aranzadi / Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

[81] Entre otros, Soca Torres, I., *La cuestión prejudicial europea: planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2016.

[82] Cfr.: Figueruelo Burrieza, Á., «El "diálogo aparente" entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Luxemburgo. Comentarios a propósito de la STC que resuelve el recurso de amparo núm. 6922-2008 (Caso Melloni)», en: Figueruelo Burrieza, Á. (dir.), *Derechos y libertades en la sociedad actual*, Comares, Granada, 2014, pp. 1 ss.; Martín Rodríguez, P. J., «Tribunal Constitucional - Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni», en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 48, 2014, pp. 603 ss.; o Carmona Contreras, A. M., «La recepción por el Tribunal Constitucional de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Reflexiones al hilo de la STC 26/2014 (Asunto Melloni)», en: Mezzetti, L. (dir.), *Giustizia e costituzione: agli albori del xxi secolo*, 2018, pp. 17 ss.

[83] Ugartemendía Eceizabarrena, J. I.; y Ripol Carulla, S., *El Tribunal Constitucional en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales: un análisis a partir del asunto* Melloni *y sus implicaciones*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2017.

entre dichos espacios [84], incluso en materia de derechos sociales [85], sin perjuicio, claro, de las consideraciones que a continuación siguen.

V. APROXIMACIÓN CRÍTICA EN TORNO A LOS DERECHOS Y LOS JUECES EN EL ESPACIO EUROPEO

La anterior referencia a los jueces ordinarios en relación a los derechos fundamentales y del Derecho de la UE según son interpretados por el TJUE resulta a su vez reformulada, de manera aún más conflictiva, a tenor de su paralela sujeción (p.e. artículo 10.2 CE) al CEDH y la CSE, y de conformidad al TEDH y al CEDS (respectivamente); y decimos de manera más conflictiva, por cuanto que, como se acaba de señalar, en dichos Tribunales ordinarios vienen a coincidir la garantía de: los derechos fundamentales y sociales; del Derecho de la UE, incluida la CDFUE; y los derechos humanos del ámbito del CdE, conforme el CEDH y la CSE. De este modo, la resistencia del TJUE a que la UE se adhiera al CEDH, evitando así la directa dependencia de este al TEDH (conforme se ha recordado un par de veces), queda menguada a tenor de la sujeción de los espacios de los Estados miembros de la UE, con sus Tribunales ordinarios, no solo al CEDH, sino, y especialmente, a la CSE y al CEDS. Y es que el carácter social de la CSE entra particularmente en conflicto con la protección del mercado que inspira al Derecho de la UE, advirtiéndose no pocos conflictos con los Estados, de acuerdo al CEDS, con ocasión de la aplicación por estos del Derecho de la UE [86]. No es que tal brete no se dé también entre el Derecho de la UE y el CEDH (sin más, STEDH de 21 de enero de 2011, asunto *M. S. S.* c. *Bélgica y Grecia*), sino que en el caso de la CSE es potencialmente superior en cuanto que: primero, la condición social del Derecho de la UE no ha sido suficientemente desarrollada (sin perjuicio de la relevante protección de libertad de circulación de trabajadores en el seno de la UE), por más que esta venga mostrando recientemente una mayor preocupación al respecto, el llamado «pilar

[84] Sobre tal papel, Martín y Pérez De Nanclares, J., «El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 235 ss.

[85] P.e. Aba Catoira, A., «La legislación laboral española bajo el punto de mira del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en: *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá*, núm. XI, 2018, pp. 155 ss.

[86] *Vid.*: Jimena Quesada, L., «La Carta Social europea y la Unión Europea», en: *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 13, 2009, pp. 389 ss.; y Carril Vázquez, X. M., «Los golpes bajos de la Unión Europea a la Carta Social Europea», en: *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, vol. 13, núm. 2, 2023.

europeo de derechos sociales» [87] (y según se venga luego a incidir); y segundo, por cómo a nivel interno el propio Derecho de la UE queda auto-sujeto al CEDH (nuevamente artículo 6.3 TUE), asumiéndose este por aquel, si bien bajo la delimitación y filtro que de él desarrolla el propio TJUE (arts. y 52.3 y 53 CDFUE, ahora). Y ante tal contexto jurídico compuesto y complejo, que sean los jueces ordinarios, ante la falta de una ordenación final y completa del espacio jurídico europeo y al hilo de su caracterización híbrida entre los mitos de Hércules y Hermes [88], quienes realmente terminen por conformar y realizar un sistema de derechos fundamentales y humanos, por lo demás igualmente compuesto y complejo, a la vez que contradictorio dada la diversa fundamentación de dichos derechos en no pocos casos.

Por otra parte, en el anterior planteamiento sobre cómo se desarrollan los derechos fundamentales y humanos en el espacio europeo, las jurisdicciones constitucionales de los Estados han quedado, ciertamente, algo al margen desde hace algunos años; y ello, en especial, frente al referido protagonismo que asumen los Tribunales ordinarios desde unos espacios estatales en relación con otros supraestatales a nivel europeo. Más allá del liderazgo e impulso que en la protección de los derechos fundamentales tales jurisdicciones constitucionales se arrogan y han ejercido (y aún ejercen) en sus respectivos ordenamientos jurídicos a la luz de las Constituciones normativas que los definen (según se ha señalado), lo cierto es que, de un lado, el TJUE, de tiempo, ha marginado a los Tribunales constituciones por más que hayan aceptado no solo la primacía del Derecho de la UE, sino la comunicación y la cooperación con el TJUE mediante la elevación a este de cuestiones prejudiciales [89] a tenor de su condición de garantes, ahora, de la apertura constitucional al Derecho de la UE [90]; sin embargo, la jurisprudencia del TJUE, además de no haber sido muy atenta con los planteamientos de aquellos en defensa de sus respectivas Constituciones (en no pocos casos), vino a prohibir expresamente que dichos Tribunales se inmiscuyeran en el juicio de los Tribunales ordinarios estatales al respecto

[87] Cfr. Lasa López, A., «El Pilar Europeo de Derechos Sociales: un análisis desde las coordenadas del constitucionalismo de mercado europeo», en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 62, 2019, pp. 117 ss.

[88] Ost, F., «Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez», Isabel Lifante Vidal (trad.), en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1993, pp. 169 ss.

[89] De interés, Alonso García, R., «El juez constitucional español como garante del diálogo formal, vía prejudicial, con Luxemburgo», en: *El juez nacional en su condición de juez europeo. European Inklings (EUi)*, núm. 17, 2019, pp. 9-19.

[90] Desde esta perspectiva, Azpitarte Sánchez, M., «Integración europea y legitimidad de la jurisdicción constitucional», en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 55, 2016, pp. 941 ss.

de la concordancia del Derecho estatal y el de la UE [91]. Con todo, esta cuestión no opera solo en la relación entre Tribunales ordinarios y constitucionales de los Estados, sino entre los propios Tribunales ordinarios y sus superiores, de modo que los inferiores bien pueden apelar autónomamente al TJUE al margen del parecer de los segundos [92]. Otra cosa es la oposición desarrollada por algunos Tribunales constitucionales, así como cierta relajación al tiempo por parte del propio TJUE al respecto de lo anterior (p.e., y en relación a la *Corte Costituzionale* italiana, atiéndase a la serie *Taricco*) [93], con lo que el efectivo impacto de la jurisprudencia de aquel en los Tribunales constitucionales a nivel comparado no acaba por ser, finalmente, idéntico [94]. Por otro lado, la condición social de las Constituciones normativas de postguerra, aunque ha sido muy relevante principialmente al momento del diseño de los Estados constitucional de Derecho durante el anterior siglo (p.e. la Constitución italiana) [95], no ha logrado ser suficientemente protegida a nivel normativo por dichas Constituciones [96], de modo que la identificación de los Tribunales constitucionales con la dimensión más social de sus respectivas Constituciones tampoco ha sido todo lo relevante que inicialmente cabría esperar; ello explicaría, por ejemplo, cómo el Tribunal Constitucional Federal alemán en sus históricas Sentencias *Solange I* y *II* no hiciera específica referencia al Estado social como límite a la primacía del Derecho de la UE. Consiguientemente, han sido los Tribunales ordinarios de los Estados los que, de algún modo, han terminado por asumir

[91] Ya, Sánchez Barrilao, J. F.; y Sánchez Lorenzo, S., «Sumisión tácita, derechos de defensa y competencia judicial internacional en las redes de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial», en: *La Ley Unión Europea*, núm. 20, 2014, pp. 5 ss.

[92] Nuevamente de interés, Alonso García, R.; y Almudí Cid, J. M., «El Tribunal Supremo ante la constitucionalidad y la europeidad de las leyes. (A propósito del impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica)», en: *Revista de Administración Pública*, núm. 212, 2020, pp. 55 ss.

[93] Entre otros: Ugartemendía Eceizabarrena, J. I., «La saga Taricco: Últimas instantáneas jurisdiccionales sobre la pugna acerca de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea», en: *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 27, 2018; García Vitoria, I., «La participación de los Tribunales constitucionales en el Sistema europeo de Derechos Fundamentales (a propósito del diálogo entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal de Justicia en el Asunto Taricco)», en: *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 67, 2018, pp. 139 ss.; y De Miguel Canuto, E., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como garante de derechos constitucionales en los Estados: la doctrina Taricco», en: *Revista de Derecho Político*, núm. 110, 2021, pp. 347 ss.

[94] De interés, López Castillo, A., «La confluencia entre Tribunales Constitucionales, TEDH y TJUE», en: *Localización: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, 2018, pp. 133 ss.

[95] *Vid.* Grossi, P., «La Constitución Italiana como expresión de un tiempo jurídico posmoderno», Álvarez Alonso, C. (trad.), en: *Historia Constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 15, 2014, 22 pp.

[96] Así, García Herrera, M. Á., «Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional», en: Andrés Ibáñez, P. (coord.), *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 59 ss.

ese rol más garante de los derechos sociales; recuérdese, por ejemplo en España, las medidas activadas por aquellos en protección del derecho a la vivienda durante la crisis económica de la década pasada (llegando a la elevación al TJUE de una cuestión prejudicial sobre los desahucios por impago de hipotecas) [97], frente a la mayor desidia mostrada por el Tribunal Constitucional ante dicho problema tan grave en aquel momento (así, STC 188/2013, de 4 de noviembre) [98]. Además adviértase cómo el control de convencionalidad ha venido en estos últimos años abriéndose paso en Europa a cargo de los propios Tribunales ordinarios [99], lo que asimismo ha llevado a reducir la posición casi monopolística que se venía reconociendo a las jurisdicciones constitucionales en relación al control de la ley y su aplicabilidad [100].

Este cierto retroceso de las jurisdicciones constitucionales coincide, a su vez, con el rol constitucional que en el ámbito europeo está desarrollándose en la UE y en el CdE, en general, y por el TJUE y el TEDH, en particular; y con ello no nos referimos a la posible ordenación constitucional que quepa advertirse en el seno interno de ambos espacios europeos, sino de estos en relación a los Estados. Así, en cuanto a la UE, y más allá de los derechos, se advierte la dinámica abierta en torno al control por esta del grado de respecto de garantías propias del Estado de Derecho por sus Estados miembros (en base a los artículos 2 y 7 TUE) [101], si bien, en algún caso, al margen de lo que dichas garantías han supuesto realmente para el Estado constitucional de Derecho. Y en relación al CdE, igualmente; y no solo al respecto del TEDH como garante de la limitación de poder de los Estados en materia de derechos humanos [102], sino, e incluso, con ocasión de la instrumentación de la Comisión de Venecia más como medio de control, que de asesoramiento en pos de la profundización y el

[97] *Vid.* Aguilar Calahorro, A., «La reciente jurisprudencia supranacional en materia de vivienda. (La eficacia de la directiva 93/13/ CE y la tutela de los derechos de los ciudadanos por el TJ)», en: Sánchez Ruiz De Valdivia, I.; y Olmedo Cardenete, M. D. (coord.), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 509 ss.

[98] P.e. Requejo Pagés, J. L., *et al.*, «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2013», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 100, 2014, pp. 303 ss.

[99] P.e.: Forcadell Escouffier, A.; y Navarro Díaz, C., «Compatibilidad del control de convencionalidad con la superación del control de constitucionalidad», en: *Iuslabor*, núm. 1, 2020; o Ramos Zantalla, G. A., «El control de convencionalidad americano en Europa», en: *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 15, núm. 1, 2021, pp. 75 ss.

[100] Ya, *vid.* Sánchez Barrilao, J. F., *De la ley al reglamento delegado: deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*, Thomson Rueters / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 68 ss.

[101] Martín Rodríguez, P. J., *El Estado de Derecho en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2021; asimismo, Torrecillas Martínez, A., *La crisis del Estado de Derecho en la Unión Europea: el caso polaco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

[102] Cfr. García Roca, F. J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2019.

desarrollo de la Democracia pluralista y el Estado de Derecho [103]. Y en los dos casos, la UE y el CdE, no ya a instancia de sus respectivas instituciones, sino por impulso de actores jurídicos y políticos de los propios Estados afectos al considerar ambos espacios europeos como adecuados y oportunos para sus demandas de control del ejercicio de poder público estatal [104].

VI. CONSIDERACIONES FINALES AL RESPECTO DE LOS DERECHOS Y LOS JUECES EN EUROPA

Ciertamente tiene razón la Profesora Gómez Sánchez cuando considera que una adhesión de la UE al CEDH supondría una limitación jurídica a la capacidad unificadora de esta, y especialmente en relación a la labor del TJUE [105] e, incluso, al respecto de la propia autonomía al Derecho de la UE [106]; no en vano, y según recuerda Requejo Pagés, la limitación del poder no viene precisamente a favorecer procesos de unidad política y jurídica como los que se dieren con ocasión de la formación histórica de los Estados en Europa [107]. Con todo, la identificación del espacio europeo con los derechos de las personas supone ya una vía de integración [108] en la que no solo no deberíamos retroceder, sino en la que habría que progresar por más que alguna de las finalidades económicas de la integración europea pueda entrar en riesgo. Otra integración es posible, tal como la normativa de la UE sobre el cambio climático supone, al proponer limitar, en principio, algunas de las libertades clásicas comunitarias en relación al tránsito de productos a la luz de un comercio de proximidad [109]; o también en relación a los derechos sociales y a las políticas

[103] Cfr. González Vega, I., «La protección de los valores de la Unión Europea: crisis del Estado de Derecho y de la independencia judicial. Diferencias de España con Polonia y Hungría», en: *Temas para el Debate*, núms. 349-350, 2024, pp. 14 ss.

[104] Y ello, al margen de las razones que puedan mover a dichos actores jurídicos y políticos propios del ámbito estatal a acudir a las instancias europeas, a fin de que, desde Europa, se limite la capacidad política y jurídica de quienes ejercen legítimamente el poder en los Estados; razones, así, y en más de una ocasión, espurias a la garantía efectiva de los derechos fundamentales y humanos.

[105] Cfr. Gómez Sánchez, Y., «¿Hacia un sistema único de derechos fundamentales en Europa?… *cit.*

[106] De interés, Azpitarte Sánchez, M., «Autonomía del ordenamiento de la Unión y Derechos Fundamentales: ¿presupuestos contradictorios? La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos como respuesta», en: *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 48, 2013, pp. 37 ss.

[107] Requejo Pagés, J. L., *El sueño constitucional*, KRK, Oviedo, 2016.

[108] Ya, Von Bogdandy, A., «La transformación del derecho europeo: el concepto reformado y su búsqueda de la comparación», en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 54, 2016, pp. 441-471.

[109] P.e. Sánchez Barrilao, J. F., «European constitutional law and protection of the environment», en: Cremades, J.; y Hermida, C. (ed.), *Encyclopedia of contemporary constitutionalism*, Springer, Luxemburgo, 2022.

sociales en el seno de la misma UE, conforme al referido «pilar europeo de derechos sociales» [110].

La profundización constitucional de Europa como espacio de derechos exigiría así seguir avanzado si no expresamente a nivel constitucional mediante mecanismos de cierre normativo del entero espacio europeo, sí al menos indirectamente de manera procedimental y material; y lo primero, mediante el establecimiento de nuevos mecanismos de comunicación entre los distintos espacios jurídicos que confluyen, superponiéndose, en el referido espacio europeo. De este modo la concepción multinivel de los derechos, de la que la Profesora Gómez Sánchez es pionera en nuestra doctrina [111], sigue siendo, sin duda, una muy interesante forma de construir tal espacio de los derechos en Europa, dada la comunicación procedimental que de los derechos se da especialmente con ocasión de su garantía por los diversos Tribunales europeos [112]. Ahora bien, reconocido lo anterior, se advierte cómo dicho espacio adolece de limitaciones en su comunicación más formal. ¿Hasta dónde, entonces, cabe progresar en tal espacio de derechos, especialmente al respecto de su seguridad jurídica, si no se abordan adecuados instrumentos jurídicos en tal sentido? Cierto es que el propio TJUE parece aceptar cierta comunicación con los Tribunales constitucionales nacionales, pero ello sin llegarse a consolidar luego auténticos mecanismos de cierre del sistema (con lo que, al final, queda abierta la posibilidad de ulteriores retrocesos), en una situación que cabría calificar de permanente «disuasión recíproca» [113].

Con todo, siempre es posible abordar sustantivamente desde los Estados y la UE los derechos fundamentales en una línea más cercana a la desarrollada

---

[110] *Vid.*: González Pascual, M. I., «El pilar europeo de derechos sociales: ¿hacia una Europa más social?», en: Aranda Álvarez, E. (coord.), *Las implicaciones constitucionales de la gobernanza económica europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 293 ss.; y Rojo Torrecilla, E., «Pilar europeo de Derechos Sociales: el avance hacia una Europa más social», en: *Gaceta sindical: Reflexión y Debate*, núm. 40, 2023, pp. 75 ss.

[111] P.e., Gómez Sánchez, Y.: «Las organizaciones internacionales y la defensa de los derechos», en: Gómez Sánchez, Y. (coord.), *Los derechos en Europa*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1997, pp. 105-126; «Estado constitucional y protección internacional», en: Gómez Sánchez, Y. (coord.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos / Universidad Nacional de Educación a Distancia, México, 2004, pp. 231-280; o más recientemente, «Protección multinivel de los derechos en la Unión Europea y en ámbito internacional», en: Ventura Franch, A.; y Iglesias Bárez, M. M. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional español con perspectiva de género (II)*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2022, pp. 647-687.

[112] Desde esta perspectiva: Godoy, M. O., «Sistemas de garantías de los derechos fundamentales y protección multinivel en Europa», en: *Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 6, 2016, pp. 253 ss.; o López Guerra, L. M., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y "le mouvement nécessaire des choses"», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 163 ss.

[113] Cfr. Gordillo Pérez, L. I., «Hacia la consolidación de un constitucionalismo interordinamental», en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 18, 2014, p. 326.

por el CdE en relación a los derechos humanos [114], aumentando las sinergias entre unos y otros [115]; y ello no ya a nivel judicial, pues estaríamos restringidos por la dinámica anterior (por más que los ordenamientos estatales y de la UE prevean cláusulas de reenvío al CEDH y a la CSE), sino normativo: es decir, abordando la regulación de los derechos fundamentales con una mayor consonancia al ámbito del CdE [116], o lo que es igual, desde su armonización [117]. Por tanto, si desde los Estados y la propia UE, claro, se asume en mayor grado los patrones del CdE en materia de derechos (a la luz del CEDH y de la CSE, así como de la doctrina del TEDH y de la CEDS), qué duda cabe que el conflicto entre los Tribunales estatales (tanto ordinarios, como constitucionales) y los europeos no solo decaerá, sino que permitiría cierta convergencia y mayor sincronización, además de una comunicación multinivel más pacífica entre todos ellos; y esto sin perjuicio de que cada espacio (el de los Estados, el de la UE y el del CdE) mantenga su propia concepción sobre los derechos, los Tribunales y las garantías, puesto que, al final, la conflictividad en relación a los derechos tendería no ya a reducirse, sino a reconducirse de manera más pacífica y comunicativa. Cierto es que ello no impide nunca el potencial conflicto entre derechos y jueces (según se ha indicado), pero permite progresar materialmente en la Europa de los derechos, que es lo que en última instancia más interesa a sus titulares: las personas.

[114] Como también cabría que desde el CdE se afrontara los derechos con una perspectiva más estatal y económica; pero es que la integración europea que busca el CdE es precisamente desde los derechos humanos, con lo que tal posibilidad vendría a ser contraria a su propia ontología. En cambio, que sean los Estados y la UE los que se aproximen más a los estándares del CdE en materia de derechos no supone una traición a sus fines, sino únicamente una limitación a los mismos y a su realización por cuanto que necesariamente respetuosos con los derechos fundamentales.

[115] P.e. Stangos, P., «Sinergias entre la Unión Europea y la Carta Social Europea, en la hora del Pilar Europeo de Derechos Sociales», Jimena Quesada, L. (trad.), en: *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 137, 2018, pp. 139 ss.

[116] Recuérdese a tales efectos la experiencia de Reino Unido al respecto del CEDH y sus numerosas condenas por el TEDH, hasta que decidió incorporar normativamente dichos estándares (la *Human Rights Act*, de 1998); a tales efectos, Bellamy, R., «Political constitutionalism and the Human Rights Act», en: *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, núm. 1, 2011, pp. 86 ss.

[117] De interés, Salcedo Beltrán, M. C., «La protección de los derechos sociales a escala europea: de la confrontación «presente» a la ineludible integración «futura», en: *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 137, 2018, pp. 79 ss.

LA GOBERNANZA DE LA ECONOMÍA POR LA UNIÓN: ENTRE EL DERECHO Y LA DIRECCIÓN POLÍTICA

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ
Universidad de Granada

La profesora Yolanda Gómez ha contribuido de manera sobresaliente al esfuerzo de desplegar la metodología constitucionalista en el estudio del derecho de la Unión (basta con recordar sus trabajos sobre la Carta). En conexión con este presupuesto, me gustaría rendirle tributo con unas páginas cuya tesis radica en mostrar cómo la gobernanza de la economía por la Unión ha evolucionado desde un modelo centrado en la norma (I), a otro, que, paulatinamente, desde la crisis de 2008 y hasta la reciente reforma de 2024, ha ido volcando su peso en el aspecto político (II). Este cambio debería implicar ciertas consecuencias sobre la teoría constitucional que sostiene el proceso de integración (III).

I. LA PREMISA DE PARTIDA: AUTONOMÍA ESTATAL LIMITADA POR EL DERECHO DE LA UNIÓN

1. La responsabilidad exclusiva de los Estados miembros en el diseño de su política económica. Reglas que impiden la externalización a la Unión de las consecuencias de la política económica estatal

El principio central con el que se diseña en su arranque la unión económica es el de la autonomía financiera de los Estados miembros. En términos constitucionales nos remite a la capacidad de un ente político para fijar el origen de sus ingresos y el destino de su gasto. En el caso del proceso de integra-

ción, cabe hablar de soberanía financiera de los Estados miembros. Son ellos los que disponen de una potestad tributaria originaria y eligen el empleo de su presupuesto. A su vez, esa soberanía explica que los recursos propios de la Unión nazcan esencialmente de las transferencias que le realizan los Estados.

Este principio de autonomía financiera se sostiene sobre dos ideas yuxtapuestas, que no dejan de presentar algún elemento contradictorio. En un Estado nutrido por tributos propios, el principio político-democrático esencial es el de *no taxation without representation,* según el cual toda nueva carga habría de pasar por el órgano de representación ciudadana. Es comprensible así que durante un siglo hayamos explicado el Estado constitucional desde la centralidad del Parlamento, que aprueba los presupuestos y las leyes tributarias. Sin embargo, cuando el Estado se financia en gran medida con bonos, son los prestamistas, fijando la prima de riesgo, los que controlan, al menos en parte, el desempeño de la política económica. Si los mercados dudan de la bondad de la actuación estatal, la financiación se encarece, lo que puede llevar a provocar en última instancia un giro político [1]. En cualquier caso, y aquí está la consecuencia de estos principios, los errores en los que incurra un Estado miembro no pueden ser comunitarizados, trasladando el riesgo a la Unión.

Las anteriores apreciaciones permiten entender las rotundas prohibiciones que estipulan los artículos 123, 124 y 125 TFUE. El primero de ellos impide que el BCE o los bancos centrales cubran los descubiertos de los Estados miembros o realicen una «adquisición directa» de deuda pública. El artículo 124 proscribe a las entidades de crédito privadas que den trato privilegiado a los Estados. Y, finalmente, el artículo 125 excluye que la Unión asuma las deudas de los Estados miembros. Este conjunto de reglas establece un mandato claro que complementa la soberanía financiera de los Estados: son libres para fijar ingresos y gastos, pero han de ser responsables exclusivos de su gestión presupuestaria, sin recibir asistencia externa. Merece la pena terminar este punto con las palabras del Tribunal de Justica en el apartado 135 del asunto *Pringle* [2], que, si bien están referidas al artículo 125, serían extrapolables a los artículos 123 y 124:

> *«En efecto, la prohibición enunciada en el artículo 125 TFUE garantiza que, cuando contraigan deudas, los Estados miembros permanezcan sujetos a la lógica del mercado, la cual debe incitarles a mantener una disciplina presu-*

[1] La disciplina a través del mercado como idea clave en el modelo inicial del unión económica y monetaria, Hinarejos, A., «Fiscal federalism in the European Union: Evolution and future choices for EMU», en: Common Market Law Review, 50(6), 1621-1642, 2013, p. 1626.

[2] Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 2012, Pringle, C-370/12, ECLI: EU: C:2012:756

puestaria. El respeto de esa disciplina contribuye a escala de la Unión a la realización de un objetivo superior, a saber, el mantenimiento de la estabilidad financiera de la unión monetaria».

2. **Principios y reglas para la coordinación de la política económica estatal**

2.1 Principios: «precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable»

El artículo 119 TFUE enmarca la política económica y la política monetaria. En su apartado tercero dispone una serie de «principios rectores» que la Unión y los Estados miembros han de respetar en sus actuaciones: «precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable». El artículo 120, referido en exclusiva a la política económica, remacha expresamente la vinculación a los «principios enunciados en el artículo 119».

Es posible distinguir entre los principios rectores monetarios –precios estables y condiciones monetarias sólidas– y los de naturaleza de política económica –finanzas públicas sólidas y balanzas de pagos estables–. Sin embargo, tal separación es en gran medida un artificio jurídico, que resulta de la distinta estructura competencial que tienen estas materias en la Unión. En verdad, los citados principios son un grupo de referencias interconectadas que nos dan la imagen global de un espacio económico. Esto explicaría las dificultades para distinguir cuándo la política monetaria atraviesa el umbral de la política económica y viceversa.

Sentada la unidad sistemática de estos principios, es trascendental comprender la operación que realiza el Tratado, que transforma criterios económicos en disposiciones jurídicas. Precios estables, moneda sólida, equilibrio presupuestario y balanza comercial son categorías elaboradas en el campo de la teoría económica. El Tratado los convierte en condicionantes vinculantes para la Unión y los Estados miembros. No son ya tales diferenciales una mera unidad de medida de la que extraer consecuencias políticas; pasan además a ser parámetros que guían la dirección de la economía. Esto supone un cambio sustancial frente al tratamiento habitual de la política económica en el derecho público. El criterio constitucional típico se limita a habilitar competencias, dejando un amplio margen de discrecionalidad, sometido esencialmente a con-

trol político. Ahora se normativizan los criterios con una obvia vocación de ceñir ese espacio de actuación [3].

Su vinculatoriedad, sin embargo, no deja de ser problemática pues se trata de magnitudes que admiten concreciones de grado y, además, pretenden regir magnitudes en las que el poder público no decide unilateralmente, sino que interactúa con el mercado. Esto no significa que carezcan de eficacia jurídica. La tienen y es muy significativa. Son prohibiciones. Excluyen cualquier acción de la Unión o de los Estados miembros que sea frontalmente contraria. Sin embargo, su verdadera importancia radica en el lugar que ocupan dentro de la coordinación de la política económica [4]. Ciertamente operan como objetivos que dejan una amplia libertad de medios a los Estados, pero por su normatividad activan la posibilidad de una supervisión con consecuencias políticas y jurídicas. Esta conclusión se constata con suma claridad cuando se evoluciona de principios a reglas cuantitativas.

2.2 De principio rector a regla cuantitativa: las finanzas públicas sólidas

Un caso singular, y que nos obliga a poner en cautela las conclusiones del epígrafe anterior, es el de las finanzas públicas sólidas. Como cualquier otro principio rector podría dejar su concreción al devenir de la política. Sin embargo, el mismo Tratado ha detallado claramente el significado de finanzas públicas sólidas y los efectos que tiene su falta de respeto.

La precisión del supuesto de hecho, esto es, cuándo las finanzas públicas no son estables, se ha llevado al extremo de cuantificarse en el Protocolo 12. Hay «déficit público excesivo» si la proporción del déficit público con relación al producto interior bruto es superior al 3 % y la deuda pública rebasa el 60 %, también en proporción con el producto interior bruto. La

[3] Y esto significa, obviamente, un traslado del control desde lo político a lo jurídico. En ese traslado el Tribunal de Justicia ha optado por una interpretación teleológica basada en la estabilidad financiera, Losada, F. y Tuori, K., «Integrating macroeconomics into the EU single legal order: The role of financial stability in post-crisis Europe», en: European Papers, 6(3), 1367-1396, 2021, p. 1386.

[4] No podemos olvidar que la coordinación en materia económica pretendió ser en sus inicios un camino intermedio entre lo supranacional y lo intergubernamental. Dio pie al llamado *Open Method Coordination* con el que se quería penetrar en ámbitos especialmente sensibles la soberanía de los Estados Dehousse, R., «The open method of coordination: A new policy paradigm?», en: Les Cahiers Européens De Sciences Po, (3), 1-26, 3003, p. 6. No en vano, se ha destacado su importancia vital para incorporar la dimensión social en el proceso de integración Gómez Urquijo, L., «El semestre europeo como instrumento de coordinación de objetivos sociales bajo la gobernanza económica: El caso de España», en: Revista Española de Derecho Europeo, 60, 103-129, 2016, p. 107.

consecuencia jurídica se regula en el artículo 126 TFU. Arbitra un sistema de supervisión y corrección que puede terminar en la imposición de depósitos obligatorios o multas.

Es preciso resaltar que esta especificación cuantitativa del principio rector se lleva a cabo en un Protocolo, cuyas normas tienen el mismo régimen jurídico que un Tratado. Por tanto, no solo se da un sentido minucioso al concepto de finanzas estables, sino que se blinda, de manera que su modificación requerirá el acuerdo unánime de los Estados. Además, a raíz de la crisis económica de 2008, esta congelación del detalle se consideró insuficiente y se decidió que también debía recogerse en el derecho estatal, «preferentemente de rango constitucional» [5]. Me refiero al Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza en la unión económica y monetaria (2012), que en el apartado segundo de su artículo 3 ordenó que los Estados firmantes incorporaran las reglas del apartado primero al derecho nacional «mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales» [6].

Es un lugar común señalar que esta normativización de criterios cuantitativos, fijada ya en el diseño inicial del proyecto de integración monetaria, buscaba una convergencia económica que hiciese posible el euro. No obstante, conviene no olvidar que, además, en este modo de organizar la gobernanza económica, latía la cosmovisión ordoliberal de la economía y el Estado [7], la cual buscaba propiciar un tipo de intervención estatal limitada, sin dirigir el mercado, pero garantizando su correcto funcionamiento, asegurando que los actores operan en condiciones de igualdad. En el fondo implicaba una negación de la idea de política económica.

---

[5] Es interesante subrayar que en los Estados Unidos, la obligación de los Estados de tener un presupuesto equilibrado se ha incluido en las Constituciones como resultado de un consenso político, sin que sea auspiciado por el derecho federal, Henning, R. y Kessler, M., Fiscal Federalism: US history for architects of Europe's fiscal unión, Bruegel essay and lectura series, Bruselas, 2012. p. 12.

[6] Además, junto a la categoría de déficit público, en el aparado primero del artículo 3 se introdujo la regla de equilibrio presupuestario: «el saldo estructural anual de las administraciones públicas alcanza el objetivo nacional específico a medio plazo, definido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, con un límite inferior de déficit estructural del 0,5 % del producto interior bruto a precios de mercado»). Se consideró que el equilibrio presupuestario era una condición indispensable para no incurrir en déficit y reducir el existente, y por ello también se dispuso un mecanismo de corrección automático en caso de desequilibrio.

[7] Argyroulis, D., «The European semester: An ordoliberal construct?», en: Journal of Common Market Studies, 61(1), 143-160, 2023, p. 153.

3. **Política redistributiva para la cohesión del mercado**

Las asimetrías económicas son relevantes desde el punto de vista constitucional porque nos enfrentan a la desigualdad territorial, haciéndonos ver que una zona determina significativamente las posibilidades de prosperidad [8]. La desigualdad nunca puede ser ajena a una organización constitucional, que por definición necesita crear estructuras jurídicas que garanticen la equidad en derechos y aseguren una mínimo equilibrio socio-económico.

El instrumento por antonomasia para lograr ese necesario nivel de igualdad es la redistribución de la riqueza que se articula a través de los tributos y el gasto público. Sin embargo, el proceso de integración, en virtud de su naturaleza esencialmente económica, se organizó sobre una suerte de división funcional. A las Comunidades Europeas le tocaba racionalizar la economía, aboliendo los excesos proteccionistas del Estado. En cambio, a este le correspondía el núcleo esencial de la actividad política, entre otras cosas, la redistribución de la riqueza.

Desde estas premisas, no es de esperar que los Tratados habiliten a la Unión con los medios para una amplia política de redistribución. Con todo, no son ajenos al dato económico indiscutible de que los mercados generan desigualdad. En su funcionamiento ideal, realizan una asignación eficiente de recursos, de suerte que trabajadores, servicios, mercancías y capitales se desplazarán a aquellas zonas donde son requeridos. ¿Qué hacer con los territorios ineficientes y que no logran una suficiente acumulación de capital? Más aún, en la construcción del mercado interior se puso fin a políticas proteccionistas que lograban mantener la vida económica de ciertos sectores gracias a su sostenimiento con dinero público.

El TFUE recoge la respuesta histórica a estos problemas al prever fondos cuya inversión está encaminada a lograr la cohesión (el Fondo Social Europeo, artículo 162 y los fondos estructurales del 175). Pero su misión redistributiva solo se explica en función del mercado interior. Nacen para paliar los desajustes que causa la apertura de los mercados nacionales y busca la reactivación de las zonas más afectadas para vincularlas al proceso común de intercambio [9].

---

[8] La evolución de la política monetaria en la segunda mitad del siglo XX puede entenderse como un modo de ordenar esas asimetrías, Arjona, M. J., El Euro, entre la nostalgia postmoderna al oro y un supra-federalismo europeo: Un debate constitucional, Aranzadi, Cizur, 2021.

[9] La crisis derivada de la pandemia ha abierto un nuevo espacio a la solidaridad, con objetivos que van más allá del mercado interior, centrados en un tipo de progreso con elementos políticos predefinidos, en especial el medioambiente y la digitalización. Sin embargo, estos instrumentos todavía no han alcanzado el rango propio de las normas de los Tratados. Ni es probable que lo hagan, pues el sistema de financia-

4. **La asistencia mutua en situaciones de crisis**

En los epígrafes anteriores se ha destacado la responsabilidad de cada Estado en la gestión de su presupuesto. Este principio explica a su vez que la Unión no disponga de una política general de estabilización y solidaridad. Su actuación en este campo está estrictamente vinculada a rectificar los desequilibrios que causa el mercado interior. Sin embargo, esta imagen responde a los momentos de normalidad. Pero los tratados no son ajenos a las circunstancias críticas y han previsto instrumentos que modulan las premisas expuestas habilitando la asistencia financiera al Estado en dificultades.

En un principio la solución se encontraba en el artículo 122 TFUE. Su apartado primero habilita al Consejo para que «con espíritu de solidaridad» adopte «medidas adecuadas» en caso de «dificultades graves en el suministro de determinados productos, especialmente en el ámbito de la energía». El apartado 2 va más allá de una crisis de suministro y abarca todo tipo de «dificultades graves», si bien vinculadas a «catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiere controlar». En este caso se prevé expresamente como medida adecuada la «ayuda financiera».

El apartado segundo fue la base jurídica que se utilizó inicialmente para construir un mecanismo general de asistencia durante la crisis financiera de 2008 [10]. Sin embargo, pronto se consideró que el artículo 122.2 resultaba insuficiente para una actuación general en toda la zona euro. Así se asumió, pues en la reforma del artículo 136 se afirmaba que: «En su sesión de los días 16 y 17 de diciembre de 2010, el Consejo Europeo convino en que, como este mecanismo tiene por objeto salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto, el artículo 122, apartado 2, del TFUE ya no será necesario para tal fin» [11].

De este modo, el apartado 3 del artículo 136 TFUE habilita a «los Estados miembros cuya moneda es el euro» a establecer un mecanismo de estabilidad. Reconoce a su vez dos exigencias: que solo se active si es «indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona euro en su conjunto» y que la ayuda financiera «se supeditará a condiciones estrictas». El Tribunal de Justi-

---

ción de la Unión está regulado para que cada cinco años se pueda redefinir íntegramente. En el punto en el que nos encontramos, tienen una dimensión puramente coyuntural.

[10] Véase el considerando 1 del Reglamento (UE) No 407/2010 del Consejo de 11 de mayo de 2010 por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera.

[11] Considerando 4 de la Decisión 2011/199/UE del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro

cia, en la Sentencia *Pringle* (ap. 116), explica en qué medida encajan el artículo 122 y el nuevo apartado del artículo 136:

> *«Comoquiera que el artículo 122 TFUE, apartado 1, no constituye una base jurídica apropiada para una eventual asistencia financiera de la Unión a los Estados miembros que experimenten o corran el riesgo de experimentar graves problemas de financiación, el establecimiento de un mecanismo de estabilidad como el MEDE no invade las potestades que esa disposición confiere al Consejo».*

También en la Sentencia *Pringle* se expone el encaje del nuevo apartado 3 del artículo 136 con el 125, que ya hemos visto que impide las ayudas financieras de la Unión o los Estados miembros. Descarta el Tribunal que este último precepto deba entenderse como una prohibición absoluta (ap. 131). Realmente solo impide aquellas ayudas que desincentivan las finanzas sostenibles, tal y como indica en el apartado 136:

> *«Atendiendo a ese objetivo perseguido por el artículo 125 TFUE, es preciso estimar que esa disposición prohíbe a la Unión y a los Estados miembros la concesión de una asistencia financiera cuyo efecto fuera debilitar la incitación del Estado miembro beneficiario de esa asistencia a seguir una política presupuestaria sana».*

Y concluye en el apartado 137:

> *«En cambio, el artículo 125 TFUE no prohíbe la concesión de una asistencia financiera por uno o varios Estados miembros a un Estado miembro que siga siendo responsable de sus propios compromisos frente a sus acreedores, siempre que las condiciones asociadas a esa asistencia sean apropiadas para incitar a este último a poner en práctica una política presupuestaria sana».*

Sin embargo, no puede pasarse por alto el nuevo papel que ha recobrado el artículo 122 durante la pandemia. Aunque tras la crisis de 2008 parecía que había quedado encajonado, gran parte de las medidas para afrontar la crisis sanitaria se han dictado en base a este precepto, hasta el punto de que es lícito plantearse si no está sirviendo para reconfigurar, siquiera temporalmente, la estructura competencial de la Unión [12]. Sea como fuere, tanto el artículo 122 como el Mecanismo de Estabilidad Europea fruto del artículo 136.3 generan políticas de estabilización económica, pero no políticas sociales en sentido estricto.

[12] Chamon, M., «The use of Article 122 TFEU. Institutional implications and impact on democratic accountability», en: Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies PE 753.307 - September 2023;

5. El contexto de legitimidad: ¿«economía de mercado abierta y de libre competencia» o una «economía social de mercado altamente competitiva»?

Los artículos 119 y 120 TFUE hacen referencia a la «economía de mercado abierta y de libre competencia». Es el principio que la Unión y los Estados han de respetar cuando despliegan la política monetaria y económica. A su vez, expone de modo sintético la posición central que ocupa en el proyecto de integración, el libre juego de la oferta y la demanda para la eficiente asignación de los medios de producción. Y aunque el adjetivo «abierta» sea redundante en su conexión con una «economía de mercado», subraya que la Unión es un ingenio aviado a acabar con el proteccionismo. Asimismo, es innecesaria la indicación de la «libre competencia», pero nos recuerda el papel fundamental que desempeña la Unión en la exclusión de las prácticas colusorias. En definitiva, el concepto de «economía de mercado abierta y de libre competencia» resume los elementos centrales del proyecto de integración: el mercado interior, entendido como un espacio sin fronteras para la libre circulación de factores productivos; y el mercado competitivo, en el que se proscriben las prácticas disruptivas de las empresas y las ayudas de estado.

Sin embargo, el Tratado de Lisboa (2009), asumiendo la herencia del fracasado Tratado constitucional (2004), hizo suyo un nuevo concepto matriz, el de «economía social de mercado altamente competitiva». Además, lo situó en el artículo 3 TUE, que define los objetivos de la Unión. ¿Estamos ante un cambio de contexto o un simple sinónimo? La categoría «economía social de mercado» tiene una larga tradición y su inclusión en el artículo 3 no fue una casualidad. Cabría por ello concluir en primera instancia que con este concepto se busca una matización respecto a la «economía de mercado abierta».

La idea de «economía social de mercado» se elabora en la República federal de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial para expresar un camino intermedio entre el mero liberalismo económico y la economía planificada que se estaba construyendo en la República Democrática de Alemania [13]. La citada expresión ponía sobre la mesa una modulación de los principios del ordoliberalismo, que en entreguerras postularon la primacía del mercado competitivo en la organización de la «Constitución económica» [14]. Sin perder esta centrali-

[13] Claassen, R., et. al., «Rethinking the European social market economy: Introduction to the special issue», en: Journal of Common Market Studies, 57(1), 3-12, 2019, p. 6

[14] La conexión entre ordoliberalismo y Constitución económica, Dobre, D., «Constitución económica: Una propuesta al debate conceptual», en: Revista de Derecho Público, Teoría y Método, 3, 157-198, 2021, p. 161 ss.

dad del mercado, se entendió que debía venir acompañada de un reparto del progreso económico lo más amplio posible en términos sociales. Esta visión surgió primero en las filas democratacristianas y sirvió para construir teóricamente el llamado «milagro económico», que se puso en pie en las dos primeras décadas de la posguerra. Tras la caída del muro, el concepto sería también asumido por los socialdemócratas, pasando a ser un referente consensuado en la Alemania unificada [15].

Esa síntesis entre libre mercado y equidad social, así como su éxito práctico, fue lo que impulsó la transferencia al ámbito de la integración europea. En torno a los trabajos preparatorios del Tratado de Maastricht (1992) empezó a suscitarse el debate sobre el modo de proteger la dimensión social. Se consideraba que el Estado social o el *Welfare State* eran paradigmas que habían distinguido a la Unión frente al orbe soviético. En el Tratado constitucional (2004) se acabaría eligiendo el término «economía social de mercado» para dar cabida a la sensibilidad social que se debía salvaguardar en el proceso de integración.

Nos encontramos así con dos categorías contextuales –«economía de mercado abierta y de libre competencia» y «economía social de mercado altamente competitiva»– que no se desplazan, sino que se yuxtaponen. Evidentemente tienen un elemento compartido: la importancia del mercado en el proceso de integración. La segunda categoría añadiría una dimensión social que hasta ahora no se expresaba con toda claridad.

II. EL GIRO POSTCRISIS: LA DIRECCIÓN DE LA POLÍTICA ECONÓMICA DE LOS ESTADOS MIEMBROS

1. **De la coordinación a la dirección política**

El modelo inicial de los Tratados, pese a su vocación esencial de querer gobernar la economía mediante el derecho, abría un espacio a la política a través de la coordinación prevista en el artículo 121del TFUE. En aras a esa coordinación, el TFUE habilitaba dos técnicas: las orientaciones generales y la supervisión de la actuación estatal ceñida al déficit y la deuda.

[15] En esta síntesis entre democracia cristiana y socialdemocracia estaría la tercera vía europea, Canihac, H. y Laruffa, F., «From an ordoliberal idea to a Social-Democratic ideal? The European parliament and the institutionalization of 'social market economy' in the European Union (1957-2007)», en: Journal of Common Market Studies, 60(4), 867-884, 2022, p. 10.

Sin embargo, la crisis económica de 2008 provocó la introducción del semestre europeo y nuevos mecanismos de supervisión, lo que supuso una intensificación de la coordinación hasta convertirla en una verdadera dirección de la política económica, superando la idea inicial que fiaba la convergencia económica a la fijación normativa de referentes cuantitativos [16]. Estaríamos así ante un modelo híbrido [17], que conjuga instrumentos genéricos de dirección –las orientaciones generales y las recomendaciones a los Estados–, con mecanismos concretos tanto en las actuaciones a realizar como en las consecuencias de su incumplimiento. La dirección genérica en su versión ideal gozaría de importantes virtudes en las que radicaría su legitimidad. Facilitaría el acuerdo al moverse sobre criterios generales, que a su vez no se verían como una restricción gravosa de la soberanía. Esa generalidad permitiría una adaptación flexible a los cambios. Además, habría de contribuir a un proceso de diálogo e intercambio de información, e incluso un cierto grado de competencia positiva [18]. En contraposición, los mecanismos de supervisión darían en supuestos tasados una preeminencia política a la Unión, destinada a salvaguardar la estabilidad del conjunto.

2. **La dirección política ordinaria**

2.1 El modelo de los tratados como coordinación de políticas económicas

La Unión traza las líneas maestras de la política económica mediante las orientaciones generales, aprobadas por una recomendación del Consejo, a propuesta de la Comisión y previo debate en el Consejo Europeo, tras haber sido informada esa propuesta por el Consejo (art. 121.2 TFUE). Esas orientaciones generales de política económica van acompañadas de otras relativas al empleo,

[16] Argyroulis, *op. cit.,* nota 7, p. 155 afirma que se pasa de una vigilancia pasiva multilateral a una guía política activa. Añade, además, que de este modo se desmontarían tres principios con los que se había instaurado la gestión de la economía mediante normas: a) La centralización del proceso presupuestario debilita la idea de una intervención limitada en la economía. Nos encontramos a hora con una intervención directa de carácter ejecutivo. b) Corroe el principio ordoliberal relativo a un *policy making* coherente pues con la estructura presupuestaria se introduce la discrecionalidad política. c) Se acaba también con el principio de responsabilidad ilimitada de los Estados. Desde el momento que se promueve la centralización del proceso presupuestario, se comparte la responsabilidad por las políticas fiscales nacionales.

[17] Tomo el término de Trubek, D.; Cottrell, P. y Nance, M., «"Soft law," "hard law," and European integration: Toward a theory of hybridity», en: University of Wisconsin Law School. Legal Studies Research Paper Series, núm. 1002, 1-42, 2005, p. 26.

[18] *Ibid.*, p. 27.

previstas en el artículo 148.2 TFUE [19]. Se trata de documentos breves, en los que se hace una descripción general de la situación económica y luego se realiza un elenco de las directrices que han de enmarcar la política económica nacional. Más adelante, esta orientación general se concretará con una recomendación para cada país [20].

No se debe minusvalorar la importancia de las orientaciones generales o la recomendación al país. En el caso de que un Estado miembro las contradiga, el Consejo, a impulso de la Comisión, podrá dictar una advertencia con recomendaciones. Pero, además, sea la recomendación general, sea la específica, componen un patrón a seguir en el conjunto de los procedimientos de supervisión. En concreto, la recomendación al país, a partir de unos indicadores, abre una suerte de diálogo político entre el Estado y la Comisión [21], diálogo que va a ser uno de los elementos que siempre ha permanecido en las distintas reformas.

2.2 El reforzamiento de la dirección política tras la crisis de 2008 mediante el semestre europeo

La crisis económica impulsó la introducción del semestre europeo a través de la reforma del ya derogado Reglamento 1466/1997. En esta primera versión del semestre europeo, que tenía una dimensión esencialmente anual, cumplían un papel esencial la evaluación del proyecto de presupuesto y los programas nacionales de reformas y de estabilidad (de convergencia para los Estados fuera del euro). El programa nacional de reformas, en la práctica, se trataba de un documento eminentemente político que presentaba las líneas maestras de su acción económica para el año venidero a la luz de las recomendaciones recibidas. El programa de estabilidad debía ofrecer la información necesaria para comprender el estado de la economía de un Estado miembro bajo el «escenario macropresupuestario más probable o en un escenario más prudente» (art. 3.2.bis) y la trayectoria hacia el objetivo presupuestario, deuda

[19] No obstante, en un análisis detallado de los debates del semestre europeo, se destaca una primacía de lo económico frente a lo social (entendido, además, lo económico en un sentido clásico que deja fuera elementos de la economía no productiva), Cavaghan, R. y Elomäki, A., «Dead ends and blind spots in the European semester: The epistemological foundation of the crisis in social reproduction», en: Journal of Common Market Studies, 60(4), 885-902, 2022, p. 887; Gómez Urquijo, *op. cit.,* nota 4, p. 112, subraya incluso la contradicción entre los objetivos fiscales y los sociales.

[20] Sin embargo, a menudo estas recomendaciones tampoco gozan de una precisión que las haga verdaderamente útiles como un instrumento de dirección política, Gómez Urquijo, *op. cit.,* nota 4, p. 122.

[21] Casagrande, S., y Dallago, B., «Socio-economic and political challenges of EU member countries: Grasping the policy direction of the European semester», en: Comparative Economic Studies, 64(3), 487-519, 2022, p. 490.

pública y gasto público. De estas tres piezas –evaluación de presupuestos y programas de reforma y estabilidad–, el nuevo Reglamento 2024/1963 [22] conserva solo el primero, si bien los elementos de los programas se integran en una perspectiva temporal más amplia a través del programa nacional a medio plazo, que, no obstante, es evaluado cada año.

La nueva perspectiva plurianual de los programas a medio plazo, no debería de mermar la importancia del diseño temporal del semestre europeo, ordenado en varias fases. En la de otoño, una vez que la Comisión ha recibido los presupuestos (hasta la reciente reforma, también los planes de estabilidad o convergencia y los programas de reforma), la Comisión arranca el semestre con tres medidas: el Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento, en el que establece una previsión de la evolución económica en términos generales; emite el Informe sobre el Mecanismo de Alerta temprana para verificar si algún Estado presenta desequilibrios; y elabora el proyecto de Recomendación para la zona euro. En la segunda fase o periodo de invierno, Consejo, Consejo Europeo y Parlamento debaten y aprueban las orientaciones generales (y en su caso van adoptando todas las medidas relativas a los distintos mecanismos de supervisión que se hayan puesto en marcha). Fijadas las orientaciones generales, comienza la tercera fase, el llamado periodo de primavera, en el que los Estados establecen su proyecto de presupuesto. Es el momento en el que se cierra el proceso, en el mes de julio, con la emisión por parte del Consejo de las recomendaciones para cada país. Recomendaciones que en verdad ya habían sido propuestas por la Comisión en primavera.

2.3 Un escalón adicional en el incremento de la dirección política ordinaria en el nuevo modelo de gobernanza

La dirección política continúa articulándose anualmente a través del semestre europeo y las orientaciones generales que define el Consejo, que habrán de ser tenidas en cuenta por los Estados en el diseño de sus «políticas económicas, sociales, estructurales, presupuestarias y de empleo». En caso contrario, se iniciará un diálogo o negociación articulado mediante recomendaciones y advertencias, que puede concluir en los conocidos procedimientos

[22] Reglamento (UE) 2024/1263 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2024 relativo a la coordinación eficaz de las políticas económicas y a la supervisión presupuestaria multilateral y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1466/97 del Consejo.

de déficit excesivo o de prevención y corrección de desequilibrios macroeconómicos (art. 4, desde ahora todas las citas son del Reglamento 2024/1963).

Adicionalmente esa dirección política cobra una dimensión temporal más amplia a través de los planes fiscales-estructurales nacionales a medio plazo, que cada Estado miembro habrá de presentar acompasado a su periodo de legislatura (art. 2.6). Los elementos de dirección política se hacen presentes de forma clara a través de la fase de elaboración, los contenidos necesarios y el control de su aplicación.

La elaboración del plan nacional a medio plazo necesita de unas orientaciones previas dadas por la Comisión (art. 9). En ellas se dispone la previsión de deuda pública, las previsiones macroeconómicas y la trayectoria de referencia para los Estados incursos en deuda o déficit fuera de la regla (para el resto de Estados una «información técnica» que son orientaciones para continuar en el camino adecuado). A su vez, el plan se concreta mediante un «diálogo técnico» con la Comisión (art. 12). De nuevo la Comisión interviene en el plazo de seis semanas desde la presentación del plan para evaluarlo (art. 16). En ese examen verificará que se cumplen los requisitos de contenido previstos en el artículo 13 y las condiciones de deuda y déficit. Y, finalmente, el plan recibirá la aprobación del Consejo o una orden de revisión, todo ello en seis semanas desde que exista una recomendación de la Comisión (art. 17 y 18).

El contenido del plan a medio plazo está predeterminado normativamente en sus elementos esenciales (art. 3). Debe incluir la senda de gasto neto para lo que necesita señalar las hipótesis macroeconómicas subyacentes y las medidas fiscales-estructurales; en su caso, la trayectoria de referencia; la explicación de las reformas e inversiones que se van a realizar en materia de transición ecológica y digital justa, resiliencia social y económica, incluido el pilar europeo de derechos sociales, la seguridad energética, las capacidades de defensa, y la percusión de las reformas ya realizadas. Además, contiene unas obligaciones de información en la que han de constar el nivel previsto de inversión pública y las necesidades.

Finalmente, la dirección política continúa a través de la aplicación de los planes a medio plazo. Cada Estado debe emitir un informe anual de situación en el que da cuenta de los avances en la senda de gasto neto y la ejecución de las reformas e inversiones

La lógica de la dirección política se acentúa cuando algún Estado incurre en deuda pública superior al 60 % o déficit por encima del 3 %. Entonces, la Comisión le fija una «trayectoria de referencia del gasto neto que abarque un periodo de ajuste de cuatro años y su posible ampliación por un máximo de tres» (art. 5). Lo importante en este punto es que la dimensión política frente a

la previsión meramente normativa se ha reforzado en tanto que la trayectoria de referencia se construye sobre la idea de riesgo e introduce diversas premisas de valoración alejadas de lo meramente numérico («senda descendente verosímil» o «niveles prudentes», artículo 6; aunque en la fase final de la negociación se introdujeron criterios anuales de reducción, en el artículo 8).

3. La dirección política reforzada a través de los procedimientos de supervisión

La supervisión ha ido evolucionando en su complejidad, no en vano, uno de los objetivos del nuevo modelo de gobernanza es reducirla. Inicialmente, todo parecía girar en torno al procedimiento de déficit excesivo, pero tras la crisis de 2008 el control se ha extendido a la supervisión macroeconómica y la estabilidad financiera, manteniéndose con las reformas del 2024.

En este trabajo, antes que entrar en el detalle de cada uno de los procedimientos, interesa destacar dos elementos que caracterizan los tres mecanismos de supervisión: el carácter abierto de los parámetros de control y la natural preeminencia política que desempeña la Unión en su concreción.

El carácter relativamente abierto del parámetro de control se hace ya evidente con el déficit excesivo. Inicialmente, de conformidad con el artículo 126 y el Protocolo núm. 12, se trataba de una categoría fijada numéricamente (déficit del 3 % y deuda pública del 60 %). Sin embargo, la crisis de 2008 avanzó reformas normativas encaminadas a modular el concepto y facilitar una aplicación contextualizada. En este sentido, la versión consolidada del Reglamento 1467/1997 [23] configura el concepto de déficit excepcional cuando responde a «la existencia de una recesión económica grave en la zona del euro o en la Unión en su conjunto […] o una circunstancia inusual sobre la cual no tenga ningún control el Estado miembro de que se trate y que incida de manera significativa en la situación financiera de las administraciones públicas, o cuando obedezca a una grave recesión económica» (art. 2.1). Delimita también la categoría de déficit temporal, que es aquella situación que se da cuando se supera una circunstancia excepcional o una grave recesión (art. 2.1). Y se considera que el criterio de déficit y deuda se cumple si, pese a rebasar la referencia, disminuye a un ritmo satisfactorio (art. 2.2). Además, la evaluación de la Co-

[23] Modificado a través del paquete de reformas del último modelo de gobernanza, concretamente mediante el Reglamento (UE) 2024/1264 del Consejo, de 29 de abril de 2024, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.

misión se ha de realizar en un contexto más amplio, que tenga en cuenta una serie de factores y que conduzca a una evaluación global equilibrada (apartados 3 y 4 del artículo 2).

En el caso de los desequilibrios macroeconómicos, la reforma del año 2011 [24] estableció que se daba tal circunstancia cuando «una evolución macroeconómica que afecta o puede afectar negativamente al correcto funcionamiento de la economía de un Estado miembro, de la unión económica y monetaria o del conjunto de la Unión» (art. 2). A su vez, se tienen por desequilibrios excesivos aquellos que por su gravedad «comprometen o pueden comprometer el correcto funcionamiento de la unión económica y monetaria» (art. 2).

La clave radica en concretar el tipo de evolución macroeconómica que «afecta negativamente» o que «compromete el correcto funcionamiento». Para ello, según el artículo 4, la Comisión ha de elaborar un cuadro de indicadores macroeconómicos y macrofinancieros sencillos, que detecten de manera rápida los desequilibrios a partir de una serie de umbrales. Esos indicadores habrán de tener en cuenta al menos los desequilibrios internos (endeudamiento público y privado, evolución de los mercados financieros, sector inmobiliario y desempleo) así como los desequilibrios externos (básicamente datos relativos a la balanza comercial, así como otros elementos de productividad). El cuadro de indicadores será la base para la elaboración de un informe anual señalando los Estados que pueden presentar desequilibrios o riesgo de desequilibrio (art. 3). Debe advertirse, que tanto el artículo 3 como el 4, subrayan que la evolución no puede resultar de una traslación «mecánica» de los indicadores, sino que será una lectura centrada en la evolución real de la economía.

Finalmente, la sostenibilidad de las finanzas públicas «con posibles efectos de desbordamiento adversos en otros Estados miembros de la zona euro» (art. 1) es otro de los campos que tras la crisis han ocupado un lugar central en la supervisión comunitaria [25]. ¿Cuándo se produce esa pérdida de estabilidad? Hay un supuesto claro: si el Estado recibe una «ayuda financiera con carácter preventivo de uno o varios otros Estados miembros o terceros países, del MEEF, del MEDE, de la FEEF o de otra institución financiera internacional pertinente, como el FMI» (art. 2.3, salvo que la ayuda tenga la forma de línea de crédito y no haya sido usada, artículo 2.4). El otro supuesto resulta de una

[24] Reglamento (UE) núm. 1176/2011 del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011 relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos.

[25] Reglamento (UE) núm. 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades.

valoración de la Comisión, para lo que se apoyará en la evaluación realizada a través del mecanismo de alerta temprana, previa exposición de su posición por parte del Estado miembro (art. 2.1). Esta decisión de la Comisión será revisada cada seis meses.

El carácter variable o amplio de los conceptos que activan los procedimientos de supervisión, explica el elemento de preeminencia de la Unión, pues ha de concretar si los supuestos de hecho se realizan. No obstante, ese predominio se articula a través de la negociación. El procedimiento de déficit excesivo se va desarrollando mediante de un juego dialéctico de recomendaciones y en última instancia puede terminar en programa de asociación con medidas correctoras, en las que también existe un margen para el pacto. La misma lógica domina los exámenes exhaustivos en el que se verifican los desequilibrios macroeconómicos y el plan de medidas correctoras con su calendario de aplicación. Y, en fin, se repite esta estructura en la supervisión de la estabilidad financiera, que se abre con una supervisión reforzada que conlleva una evaluación periódica e implica un programa de ajuste. La superioridad política de la Unión se hace presente en la necesidad del Estado miembro, mientras que la negociación pretende asegurar las posibilidades reales de que el Estado recobré los parámetros económicos necesarios. Términos esenciales que no cambian con el nuevo modelo de gobernanza económica.

III. CONCLUSIÓN

El proyecto originario de los tratados, encaminado a normativizar la política económica, implicaba, al menos, dos asunciones. La primera tomaba al Estado como la única unidad política posible, en cuanto que expresión democrática de un pueblo; en correspondencia, la densidad política de la Unión habría de ser mínima. A partir de esta base, se comprendía que la Unión tuviese prohibido desplegar políticas de estabilización y la solidaridad se limitase a la corrección de las externalidades del mercado. La solución a las crisis solo podía pasar por la devaluación interna de los Estados, la conocida austeridad. Ese modelo es hoy historia. La Unión dirige la política económica de los Estados. Pero esta conclusión necesita una teoría constitucional que la sostenga si quiere durar más allá de la coyuntura de los hechos consumados.

EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO EN EL BANCO CENTRAL EUROPEO

David Delgado Ramos
Universidad Rey Juan Carlos

I. INTRODUCCIÓN

El Banco Central Europeo (en adelante, BCE), antes de la pasada crisis del euro (2008-2013), pero especialmente con posterioridad, se ha situado, tanto por el devenir de su actuación e intervención en la economía de los Estados miembros, como por su propia configuración jurídico-constitucional, como el «arcano político» por antonomasia de las Instituciones europeas.

Así, desde el impulso de su función primordial –garantizar la estabilidad de los precios, ergo, el control de la inflación– se ha situado como el auténtico «gobierno macroeconómico en la sombra» de la Unión Europea, definiendo en cada momento político si la economía debía orientarse hacia principios neokeynesianos o de estricta austeridad financiera.

Ejemplo de ello lo constituyen las reformas constitucionales incluidas en países como España donde, por su directa intercesión –y, especialmente, presión– se introdujeron los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en la modificación del artículo 135 CE operada en septiembre de 2011, pero también, sin llegar a dicho extremo, cómo intervino en los duros ajustes presupuestarios de los países del sur de Europa para lograr la consolidación fiscal.

A lo largo de este capítulo pretendemos analizar el BCE desde su crucial papel en la crisis del euro para, después, recorrer su diseño jurídico y político

desde los orígenes de su «hermano mayor» y referente, el Bundesbank, y los motivos por los que el BCE tomó como modelo al banco central alemán. Con ello, pretendemos dar respuesta a una pregunta constitucionalmente relevante: ¿Es el BCE una institución ajena al principio democrático?

II. EL BCE Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 135 CE EN LA CRISIS DEL EURO (2008-2013)

El 26 de julio de 2012, el presidente del Banco Central Europeo [1], Mario Draghi, en plena crisis del euro pronunció una frase que reveló la magnitud del hasta entonces desconocido poder que poseía la institución europea: «El BCE hará todo lo necesario para sostener el euro. Y, créanme, eso será suficiente» [2].

Tras estas declaraciones, las Bolsas más importantes de la Unión Europea y del mundo disparaban sus índices bursátiles, en la convicción de que ese «todo lo necesario» escondía una realidad más allá de una ignota declaración de intenciones y revelando, a su vez, que la autoridad política del Consejo Europeo valía, aparentemente, mucho menos que cualquier palabra del presidente del Banco Central Europeo. Nunca en su historia [3], como hasta ese momento, fue visible el inmenso poder del Banco y, en general, de ningún banco central.

---

[1] Desde su constitución formal, en junio de 1998, el Banco Central Europeo ha tenido cuatro Presidentes: Wim Duisemberg (holandés, 1 de junio de 1998-31 de octubre de 2003), Jean-Claude Trichet (francés, 1 de noviembre de 2003-31 de octubre de 2011), Mario Draghi (italiano, 1 de noviembre de 2011- 31 de octubre de 2019) y Christine Lagarde (1 de noviembre de 2019).

[2] Es el célebre «whatever it takes» *–cueste lo que cueste–*. Un interesante análisis del contexto y circunstancia en el que fue pronunciada esta *mítica* frase puede encontrarse en https://www.elconfidencial.com/cultura/2021-11-08/draghi-el-artifice-ana-randow-adelanto_3319402/

[3] La historia del Banco Central Europeo, como recuerda Coronel de Palma, empieza en junio de 1988, cuando *«el Consejo Europeo, celebrado en Hannover, creó un Comité específico para el estudio y proposición de los pasos concretos que debían darse para lograr la Unión Económica y Monetaria. Dicho Comité fue presidido por el entonces presidente de la Comisión Europea, Jacques Delors, y estaba compuesto por los gobernadores de los bancos centrales nacionales de los países de la Comunidad Económica Europea. En abril de 1989 el Comité presentó un informe ene l que proponía la realización de la Unión Económica y Monetaria en tres etapas, destacándose la necesidad de una mayor coordinación de las políticas económicas y la creación de una nueva institución independiente, a la que se confiaría la política monetaria de la Unión.*

En base al citado informe, el Consejo Europeo, celebrado en Madrid en el mes de junio de 1989, decidió poner en marcha la primera de las etapas a partir del 1 de julio de 1990. Para la realización de la segunda y tercera etapa, fue necesario revisar el Tratado que estableció la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma). Una Conferencia Intergubernamental dio como resultado el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, el cual estableció que las tres etapas tendrían una duración cada una de cuatro años, para lograr la Unión Económica y Monetaria Europea, y creó el Banco Central Europeo». Coronel De Palma, L., «El Banco Central Europeo». *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 29, 1999, pp. 405-406.

Aquella frase fue pronunciada, como *dejà vu* político-económico, casi un año después de que su antecesor, Jean-Claude Trichet, enviase a los jefes de gobierno de España, José Luis Rodríguez Zapatero e Italia, Silvio Berlusconi, una carta en la que les «sugería» una serie de reformas institucionales de hondo calado económico para vadear la crisis de confianza de los mercados financieros en la solvencia de sus economías. Una crisis que estaba elevando la prima de riesgo de esos países a cotas de intervención internacional, amenazando la estabilidad del euro y, con ello, la del conjunto de la Unión Europea.

Carta que, en el caso de España, se tradujo en una serie de reformas económicas cuya principal seña de identidad fue la introducción de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en la Carta Magna [4] mediante la reforma del artículo 135 de la Constitución.

Principios que no sólo han orientado desde entonces la acción política del Gobierno y las Administración Públicas españolas, sino que han impreso una nueva articulación de las políticas públicas desde el prisma del control económico-financiero, de tal suerte que, muy probablemente, esta modificación de nuestro texto constitucional ha supuesto la transformación jurídico-económica más importante de los últimos decenios.

Pese a su indudable éxito, tangible en la evolución del cuadro macroeconómico general más de diez años después [5], esta modificación constitucional, apresurada y con una muy cuestionable técnica legislativa, fue objeto de notables críticas jurídicas y políticas, polarizando a la sociedad española entre partidarios y detractores de una reforma más fruto del «estado de necesidad económico y político» [6] que de una convicción real de la necesidad de incorporarla a nuestro texto constitucional.

---

[4] Como es conocido, en septiembre de 2011 se produjo la reforma de la Constitución que modificó el artículo 135 y, poco después, el 1 de mayo de 2012, entró en vigor la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, derivada de la reforma. Con carácter complementario, aunque circunscrita al ámbito local, se aprobó la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

[5] Un completo análisis desde múltiples enfoques de esta reforma y su trascendencia diez años después puede encontrarse en Delgado Ramos, David y Gordillo Pérez, Luis I. (dirs.). *La reforma del artículo 135 de la Constitución diez años después*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022.

[6] Así lo considera Jimena, para quien *«la reforma del artículo 135 CE responde a una exigencia económica impuesta de modo fáctico a España como socio del club de los Veintisiete (y de los Diecisiete de la zona euro), y no como cabal imposición normativa del ordenamiento de la UE. Y, de otro lado, esa reforma comporta una inflexión en nuestro constitucionalismo histórico que no se encuentra justificada ni por la crisis económica y financiera actual ni por la reciente integración supranacional europea, pues el problema de fondo del equilibrio presupuestario y de la responsabilidad en el ámbito de la deuda pública es clásico»*. Jimena Quesada, L., «La reforma del artículo 135 de la Carta Magna Española (la superación de los clichés del tabú y de la rigidez constitucionales)». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, p. 339.

Con todo, y pese a las críticas cosechadas, las medidas adoptadas entonces, ampliamente cuestionadas, salvaron el euro y la Unión, consolidando la recuperación de la Eurozona y fortaleciendo la unión económica y bancaria [7] desde la interconexión de sus sectores sistémicos. Pero, aún más importante, se reforzó la integración de las economías de los Estados miembros afianzando la capacidad de intervención de las instituciones europeas, aunque, ciertamente, a costa de la modulación del perímetro del Estado Social, que se ha redefinido desde una óptica nueva, más restrictiva y limitadora [8].

Por todo ello, desde entonces y a lo largo de todo aquel proceso se suscitó una cuestión nada baladí y que en la actualidad sigue generando notable controversia: ¿Se ha convertido el Banco Central Europeo en una especie de «gobierno en la sombra» sin legitimidad democrática, que gobierna amparado en la «tecnocracia» de sus dirigentes?

III. UN MARCO JURÍDICO AJENO AL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Ciertamente, la posición del Banco Central Europeo había estado siempre en el centro del debate, ya que, desde el establecimiento del euro y la pérdida progresiva de competencias de los bancos centrales nacionales en su favor con la constitución del Sistema Europeo de Bancos Centrales, había ido adquiriendo una relevancia política que, cada vez con mayor fuerza, visibilizaba el «elefante en la habitación»: el Banco Central Europeo subvertía en gran medida el principio democrático.

Y ello pese a que, ya en el año 1993 cuando, con ocasión de los recursos interpuestos contra las Leyes sobre el Tratado de la Unión Europea de 1992 (el Tratado de Maastricht) por su posible contradicción con la Ley Fundamental de Bonn, el *Bundesverfassungsgericht* considerase la importancia de contar

---

[7] En palabras de Hernández de Cos, *«el BCE instrumentó un conjunto de medidas no convencionales desde 2014, que incluye reducciones del tipo de interés de la facilidad de depósito hasta situarlo en niveles ligeramente negativos, un programa de compra de activos públicos y privados, la inyección de liquidez a las instituciones financieras vía operaciones de financiación a largo plazo e indicaciones sobre la evolución futura de los tipos de interés. Todo este conjunto de medidas ha supuesto un estímulo monetario sin precedentes, que ha permitido una consolidación progresiva de la recuperación en la eurozona y la eliminación de los riesgos previos de deflación»*. Hernández De Cos, P., «La política monetaria del Banco Central Europeo durante la crisis y los retos de futuro». *Información Comercial Española, ice: Revista de Economía*, núm. 903, 2018, p. 76.

[8] Aranda Álvarez, E., «Derecho constitucional económico: estabilidad presupuestaria y derechos sociales». *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, p. 912.

con una autoridad monetaria independiente aunque no estuviese estrictamente sometida al principio democrático [9].

En ese sentido, entre las múltiples y significativas reformas que impulsó el Tratado de Lisboa [10], –que entró en vigor, conviene recordarlo, en el año 2009, cuando la crisis del euro empezaba a despuntar con fuerza coincidiendo con el inicio de la crisis griega–, se situó en un primer nivel por grado de importancia la modificación del «estatus» del Banco, que fue «elevado» a la categoría de institución europea. Muy probablemente, no tanto para consagrar su relevancia, sino como medio de asegurar una *auctoritas* que, más pronto que tarde, acabaría situándolo en el epicentro de la política económica de los países de la Zona Euro al convertirlo en agente estabilizador capaz de ahormar las diversas políticas macroeconómicas de los Estados Miembros.

Se «constitucionalizó» así al Banco Central Europeo, situándolo en una posición similar a la de instituciones como el Parlamento Europeo, la Comisión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Consejo Europeo, en plena consonancia con la constitución económica «ordoliberal» de la Unión Europea [11]. Con ello, además, se dotó de una marcada rigidez a cualquier posible modificación de su ámbito normativo. Para percibir en toda su dimensión este aspecto conviene recordar que otros bancos centrales ni siquiera son expresamente mencionados en los textos constitucionales de sus países de ori-

---

[9] Sentencia de 12 de octubre de 1993. Para un estudio en profundidad de esta sentencia, y sus notables implicaciones, cfr. Von Bogdandy, A., «La integración europea a la luz de la Constitución alemana: una reflexión en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el caso Maastricht». *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001. También, STEIN, Torsten. «La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht». *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 3, 1994. Apunta Aláez en su comentario a la sentencia que «No parece, por consiguiente, admisible el razonamiento que pretende salvar el déficit democrático en el ordenamiento comunitario, atentatorio contra el principio democrático por la vía de la legitimación democrática a nivel supranacional en el Parlamento Europeo. El Parlamento Europeo no es representante del "pueblo español", del "pueblo alemán" o del "pueblo francés", sino de todos ellos a un tiempo (art. 138 TCE), por lo que la cadena de legitimación democrática no puede establecerse por esa vía, sino que ha de serlo por la vía de los órganos internos estatales». Aláez Corral, B., «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de octubre de 1993». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45, 1995, p. 278.

[10] Un interesante análisis del marco normativo establecido para el BCE en el Tratado de Lisboa puede encontrarse en López Escudero, M., «El BCE en el Tratado de Lisboa». *Revista de Derecho Constitucional Europeo,* núm. 9, 2008.

[11] Explica Gordillo que *«es una constitución económica de inspiración ordoliberal (garantía de un mercado único en un contexto de competencia), con elementos intervencionistas (ej. la Política agrícola común), que anhela incluir el elemento social (aunque existen algunas políticas de este signo, queda por construir un auténtico pilar social), manteniendo su naturaleza multinivel (precisa del concurso de los Estados miembros para alcanzar todos sus objetivos y los Estados, a su vez, condicionan el propio funcionamiento de sus instituciones)»*. Gordillo Pérez, L. I., «Constitución económica, ordoliberalismo y Unión Europea. de un derecho económico nacional a uno europeo». *Revista de Derecho UNED*, núm. 23, 2018, p. 274.

gen [12], por lo que, apenas una década después de su constitución formal, en 1999, los Estados miembros asumieron el destacado papel que debía tener «su» banco central en el futuro inmediato.

Ello se percibe con claridad en el Tratado de la Unión Europea donde, tras describirlo como institución europea (art. 13.1 TUE) por vez primera, se define su principal competencia que es, junto con el Sistema Europeo de Bancos Centrales del que forma parte, dirigir la política monetaria de la Unión (art. 282 TFUE), estableciendo a renglón seguido su composición (art. 283 TFUE) y la presencia del Presidente del Consejo y de algún miembro de la Comisión en él (art. 284 TFUE), muy probablemente como garantía de que su independencia de criterio no debe ser sinónimo de funcionamiento al margen de las instituciones y, sobre todo, del proceso democrático en el que se funda y pretende articular el funcionamiento ordinario de toda la Unión Europea.

Todo ello, sin olvidar las competencias *ad intra* en el Sistema Europeo de Bancos Centrales, recogidas en los artículos 127 a 133 del TFUE y en las que se señala, en el artículo 130, el contenido de la independencia tanto del Banco Central Europeo como del Sistema Europeo de Bancos Centrales.

Esta última cuestión, la de su independencia funcional, ha resultado siempre el objeto principal de su compleja posición institucional, dado que, amparado en el objetivo primario y fundamental que le otorgó carta de naturaleza, la estabilidad de los precios –ergo, el control de la inflación- el Banco ha ido asumiendo, sin apenas objeción, una función política encubierta, silenciosa, amparada por la política monetaria. Esto es, el tamiz técnico, sin injerencia política, prima en el proceso de toma de decisiones, pero dicho tamiz no se produce amparado en el principio democrático, que ha sido sustituido por la «tecnoburocracia» o «tecnodemocracia».

Es un criterio parecido al del Bundesbank [13], el banco central alemán que inspiró la configuración orgánica y funcional del Banco Central Europeo [14], aunque con un matiz destacado y que merece referenciar: no pocos de los presidentes del banco teutón han sido no sólo próximos ideológicamente, sino

[12] Es el caso, por ejemplo, de países como España, Francia e Italia, donde sus constituciones no hacen referencia, ni siquiera tácita, a su banco central.

[13] El artículo 88 de la Ley Fundamental de Bonn señala que *«El gobierno federal establece una moneda y un banco central como banco federal. En el marco de la Unión Europea, sus tareas y poderes pueden delegarse en el Banco Central Europeo, que es independiente y está comprometido con el objetivo principal de garantizar la estabilidad de precios»*.

[14] El parecido es tanto que, incluso para su sede física, el Banco Central Europeo miró al Bundesbank, eligiendo también Frankfurt.

miembros activos de partidos políticos [15], lo que, en el caso alemán, no ha supuesto interferencias políticas destacadas. Antes al contrario, todos los partidos políticos han acabado por convertir la plena independencia del Bundesbank en una política de Estado, en una suerte de cuarto poder [16] ajeno a la contingencia y la dinámica electoral de los partidos y, por lo tanto, en un órgano constitucional.

La justificación de su posición institucional y su marcada independencia [17] es, por otro lado, comprensible si atendemos al espíritu con el que el Bundesbank fue constituido: evitar la crisis monetaria que, durante la República de Weimar, había generado elevadas cotas inflacionistas, masivo desempleo y pauperización acelerada de la población, generando el caldo de cultivo propicio para que los movimientos populistas cristalizasen en reclamos revolucionarios como el impulsado por el nacionalsocialismo o el comunismo.

El control de la inflación se convirtió así, tras la Segunda Guerra Mundial, en una política de Estado que debía mantenerse alejada de cualquier veleidad coyuntural del partido del gobierno. Tanta que el poder legislativo, en un cuestionable criterio, fue despojado de toda posibilidad de intervenir en la elección de la dirección del Banco, en cuya selección intervienen el gobierno y el Consejo Federal –Bundesrat–. Ese fue el planteamiento, adaptado a un contexto muy distinto y a una organización internacional de semejanza federal, que los Tratados, por recomendación germana, quisieron insuflar en el instituto emisor europeo frente a otros modelos de su entorno –como el francés– o el estadounidense de la Reserva Federal [18].

Sea como fuere, esta marcada independencia del Banco Central Europeo presenta unos caracteres propios muy particulares, expresados en el artículo 7 del Protocolo (no 4) sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) y del Banco Central, donde se afirma que «cuando ejerzan las facultades que les confieren el Tratado y los presentes Estatutos y desempeñen

---

[15] Son los casos, entre otros, de Karl Klasen (1970-1977, SPD), Karl-Otto Pöhl (1980-1991, SPD), Ernest Welteke (1999-2004, SPD) o Joachim Nagel (SPD, desde 2022).

[16] Tanto que, como expresase Jacques Delors en 1992 cuando era presidente de la Comisión Europea, *«no todos los alemanes creen en Dios, pero todos creen en el Bundesbank»*.

[17] Martínez-Maíllo recuerda que *«el sentido jurídico de la independencia de un banco central radica en que existan mecanismos que eviten las intromisiones del ejecutivo y el control del poder político en general y en que se definan correctamente las relaciones entre dicha institución y el resto de los poderes públicos»*. Martínez-Maíllo Toribio, F., «El principio de independencia en la estructura del Banco Central Europeo». *Revista Universitaria Europea*, núm. 29, 2018, p. 147.

[18] Como explica Martínez-Maíllo, *«al aceptarse el modelo alemán frente a su homólogo francés se impuso la idea de un Banco central como administración independiente integrada por técnicos, frente a la concepción de un banco central dependiente del Gobierno como instrumento de política económica y monetaria»*. Martínez-Maíllo Toribio, F., *El Banco Central Europeo. Propuestas de reforma*. Editorial Tecnos, Madrid, 2020, p. 62.

las funciones y deberes correspondientes, ni el BCE, ni los bancos centrales nacionales, ni ningún miembro de sus órganos rectores recabarán ni aceptarán instrucciones procedentes de las instituciones u organismos comunitarios, de ningún Gobierno de un Estado miembro ni de ningún otro organismo. Las instituciones y organismos comunitarios, así como los Gobiernos de los Estados miembros, se comprometen a respetar este principio y a no tratar de influir sobre los miembros de los órganos rectores del BCE o de los bancos centrales nacionales en el ejercicio de sus funciones», en consonancia con lo señalado en el artículo 130 del TFUE.

Esta independencia, por lo tanto, se predica tanto de los propios órganos de la Unión Europea como de cualquier Estado miembro, y se complementa con ciertas prohibiciones expresas que, *ex* artículo 123.1 TFUE y artículo 21.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales, vetan cualquier posibilidad de compra de deuda pública estatal, evitando «tentaciones neokeynesianas» de cariz expansionista con la moneda única que pudieran utilizarse como instrumento desestabilizador por parte de cualquier gobierno de los Estados miembros.

Tentaciones que, con todo, no han podido ser evitadas, como muestra la política de endeudamiento que, por primera vez en su historia, ha asumido la Unión para superar los efectos de la pasada crisis pandémica del COVID-19 por un valor de 750.000 millones de euros. Algo que ha generado intenso debate no tanto sobre la bondad de la medida, como de su adecuación jurídica al contenido de los Tratados [19] (la expresa prohibición contenida en el artículo 123 TFUE), produciendo, en consecuencia, una sentencia de significativa importancia por parte del Tribunal Constitucional Federal Alemán en relación con el programa de compra masiva de bonos en el mercado secundario (el conocido como PSPP o *Public Sector Purchase Programme*) y la más que evidente vulneración del principio de proporcionalidad [20] de la medida, aunque en la sen-

[19] Alburquerque Matos, N., «Judicialization of Economic and Monetary Union: between a rock and a soft place?». *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 65, 2021, p. 102.

[20] Rodríguez De Santiago, J. M., «Sobre democracia, metodología y dinero. comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 5 de mayo de 2020, sobre el PSPP». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 122, 2021, p. 328. Para algún autor, la gravedad del pronunciamiento alemán es extremadamente grave, *«pues el Tribunal constitucional alemán pretende quebrar la independencia obligada del BCE, sometiéndole a sus exigencias y estimulando el activismo del Bundesbank para que influya sobre el BCE bajo la amenaza del centinela de la hegemonía monetaria alemana. La falta de independencia del BCE ya no preocupará al TCA ni a Alemania: el hegemón monetario identifica la independencia con la ortodoxia germana y su exclusivo sentido de lo que es o no proporcionado»*. Mangas Martín, A., «El Tribunal Constitucional alemán y su "fuego amigo" sobre el Tribunal de Justicia de la UE y el BCE». *Análisis del Real Instituto Elcano*, 72, 18 de mayo de 2020, p. 15.

tencia *Weiss* del TJUE de diciembre de 2018 el Tribunal no pareció apreciar contradicción alguna con los Tratados [21].

Por otro lado, en lo relativo a los miembros del Comité Ejecutivo del Banco –máximo órgano rector, compuesto por su presidente y otros cuatro miembros–, se establecen criterios muy parecidos a los que rigen para los bancos centrales de los Estados de la Unión, al fijarse un extenso pero no renovable mandato de ocho años para cada uno de ellos en el artículo 283.2 TFUE. Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 14.2 del Protocolo, la duración del mandato de los gobernadores de cada uno de los bancos que componen el SEBC no podrá ser inferior a los cinco años [22].

Mandato que, en todo caso, posee un *numerus clausus* de causas de cese, al objeto de que dichos cargos posean una suerte de blindaje que aleje presiones y tentativas de control por parte de cualquier institución europea o nacional, pero que dificulta enormemente la fiscalización eficaz de la institución al establecer un contra mecanismo de defensa por parte de los miembros del Comité Ejecutivo, señalado también en el propio artículo 14.2: el recurso al TJUE.

Esta independencia declarada y consagrada jurídicamente ha convertido, en cierto modo, al Banco Central Europeo en una institución pareja en poder e influencia a la tríada de la Comisión, el Parlamento o el Tribunal de Justicia, resultando, en alguna medida, incluso refractaria a la injerencia del Consejo Europeo, ya que sólo interviene en el nombramiento de su Comité Ejecutivo.

El control de la actividad de Banco queda, por lo tanto, encomendado en el ámbito estrictamente jurídico al Tribunal de Justicia de la Unión Europea ex artículo 35 del Protocolo número 4 y el artículo 263 del TFUE, mientras que en el ámbito político se encomienda, de formas distintas y con alcance muy diverso, tanto al Consejo y la Comisión como al Parlamento Europeo, quien ejerce una tibia función parlamentaria de control sobre la institución.

Así, el artículo 284.1 del TFUE determina la participación en el Consejo de Gobierno del Banco, con voz pero sin voto, del Presidente del Consejo y de un miembro de la Comisión –sin especificar–, pudiendo el primero someter a deliberación del Consejo de Gobierno una moción. El artículo 284.3 del TFUE establece también que el Banco deberá remitir, con carácter anual, un informe sobre las actividades del Sistema Europeo de Bancos Centrales y sobre la política monetaria del año precedente y del año en curso al Parlamento Europeo,

[21] Hinarejos, A., «On-going judicial dialogue and the powers of the European Central Bank: Weiss». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 63, 2019, p. 663.

[22] En el caso de España, de conformidad con lo establecido en los artículos 25.1 y 2 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, la duración del mandato del Gobernador, Subgobernador y Consejeros no natos es de seis años no prorrogables.

al Consejo y a la Comisión, así como al Consejo Europeo, debiendo el presidente del Banco presentar dicho informe al Consejo y al Parlamento Europeo, que podrá proceder a un debate general sobre él. A ello se suma que, como expresamente recoge el mismo artículo, tanto el presidente del Banco como cualquier miembro del Comité Ejecutivo podrán ser oídos por las comisiones del Parlamento Europeo a petición de este o por propia iniciativa.

Todo ello, sin olvidar que, mediante su poder normador, especialmente visible en sus reglamentos, adquiere una capacidad de intervención económica en la articulación de las políticas públicas de los Estados miembros claramente superior a su capacidad de fiscalización política, lo que se evidencia, entre otros aspectos, en que dichos reglamentos poseen el mismo rango que los Reglamentos de la UE, pero emanan de un órgano escasamente democrático y que, como se muestra en el artículo 10.4 del Protocolo, tiene reuniones confidenciales cuyas deliberaciones puede decidir, voluntariamente, no publicar, lo que de hecho hace.

Una cuestión controvertida, que pone el foco jurídico en una cuestión acerca del secretismo con el que ha operado, –y opera–, el Banco, y los debates que se producen en su seno. ¿Deben ser públicos, sin excepción, los informes y dictámenes? ¿Debe quedar a la discrecionalidad del Presidente y del Consejo del Banco la conveniencia de su difusión? Cuestiones sobre las que existe un amplio debate y que, a nuestro juicio, deben ser respondidas con un sí en aras del derecho a la información [23] y al conocimiento por los ciudadanos del proceso de toma de decisiones.

En síntesis, se infiere que el Banco Central Europeo tiene, desde la perspectiva del principio de separación de poderes, un control bastante difuso por parte de los órganos llamados a poder ejercerla, al verse limitada en lo relativo a su eficacia. Aspecto problemático toda vez que el Banco posee funciones amplio calado normativo y regulador que inciden de forma decisiva en la estabilidad y funcionamiento operativo del sector bancario y, por ende, de los mercados bursátiles en su conjunto dado el peso específico que posee la banca en cualquier economía. El Banco es, pues, una institución limitadamente controlada *ad extra*, siendo, más bien, el autocontrol *ad intra* la característica más representativa.

[23] No deja de resultar paradójico que la famosa carta de Trichet al Presidente del Gobierno español, pese a las reiteradas solicitudes en el Congreso de los Diputados del principal partido de la oposición, no fuese atendida, debiendo incluso un ciudadano recurrir al Ombudsman europeo. Paradójico porque, en noviembre de 2013, poco más de dos años después, pudo ser conocida gracias a la publicación del libro del expresidente del Gobierno español, José Luis Rodríguez Zapatero, donde se publicó íntegra. Cfr. Rodríguez Zapatero, J. L., *El Dilema: 600 días de vértigo*. Editorial Planeta, Barcelona, 2013.

Cierto es que su prestigio, a todas luces incuestionable, le sitúa en una posición ciertamente envidiable, ya que sus detractores, –y, en general, todo aquel que quiere limitar su funcionamiento y decisiones–, no pueden negar que su descrédito en ciertos sectores ciudadanos no proviene de la falta de capacidad y competencia, –sobre la que no existen dudas–, sino precisamente por su carácter aparentemente técnico y, por lo tanto, alejado de la realidad social y política, que le permite tomar decisiones de extraordinario calado político-social sin que los ciudadanos puedan participar de forma directa o mediata. Se duda, en definitiva, de su legitimidad [24], aunque durante la crisis del euro muchas de sus decisiones fueron cuestionadas por alejarse del marco convencional de actuación del Banco [25].

Decisiones sobre las que, además, existe un elevadísimo grado de discrecionalidad, ya que bajo el paraguas que le otorga el Tratado de «dirigir la política monetaria de la Unión», no se establecen límites de orientación de política monetaria ni, indudablemente, económica.

Sin embargo, resulta imposible acotar la política monetaria [26], dada su naturaleza en constante cambio, y la dificultad de establecer parámetros jurídico-constitucionales que guíen su actuación. Por ello, resulta muy difícil limitar constitucionalmente la acción, el «movimiento» decisional que opera en el Banco Central Europeo y las dificultades que entrañaría «encorsetar» su proceso de toma de decisiones que, por otro lado, no se encuentran reguladas, en el sentido pretendido, en la mayoría de los Estados, aunque sí poseen un mayor control democrático.

---

[24] Cuestión que tampoco es nueva, y que se planteaba ya en 1998. Para Aglietta y Boissieu, el Banco Central Europeo, para establecer su legitimidad, debe elegir *«entre tres modelos: el modelo americano cuya legitimidad es obtenida por un proceso deliberativo; el modelo inglés y escandinavo cuya legitimidad es obtenida por la autonomía operacional; el modelo alemán cuya legitimidad es obtenida por una constitución económica. ¿Qué modelo elegir?»*. Aglietta, M. y Boissiey, C., «La responsabilité de la future Banque centrale européene». *Problèmes économiques*, semanal núm. 2573, 17 junio 1998, p. 19.

[25] Señalan Högenauer y Howarth que *«In the course of the crisis, the ECB's mandate became stretched and blurred. While the ECB never officially renounced its original mandate, it adopted a number of monetary policies where it is clear that price stability was neither the primary objective nor the intended effect»*. Högenauer, A.-L. y Howarth, D., «The democratic deficit and European Central Bank crisis monetary policies». *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 26-1, 2019, p. 92.

[26] Recuerda Mangas, no obstante, que «*aunque no existe una definición en el Tratado de lo que debe entenderse por política monetaria, un repaso a los poderes del SEBC permite comprobar que se encuentran incluidos dentro de esa expresión, entre otros, la apertura de cuentas en el BCE y en los bancos centrales nacionales a entidades de crédito o a entidades públicas (art. 17 de los Estatutos), las operaciones en mercado abierto tanto de cambio como crediticias (art. 18 de los Estatutos), el establecimiento de reservas mínimas para las entidades de crédito establecidas en los Estados miembros (art. 19 de los Estatutos) o la realización de determinadas operaciones financieras exteriores (art. 23 de los Estatutos)*». Mangas Martín, A. y Liñán Nogueras, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 316-317.

En cualquier caso, el Banco Central Europeo está sometido al escrutinio del Parlamento Europeo, ya que, con carácter anual, deben comparecer ante él para rendir cuentas, con el subsiguiente debate que se produce, por lo que no se encuentra el Banco lejos del control parlamentario ni, mucho menos, como no podría ser de otra manera, lejos del control judicial de la Unión.

IV. CONCLUSIONES

En conclusión, el Banco Central Europeo es una institución europea que si bien se sitúa, en puridad, al margen del principio democrático en lo que respecta a la elección de sus miembros, no menos cierto resulta que de ello no deriva que se ubique al margen de la democracia. Su naturaleza como órgano que vela por la estabilidad de los precios [27] en toda la Unión le otorga un margen de extraordinaria discrecionalidad, cuya incidencia en la vida política de los Estados está fuera de toda duda, sí, pero su independencia no es sinónimo de aislamiento institucional [28].

Ello ha llevado a amplios sectores de la sociedad europea a reclamar más mecanismos de control, –entendidos como supervisión–, dado que al Banco le sitúan como «cerebro» técnico-político que está detrás del elevado número de ajustes presupuestarios y recortes sociales.

La cuestión, paradójica, es que, muy posiblemente, así sea, pero también es cierto que es así no porque adopte «la faz del tirano», sino porque la evolu-

[27] Apunta Wincott que el motivo «político» de la creación del Banco Central Europeo como autoridad independiente no fue otro que unificar políticas comunes que alejasen el fantasma de la inflación: *«Bajo las condiciones europeas, una independiente autoridad monetaria es un prerrequisito para lograr precios estables. Esto es en parte porque los bancos centrales independientes son generalmente más conservadoras en sus prioridades de inflación que los gobiernos que se enfrentan la reelección periódica»*. WINCOTT, D., «The European Central Bank: constitutional dimensions and political limits». *International relations: the journal of the David Davies Memorial Institute of International Studies,* Vol. 11, 1992, p. 125. Comparte este planteamiento Fernández de Lis: *«El argumento tradicional en favor de la independencia del banco central podría resumirse en que, cuando existe una relación de intercambio, a corto plazo, entre actividad real e inflación (pero no a corto plazo), los políticos pueden caer en la tentación de estimular de manera transitoria a la economía según convenga a sus intereses electorales. Esta política, aunque pueda permitir un aumento transitorio de la demanda y del producto,, no produce, a largo plazo, otra cosa que tensiones inflacionistas recurrentes, que disminuyen el bienestar del país»*. FERNÁNDEZ DE LIS, S., «Funciones y organización del Banco Central Europeo». *Papeles de Economía Española*, núm. 54, 1993, p. 30.

[28] Como recordaba Betancor, porque esta cuestión no es nueva, *«La independencia no es sinónimo de aislamiento institucional. Es una posición tal, que permite al BCE definir la política monetaria más adecuada para alcanzar el objetivo de estabilidad de precios, pero en el seno de un sistema institucional, el comunitario europeo»*. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «La posición del Banco Central Europeo en el sistema institucional comunitario: independencia y equilibrio interinstitucional. El Federalismo horizontal en el manejo de la moneda». *Revista de Estudios Políticos*, núm. 90, 1995, p. 293.

ción constitucional de la Unión le ha dotado de una fortaleza, independencia y competencias cada vez mayor. Competencias que, por otro lado, no deja de tener el banco central de cualquier Estado soberano, democrático y desarrollado. Lo que resulta indudable es que la constitución económica de la Unión necesita de instrumentos de gestión eficaces y reforzados desde la legitimidad democrática en los mecanismos de toma de decisiones [29].

[29] Gordillo Pérez, L. I. y Canedo Arrillaga, J.R., «Los fundamentos de la constitución económica de la Unión Europea». *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núms. 30-31, 2016, p. 54.

EL PARLAMENTO EUROPEO EN LA INVESTIDURA DE LA COMISIÓN

Daniel Capodiferro Cubero
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, la Comisión es la institución que reviste mayor complejidad en cuanto a su naturaleza y atribuciones dentro del organigrama de la Unión Europea, más allá de su caracterización general como representante del interés propio de ésta [1]. Concebida inicialmente como parte de un Ejecutivo dual junto con el Consejo, y sometida al control político del Parlamento, históricamente se ha debatido sobre su papel, su autonomía o el grado de politización que podía o debía soportar, siendo originalmente una institución de marcado componente técnico [2]. En la actualidad, el artículo 17 del Tratado de la Unión Europea le atribuye funciones próximas a la de un Ejecutivo clásico, como son la promoción del interés general de la organización, la iniciativa, el desempeño de tareas de coordinación, ejecución y gestión, o la representación exterior.

Sin embargo, el modelo institucional comunitario no se ajusta del todo a los parámetros comunes que comparten los sistemas constitucionales estatales

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Derecho Parlamentario de la Unión Europea» (Ref.: 2021V/-TAJOV/002), financiado por la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

[1] Corbett, R.; Kenealy, D.; Hadfield, A., «The EU's Institutions», en: Kenealy, D. et al., *The European Union. How does it work?*, 6.ª Ed. Oxford University Press, Oxford, 2022, pp. 56-57.

[2] Merand, F., «The European Commission; the cabinet and the services», en: Hodson, D. et al. (eds.), *The institutions of the European Union*, 5.ª ed. Oxford University Press, Oxford, 2022, pp. 195-196.

europeos, acusándole de sufrir un déficit democrático en comparación con estos. No son comparables en su estructura, ya que no se puede identificar una correlación directa entre las instancias europeas y las clásicas nacionales de un sistema parlamentario. Tampoco en su funcionamiento, puesto que las normas y políticas europeas son el resultado de procedimientos donde prima la negociación intergubernamental, que condiciona previamente la acción del resto de instituciones. A diferencia de los Estados, la legitimidad democrática de la Unión Europea sólo puede entenderse como la suma de dos componentes: una responsabilidad directa ante los ciudadanos, de la que sería depositaria el Parlamento, y una indirecta y mediata del resto de órganos, que se integran a través de la intervención de los Gobiernos de los Estados miembros [3].

En lo que respecta a la toma de decisiones, esto sitúa la lógica de la confrontación ideológica en un segundo plano frente a la defensa de los intereses estatales y los acuerdos de compromiso, lo que hace que no se pueda identificar el sentido de las acciones de la Unión Europea con las preferencias de una mayoría. Además, se plantea en un sistema donde el órgano representativo no es igual en su funcionamiento interno o competencias a los Legislativos estatales. El Parlamento Europeo es la institución de la Unión donde el pluralismo encuentra una manifestación clara, a través de los Grupos Políticos. Pero estos son el reflejo de unos partidos europeos que no pasan de ser aglomerados más o menos organizados de formaciones políticas nacionales [4], con un nexo que en ocasiones se sustenta en premisas ideológicas muy generales, o en la mera oportunidad. Y con los que falta la conexión jerárquica y de acción que sí se aprecia en la política nacional y que es clave, en última instancia, en el funcionamiento efectivo del sistema. Además, en los Grupos existe una tensión constante entre las decisiones de una dirección débil y los intereses que puedan defender las distintas delegaciones nacionales [5].

A pesar de este problema estructural, en la última época tanto las normas como el discurso europeo han intentado potenciar la «parlamentarización» de la Unión Europea. Una tendencia muy ligada a la idea de combatir ese déficit democrático que ésta arrastra desde sus orígenes, y que tiene un reflejo especial en la forma en la que ha evolucionado el sistema de nombramiento/investidura de la Comisión. Éste es un proceso donde la influencia del Parlamento,

[3] Porras Ramírez, J. M., «La arquitectura institucional de la Unión Europea: consideraciones críticas tras su reforma en el Tratado de Lisboa», en: *Revista de Estudios Políticos*, núm. 156, 2012, p. 136.

[4] Russack, S., «EU parliamentary democracy: how representative?», en: *CEPS Policy Insights*, núm. 2019/07, mayo, 2019, p. 6.

[5] Kreppel, A., *The European Parliament and supranational party system: a study in institutional development*. Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 207-208.

y por extensión de los Grupos Políticos, ha ido aumentado con el tiempo, abriendo el sistema desde una visión tecnocrática a otra política en el sentido más usual del término. Pero al mismo tiempo, y sobre todo con las soluciones ensayadas en los últimos años, es la mejor muestra de la permanente tensión entre los componentes supranacional e intergubernamental que subyace en los procesos decisorios de la Unión Europea [6].

II. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA

En el primer momento, y por mucho tiempo, la potestad para elegir a los miembros de la Comisión Europea correspondía de manera directa a los Estados miembros, que lo harían de común acuerdo entre sus nacionales por cuatro años, renovables, sin que pudiera haber más de dos miembros del mismo país. Hasta la creación de la Comisión única para las tres Comunidades con el Tratado de Bruselas de 1965, el único matiz lo ponía el Tratado de la CECA, donde uno de los miembros de la Alta Autoridad era libremente escogido por los restantes, previamente nombrados por los Gobiernos nacionales. Estos también establecían quiénes serían el Presidente y los tres Vicepresidentes de la institución. A pesar de que el nombramiento de los comisarios estaba condicionado sobre todo por razones de política doméstica [7], no se dejaba de declarar la independencia como el rasgo definitorio de la Comisión, tanto respecto de los Estados como de las demás instituciones comunitarias, dada su posición de guardián de los intereses propios de la organización [8], y a pesar del claro sometimiento al Consejo en cuanto a su margen de maniobra.

El Parlamento Europeo carecía en aquel momento de competencias al respecto, dada su condición de órgano consultivo con un poder de control ordinario muy limitado, una potestad de censura que resultaba extraña en el conjunto del sistema y, en último término, una capacidad de actuación muy dependiente de las concesiones que el resto de las instituciones pudieran hacer al respecto. Aunque eso no le impidió desde principios de los años 70 reivindicar la asunción de la competencia para nombrar a la Comisión y así reforzar su legitimidad

[6] Corbett, R.; Kenealy, D., «Democracy in the EU», en: Kenealy, D. et al., *The European Union. How does it work?*, 6.ª Ed. Oxford University Press, Oxford, 2022, p.152.

[7] Judge, D.; Earnshaw, D., *The European Parliament*. Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2003, p. 221.

[8] Mathijsen, P. S. R. F., *A Guide to European Community Law*. Sweet & Maxwell, Londres, 1975, pp.184-186.

democrática [9], sobre todo a la vista del avance que se planteaba en la integración. Una postura coherente con el hecho de que estuviera facultado para debatir y valorar su actuación política o censurarla en caso de desacuerdo, aunque resultaba debilitada por el hecho de que, en aquel momento, el poder real de decisión en todas las cuestiones recaía en el Consejo. La elección directa de la Cámara en 1979 supuso un punto de inflexión a este respecto, ya que en ese momento se sintió legitimada, aunque sólo fuera a efectos simbólicos, para declarar que aceptaba a la Comisión tras su designación, como si se tratase de un nombramiento formal [10]. De este modo, y por propia iniciativa, el Parlamento organizó en 1981 una «audiencia de confirmación» de la nueva Comisión, que obtuvo la aprobación del Pleno por amplia mayoría en una sesión en la que, sin embargo, casi la mitad de los diputados no asistieron [11].

A partir de ahí, durante los años 80, se estableció como práctica consistente que los Estados consultaran previamente al Parlamento quién debía presidir la Comisión, y que el colegio ya designado se presentara ante la Cámara para recabar su confianza [12]. Esto se plasmó en la Declaración de Stuttgart de 1983 [13], donde se establecía que antes de designar al Presidente de la Comisión, «el Presidente de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros recabará la opinión de la Mesa ampliada del Parlamento europeo. Después del nombramiento de los miembros de la Comisión por parte de los Gobiernos de los Estados miembros, la Comisión presentará su programa al Parlamento europeo para que sea debatido y sometido a votación». Se reconocía por tanto una intervención parlamentaria en el proceso, pero en principio más formal que real, puesto que la competencia para la designación de la presidencia de la Comisión no cambiaba. Ni se planteaban posibles consecuencias en caso de que la decisión de los Estados se alejara de lo manifestado por el Parlamento, o que el resultado de la votación del programa político fuera negativo. No obstante, en las tres Comisiones presididas por Jacques Delors

[9] *Vid.* la Resolución del Parlamento Europeo de 5 de julio de 1972 (*DO* núm. C-82, de 26 de julio de 1972, pp. 26-29), o la de 10 de julio de 1975 (*DO* núm. C-179, de 6 de agosto de 1975, pp. 28-30, en especial el parágrafo 11.f).

[10] Resolución del Parlamento Europeo de 12 de febrero de 1981 (*DO* núm. C-50, de 9 de marzo de 1981, p. 70).

[11] Magnette, P., « Appointing and Censuring the European Commission: The Adaptation of Parliamentary Institutions to the Community Context», en: *European Law Journal*, vol. 7, núm. 3, 2001, p. 296.

[12] Nugent, N., *The government and politics of the European Union*, 7.ª Ed. Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2010, p. 106.

[13] Declaración solemne sobre la Unión Europea adoptada en el Consejo Europeo de Stuttgart de 19 de junio de 1983.

(1985, 1987 y 1993), sus miembros esperaron al pronunciamiento del Parlamento antes de tomar formalmente posesión de sus cargos [14].

En este procedimiento se daba un especial protagonismo a un órgano concreto dentro de la Cámara, la Mesa Ampliada, que era la máxima expresión de su dimensión como órgano político. Creada en 1962, agrupaba a los integrantes de la Mesa del Parlamento, cuyos puestos ya se repartían entre los Grupos Políticos en función de su tamaño desde los años 50, junto con los presidentes de cada uno de estos, incluyendo a una representación sin voto de los diputados no adscritos. Esta Mesa Ampliada asumía importantes competencias como la fijación de la agenda parlamentaria, o la deliberación sobre las relaciones con el resto de las instituciones. A efectos prácticos, su intervención en el procedimiento de otorgamiento de «confianza» significaba que el futuro Presidente de la Comisión debía contar no sólo con el apoyo de los Estados miembros, sino con el beneplácito de los Grupos Políticos, o al menos de la mayoría suficiente de ellos como para lograr una resolución favorable.

Esto no se reflejó inicialmente en el Derecho originario, y solamente a finales de la década se contempló como un procedimiento específico en el Reglamento parlamentario. Inicialmente, este examen de la Comisión al inicio del mandato se realizaba mediante el debate sobre su programa anual, donde los Grupos Políticos podían intervenir orientando el trabajo de las comisiones parlamentarias que se encargarían de evaluar los diferentes apartados de la declaración. La versión de julio de 1989 del Reglamento del Parlamento Europeo incorporó un artículo 29 sobre el «voto de confianza» de la nueva Comisión, donde, más allá de otros requisitos, se reproducía lo acordado en 1983 en un tono más imperativo. Según este precepto, la Mesa Ampliada debía emitir un dictamen previo sobre el candidato propuesto para presidir la Comisión una vez escuchado al Presidente del Consejo, tras lo cual la Comisión en conjunto debía lograr la aprobación del Parlamento por mayoría de los votos emitidos.

Sería tras el Tratado de la Unión Europea de 1992 cuando se formalizaría este sistema en el artículo 158 del Tratado de la Comunidad Europea, pero introduciendo un importante matiz: se cambiaba la opinión de la Mesa Ampliada por una «consulta al Parlamento Europeo» en su conjunto. Esta cláusula fue interpretada por la Cámara como la concesión de un poder real de investidura sobre el Presidente de la Comisión, de manera que, nuevamente sin respaldo normativo, asumió tener capacidad para decidir de manera vinculante respecto de la propuesta que realizaran los Ejecutivos de los Estados Miem-

[14] Corbett, R.; Jacobs, F.; Neville, D., *The European Parliament*, 9.ª Ed. John Harper Publishing, Londres, 2016, p. 342.

bros [15]. Conforme al Reglamento del Parlamento en su versión de 1993 [16], el candidato a presidir la Comisión debería comparecer ante el Pleno con una propuesta programática, tras lo cual habría un debate y votación donde, por mayoría de los votos emitidos, se debía determinar si se aceptaba o rechazaba la propuesta; en este caso, el Presidente de la Cámara debía pedir «inmediatamente a los Gobiernos de los Estados miembros que retiren su propuesta y presenten una nueva al Parlamento» (art. 29).

De esta manera se estaba añadiendo al procedimiento de nombramiento de la Comisión un trámite extra, diferenciado de la votación final sobre el conjunto del colegio de comisarios, que revestía una importancia considerable. Además, dada la composición del hemiciclo, la mayoría requerida para aceptar al candidato nunca podría estar respaldada por los diputados de una única formación. Como en todos los procedimientos parlamentarios, siempre debería resultar de una postura consensuada por, al menos, los Grupos mayoritarios, cada uno de una tendencia diferente. El parecer de cada opción política podía ser más visible en la votación final sobre el conjunto de la Comisión, donde al final del debate, los Grupos podían presentar resoluciones motivando si debía aprobarse o rechazarse la propuesta (art. 29A.4).

En todo caso, esta forma de proceder abría el debate más allá de la negociación entre los presidentes de los Grupos y la Mesa, dotándole de un mayor impacto político, con lo que parecía diluir el poder de la dirección de aquellos. A este respecto, hay que tener en cuenta que poco antes, en 1992, el Reglamento del Parlamento había sufrido varias modificaciones tendentes precisamente a reducir la influencia de los Grupos en los diferentes procesos para intentar volver a potenciar la figura del diputado individual [17]. En cualquier caso, la doctrina de la época interpretó este procedimiento como una verdadera investidura que reforzaba el poder de control del Parlamento, ya que desde ese momento podía evitar que un comisario previamente censurado retomara el cargo, e introducía un cierto equilibrio democrático entre las instituciones, aumentando, en última instancia la legitimidad de la Comisión [18].

El reconocimiento por parte del Derecho originario de este procedimiento de nombramiento de la Comisión tuvo que esperar al Tratado de Ámsterdam. El artículo 158.2 del Tratado de la Comunidad Europea, tal y como que-

[15] Hix, S.; Høyland, B., *Sistema político de la Unión Europea*. McGraw-Hill, Madrid, 2012, p. 43.

[16] Reglamento del Parlamento Europeo modificado por la Decisión de 15 de septiembre de 1993 (*DO* núm. C-268, de 4 de octubre de 1993, pp. 51-112).

[17] Decisión de 15 de enero de 1992 (*DO* núm. C-39, de 17 de febrero de 1992, pp. 43-48).

[18] Como ejemplo, *vid.* Renaut-Couteau, A., *Les institutions et organs de l'Union européenne*. Publications des Universités de Rouen et Havre, Ruan, 1996, pp. 70-71.

daba redactado, dejó de hablar de «consulta previa» al Parlamento para designar al candidato a dirigirla para establecer que «los Gobiernos de los Estados miembros designarán de común acuerdo a la personalidad a la que se propongan nombrar presidente de la Comisión; el Parlamento Europeo deberá aprobar dicha designación», con lo que instituía su poder de aprobación, ahora ya claramente. Al mantenerse la segunda votación sobre el colegio de comisarios al final del procedimiento se consolidaba un sistema de doble investidura cuya finalidad era intentar revestir de carácter político al procedimiento [19]. El Tratado de Niza no cambió el procedimiento parlamentario, aunque sí la forma de designar al candidato a presidir la Comisión. Así, el nuevo artículo 214.2 del Tratado de la Comunidad Europea atribuyó esta competencia al Consejo Europeo por mayoría cualificada, la misma que se exigía para nominar al colegio de comisarios y para el nombramiento formal de la Comisión tras la aprobación del Parlamento.

Una vez más, el Reglamento del Parlamento fue un poco más allá del Tratado, profundizando en la forma de llevar a cabo el debate de la candidatura para asimilarlo en todo lo posible a los de investidura propios de los sistemas parlamentarios estatales. Siguiendo las reglas generales aplicables a los debates en la Cámara, el control tanto del desarrollo del propio debate como de los tiempos de las intervenciones estaba en manos de los Grupos Políticos, que se convertían en sus protagonistas. En estas circunstancias, podía verdaderamente parecer que el nombramiento de la Comisión respondía a un sistema de mayorías ideológicas, proyectando en él la opción más numerosa en el Parlamento. Sin embargo, la realidad era, y se puede decir que sigue siendo, muy diferente, generando una simulación de parlamentarismo que no se ajusta a la realidad del proceso decisorio basado en la doble legitimación propio de la Unión Europea.

Ya desde el Tratado de Ámsterdam el sistema previsto asegura que el apoyo al Presidente de la Comisión sólo podría basarse en una mayoría amplia de consenso, y no en una de un sesgo ideológico específico; mucho menos articulada a nivel europeo de manera homogénea con unidad de actuación. En primer lugar porque la intervención de los Gobiernos nacionales condicionaba todo el proceso. Eran sus tendencias políticas, y no las de la mayoría parlamentaria, las que se representaban en la Comisión, como resultado de las negociaciones que entablaban, algo que llegaba a condicionar el voto de los diputados europeos pertenecientes a los partidos que, en cada Estado, ocuparan el Ejecutivo. Esto se refleja claramente en el hecho de que nunca los colegios

[19] Clinchamps, N., *Parlement Européen et Droit Parlamentaire*. L. G. D. J., París, 2006, p. 605.

de comisarios eran, ni son, órganos de un único color político, sino que agrupan a miembros afines a varios Grupos de diferente tendencia, preferentemente a los mayoritarios [20]. A diferencia de los sistemas nacionales, aquí prima la lógica consensual. Además, si bien es cierto que en alguna ocasión se plantearon, durante los exámenes que se realizan en las comisiones temáticas, vetos a determinados candidatos a comisario sustentados desde posturas ideológicas concretas y estos tuvieron éxito [21], ni esto era la tónica normal ni ha supuesto que el Grupo que bloqueó el nombramiento haya podido imponer a un candidato propio para sustituirlo.

En definitiva, antes del Tratado de Lisboa quedó claro que el Parlamento Europeo podía influir en la composición de la Comisión, e incluso fijar determinados aspectos programáticos. Pero ni elegía autónomamente a quien fuera a presidirla, ni podía imponer una línea de actuación basada en las propuestas de una mayoría parlamentaria en el sentido más usual en el que se concibe ésta [22]. Esto es la consecuencia de un rasgo del sistema comunitario que se mantiene en el contexto actual: la considerable importancia del componente intergubernamental en la toma de decisiones, que incluso afecta al funcionamiento del Parlamento, consecuencia en última instancia de los orígenes tecnocráticos de las instituciones [23].

III. EL NOMBRAMIENTO DE LA COMISIÓN TRAS EL TRATADO DE LISBOA

1. **Regulación del procedimiento**

La regulación de la investidura de la Comisión contenida en el Tratado de Lisboa y, especialmente, la práctica política desarrollada a partir de ellas (no siempre ajustada a la letra de la norma), han buscado la forma de acercar en lo posible el sistema al funcionamiento de los modelos parlamentarios estatales. Y ello a pesar de que, de partida, la estructura institucional comunitaria y el reparto de competencias asociado siguen sin permitirlo.

---

[20] Hix, S.; Noury, A. G.; Roland, G., *Democratic Politics in the European Parliament*. Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 183-186.

[21] Hix; Høyland, *op. cit.,* nota 15, p. 44.

[22] Vírgala Foruria, E., «El poder ejecutivo en la UE: Consejo y Comisión», en: *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, 2003, p. 324.

[23] Magnette, *op. cit.,* nota 11, p. 296.

El artículo 14.1 del Tratado de la Unión Europea es bastante tajante al establecer que el Parlamento «elegirá» al Presidente de la Comisión. Según el artículo 17.7, lo hará por mayoría a partir de una propuesta del Consejo Europeo formalizada por mayoría cualificada que, sin perjuicio de las consultas apropiadas, deberá tener en cuenta «el resultado de las elecciones». Si el candidato no obtuviera la mayoría necesaria en el Parlamento, el Consejo Europeo dispone de un mes para proponer un nuevo candidato. A partir de ahí, el Consejo, de acuerdo con el Presidente electo, realizará la propuesta de comisarios, a partir de las presentadas por los Estados miembros. El Reglamento del Parlamento, en su versión ya aprobada para la 10.ª Legislatura (2024-2029), recoge el procedimiento en su artículo 128, añadiendo a las reglas del Tratado simplemente dos previsiones: que el candidato estará «invitado» a realizar una declaración y exponer su orientación política ante la Cámara, con un debate a continuación donde puede asistir el Consejo, y el carácter secreto de la votación. Todo ello en el contexto de un proceso de interacción permanente según el Acuerdo Marco de 2010 [24], donde se estableció la obligación para el candidato a Presidente de la Comisión de presentar al Parlamento las «directrices políticas para su mandato a fin de permitir un intercambio de puntos de vista con conocimiento de causa con el Parlamento antes de la votación sobre su elección».

Al realizar su propuesta, el Consejo Europeo está sujeto al resultado electoral, pero sin que la norma precise de qué manera; también, en teoría, a escuchar a los partidos políticos europeos como materialización esas consultas [25]. En la práctica, esto implica para aquel llevar a cabo una negociación con los Grupos constituidos tras los comicios en el Parlamento Europeo, ya que no hay unos partidos europeos con entidad como tales para ser interlocutores sobre esta cuestión tan relevante, ni tienen órganos directivos que puedan dictar instrucciones de actuación a sus miembros o a los integrantes del Parlamento en el momento de la votación. Esta negociación será necesariamente informal a falta de cauces específicos, y, a partir de su resultado, deberá proponerse a alguien que esté alineado con el Grupo mayoritario. A priori, esto tampoco asegura el éxito de la votación [26], puesto que la mayoría de Cámara no va a

[24] *Vid.* los Apartados 2 y 3 del Acuerdo marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea (*DO* núm. L-304 de 20 de noviembre de 2010, pp. 47-62). La modificación realizada en febrero de 2018 no afecta a esta cuestión.

[25] Martínez Cuadrado, M., «Reflexiones sobre el proceso federativo de Europa y el camino de la Unión Política Europea. Ante las elecciones al VIII Parlamento de la Unión (2014-2019)», en: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014, p. 162.

[26] Papí Boucher, M., *El Consejo Europeo entre el derecho y la realidad*. *BOE*, Madrid, 2017, p. 370.

estar claramente en manos de una única tendencia. Más aún si se tiene en cuenta que, en cada lado del espectro político, existe en la actualidad una división entre afines al proyecto europeo y escépticos que imposibilita una mayoría ideológica. Esto debe entenderse como una manera de intentar reforzar, en un sentido más bien simbólico, la legitimidad democrática de la Comisión que, en segunda instancia, también potencie la presencia y permita ver de manera individualizada a los partidos y los líderes europeos [27], de modo que el electorado sepa distinguirlos de los que actúan en el nivel político nacional.

Elegido el Presidente, el resto de los componentes de la Comisión (a excepción del Alto Representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad [28]) son seleccionados por aquel junto con el Consejo de entre las propuestas presentadas por los Estados. El Parlamento se ha atribuido a sí mismo la capacidad para aprobar o rechazar, mediante audiencias individuales en las comisiones parlamentarias, a los candidatos, conforme al procedimiento desarrollado en el artículo 129 del Reglamento, y detallado en su Anexo VII. Muy sucintamente, el Presidente elegido deberá informar a la Cámara sobre la estructura y distribución de carteras en la Comisión, tras lo cual las comisiones parlamentarias competentes por razón de la materia evaluarán a cada candidato a comisario mediante preguntas escritas y una «audiencia de confirmación» pública donde se tendrán en cuenta «su competencia general, su compromiso europeo y su independencia personal» [29], además del conocimiento técnico asociado al puesto. Tras esto y el previo examen de las declaraciones de intereses, se realizarán las evaluaciones y se invitará al Presidente de la Comisión a presentar al colegio ante el pleno para su votación.

Todo el procedimiento parlamentario está articulado y coordinado por los Grupos Políticos. En buena medida a través de la Conferencia de Presidentes, donde se integran sus líderes, ya que es el órgano a quien se debe transmitir la propuesta de conformación de la Comisión, el que establece las directrices generales de las audiencias, quien tiene potestad para formular preguntas comunes a todos los candidatos y el competente para dar por terminados los trámites. Por su parte, los Grupos tienen expresamente asignada la mayor parte del turno de palabra en las audiencias, así como la posibilidad de presentar una propuesta de resolución en el debate plenario final.

---

[27] López De La Fuente, G., *Pluralismo político y partidos políticos europeos*. Comares, Granada, 2014, p. 255.

[28] Que es nombrado por el Consejo Europeo por mayoría cualificada, con la aprobación del Presidente de la Comisión (art. 18.1 del Tratado de la Unión Europea), sin intervención del Parlamento.

[29] Una concreción del criterio general de aptitud que impone para los miembros de la Comisión el artículo 17.3 del Tratado de la Unión Europea.

Para el nombramiento definitivo de la Comisión en conjunto, nuevamente debe concurrir una doble validación: la del Consejo Europeo por mayoría cualificada, que responde a una lógica intergubernamental de reparto de poderes, y la del Parlamento por mayoría simple, basada en principio en criterios estrictamente políticos, aunque luego en la práctica impere la lógica de las coaliciones amplias o influya la adscripción nacional de los diputados. De este modo se escenifica la confluencia de voluntades entre la representación popular y la de los Estados miembros. A este respecto, las dos últimas Comisiones muestran cómo su composición es el resultado de un acuerdo político a tres entre las formaciones políticas pro-europeas más importantes, de diferente signo ideológico, con una mínima concesión al resto. Una solución que difícilmente podría darse en cualquiera de los Estados miembros.

Así, aunque el factor ideológico parece haber ganado importancia tras Lisboa, esto no ha supuesto una gran variación en cuanto al peso relativo que tienen los dos grandes Grupos en la composición final de la Comisión, que la controlan. La mayor intervención del Parlamento no ha alterado el carácter pluralista-consensual de su elección, que es consecuencia directa del sistema previsto y de la regla de representación mínima nacional. Ésta hace que, en ocasiones, los parlamentarios cuyo partido está en el Gobierno de su país hayan apoyado a un Presidente de signo contrario al suyo. Por ello, ni siquiera los Grupos mayoritarios tienen un control determinante sobre la institución que permita decir que reproduce una tendencia ideológica, circunstancia que incita a seguir viéndola como un órgano técnico.

2. **El sistema de los *spitzenkandidaten***

A partir de este marco jurídico, desde 2014 se ha planteado una solución de dudosa compatibilidad con la literalidad de los Tratados: el sistema de los cabezas de lista (*spitzenkandidaten*), cuyas únicas puestas en práctica reales, aunque imperfectas, fueron las elecciones de ese año y 2019, y que en las recientes de 2024 parece reducido a un formalismo.

La idea parte del discurso sobre el estado de la Unión pronunciado en septiembre de 2012 por el entonces presidente de la Comisión, Durão Barroso, donde propuso ante el Parlamento Europeo la posibilidad de que los partidos políticos europeos presentaran en las elecciones a candidatos para presidir este órgano como forma de «profundizar en el debate político paneuropeo» haciendo «más claro que esos comicios ofrecen la posibilidad de efectuar una elección europea». Esta propuesta se recogió en una Recomendación de la Comi-

sión de marzo de 2013 [30], donde, entre otras cuestiones, se pedía a los partidos nacionales y europeos que dieran a conocer, antes de las elecciones al Parlamento Europeo, al candidato al cargo de presidente de la Comisión Europea al que apoyan y su programa, especialmente en las emisiones audiovisuales.

La idea era que cada partido acudiera a las elecciones en su país presentando ante su electorado a un cabeza de lista común europeo con el compromiso de los Grupos Políticos de que el correspondiente a la lista más votada en conjunto sería nombrado Presidente de la Comisión. La intención teórica que subyace es clara: trasladar la preferencia mayoritaria de los ciudadanos europeos a este órgano a través de su presidente, con el efecto de legitimarla democráticamente. El problema es que aparentemente no se tuvieron en cuenta las diferencias entre el sistema institucional europeo y los modelos parlamentarios estatales [31].

En primer lugar, con ello se asume una relación estable entre las fuerzas políticas nacionales y los partidos europeos, es decir, una correlación directa entre una determinada formación nacional y una europea. Y esto puede ser cierto respecto de partidos con un cierto recorrido histórico y/o que están integrados en federaciones o agrupaciones transnacionales de corte ideológico con una organización más o menos estable. Pero no sirve para el resto, mucho menos para los de nueva creación, los que no tengan vínculos fuera de su país, o los que cambian de Grupo o directamente dejan a sus diputados como no adscritos. Además, no hay forma de asegurar que, en el momento de la votación, un candidato fuera a recibir los votos de los diputados de cada partido nacional que lo apoyó en la campaña, como consecuencia de la ya mencionada falta de organización y jerarquía de los partidos europeos.

Después, supone obviar, probablemente de manera interesada, el poder de decisión de los Estados y la importancia de las negociaciones intergubernamentales y, especialmente, los vetos. La investidura de la Comisión no es tan sencilla como que una mayoría política monocolor elija presidente a su líder. El Tratado de la Unión Europea plantea un procedimiento de investidura de carácter consensual [32], en múltiples niveles. Y en lo que respecta al Parlamento, viendo su composición y la manera en la que ha funcionado en todos estos años, sólo puede llegar a buen término si existe un acuerdo amplio entre los Grupos mayoritarios (y, habría que añadir, afines al proyecto europeo) con independencia de su tendencia, nunca basándose en una coalición ideológica

[30] *DO* núm. L-79, de 21 de marzo de 2013, pp. 29-32.
[31] Russack, *op. cit.* nota 4, p. 8.
[32] Clinchamps, loc. *cit.,* nota 19.

con una mayoría estricta [33]. Todo ello por no decir que el programa electoral que el Presidente de la Comisión defienda durante la campaña electoral no es más que una declaración de intenciones, en ningún caso vinculante para el resto de las instituciones, particularmente el Consejo.

Dadas estas circunstancias, no debería extrañar el limitado recorrido de esta solución, por mucho que se intente mantener. En 2014 el elegido por el Consejo Europeo y el Parlamento para presidir la Comisión, Jean-Claude Juncker, sí era el candidato respaldado por los partidos integrados en el Grupo más numeroso de la Cámara, el Partido Popular Europeo, tras unas elecciones donde algún partido presentó a más de un candidato simultáneamente (el Partido Verde) o no tuvo ninguno (los Conservadores y Reformistas). Sin embargo, se ha apuntado que el sistema de candidaturas no tuvo un impacto real ni en las elecciones ni en los debates políticos ese año [34].

Pero, en 2019 se rompió completamente con el sistema en el momento en el que el Consejo Europeo hizo su propuesta. Se ha interpretado que la manera en la que se actuó en aquel momento arruinó los avances en cuanto a aumento de la participación y percepción de la importancia y proximidad de los comicios europeos que se podían atribuir a esta solución, algo que bien podría interpretase como una traición a los ciudadanos europeos [35]. Nuevamente, el Grupo con mayor número de diputados fue el Partido Popular Europeo, pero su cabeza de lista transnacional, Manfred Weber, no fue el propuesto por el Consejo Europeo. En su lugar, optó por Úrsula von der Leyen, que si bien estaba ligada a un partido integrado en ese Grupo, ni fue su candidata electoral ni formaba parte de ninguna lista nacional. Ciertamente, el Parlamento Europeo podría haber votado en contra de la propuesta. Sobre todo cuando en febrero de 2018, había advertido estar «preparado para rechazar, en el procedimiento de investidura del presidente de la Comisión, cualquier candidato que no haya sido designado como cabeza de lista en el período previo a las elecciones europeas», al tiempo que reiteraba su defensa del sistema de cabezas de lista [36]. Sin embargo, von der Leyen fue respaldada por el Parlamento en julio de 2019 por 383 votos a favor frente a 327 en contra, evidenciando una fuerte división a este respecto en la Cámara.

---

[33] Hix; Noury; Roland, *op. cit.* nota 20, p. 183.

[34] Russack, *op. cit.* nota 4, p. 9.

[35] Espaliú Berdud, C., «The abandonment of the Spitzenkandidaten System: (Un)sustainable democracy in the EU?», en: *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 64, 2021, pp. 78-79.

[36] Decisión del Parlamento Europeo de 7 de febrero de 2018 (*DO* núm. C-463, de 21 de diciembre de 2018, pp. 89-92).

Con un Parlamento tan fragmentado como el que salió de las elecciones de 2019, se podría pensar que ninguno de los candidatos presentados por los partidos europeos había recibido un respaldo electoral real suficiente como para que los Jefes de Estado y de Gobierno estuvieran obligados a nominarle para presidir la Comisión [37]. Sería la manera de intentar justificar la decisión del Consejo Europeo. Pero la realidad es que, probablemente, esto no fuera más que la prueba de que los poderes del Parlamento siguen estando muy condicionados por la voluntad de los Estados cuando se trata de decisiones especialmente trascendentes. La clave nacional, especialmente en el caso de los diputados de partidos con responsabilidades de gobierno en los Estados miembros, sigue pesando en su actuación más que eventuales instrucciones dentro del Grupo Político. Porque la relación de jerarquía sigue estableciéndose con el partido nacional, no con el europeo. Algo que, en última instancia, compromete la autonomía del Parlamento.

Dadas las circunstancias, existía bastante incertidumbre sobre qué sucedería en las elecciones de 2024. El Parlamento reiteró su apuesta por los *spitzenkandidaten* en una Resolución de diciembre de 2023 [38], aprobada por amplia mayoría, donde lamenta la falta de avances al respecto desde la que, considera, experiencia fallida de 2019. Se trata de un texto interesante porque lo que la Cámara plantea en él es sumar un paso más al procedimiento, previo a la decisión del Consejo Europeo, que refuerce su protagonismo y casi condicione ésta. Así, confiando en que se «tengan plenamente en cuenta los resultados electorales», demanda una mayor transparencia al Consejo y la adopción de un acuerdo interinstitucional para la implementación efectiva de este sistema. Defiende que los candidatos y los presidentes de los partidos políticos europeos y de sus respectivos Grupos deberían entablar negociaciones justo después de las elecciones de 2024 para acordar, en nombre del Parlamento Europeo, quien debería ser el candidato común para presidir la Comisión antes de la propuesta del Consejo Europeo, primando al candidato del partido con mayor porcentaje de escaños. En última instancia, reitera que será la presidencia del Parlamento quien comunique al Consejo Europeo el nombre de ese candidato común. Y, en caso de falta de acuerdo al respecto, el presidente del Consejo Europeo debería iniciar consultas con la presidencia del Parlamento Europeo, los cabezas de lista y los presidentes de los partidos políticos europeos y de sus respectivos grupos parlamentarios, antes de realizar la propuesta.

[37] Dawson, M., «The lost Spitzenkandidaten and the future of European democracy», en: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 26(6), 2019, p. 732.

[38] Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2023, sobre las elecciones europeas de 2024 (aún no publicada en el DO).

Aún a la espera de cómo se desarrollarán los acontecimientos, parece poco probable que el Consejo Europeo acepte renunciar a su autonomía para proponer al candidato, sobre todo ante la falta de consecuencias en 2019. De momento, en las elecciones de junio de 2024 el sistema se ha mantenido formalmente, aunque con muchísima menos promoción y atención mediática. Y las disfunciones experimentadas no han afectado precisamente a la participación electoral, que en global ha subido un escaso 1 %.

Nuevamente, varios partidos han presentado a más de un candidato, incluyendo a uno de los claramente europeístas como son los liberales de *Renew Europe*, que plantearon a tres cabezas de lista, mientras que las fuerzas abiertamente euroescépticas renunciaron a ello. Únicamente el Partido Popular Europeo, los Socialistas y Demócratas y el Grupo Confederal de la Izquierda Unitaria Europea presentaron a un candidato único, respetando el teórico espíritu del sistema. En otros casos, ha quedado bastante difuminado, ya sea como resultado de los juegos de poder internos que se reproducen en las distintas formaciones o porque éstas relativizan la importancia de la candidatura o su verdadera utilidad. En esta ocasión, no obstante, sí se ha respetado al candidato electoral. El Partido Popular Europeo se ha conformado como el Grupo más numeroso con 189 diputados de inicio. Y su cabeza de lista formal, Úrsula von der Leyen, fue propuesta y resultó elegida para su segundo mandato como presidenta de la Comisión por el Parlamento Europeo el pasado 18 de julio con 401 votos a favor.

IV. CONCLUSIONES

La intención de transformar, o al menos presentar, a la Unión Europea como un sistema parlamentario choca frontalmente con la realidad de su funcionamiento interno y de la descripción de las instituciones y de los procesos políticos que realizan los Tratados. Primero, porque el pluralismo ideológico que debería sustentarlo está especialmente fragmentado y condicionado por intereses que no son los inmediatos del electorado. Se ha ido articulando mediante el progresivo aumento de la presencia, funciones y poderes de los Grupos Políticos en el Parlamento y, de manera paralela, con el crecimiento de las competencias de éste, lo cual ha transformado la confrontación ideológica en un factor de cierta relevancia en el funcionamiento de la Unión, pero no determinante. Porque las negociaciones intergubernamentales y los acuerdos de compromiso entre los Estados miembros siguen siendo la clave de bóveda del sistema, trasladándose, de una u otra manera, tanto al

Parlamento como a la Comisión, y generando un complejo juego de equilibrios y contrapesos constantes entre la representación popular pluralista y los intereses de los Ejecutivos nacionales.

Dado que esto no se puede alterar sin modificar los Tratados, se pretende construir un modelo de parlamentarismo racionalizado sólo aparente. Sin auténticos partidos políticos, sustituyéndolos por estructuras intraparlamentarias fuertes en las que, justamente, el condicionante ideológico no lo es todo. Probablemente, si el Parlamento Europeo tuviera la capacidad plena para elegir a un Ejecutivo común, los partidos europeos hace tiempo que serían otra cosa. Pero en la actualidad, la Comisión ni es ni puede ser un reflejo del resultado electoral, sino que su elección es quizá el mejor ejemplo de la complejidad de la toma de decisiones en Europa y, particularmente, de las concesiones que los Estados se realizan entre ellos, para las que el Parlamento sirve en buena medida de elemento legitimador.

Por esta razón, el sistema de los cabezas de lista, mantenido en las últimas elecciones a pesar de que tras 2019 todo apuntaba a su abandono, corre el riesgo de convertirse en una simple simulación si no se modifican las normas básicas, ya que no se corresponde con la realidad de lo que sucede. Y eso no ayudaría precisamente a rebatir el argumentario basado en el déficit democrático. No es la primera vez que a través de los compromisos interinstitucionales, los acuerdos políticos o la práctica se procede de un modo que se aleja de las previsiones de los Tratados. El Parlamento lo ha hecho frecuentemente. Pero en este caso se quiere promocionar que la elección de la Comisión obedece del todo a unos parámetros que sólo la determinan parcialmente. Se trata de un procedimiento caracterizado más por la integración que por la confrontación, y, como tal, escapa de la lógica de la democracia pluralista propia de los Estados. Más aún cuando, como sucede en la actualidad, detrás subyace la necesidad de preservar el proyecto europeo por encima de otras motivaciones.

LA FRAGILIDAD DEL DERECHO DE SUFRAGIO DE LOS CIUDADANOS MÓVILES DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE SU ANÁLISIS: OTRA APROXIMACIÓN ESPECIALMENTE AL SUFRAGIO ACTIVO*

ANTONIO JAVIER TRUJILLO PÉREZ
Universidad de Málaga

El *Informe sobre las elecciones al Parlamento Europeo de 2019* (en adelante, *Informe 2019*) elaborado por la Comisión Europea es uno de los elementos necesarios para analizar el ejercicio del derecho de sufragio de los ciudadanos de la Unión Europea que residen en países de la UE distintos de aquellos de los que son nacionales [1]. Prestar atención a la participación y sus manifestaciones no es una cuestión menor, como hace ver Gómez Sánchez en uno de sus estudios sobre la misma [2].

* Publicación parte de ProyExcel_00457 del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) - Convocatoria 2021, Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía. Ayuda PID2021-126875OB-I00R, financiado por MCIU/ AEI/10.13039/501100011033/ «FEDER Una manera de hacer Europa».

[1] Comisión Europea, *Informe sobre las elecciones al Parlamento Europeo de 2019* - Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo (COM/2020/252 final) (Código CELEX: 52020DC0252), 19.06.2020. Se cita por la versión pdf en español disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0252 (última consulta día 29 de junio de 2024).

[2] «La participación da unidad al sistema democrático en el que no es tan solo un elemento más sino el fundamento del mismo sistema. La democracia hoy se basa en la participación de todos en los asuntos públicos» (GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Constitucionalismo multinivel: Derechos Fundamentales.* UNED y Sanz y Torres, Madrid, 2023, p. 563). Resulta ser un tema específicamente constitucional pues «la idea de participación va también unida a la de limitación jurídica del poder y, en este sentido, a la aparición y consolidación del actual modelo de *Estado de Derecho*» (pp. 563-564).

Como ya se ha indicado en otra ocasión similar [3], se necesita también analizar el documento de trabajo que acompaña a la Comunicación por la que se presenta el «Informe» (en adelante, el documento de trabajo) [4]: en este caso, además, porque se ha realizado por los servicios de la Comisión, lo que supone una diferencia notable respecto a la situación previa, como las elecciones de 2014, en que se basó –entre otras fuentes– en un estudio externo autorizado por dicha institución [5]. Esta distinción supone claramente un avance en su juridificación e induce a plantearse su naturaleza en el ordenamiento.

Destaca en el *Informe 2019* la categorización de los ciudadanos mencionados como «ciudadanos móviles de la UE», aportándose una sumaria definición de dicha categoría [6]. De esta forma, se muestra la persistencia de esta posición de la Comisión, que ya se vio recogida en el informe sobre las elecciones de 2014 [7].

En esa primera aproximación también se les considera como «un grupo creciente», lo que lleva a resaltar los dos elementos de la afirmación: su conceptualización como grupo y su carácter creciente [8]. En cuanto a lo primero, se complementa con su calificación como grupo específico en el documento de trabajo a la hora de analizar su participación electoral, junto a los votantes jóvenes, mujeres, minorías étnicas y personas con discapacidad, opción que se consolida al reconocerlo como grupo infrarrepresentado en el Parlamento Europeo [9].

---

[3] Trujillo Pérez, A. J., «Ciudadanos móviles de la Unión Europea y el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo de 2014: una aproximación incómoda», en: *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 27, 2016, pp. 173-202.

[4] Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumidores, *Commission staff working document Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee Report on the 2019 elections to the European Parliament* (SWD/2020/113 final) (Código CELEX: 52020SC0113), 19.06.2020, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020SC0113 (última consulta día 29 de junio de 2024).

[5] Comisión Europea, *Informe sobre las elecciones al Parlamento Europeo de 2014* - Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (COM/2015/0206 final) (Código CELEX: 52015DC0206), 8.05.2015, p. 2 (se cita por la versión en pdf disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52015DC0206&qid=1719661345658, última consulta día 29.06.2024). Las referencias del estudio son Centre For Strategy & Evaluation Services (CSES), *Study on the Conduct of the 2014 Elections to the European Parliament (Final Report)*, 10 march 2015, disponible ahora en https://commission.europa.eu/document/download/2c7e9257-bf44-43cf-82b1-665d0f2f02d6_en?filename=final_report_2014_ep_elections_study_cses_10_march_2015_en.pdf (última consulta día 29 de junio de 2024).

[6] «Son ciudadanos que se han mudado para vivir, trabajar o estudiar en otro Estado miembro» (*Informe 2019*, *op. cit.,* p. 4).

[7] También se muestra la consistencia, pues se emplea hasta 22 veces. Esta categorización también aparece en el documento de trabajo, a diferencia de lo ocurrido en el Informe de 2014 (cfr. Trujillo Pérez, *op. cit.,* nota 11, p. 177).

[8] Puede verse esa temprana calificación desde el inicio del *Informe 2019* (*op. cit.,* p. 4) y continúa hasta las conclusiones (p. 32).

[9] En el documento de trabajo aparece ese término al comenzar el análisis de la participación de esos cinco grupos (p. 9), situando a estos ciudadanos móviles en primer lugar, a diferencia del *Informe 2019,*

Respecto al segundo elemento, se contextualiza su dimensión numérica realizando una estimación cuantitativa, más centrada en una de las manifestaciones concretas de los derechos electorales, el sufragio activo: así, según las cifras aportadas son «más» de 17 millones de ciudadanos móviles los existentes en la UE, de los cuales «casi» 14 millones pudieron votar en otro estado miembro, apostillándose que estos números sitúan a estos ciudadanos como el 3 % de la población electoral total de la UE [10]. Ha de resaltarse que se indica que podían votar «en las elecciones al PE organizadas en otro Estado miembro», apuntando ya la tensión entre las dimensiones europea y nacionales de estos procesos electorales.

Las cifras ofrecidas en el *Informe 2019* son, como se ha indicado, aproximadas y es obligado buscar su fuente, que resulta ser una estimación del documento de trabajo antes citado [11]. En él se enmarcan más esos datos, aunque no se pormenorizan. Las referencias para ello son otras dos, además de la señalada sobre su magnitud en la población electoral de la UE: que se trata de una población superior a la de varios estados miembros y la incidencia del Reino Unido en estos números [12]. En realidad, no es que sea superior a la de varios estados miembros, sino a la de la gran mayoría de ellos: solo siete de los veintiocho –el 25 % de la UE– superaban en 2019 esos más de 17 millones de ciudadanos móviles [13].

Sin embargo, surge una dificultad en la comprensión de los datos precisamente por las cifras correspondientes al Reino Unido. Aparentemente están excluidas de la sección del documento de trabajo relativa a esta cuestión, con la loable finalidad de ayudar a que el planteamiento de medidas políticas futuras se adecúe a la actual composición de la UE [14]: sin embargo, a esos «más de 17 millones de ciudadanos móviles», dato central del *Informe 2019* y del

---

donde se comienza por los jóvenes debido a la relevancia que este les da en el aumento de participación en las elecciones.

[10] *Informe 2019, op. cit.,* p. 4, de lo que se deduce que el 82'3 % del total de esta población podía haber votado en países distintos del que son nacionales al gozar en plenitud de sus derechos electorales. Llama la atención la expresión población electoral total de la UE que, con estos someros datos, se movería en torno a los 467 millones.

[11] Documento de trabajo*, op. cit.,* p. 9.

[12] Según se desprende del documento de trabajo, en esas cifras están excluidos los datos del Reino Unido (*ibid.*, nota 36), pero interesa tenerlos presentes porque 3'68 millones de ciudadanos de otros estados UE residían en dicho país y 850.000 ciudadanos de este país lo hacían en otro estado miembro (nota 38). Ciertamente hay una notable diferencia, más de cuatro veces, como destino que origen de ciudadanos móviles.

[13] Países Bajos igualaba esas cifras y veinte países de la UE se encontraban con menos: cfr. EUROSTAT, *Key figures on Europe – Statistics visualised 2019 Edition*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019, p. 10.

[14] Documento de trabajo, *op. cit.,* nota 36, p. 9.

documento de trabajo, solo se llega teniendo en cuenta las cifras que involucran a ese país [15]. Esa cifra, por tanto, debería sustituirse –y siguiendo la misma terminología en que se formula– por hay «casi» 13 millones de ciudadanos móviles en la UE. De alguna manera, parece desmentirse esa pretensión de fiabilidad para que dichas medidas se adecúen mejor a la realidad, juicio que se verá reforzado más adelante.

Retornando al *Informe 2019*, llama la atención a continuación la caracterización que se hace de estos derechos electorales y su inmediata conexión con uno de los problemas que conllevan: la cuestión del voto múltiple, que presenta una mayor dimensión en el ejercicio del sufragio activo.

En efecto, es destacable que se afirman los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo más en términos de residencia que de nacionalidad, lo cual supone una indicación de superación de categorías habituales con las que se abordan estos derechos de participación política. Esto sucede por tres motivos. Además de cualificarlo como un «derecho directo» conferido por el Derecho de la UE, aparece antes la referencia a la residencia y, finalmente, se indica que «también se les puede conceder» en los estados miembros de su nacionalidad [16]: en su momento, este motivo invitará a preguntarnos si alguna profundización en él fortalecería la dimensión europea de estos procesos electorales, aspecto que es una clara línea fuerza de la actuación de la Comisión y otras instituciones en este tema.

En todo caso, la última apreciación conecta con la limitación del voto que se produce en algunos países, dado que cuatro no permiten votar desde otro estado miembro, según se explicita en el documento de trabajo [17]. Igualmente, cinco limitan el derecho de voto en las elecciones europeas en ellos a sus ciudadanos si han residido fuera de su territorio durante un período determinado [18]. Dos estados miembros, Irlanda y Malta, están en las dos situaciones, por lo que un total de siete estados –una cuarta parte del total de la UE– introducen

[15] Según el documento de trabajo, los ciudadanos móviles en la UE-27 son 12.711.502 (*vid. Ibid.*, Tabla 1, p. 10). Si se suman a ese número los 3'68 millones de ciudadanos de la UE residentes en dicho país y los 850.000 ciudadanos móviles británicos es como se llega a esos más de 17 millones (en concreto, 17'23 millones). De hecho, en la citada publicación de EUROSTAT se indicaba -para 2019- que eran 17'6 millones los ciudadanos de estados miembros de la UE distintos de aquel en el que residían, incluyendo los datos del Reino Unido (*op. cit.,* p. 13).

[16] *Informe 2019*, p. 4. Es más preciso el *Informe* que el documento de trabajo, por cuanto en este se indica que los ciudadanos móviles también pueden votar en su estado de origen, aunque la nota a pie de página que acompaña a esa afirmación, matiza su alcance por la limitación del voto que se opera en algunos estados (documento de trabajo, *op. cit.,* pág 9): de todas formas, muestra igualmente esa preferencia por la residencia sobre la nacionalidad, señalada en el texto.

[17] Se trata de Chequia, Eslovaquia, Irlanda y Malta, que no permiten el voto por correo, en una representación diplomática o por internet (cfr. *ibid.*, nota 39).

[18] Son Alemania, Chipre, Dinamarca, Irlanda y Malta (*ibid.*).

alguna limitación del voto. En estas elecciones al Parlamento Europeo, sin embargo, gracias al estatuto de ciudadanía europea, que permite votar en el país de residencia a los ciudadanos móviles, estas limitaciones no acaban produciendo la privación del derecho de voto [19]: más bien, actúa así dicho estatuto como uno de los vínculos de diverso tipo que –en línea apuntada por Gómez Sánchez– construyen Europa [20]. Hay que hacer notar que no es del todo clara la descripción del problema realizada por el documento de trabajo, por lo que se requiere su análisis con otras fuentes.

Igualmente, señalar al comienzo del análisis que solo se puede votar una vez, bien en el estado miembro de residencia, bien en el de nacionalidad, resalta la especial consideración que para las instituciones de la UE y, particularmente, para la Comisión tiene el problema del voto múltiple en estas elecciones y, más en general, para la delimitación del derecho como parte de la ciudadanía europea. Aunque se trate de una de las reglas comunes del Derecho de la UE en este tema, cabe preguntarse si esta insistencia no supone un cierto efecto disuasorio en el ejercicio de este derecho o, simplemente, resulta uno de los caracteres del «status de ciudadano europeo singular», del que habla Gómez Sánchez [21]. El *Informe 2019* circunscribe, de todas formas, su alcance en este concreto proceso electoral en otro lugar y esa posición permitirá responder a la duda [22]. En todo caso, dado que solo se puede votar una vez en las elecciones pero que puede hacerse en uno u otro estado, es preciso el intercambio de información entre los estados miembros de residencia con los estados miembros de origen acerca del número de estos ciudadanos móviles inscritos en sus censos electorales: estas operaciones se realizaron entre febrero y mayo de 2019 y produjeron un flujo de datos que permitió identificar casi 214.000 registros múltiples, aunque no consta que posteriormente hubiera ningún incidente de voto múltiple en las elecciones [23]. Esto permite considerar eficaces el

[19] Cfr. *Informe 2019, op. cit.,* nota 26, p. 5.

[20] Habla esta autora de lazos económicos, sociales y culturales «cada día más evidentes» que han cristalizado en una organización que vincula a estados «con una intensidad no conocida en ningún otro momento de la Historia» (Gómez Sánchez, *op. cit.,* pp. 67 y 68).

[21] *Ibid.*, p. 176.

[22] Lo realiza en la sección 3 del *Informe 2019*, cuya rúbrica es «La dimensión europea y el ejercicio de los derechos electorales de la UE», en el epígrafe dedicado concretamente a «Prevención de votaciones múltiples».

[23] *Informe 2019*, *op. cit.,* pp. 15-6 y documento de trabajo, pp. 28-30: se concreta en este último la cifra de duplicidades en 213.475 (p. 29), cantidad que parece suponer el 20'3 % del total de informaciones recibidas por los estados de origen de los estados de residencia acerca de ciudadanos de los primeros inscritos en los censos electorales de los segundos. Se ha indicado que «parece suponer» porque no queda del todo claro en el documento de trabajo (ver tabla 5 en las pp. 29-30).

procedimiento diseñado y las herramientas implementadas, aunque se considere que hay aspectos a mejorar aún [24].

Por último, se destaca que serán los propios ciudadanos móviles quienes resolverán la dicotomía antes mencionada, pues eligen si votar en el estado miembro de residencia o en el de nacionalidad [25].

Hay un presupuesto previo en el análisis que la Comisión no explicita y es que aparentemente resulta desconocido el efectivo ejercicio del derecho de sufragio activo, por cuanto los datos aportados se refieren a la inscripción en el censo electoral, momento previo y necesario al ejercicio del derecho. En el Informe de 2014 y su estudio correspondiente, aparecían los datos reales de tres estados miembros [26]: ahora, en el documento de trabajo relativo al informe de las elecciones de 2019, también se señala que son tres, aunque solo uno coincide, Chipre [27]. En este sentido, por tanto, la situación es estable respecto a las elecciones de 2014 y, en todo caso, podría plantearse si debe ser una prioridad tanto para la Comisión, como para los estados miembros, si se quiere profundizar realmente en la dimensión europea de las elecciones.

Los tres países son Chequia, Chipre y Finlandia, incorporados a la UE los dos primeros en la ampliación de 2004 y el tercero en la cuarta, la de 1995. Es interesante indicar que Chipre era, en 2019, el segundo estado de la UE-28 con un porcentaje más alto de ciudadanos móviles residiendo en su territorio sobre el total de la población residente, mientras Chequia y Finlandia se encontraban por debajo de la media de la UE, situada ese año en 3'4 % [28]. En el primer caso, esa relevante presencia puede ser una de las causas que explique la recurrencia en contar con esos datos reales.

---

[24] Como se señala en las conclusiones del *Informe 2019*, especialmente en lo relativo al calendario y contenidos de los datos intercambiados (cfr. *op. cit.,* p. 33).

[25] No es tanto que «deben elegir si votan» en uno u otro (cfr. *ibid.*, p. 4), como que pueden hacerlo. Votar es obligatorio para los propios nacionales en Bélgica, Grecia y Luxemburgo y en esos países se aborda de manera diferente la situación de los no nacionales inscritos en el censo: por ejemplo, Bélgica extiende a ellos esa obligación, pero les permite indicar que no desean hacerlo (cfr. Documento de trabajo, *op. cit.,* p. 12, nota 44).

[26] Chipre, Lituania y Malta los proporcionaron para la elaboración del informe sobre las elecciones de 2014.

[27] A quien se suman Chequia y Finlandia, pues la mayoría de los estados miembros no recopilan datos sobre la participación efectiva de los ciudadanos móviles de la UE que se registraron para votar (cfr. Documento de trabajo, *op. cit.,* p. 10).

[28] Según EUROSTAT, el 13'3 de la población residente en Chipre eran ciudadanos de otros estados miembros, mientras que en Chequia ese porcentaje era del 2'1 % y en Finlandia del 1'8 % (*op. cit*, p. 13). Por encima de Chipre solo se encontraba –en términos porcentuales– Luxemburgo, con un 40'4 %, y le seguía Irlanda con el 9 %. Por debajo de Chequia y Finlandia aún había otros once estados.

Es importante mostrar la cuantificación de la participación real y la valoración al alza sobre la misma que realiza el documento de trabajo, por cuanto reflejan una actitud conformista con esta realidad [29]. Para su mejor análisis, se ofrecen esos datos individualizados y ampliados con otros contextos:

Tabla 1 [30]

Participación electoral real Chequia, Chipre y Finlandia

	Chequia	**Chipre**	**Finlandia**	**Total**
Ciudadanos móviles	213.310	158.601	88.019	459.930
Inscritos en censo electoral	2.286	10.559	7.444	20.289
Tasa de inscripción en censo electoral	1,07 %	6,65 %	8,45 %	5,39 %
% votos sobre inscripciones según Comisión	50	30	50	43,3
Votos reales según este último porcentaje	1.143	3.168	3.722	8.033
Participación real sobre total *ciudadanos móviles*	0’53 %	2 %	4’23 %	2’25 %

Se ha calculado en esta tabla el porcentaje de inscritos en el censo electoral respectivo del país de residencia, que no aparece señalado en el documento de trabajo, así como los votos reales que corresponderían a los porcentajes ahí señalados y, finalmente, qué supone eso sobre el total de ciudadanos móviles residentes en dichos países: se considera importante hacerlo de esta forma para comprender adecuadamente esta realidad. En primer lugar, el número y porcentaje de ciudadanos móviles inscritos en dichos estados respecto al de esos mismos ciudadanos residentes en ellos se mueve en unas magnitudes que se consideraron bajas en el Informe de las eleccio-

[29] Según el documento de trabajo, esos tres estados «informan que hasta la mitad» de los ciudadanos móviles registrados votan: Chequia –50 % –, Finlandia –50 % – y Chipre –30 % – (*op. cit.,* p. 10): es reseñable, sin embargo, que no se proporcionan los datos concretos.

[30] Elaboración propia con datos documento de trabajo (cfr. *ibid.*) y cálculos personales.

nes de 2014, como se señaló en su análisis [31]: en realidad, incluso una podría calificarse como muy baja [32]. En segundo lugar, la generosidad en la valoración del documento –«hasta la mitad»– se diluye ciertamente, pues se encuentra más cerca del cuarenta por ciento que de esa otra referencia. En tercer lugar, si bien el número de votos reales resulta casi dos veces y media superior al de 2014, no dejan de ser unas cifras exiguas [33]. En cuarto lugar, la participación real sobre el total de ciudadanos móviles en el estado de residencia se mueve en unas tasas que se podrían considerar muy bajas y, en todo caso, bastante alejadas de los datos de participación totales de la UE [34]: teniendo en cuenta la prevención indicada a la hora de compararlas, frente al 50'66 % –o 52'4 % sin el Reino Unido–, aparece aquí un 2'25 % [35]. Finalmente, lo que resulta bastante similar en estos dos procesos electorales es el dato porcentual que supone esa participación real respecto al total de ciudadanos móviles de los tres países en que se ha podido cuantificar: en 2019, es del 2'25 %, y en 2014 fue del 2'1 % [36]. Si bien se trata de un incremento, no es en la misma dimensión que, por ejemplo, el de la participación total y, por ello, la continuidad del dato respecto a las elecciones de 2014 le da una cierta consistencia, pero también obliga a plantearse su efectivo alcance, así como sus razones más profundas [37].

Con estas premisas, en cuanto al ejercicio de esos derechos electorales, se llega al núcleo del *Informe 2019* en este tema, pues la Comisión constata que «un número relativamente bajo de ciudadanos móviles de la UE ejerció sus derechos electorales y, por lo general, en sus países de origen» [38]. Aunque el juicio se pronuncia sobre las dos dimensiones del sufragio, activo y pasivo,

---

[31] Trujillo Pérez, *op. cit.,* pp. 178-180. La media UE, que se puede calcular a partir de los datos ofrecidos en el documento de trabajo, es incluso más elevada que el porcentaje de estos estados: se mueve en torno al 10'25 %, aunque habrá que matizar este dato.

[32] Teniendo en cuenta, además, que –en la evaluación de las elecciones de 2014– se calificaba de baja la tasa de inscripción inferior al 10 % y relativamente alta a la que superaba el 15 %, lo que ya de por sí suponía una consideración demasiado benevolente.

[33] Sabiendo que solo un estado coincide. En 2014 en Chipre votaron 2.711 ciudadanos móviles, que representaban el 35'1 % de los 7.712 inscritos; en Lituania fueron 175, que suponían el 62'9 % de los 278 registrados y, finalmente, en Malta, votaron 530, que eran el 6'7 % de las 7.868 personas inscritas (cfr. Trujillo Pérez, *op. cit.,* nota 12, p. 177, y CSES, *op. cit.,* p. 85). El total de votos reales fue, por tanto, de 3.416, lo que supuso el 21'54 % de participación sobre el número total de inscritos en el censo, menos de la mitad de lo que parece haber sido ahora (43'3 %). Chipre tiene 2.847 inscritos más y votan 457 más en términos reales que en 2014, aunque el porcentaje de votantes baje al 30 %.

[34] Evidentemente pueden haber votado en los estados de los que son nacionales.

[35] *Informe 2019, op. cit.,* p. 3.

[36] Trujillo Pérez, *op. cit.,* p. 182.

[37] Con una participación del 42'61 % en las elecciones de 2014, el incremento ha sido de +8'05, o +9'79 sin el Reino Unido en las de 2019: el de los ciudadanos móviles es de +0'15 %.

[38] *Informe 2019, op. cit.,* p. 5.

la perspectiva parece ser solo la del primero porque inmediatamente se argumenta en ese sentido: esta falta de sistemática puede invisibilizar al sufragio pasivo de esos ciudadanos móviles que, como se verá en otro momento, es bastante reducido. En todo caso, resulta obligado descender al detalle en el análisis de esta conclusión, que resulta ser doble: hay escasa participación de estos ciudadanos móviles y, en segundo lugar, se manifiesta la fortaleza del vínculo de nacionalidad. Sorprende, además, que la Comisión atempere la escasa participación con la expresión «relativamente», pero es otro elemento de continuidad con el Informe de las elecciones de 2014 [39]. Por todo ello, resulta preferible diferenciar entre el sufragio activo y el pasivo, al objeto de mejorar la comprensión del alcance de cada uno.

Respecto al sufragio activo, puede verse cómo la dicotomía residencia-nacionalidad se resuelve a favor de esta última, por cuanto las preferencias de los ciudadanos móviles se inclinan en ese sentido y, por tanto, en desacuerdo con la perspectiva institucional antes mencionada: sin olvidar que se está hablando de inscripciones en el censo electoral, la Comisión señala que es cuatro veces superior el número de las existentes en los países de los que son nacionales respecto a las de los países de residencia [40]. En este punto hay varios aspectos a tener en cuenta.

En el *Informe 2019* se señala que «antes de las elecciones» parecía lo contrario, lo que requiere un cierto análisis [41]. Ese momento anterior al proceso electoral se identifica en el documento de trabajo y son los datos del Eurobarómetro del otoño previo a las elecciones: según sus resultados, la mayoría de los ciudadanos de la UE habían indicado que preferirían ejercer sus derechos de voto para las elecciones europeas en su país de residencia en una proporción superior al doble de quienes votarían en su país de origen. Como en las anteriores evaluaciones de esos procesos electorales había referencias a encuestas sobre estas preferencias, es de utilidad traer a colación la serie histórica para obtener una visión más amplia: en ellas se advierte que se incrementa efectivamente ese porcentaje de modo constante, incluso más intensamente en las cercanías de las elecciones de 2019.

---

[39] El Informe de 2014, con mejor sistemática, constataba que «un número relativamente reducido de ciudadanos móviles de la UE hizo uso de su derecho de sufragio activo en el Estado miembro de residencia» (*Informe 2014*, *op. cit.,* p. 12).

[40] *Informe 2019*, *op. cit.,* p. 5. En realidad, inscribirse en los censos electorales de los países de residencia requiere una acción específica del elector, mientras que aparecer inscrito en los de su propia nacionalidad no precisa de ninguna, pues lo estará para otros procesos electorales y no saldrá de los relativos a las elecciones europeas salvo esa acción específica realizada en otro país de la UE.

[41] *Ibid.*

Tabla 2

Preferencias de lugar de voto [42]

Eurobarómetro	2010	2012	2018[43]
En el estado de residencia	44 %	48 %	56 %
En el estado de origen	46 %	42 %	26 %

Sin embargo, la realidad es otra, por cuanto el número de nacionales no residentes inscritos en los censos electorales del país del que se es nacional es alrededor de 5'5 millones, en comparación con 1'3 millones inscritos en los censos electorales del país de residencia [44]. Será preciso examinar con detenimiento si las categorías del documento de trabajo para obtener estos datos –y el modo en que la Comisión las asume en el *Informe 2019*– son las más adecuadas para una correcta comprensión de la situación, lo que se hará a continuación, aunque una primera matización sería que hay nacionales no residentes en países de la UE, pero también en terceros estados [45].

De todas formas, es interesante que, en el *Informe 2019*, se categorizan como «votar por listas de su país de residencia» o «de su país de nacionalidad» las opciones que llevan a tomar una u otra decisión: esa apreciación, sin embargo, no se encuentra en el documento de trabajo, más aséptico como corresponde a su dimensión técnica. En realidad, en las listas presentadas en cualquiera de esos países –de origen o de residencia– puede, a su vez, haber candidatos móviles, por lo que estas expresiones muestran la estanqueidad de los procesos electorales y la falta de dimensión europea de estas elecciones [46].

---

[42] De elaboración propia y datos de Comisión Europea*, Informe relativo a la elección de los diputados al Parlamento Europeo (Acto 1976 modificado por la Decisión 2002/772/CE, Euratom) y a la participación de los ciudadanos de la Unión Europea en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia (Directiva 93/109/CE)* [COM/2010/605 final)], (Código CELEX: 52010DC0605), 27.10.2010, citado por la versión en pdf, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-ntent/ES/TXT/?qid =1459288186616&uri=CELEX:52010DC0605 (consultado día 30.06.2024*)*, p. 6 e *Informe 2014, op. cit.,* p. 13.

[43] No puede dejar de anotarse la caída de quienes indicaron que preferían votar en su país de origen, por cuanto resulta muy acusada respecto a 2012 (dieciséis puntos menos).

[44] Las cifras exactas que aparecen en el documento de trabajo son 5.554.120 frente a 1.303.018 (*op. cit.,* Tabla 1, p. 10).

[45] Al indicarse también el número de ciudadanos móviles inscritos en el propio país del que se es nacional, el dato sería más ajustado a la realidad en cuanto al ejercicio efectivo del derecho, pues parte de esos ciudadanos desea votar en el país de residencia, parte en el país del que son nacionales.

[46] En ese sentido, parecía más precisa la referencia del *Informe 2014*, aunque ya existía ese mismo sesgo: «elegir entre votar en su Estado miembro de origen o en el Estado miembro al que se han trasladado (es decir, por diferentes candidatos)» (*op. cit.,* p. 12).

Finalmente, las dos categorías que, numéricamente, sirven a la Comisión como términos de comparación requieren de varios comentarios. Son, de una parte, nacionales de un país que no residen en él pero siguen inscritos en su censo electoral y, de otra, ciudadanos móviles residentes en ese país y nacionales –por tanto– de otros estados miembros: más apropiadas, como términos de comparación, serían nacionales no residentes inscritos en su país de origen –afinando más si solo se tuviera en cuenta a los residentes en otros estados de la UE– frente a los inscritos en su país de residencia. En segundo lugar, la diferencia puede ser mayor puesto que hay siete estados, como se ha visto anteriormente, donde los nacionales no residentes tienen limitado el voto: en esos casos, el voto en este tipo de elecciones cubiertas por el estatuto de ciudadanía europea será –totalmente o en cierta medida– ejercitado solo en sus países de residencia. Da la impresión de que el *Informe 2019* tiene en cuenta esta situación, en cuanto señala que el número es cuatro veces superior «cuando esta opción –la de inscribirse en el censo del estado del que se es nacional– estaba disponible»: si bien en tres de los cuatro estados que no permiten votar desde otro no aparecen cifras de esos no residentes, sí aparecen en el cuarto de ellos, así como en los estados donde se produce esa limitación del voto si se ha residido fuera un determinado período de tiempo [47]. No parece, sin embargo, que las categorías sean del todo claras para usarlas adecuadamente.

El *Informe 2019* no profundiza más en los datos, pero los mencionados sirven a la Comisión para obtener una conclusión cara al futuro: que la posibilidad de optar –por votar en el país de origen o en el de residencia– ayuda a mantener la participación alta [48].

En el detalle del estudio que, del sufragio activo de ciudadanos móviles, se hace en el documento de trabajo no se contabiliza al Reino Unido, tomando en cuenta solo los datos de UE-27 [49]. En la tabla ofrecida, elaborada con las respuestas de los estados miembros al cuestionario remitido por la Comisión, hay otros aspectos que suscitan diversas consideraciones.

Acerca del número de países que responden al citado cuestionario es necesario hacer algunas precisiones. Resulta llamativo que diez estados miembros no han proporcionado la cifra de ciudadanos nacionales de otros estados de la

[47] Es de Irlanda, que no permite votar desde otro estado miembro según el documento de trabajo, de quien sí aparecen cifras entre los electores no residentes inscritos en el censo: podrían corresponder a que no hayan superado el período determinado de residencia fuera que limita el voto o que no se trate de un estado miembro sino de un tercer país (*Informe 2019*, *op. cit.,* Tabla 1 p. 10). En el caso de los otros estados que lo limitan por residir fuera un cierto tiempo, se trataría de no haber llegado aún al mismo.

[48] *Ibid.*, p. 5.

[49] Se señala aquí que es «en el detalle» por cuanto en el global parece que sí se han tenido en cuenta, como se ha indicado en el texto anteriormente.

UE que en ellos residen, lo que es un retroceso en sí respecto a los procesos electorales anteriores: en 2014 solo faltaba ese dato de un estado y en 2009 había faltado de tres [50]. Además, una aproximación más cualitativa a esta omisión permite advertir varias cosas: por un lado, uno de los países que no lo hace, Francia, sí ha comunicado el número de estos ciudadanos móviles inscritos en su censo electoral y es, concretamente, el segundo más elevado de la UE, o que –entre quienes no los han proporcionado– se encuentran tres de los seis estados fundadores de la UE, aparentemente más familiarizados con la libre circulación y la integración europea. Por otro lado, respecto al número de estos ciudadanos inscritos en el censo electoral del país en que residen, no han proporcionado datos dos de ellos y Luxemburgo señala que es cero: en 2014, también eran dos estados los que no proporcionaron ese dato, mientras en 2009 fue solo uno [51].

En este punto, es necesario efectuar una puntualización que hará cambiar los datos indicados si se confirma. El número de ciudadanos móviles en Dinamarca, estado incorporado a la entonces Comunidad Europea en su primera ampliación, resulta desproporcionado: se ofrece una cifra que es prácticamente igual a la de residentes nacionales daneses inscritos en su censo electoral y que, además, es bastante similar a la del estado con mayor número de ciudadanos móviles de toda la UE, esto es, Alemania. Se aportan, a continuación, las cifras correspondientes para hacerse cargo de la situación, añadiendo a España, que sería el tercer estado UE-27 con más ciudadanos móviles residentes en términos absolutos [52]:

Tabla 3

Ciudadanos móviles Alemania, Dinamarca y España [53]

	Nacionales residentes inscritos censo electoral	**Ciudadanos móviles residentes en el país**	**Ciudadanos móviles en censo electoral**
Alemania	61.361.569	4.243.327	202.106
Dinamarca	4.222.135	4.219.314	Sin datos
España	34.803.796	2.137.901	365.603

[50] Ahora no hay datos de Austria, Bulgaria, Eslovaquia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Polonia y Rumanía. No los hubo en 2014 de Polonia, que repite falta de respuesta, y en 2009 de Bulgaria, Italia y Reino Unido: dos de estos estados –Bulgaria e Italia– «reinciden» respecto a este último año.

[51] No han proporcionado datos Bulgaria y Dinamarca, mientras en 2014 no lo hicieron Austria y Polonia y en 2009 los Países Bajos. Respecto a Luxemburgo aparece la cifra de 0 en ese punto de la tabla, cuando sí los había respecto de las anteriores elecciones como se indicará más adelante (*vid.* documento de trabajo, *op. cit.,* p. 10).

[52] Si se tuviera en cuenta al Reino Unido también lo superaría, porque –como se ha indicado–, tenía 3'68 millones de ciudadanos móviles residentes.

[53] Elaboración propia a partir de datos del documento de trabajo, *op. cit.,* p. 10.

En la documentación que usó la Comisión para realizar el Informe sobre las elecciones de 2014, aparecía el número de ciudadanos móviles residentes en Dinamarca en 2009 y en 2014, indicando también el número de ellos inscritos en el censo electoral: ahí se advierte la enorme diferencia con los datos de 2019, como puede verse a continuación:

Tabla 4

Ciudadanos móviles en Dinamarca [54]

Año	Total	Inscritos en censo electoral	Tasa inscripción
2009	97.919	16.744	17,1
2014	130.631	15.940	12,2
2019	4.219.314	Sin datos	No se puede

Resulta por ello, necesario abandonar ese dato ofrecido en el documento de trabajo y, en consecuencia, tomado en cuenta por el *Informe 2019*, y reducirlo del total [55]: de esta forma, el número de ciudadanos móviles de la UE-27 se situaría en torno a los 8'5 millones y los estados de los que no se tendrían datos subirían a once de veintisiete [56]. De ese número y con la información existente, puede señalarse que inscritos en los censos electorales de los estados donde residen se encuentra el 15'3 % [57].

Para valorar esta última cifra se hace preciso retomar algunos aspectos del trabajo dedicado al Informe de las elecciones de 2014. En él se analizó la tasa de

[54] Elaboración propia a partir de datos de CSES, *op. cit.,* p. 83 para los años 2009 y 2014 y documento de trabajo, *op. cit.,* p. 10.

[55] Para solventar la cuestión, se contactó con la UE –a través del Centro de Contacto Europe Direct, accesible a través de internet–, la Embajada de Dinamarca en España y el consulado danés en Málaga. Del primero, gestionado por la Comisión a través de su Dirección General de Comunicación, llegó respuesta de la Dirección General de Justicia y Consumidores agradeciendo el señalamiento del error en el documento de trabajo y comunicando que la Comisión estaba en contacto con las autoridades danesas para identificar el número correcto: en el acuse de recibo inmediato de la solicitud, se indicaba que se intentaría responder en un plazo de dos días laborales pero que, si las preguntas eran más complejas o específicas, las respuestas podían tardar más tiempo, recibiéndose efectivamente a los cinco meses. La embajada, a través de la Agregada de Asuntos Políticos y Culturales, respondió en hora y media al correo electrónico enviado, indicando que el dato era erróneo y remitiendo enlace a una publicación de las autoridades estadísticas danesas donde podía verse que la cifra de ciudadanos europeos residentes en ese país «por razones de trabajo» (sic) en 2023 no llegaba a 120.000 personas. La respuesta del consulado, recibida en menos de veinticuatro horas, solo facilitaba los datos de contacto del Instituto Nacional de Estadística danés al objeto de recabar allí la información solicitada.

[56] Concretamente, serían 8.492.188 los ciudadanos móviles. Si se atiende al global de la UE en el momento de las elecciones, esto es, incluyendo al Reino Unido, serían 13'03 millones de ciudadanos móviles. Quizás, si Dinamarca hubiera aportado el dato de ciudadanos móviles inscritos en su censo electoral, se podría haber advertido la desproporción y el error.

[57] Según los datos son 1.303.018, que suponen el 15'34 %.

registro de ciudadanos móviles en el estado de residencia en torno a dos parámetros –baja y relativamente alta– que fueron los usados por la Comisión en su evaluación. La primera se refería a una tasa de inscripción inferior al 10 % y la segunda se adjudicó en ese lugar, aunque corrigiendo la propuesta por esa institución, a los estados que superaban la barrera del 15 % de ciudadanos móviles registrados para votar en el estado de residencia: usando este mismo criterio ahora, se concluiría que la tasa general de la UE sería relativamente alta por muy poco (haciendo abstracción del hecho de considerar así una cifra tan liviana) [58].

Se hace precisa una aclaración sobre este último aspecto. La tasa de inscripción se sitúa en el 15'3 % y, por tanto, se considera relativamente alta, dado que se ha eliminado para calcularla el número erróneo de ciudadanos móviles que el documento de trabajo asigna a Dinamarca: sin esa supresión, la tasa –con las cifras del citado documento, que son las que han permitido a la Comisión realizar el *Informe 2019*– sería del 10'25 %, debiendo valorarse entonces –en sintonía con la evaluación de 2014– como muy próxima a la baja.

Interesa ahora ofrecer la serie de los datos generales de las elecciones al Parlamento Europeo de la década 2009-2019, para tener una perspectiva más completa.

Tabla 5

Ciudadanos móviles en la Unión Europea [59]

Ciudadanos móviles	**2009**	**2014[60]**	**2019[61]**
Total UE	7.580.135	12.790.903	8.492.188
Inscritos censos electorales en país de residencia	1.008.204	1.323.685	1.303.018
Promedio	13,3 %	10,3 %	15,3 %

Teniendo esos datos delante, es pertinente realizar algunos comentarios. En primer lugar, es mejor la tasa de inscripción en 2019 que en las anteriores

[58] En el actual *Informe 2019* no aparece la tasa de inscripción ni, lógicamente, valoración alguna sobre la misma efectuada por la Comisión. Tampoco en el documento de trabajo.

[59] Elaboración propia a partir de datos de CSES, *op. cit.,* p. 83, con las correcciones indicadas en Trujillo Pérez, *op. cit.,* pp. 181-185, y documento de trabajo, *op. cit.,* p. 10 con las modificaciones que se acaban de señalar para 2019 en el texto.

[60] Estando formada la UE por 28 estados, se recuerda que uno no había proporcionado ese dato.

[61] Las cifras, en realidad, corresponden solo a los 16 estados que las proporcionan. Además, ha de tenerse presente que no se tienen en cuenta las relativas al Reino Unido y que se han excluido los de Dinamarca por lo mencionado en el texto.

elecciones de 2014 e, incluso, que en las de 2009, por lo que se ha mejorado en las inscripciones de ciudadanos móviles en los censos electorales en los países de residencia. Sin embargo, es posible considerarlo así porque, como se ha mencionado anteriormente, se han eliminado las cifras del documento de trabajo relativas a Dinamarca: si no, hubiera sido la peor de esta serie [62]. En segundo lugar, en números absolutos –y con los datos disponibles– resulta ser una cifra algo inferior en 2019, aunque en la misma categoría de 1'3 millones, lo cual puede ofrecer una pauta para futuras evaluaciones. Una profundización ulterior en estas magnitudes, objeto de otro trabajo, será la comparación de los mismos países en las sucesivas convocatorias electorales.

A diferencia del *Informe 2014*, no se ofrecen en el de 2019 términos de comparación para evaluar correctamente la situación, por lo que se estima conveniente construir la serie histórica parcial de los mismos. Además, la tasa de inscripción no aparece en el informe, ni en el documento de trabajo, siendo útil ofrecerla aquí para empezar a obtener esos términos de comparación.

Tabla 6

Tasa inscripción en censos electorales de ciudadanos móviles [63]

Ciudadanos móviles	**Residentes**	**Inscritos**	**% inscrip**
Malta	74.956	18.376	24,52
Sweden	275.434	49.072	17,82
Spain	2.137.901	365.603	17,10
Estonia	15.640	1.618	10,35
Belgium	755.569	73.251	9,69
Finland	88.019	7.444	8,46
Portugal	158.915	10.751	6,76
Cyprus	158.601	10.559	6,66
Lithuania	5.330	331	6,21
Germany	4.243.327	202.106	4,76
Slovenia	21.711	1.000	4,61
Hungary	113.285	3.390	2,99
Czechia	213.310	2.286	1,07
Latvia	13.958	28	0,20

[62] Quizás sea la razón por la que la Comisión ha omitido cualquier referencia a la misma.

[63] Cálculos propios de la tasa de inscripción, que se la usada para ordenar la tabla, a partir de datos del documento de trabajo, *op. cit.,* p. 10, con las modificaciones que se acaban de señalar para 2019 en el texto.

Ciudadanos móviles	**Residentes**	**Inscritos**	**% inscrip**
Croatia	15.992	13	0,08
Luxembourg	200.240	0	0
Bulgaria	–	–	
Denmark		–	
Ireland	–	84.313	
Greece	–	15.367	
France	–	264.915	
Italy	–	93.848	
Netherlands	–	56.637	
Austria	–	38.672	
Poland	–	2.500	
Romania	–	114	
Slovakia	–	824	
Total UE corregido[64]	8.492.188	1.303.018	15,34

Usando esos mismos parámetros del *Informe 2014* ahora, se puede analizar en primer lugar la tasa relativamente alta, esto es, la que supera el 15 % de inscripciones. Se observa que solo tres estados la superan en 2019 –Malta, Suecia y España–, lo que supone un descenso respecto a las elecciones de 2014 y, también, respecto a 2009, puesto que –en ambos casos– habían sido cinco los países que superaban ese umbral [65]. Es interesante observar que estos tres estados también se encontraban en esas magnitudes en 2014 y, de ellos, Suecia ya se situaba ahí en 2009 [66]. Del mismo modo que en 2014, solo un estado –Malta ahora– supera el umbral del 20 % en la tasa de inscripción en el estado de residencia. También hay que destacar que España sigue siendo –como en 2009 y 2014– el estado de la UE donde, en términos absolutos, más ciudadanos móviles de otros países se encuentran inscritos en el censo electoral [67].

[64] Corregido porque se ha eliminado de la tabla el dato erróneo de ciudadanos móviles residentes en Dinamarca ofrecido por ese documento de trabajo (4.219.314), que hacía llegar el total de la UE a 12.711.502: a esas cifras corresponderían una tasa de inscripción del 10,25%, puesto que los inscritos en los censos electorales seguían siendo 1.303.018.

[65] Hay que recordar que en 2014 se trataba de una UE-28 y en 2009 estaba formada por veintisiete estados. Los datos que se recogen no son los ofrecidos por la Comisión, sino los corregidos debido a los errores del informe de entonces, como se puso de relieve en otro lugar (Trujillo Pérez, *op. cit.,* p. 180-185).

[66] Desaparecen Irlanda y Francia en 2019, pues al no haber proporcionado los datos de ciudadanos móviles en ellas, no se calcula la tasa.

[67] Si en 2009 eran 283.792 de un total de ciudadanos móviles de 1.970.778 con una tasa del 14'4 %, en 2014 eran 337.748 de un total de 2.119.647 con una tasa del 15'9 %, ahora aparecen 365.603 de un total de 2.137.901 que se corresponde con una tasa del 17'1 % : el incremento ha sido sostenido en el

En el análisis sobre las elecciones de 2014, se consideró baja la tasa de inscripción inferior al 10 % de ciudadanos móviles residentes en un estado miembro. Hay que observar que esa situación se da en doce países, siendo superada por muy poco en uno más [68]: en 2014, se daba en dieciséis países y dos más la superaban mínimamente [69]. En una aproximación más cualitativa se puede señalar que tres de los estados fundadores se encuentran con esa tasa baja y de otros tres no se ha podido calcular: entre estos últimos, es llamativo el caso de Luxemburgo, porque ha respondido al cuestionario de la Comisión que no hay ningún ciudadano móvil de otro estado inscrito en su censo electoral, como ya se ha mencionado anteriormente [70].

La Comisión cierra este análisis específico concluyendo que persisten retos sobre la participación de ciudadanos móviles y señala dos de ellos de diferente manera: afirma como tal la inscripción en el censo electoral [71] y plantea, quizás autorreferencialmente, que puede serlo también la votación a distancia, bien sea por la insuficiencia de opciones, bien por el modo en que se administra [72]. Conecta, de todas formas, estos dos desafíos, por cuanto las modalidades en que se articula la votación a distancia pueden favorecer una mayor participación en los procesos electorales de esos ciudadanos: sin embargo, esta opción es posible que favorezca la participación en el país del que se es nacional, más que en el país de residencia. Esta posibilidad parece ir en desacuerdo con la perspectiva institucional adoptada, como se ha visto con anterioridad.

En realidad, la conclusión más relevante de las incorporadas a este punto –al margen del objetivo general de mejorar la participación electoral en este grupo de ciudadanos, ahora categorizado como específico–, es considerar limitada «la calidad de los indicadores y datos» obtenidos para evaluar su participa-

---

tiempo +1'5 %, 53.956 inscritos más y 148.869 residentes más en 2014 y +1'2 %, 27.855 inscritos más y 18.524 residentes más en 2019.

[68] Solo la supera Estonia con un 10'3 % y Bélgica se sitúa levemente por debajo, con un 9'7 %. Son mayoría, siete países, quienes se encuentran por debajo del 5 % y solo cuatro, además de Bélgica, superan esta última cifra.

[69] Aunque disminuye el número de estados con tasa baja, hay que advertir que de once países no se ha podido calcular: en 2014 solo se desconocía la tasa de inscripción de dos estados (cfr. CSES, *op. cit.,* p. 83).

[70] Aparece la cifra de 0 en ese punto de la tabla (documento de trabajo, *op. cit.,* p. 10). Sorprende porque en 2014 se publicó que eran 24.258, con una tasa de registro del 14'4 % y en 2009 eran 17.338 con una tasa del 16'1 % (cfr. CSES, *op. cit.,* p. 83).

[71] *Informe 2019*, *op. cit.,* pp. 5 y 6. El documento de trabajo individualiza la disparidad de procedimientos para hacerlo según los estados, las dificultades concretas para usarlos y el alcance que puede tener dicha inscripción en los países de residencia donde el voto sea obligatorio (*op. cit.,* p. 12).

[72] *Informe 2019*, *op. cit.,* pp. 5 y 6. La autorreferencialidad se debe a que le sirve para remitirse, sin más explicaciones, al estudio sobre la votación a distancia para fomentar la participación.

ción [73]. A continuación, relacionada con ella pero dirigida a los estados, se plantea como primera una medida que podría favorecer que se desvirtúe el carácter europeo de las elecciones en favor de la dimensión nacional de las mismas, al invitar a los estados miembros a realizar informes nacionales sobre el desarrollo de estas elecciones al Parlamento Europeo, señalando que habrían de incluir referencias a la participación de los grupos infrarrepresentados [74].

Planteada así, ciertamente va en la línea de afinar los instrumentos de recepción y evaluación de los datos pertinentes que, por ser más fiables y precisos, permitan orientar las medidas oportunas, con los recursos propios de los estados, que cuentan con autoridades y organismos electorales consolidados.

Otra conclusión introduce nuevamente la perspectiva de integración de la UE y menciona la gestión de los votantes en lugares con un elevado número de ciudadanos móviles residentes de la UE: en ese sentido, se sugiere que los estados miembros consideren la puesta en común de recursos y apoyo mutuo para las elecciones europeas [75].

Las anteriores afirmaciones se encuentran en la sección del informe dedicada a la participación electoral: aparecen otras referencias en la dedicada a la dimensión europea de estas elecciones y el ejercicio de los derechos electorales de la UE. Aquí se constata la existencia de dificultades comunicadas por ciudadanos móviles para inscribirse en los censos electorales, destacando que se producen tanto en los países de donde son nacionales cuando se encuentran residiendo fuera, como en los de residencia [76]. Estas dificultades son el punto que se va a explicitar en la parte final del Informe, dedicada específicamente como en ocasiones anteriores, a las Conclusiones de la Comisión: se hará en ese lugar, sin embargo, sin reducirla a ese elemento necesario del registro, sino imputándolas al ejercicio del derecho en toda su amplitud y reconociendo, por ello, que aún queda mucho por hacer en orden a su participación y, por ende, en el carácter integrador de la democracia europea [77]. En realidad, esto supone

---

[73] *Ibid.*, p. 9, por lo que la Comisión buscará la mejora de ambos (cfr. p. 11), llevando a la sección dedicada a las Conclusiones que «se necesitan cifras más completas y fiables» (p. 32).

[74] *Ibid.*, p. 11.

[75] «Teniendo en cuenta las diferencias en las normas nacionales, por ejemplo en materia de registro de votantes» (*Ibid.*, p. 12).

[76] *Ibid.*, nota 65, p. 15. Por ello, se indica que el refuerzo de estos derechos «incluirá la revisión del marco existente que regula los derechos electorales de los ciudadanos móviles de la UE, incluidos los datos intercambiados, el fomento de una mayor coordinación entre los Estados miembros en la preparación de los censos electorales nacionales (incluidas las distintas normas nacionales sobre calendarios, requisitos de identificación y criterios de cualificación)» (p. 18).

[77] «Los ciudadanos móviles de la UE tuvieron dificultades para votar en determinados Estados miembros, algunos de ellos a la hora de votar en su país de origen, otros al votar en su Estado de residencia» (*Ibid.*, p. 32).

reconocer que realmente el problema se encuentra en el impacto que la movilidad supone en la participación electoral, no mencionado explícitamente.

En este estudio del *Informe sobre las elecciones al Parlamento Europeo de 2019*, circunscrito fundamentalmente al derecho de sufragio activo de los ciudadanos móviles de la Unión Europea, resulta patente que todavía falta un verdadero sistema electoral en ella, que sigue sin existir: ciertamente hay reglas electorales –unas de toda la UE, otras nacionales– que, quizás debido a esa diferente procedencia que desea respetarse, aún no se han consolidado como sistema [78]. Esta tarea parece imprescindible en aras a conseguir la participación más amplia como objetivo democrático.

Igualmente, se constata la fragilidad del derecho, valoración debida sobre todo a las dimensiones reales del ejercicio de este derecho, pero también al número de estos ciudadanos inscritos en los censos electorales de sus países de residencia siendo nacionales de otros estados de la UE: ambos aspectos se consolidan en unas cifras muy reducidas.

Los análisis de la Comisión Europea sobre estos procesos continúan adoleciendo de una cierta falta de fiabilidad en los datos expuestos o en los que se basan, al igual que los elaborados respecto a anteriores convocatorias electorales. A la vez, persisten juicios benevolentes que favorecen una cierta conformidad con la situación estudiada. En todo caso, sí es digno de encomio el reconocimiento de la falta de calidad de datos utilizados, así como la consiguiente búsqueda de nuevos indicadores que permitan incorporar las medidas oportunas para redimensionar el ejercicio del derecho en el marco de una participación adecuada a la dimensión europea que poseen estas elecciones.

[78] Sobre la idea de sistema electoral llama la atención Gómez Sánchez, *op. cit.,* p. 570.

CIUDADANÍA EUROPEA Y PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Leyre Burguera Ameave
Universidad Nacional de Educación a Distancia

«Y hablaré, con gusto, del futuro […] El primero es un problema de identidad: no una identidad entendida como similitud, sino como percepción profunda de sí mismo. La insuficiente participación del electorado europeo en las elecciones de las cuales somos resultado demuestra cuán urgente es resolver tal problema. Imposible concebir una Europa sin europeos. […] Las instituciones comunitarias crearon remolacha, manteca, quesos, vinos, carne, y hasta cerdos europeos. Pero no hicieron hombres europeos».

Louise Weiss [1]

I. INTRODUCCIÓN

Desde una profunda vocación europeísta, la profesora Yolanda Gómez ha elaborado y difundido una prolífica obra que siempre ha aspirado a incorporar el enfoque multinivel de derechos y libertades como instrumento de libertad y de justicia. Esa voluntad le ha conducido a materializar y reivindicar, junto a una parte de la doctrina [2], el reconocimiento y la autonomía del Derecho Constitucional Europeo [3].

[1] Fue elegida diputada al Parlamento Europeo en 1979 (a la edad de 86 años) y pronunció el discurso inaugural en su sesión de apertura (17 de julio de 1979) en calidad de presidenta *pro tempore* de la asamblea, a la espera de la votación interna de la presidencia (que más tarde recaería en Simone Veil). En Weiss, L., (2009) «Intervención de Louise Weiss, presidente pro tempore del Parlamento Europeo», *Puente@Europa*, *7*(1). Año VII –Número especial– diciembre de 2009, p. 85. Recuperado a partir de: https://puenteeuropa.unibo.it/article/view/5564

[2] Entre otros cabe destacar a los profesores Teresa Freixes y Francisco Balaguer. En Gómez Sánchez, Y. y Elías Méndez, C., *Derecho Constitucional Europeo*, Thomson-Aranzadi, 2019, p. 20.

[3] Desde 2006 y a través de la Cátedra Jean Monnet en Derecho Constitucional Europeo, ha defendido esta posición.

Estimo que somos el producto de nuestra historia y que ésta se encuentra presente en nuestra escritura, en nuestros textos, por eso la profesora Gómez es capaz de reflejar Europa como un territorio de la experiencia y, al mismo tiempo, de la creencia en el futuro.

Estas líneas que se escriben desde la gratitud y el reconocimiento a toda su trayectoria académica pretenden abrir un pequeño espacio reflexivo sobre la necesaria profundización en la identidad europea colectiva a partir del examen de la participación política.

Si la participación política la entendemos como fundamento esencial de la ciudadanía europea y ésta conforma su identidad, considero que debemos afrontar los desafíos que plantea construir una identidad europea colectiva capaz de crear un vínculo supranacional que simbolice un verdadero proceso de integración.

A mi juicio, la actual identidad europea ha quedado fuertemente sustentada y constreñida bajo principios territoriales que le impiden acometer un objetivo político más ambicioso: conformar una identidad verdaderamente común.

En el horizonte político de la UE en el que los derechos de participación política del ciudadano fundamentan su posición jurídica en la sociedad y le posibilitan tomar parte activa en el proceso de formación de una voluntad colectiva, se debe trabajar por configurar un universo simbólico compartido que sustente una identidad.

Sugerir, reflexionar y advertir esa necesidad es el limitado propósito de este texto que sólo tiene interés cuando se sitúa en el recorrido de toda una obra a la que se intenta homenajear.

II. LA CONSTRUCCIÓN DE LA CIUDADANÍA EUROPEA

Desde hace décadas, la idea o noción de ciudadanía europea ha sido una cuestión debatida a partir de su enfoque nacional meramente agregativo y por eso no resulta extraño observar cómo su proceso de conformación ha resultado ser ejemplo y síntoma de la propia evolución política de la UE. De este modo, y como destaca Beck, a día de hoy seguimos concibiendo la identidad europea como un modelo colectivo, a la vez que agregativo y repartido, que tiene su sustrato en la identidad nacional de los distintos países que conforman la UE[4] y, con base en esta percepción, es normal que sigamos recurriendo al campo semántico del movimiento para hacer mención al proceso de «construcción de Europa»[5].

[4] Beck, U. y Grande, E., *La Europa Cosmopolita. Sociedad y política en la segunda modernidad*, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 148-150.

[5] Resulta interesante observar la utilización de metáforas y palabras recurrentes como: «ponerse en camino», «abrir «calles», «caminos», «rutas» o vías aún no del todo «transitables», etc. *Ibidem*, p. 152.

En este contexto narrativo de permanente construcción existen varios hitos que han marcado el estado actual de la cuestión. En primer lugar, es muy importante destacar el Tratado de la UE [6] o Tratado de Maastricht pues representó un salto cualitativo en materia de derechos y libertades [7]. Además, estableció como uno de los objetivos de la Unión: «reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión» [8]. Se trataba de un significativo avance en el ámbito sociopolítico de la UE ya que no sólo reconocía la ciudadanía europea, sino que además consolidaba un estatus de ciudadano europeo singular.

A partir de entonces, tal y como señala Yolanda Gómez, «Los ciudadanos europeos de cualquiera de los Estados miembros son sujetos del Derecho de la Unión y específicamente son sujetos de los derechos fundamentales reconocidos en este ámbito» [9].

Posteriormente, el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) va a incidir en cuestiones relativas a la nacionalidad y a la ciudadanía europea, reiterando lo que indica el artículo 9 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y enumerando los principales derechos y deberes de los ciudadanos de la Unión.

En concreto, el artículo 9 del TUE recuerda que todas las personas que tengan la nacionalidad de un Estado miembro son ciudadanos de la Unión y exige que la UE respete el principio de la igualdad de todos ellos, de modo que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos [10]. Un principio que constituye, sin duda, un factor fundamental en el desarrollo de la actual identidad europea.

Todo lo indicado nos conduce a entender que todo ciudadano en posesión de la nacionalidad de un Estado miembro de la UE es automáticamente ciudadano de la Unión de manera que la ciudadanía europea no sustituye a la ciudadanía nacional, sino que se suma a esta y otorga derechos específicos a las personas. Unos derechos que se reconocen y establecen con mayor desarrollo tanto en los tratados como en la Carta de los Derechos Fundamentales.

---

[6] Diario Oficial núm. C 191 de 29 de julio de 1992 pp. 0001-0110. Ver: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT

[7] Gómez Sánchez, Y., (coord.), «Las organizaciones internacionales y la defensa de los derechos», en *Los Derechos en Europa*, UNED - Universidad Nacional de Educación a Distancia, Servicio de Publicaciones, 2001, p. 106.

[8] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM: xy0026

[9] Gómez Sánchez, Y., *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, Sanz y Torres, UNED, 2023, 6.ª ed., pp. 176-177.

[10] Ver: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM: a12000

Sin embargo, la idea de ciudadanía ha venido asociada al reconocimiento de un conjunto de los clásicos derechos cívico-políticos de entre los que destaca, especialmente, el derecho de participación. Un concepto ético-político que encuentra en la Antigüedad parte de las ideas que perduran en su vigente conformación: la tradición de la participación política a través de la deliberación (de origen griego) y la tradición de la protección legal de los derechos de la persona (de origen romano). Sin desdeñar la fuerte impronta de los teóricos de los siglos XVII y XVIII y, especialmente, de las revoluciones francesa, inglesa y americana.

De este modo, ser tratado como ciudadano equivale a reconocer a alguien la plena capacidad para asumir los mismos derechos y obligaciones que los demás miembros de la comunidad, incluyendo la participación en las decisiones que afectan a todos. Ser ciudadano implica concebirlo como sujeto que participa en igualdad de derechos y deberes como miembro de la sociedad en la que vive.

Pero cabe exigir mucho más, como expone Jimena Quesada, «[…] la consolidación de una exclusiva y excluyente ciudadanía política no es condición suficiente para forjar Europa, sino que se necesita además de la ciudadanía social, de la económica y de las más diversas vertientes de la condición humana» [11].

Esa noción inclusiva y activa de la ciudadanía dentro de la comunidad de la que forma parte, permite no observarla como una mera agente receptora de beneficios sino concebirla con capacidad de influencia y de participación en su transformación.

A partir de ahí, considero importante introducir el análisis desde distintas dimensiones (o perspectivas). Podemos observar a la ciudadanía europea desde la dimensión subjetiva (o individual) que implica la atribución jurídico-formal de derechos y deberes a un titular individual de forma que le permite participar en la vida pública y en el poder del estado. O bien, desde la dimensión objetiva (o social) que hace referencia al conjunto de ciudadanos y a su vínculo de pertenencia creado con respecto a una comunidad, lo que implica intersubjetividad. Ese vínculo, desde la perspectiva universal y pública, radicaría en la nacionalidad, pero desde la perspectiva privada implicaría el vínculo afectivo jurídico-político que une a cada individuo con su nación, o bien, con el estado [12].

---

[11] JIMENA QUESADA, L., «La ciudadanía europea y el derecho de sufragio», en Gómez Sánchez, Y. (coord.), *Los Derechos en Europa*, UNED - Universidad Nacional de Educación a Distancia, Servicio de Publicaciones, 2001, p. 450

[12] ALLEGRE, P., «De la ciudadanía. Tesis para un debate filosófico-jurídico», en Quesada, F., (dir.), *Naturaleza y sentido de la ciudadanía hoy*, UNED, 2002, pp. 85-86.

Es esta última dimensión, la dimensión social desde la perspectiva privada, la que entiendo que debe incentivarse desde las instituciones europeas y desde los propios Estados miembros. De forma que, como señala Bustos Gisbert, sean acertadas «[…] aquellas iniciativas de regeneración de Europa (véase el número 5 del volumen 14 del German LawJournal de 2013 y en particular el texto defendido por De Witte y Hartmann) que inciden en la inclusión de paradigmas nuevos en el proceso de construcción europea que impliquen directamente a los ciudadanos a través de las nociones de *Trust* (mutua confianza entre los pueblos de Europa), *Aspirations* (traslación a la política europea de las grandes objetivos de la vida colectiva perseguidos por sus ciudadanos, en especial de las nuevas generaciones que han vivido la unidad europea como una realidad empírica) y *Sensitivity* (capacidad de la UE para captar y trasladar a sus actos las preocupaciones principales en cada momento de los ciudadanos europeos)» [13].

En definitiva, la identificación del individuo con los valores considerados propios y compartidos por la comunidad de la que forma parte.

De este modo, si logramos que los ciudadanos se sientan implicados e interpelados con la UE, no sólo se «autoidentificarán» como ciudadanos europeos [14] sino que actuarán y ejercitarán sus derechos en clave europea.

Así conseguiremos que la democracia no sea examinada sólo en cuanto al origen del poder, sino también a su ejercicio. Veamos a continuación sus posibilidades.

III. LA CIUDADANIA EUROPEA: DE LA DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL A LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

La UE siempre ha sentido la necesidad de reforzar la idea de la consecución de una verdadera democracia transnacional como parte de su proceso de construcción, y para ello no ha dejado de trabajar articulando mecanismos que reequilibraran las fuerzas entre las distintas instituciones que la integran.

---

[13] Bustos Gisbert, R., «Encuesta sobre la construcción política de Europa (II)», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, UNED, 2014, p. 37.

[14] Casi nueve de cada diez encuestados (87 %) están de acuerdo en que se sienten ciudadanos de la Unión Europea, seis de cada diez (63 %) se muestran totalmente de acuerdo y sólo el 12 % está en desacuerdo con la afirmación.

Solo el 12 % está en desacuerdo con la afirmación. El porcentaje de quienes se sienten ciudadanos de la UE es de al menos el 80 % en todos los Estados miembros y, de hecho, alcanza el 90 % o más en siete de ellos: Alemania (90 %), Hungría (90 %), Polonia (91 %), Estonia (92 %), España (93 %), Lituania (94 %) y Eslovenia (94 %). En Eurobarómetro Flash núm. 528 (2023) sobre «Ciudadanía y democracia», p. 7. Consultar en: https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2971

Junto a ello ha sido consciente de la exigencia de conformar una noción de ciudadanía europea que superase el vínculo de nacionalidad como principal criterio de adscripción permitiendo, de ese modo, articular una conciencia común europea.

En realidad, estas dos inquietudes, que están en la base de las constantes llamadas de atención sobre el problema del déficit democrático de las instituciones europeas [15] y su progresiva deslegitimación, quedan reflejadas en las encuestas [16]. En un reciente Eurobarómetro sobre «ciudadanía y democracia», casi nueve de cada diez encuestados (87 %) consideraron que era importante la participación de la sociedad civil (asociaciones, organizaciones no gubernamentales, etc.) en orden a promover y proteger la democracia y los valores comunes y, en particular, en lo que respecta al fomento de un debate democrático bien informado y pluralista. Además, más de la mitad de los encuestados creía necesario aumentar la participación de las organizaciones de la sociedad civil en el proceso de toma de decisiones a nivel nacional (56 %) y a nivel europeo (54 %), y alrededor de dos tercios de los encuestados estaban a favor de una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de elaboración de políticas a nivel nacional (68 %) y a nivel europeo (66 %) [17].

Ahora bien, fomentar e incrementar la participación de la ciudadanía en las actuales instituciones y hacerlo, esencialmente, a través de sus vías o cauces formales puede no ser la principal solución al problema de la desafección. Y a mi juicio, no lo es por dos motivos.

En primer lugar, porque como muestran algunos datos [18] la UE no ha querido o no ha sabido cómo encajar el componente popular en su proceso de construcción política, de modo que se ha decantado por ampliar el pluralismo institucional en la toma de decisiones abriendo nuevos espacios como, por ejemplo, la Iniciativa Ciudadana Europea (ICE) que, en el fondo, no han escapado del control político vertical.

---

[15] En ese sentido ver: Sánchez Cuenca, I., «El déficit democrático de la Unión Europea», en Llamazares, I. y Reinares, F. (Eds.), *Aspectos políticos y sociales de la integración europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 93-94.

[16] Como muestra de esa histórica inquietud puede consultarse: Forner Muñoz, S., «Proyecto europeo y opinión pública: las raíces de un creciente desencuentro», en *Historia y Política*, núm. 21, enero-junio 2009, pp. 95-115.

[17] Eurobarómetro Flash núm. 528 (2023) sobre «Ciudadanía y democracia», p. 12. Consultar en: https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2971

[18] Por ejemplo, en el caso de las elecciones al Parlamento Europeo, la evolución en la tasa de participación ha sido la siguiente: 1979 (63 %), 1984 (61 %), 1989 (58,5 %),1994 (56,8 %), 1999 (49,8 %), 2004 (45,47 %), 2009 (42,97 %), 2014 (42,61 %), 2019 (50,66 %), 2024 (50,74 %). Fuente: Datos facilitados por Verian para el Parlamento Europeo: https://results.elections.europa.eu/es/participacion/

Esta voluntad de abrir nuevos cauces de participación ha estado siempre presente, y como muestra encontramos algunas iniciativas interesantes como el «Libro blanco sobre la gobernanza» que la Comisión Europea hizo público en 2001 [19]. En él se menciona la necesidad de reformar la gobernanza europea para acercar a los ciudadanos a las instituciones europeas basándose en cinco principios acumulativos: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. Además, en este documento se plasma la clara consciencia de que «las políticas ya no deben decidirse desde arriba. Actualmente, la legitimidad de la UE es una cuestión de participación de los ciudadanos». Sin embargo, este objetivo queda inoculado, a continuación, al formularse propuestas «participativas» como que la Comisión recurra a redes informales y organizaciones no gubernamentales (como interlocutores de la sociedad civil en general) para intervenir en el debate, pero sin ningún tipo de capacidad decisoria [20].

En esta misma línea resulta muy interesante destacar otra importante iniciativa: la Conferencia sobre el futuro de Europa [21]. Se trata de un conjunto de debates y discusiones protagonizados por ciudadanos europeos, que tuvieron lugar entre abril de 2021 y mayo de 2022 y que se llevaron a cabo a través de una plataforma digital multilingüe. El resultado final fue la presentación por parte de los copresidentes del Comité Ejecutivo de la Conferencia [22] de 49 propuestas y 326 medidas a las instituciones europeas: presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

Estas propuestas abordaban nueve temas: cambio climático y medio ambiente; salud; una economía más fuerte, justicia social y empleo; la Unión en el mundo; valores y derechos, Estado de Derecho y seguridad; transformación digital; democracia europea; migración; educación, cultura, juventud y deporte.

A raíz de ello, la Comisión Europea elaboró las primeras líneas de acción sobre las propuestas que entraban dentro de sus competencias en su Comunicación, «Transformar la visión en acciones concretas» y se propuso una mayor

---

[19] Consultar: https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/white-paper-on-governance.html

[20] Lo que condujo a que, como señala Closa Montero, existiese «un amplio consenso que el propósito (implícito) principal del Libro Blanco es el reforzamiento de la Comisión, algo que ha sido criticado por numerosos autores», en Closa Montero, C., «El libro blanco sobre la gobernanza (1)», Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), núm. 119. Enero-Mamo 2003, p. 499.

[21] https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/conference-future-europe_es

[22] Como síntoma de lo que venimos advirtiendo resulta curioso observar como esta iniciativa se vio en parte retrasada por las disputas entre las instituciones con motivo de la nominación de la persona que debía ocupar la presidencia. En Luena López, C., «La participación ciudadana en la arquitectura institucional de la Unión Europea», en Sierra-Rodríguez, J. (ed. lit.), Reviriego Picón, F., (ed. lit.), Tudela Aranda, J., (ed. lit.), *Escenarios de la participación ciudadana: Una visión multinivel,* Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2022, p. 136.

participación ciudadana en sus procesos y políticas democráticas. De ahí que estableciera los denominados «paneles de ciudadanos europeos» como una característica regular de la vida democrática de la UE al tratar de integrar la democracia deliberativa en la elaboración de las políticas de la Unión.

Actualmente, cada panel de ciudadanos reúne a 150 ciudadanos seleccionados al azar de entre los 27 Estados miembros de la UE con el objetivo de debatir las principales propuestas que se vayan a presentar en el futuro y de realizar recomendaciones que la Comisión podrá tener en cuenta. Hasta el momento se han celebrado paneles de ciudadanos sobre el desperdicio de alimentos, el mundo virtual, la movilidad en el aprendizaje en el extranjero, eficiencia energética o las diversas causas y factores que impulsan el odio en la UE y los diferentes ámbitos de acción para abordarlos [23].

Como se puede observar, en todo caso se trata de mejorar la gobernanza, de rediseñar el entramado institucional, pero no de ampliar y reconfigurar la base democrática de la toma de decisiones.

Es cierto que se trata de un objetivo ambicioso y complejo, pero debe abordarse sin demora. Especialmente, si tenemos en cuenta que existen circunstancias ajenas a la propia Unión que constituyen un síntoma de nuestro tiempo y que le afectan de manera directa. Me refiero, por ejemplo, al notorio y controvertido repliegue del individuo sobre sí mismo y sus intereses particulares.

Actualmente, parece que el ciudadano se aleja de la esfera pública, pero, en realidad, considero que el interés por la política, la democracia y la participación no ha decaído, sino que se ha redefinido. Se encuentra expresado y canalizado en otros espacios fuera de la política convencional y de sus instrumentos.

Esta circunstancia se ha podido ver agravada por uno de los efectos indirectos (o no previstos) de las pasadas crisis económicas: la constatación y aceptación, por parte de la ciudadanía, del carácter meramente regulador del Estado moderno que además ha visto limitada y constreñida su capacidad política o redistributiva en favor de entes supranacionales (UE) u organismos internacionales (Fondo Monetario Internacional).

Por tanto, el escenario político de toma de decisiones se ha trasladado fuera del ámbito clásico del Estado-nación soberano, ampliando el número de protagonistas que inciden y condicionan la conformación de la voluntad política. En consecuencia, si las decisiones clave son tomadas por órganos no representativos que además no rinden cuentas, las instituciones representativas y el propio proceso electoral que democráticamente las legitima son cuestionadas, devaluándose su posición y replanteándose su necesidad.

[23] Se puede consultar en: https://citizens.ec.europa.eu/index_en

A este hecho cabe añadir que en el seno de la UE la democracia se ha identificado como una democracia de partidos. De forma que en el momento en el que los partidos políticos se han replegado sobre sí mismos y se han instalado en el seno de las instituciones europeas (alejándose de la sociedad civil a la que debían representar), el propio sistema se ha visto afectado.

Precisamente la obra póstuma de Peter Mair, *Gobernando al vacío* [24], examina cómo la actual crisis de los partidos políticos incide de forma directa en la vigente y disfuncional democracia representativa. Pero evoca y sugiere mucho más: la indiferencia hacia la política como síntoma de nuestro tiempo, la ausencia de zonas de interacción entre el ciudadano y el político, etc. Indicios que cobran especial significación cuando pensamos en Europa.

A mi juicio, en el proceso de construcción política de la UE ha primado la consolidación de una democracia procedimental prescindiendo de su vertiente prescriptiva de modo que, de acuerdo con Schumpeter, nos encontraríamos ante aquella ordenación institucional establecida para llegar a la adopción de decisiones políticas en la que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha competitiva por el voto del pueblo [25]. Esta percepción de la democracia como método, considero que se ajusta al diseño actual de la democracia en Europa, ya que invierte el protagonismo adjudicado al «pueblo» en las clásicas teoría de la democracia dejándolo en un mero legitimador del sistema.

Este modelo, que obedece a un diseño vertical de la democracia, funciona mientras no se quiebre la confianza en los representantes y en las instituciones que los integran pero cuando la ciudadanía toma conciencia del excesivo protagonismo de las élites políticas transitorias que actúan en interés propio o de su partido, cuando los partidos se transforman en instrumentos de participación autorreferentes, profesionales y tecnocráticos, y su capacidad de integrar o movilizar voluntades se limita considerablemente, la crisis del sistema se muestra irreversible. Además, cuando se tratan de arbitrar mecanismos complementarios de participación directa éstos también obedecen a un diseño que afianza la dimensión vertical de la política lo que no hace sino agravar la percepción negativa de la participación política en el seno de la UE [26].

Quizá un ejemplo significativo de esto último sea la ICE que permite que un millón de ciudadanos de la Unión participen directamente en el desarrollo

---

[24] Mair, P., *Gobernando al vacío. La banalización de la democracia occidental*. Alianza editorial, 2015.

[25] Schumpeter, J. A., *Capitalismo, socialismo y democracia*, Tomo 2, Orbi, Barcelona, 1988, p. 343.

[26] Pueden consultarse aquí otros mecanismos complementarios de participación: https://europeanunion.europa.eu/live-work-study/participate-interact-vote_es

de las políticas de la UE, pidiendo a la Comisión Europea que presente una propuesta de legislación.

Nos encontramos ante un derecho contemplado en el artículo 11.4 del TUE cuyo ejercicio, procedimientos y requisitos fueron regulados y desarrollados a través del Reglamento (UE) núm. 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 y del Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1179/2011 de la Comisión, de 17 de noviembre de 2011 [27], posteriormente modificados en 2019.

El actual Reglamento [28] ha reformulado y mejorado algunas de las condiciones que se requieren para tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre las cuestiones que los ciudadanos europeos estimen que se necesita un acto jurídico de la Unión a efectos de la aplicación de los Tratados. Sin embargo, desde que en 2012 entrara en vigor esta nueva herramienta participativa, de las 118 iniciativas que se han registrado total o parcialmente, tan sólo 10 han sido atendidas, es decir, sólo 10 han recibido una respuesta oficial de la Comisión Europea [29].

Ahora bien, recibir respuesta positiva de la Comisión no significa que, finalmente, salga adelante, pues no deja de ser una propuesta legislativa que puede no prosperar y constituir, tan sólo, una vía publicitaria a ciertos intereses vehiculizada a través de un frágil mecanismo político [30].

En segundo lugar, estimo que, aunque tratemos de fomentar e incrementar la participación de la ciudadanía en las actuales instituciones apostando por su rediseño, éste siempre tendrá implícita la influencia de la «lógica de los Estados» que delimita y condiciona de manera determinante su configuración.

Esta afirmación se sustenta en el convencimiento de que esta dificultad encuentra su raíz en la indefinición de la naturaleza de la Unión.

A su vez, la disyuntiva de si nos encontramos ante un Estado supranacional o una unión de Estados, incide de modo directo en la configuración de su sustrato personal: la ciudadanía. A mi juicio, no resulta inane cuestionar

---

[27] Consultar: Gómez Sánchez, Y., «La "iniciativa ciudadana" en la Unión Europea» en *Panorama social*, núm. 17, 2013 (Ejemplar dedicado a: La ciudadanía europea en la encrucijada), p. 64 ss.

[28] Además, debe tenerse en cuenta el nuevo Reglamento Delegado (UE) 2024/1082 de la Comisión, de 6 de febrero de 2024, por el que se sustituye el anexo I del Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la iniciativa ciudadana europea que establece un nuevo número mínimo de firmas válidas por Estado miembro para las ICE registradas a partir del 16 de julio de 2024.

[29] https://citizens-initiative.europa.eu/find-initiative/eci-lifecycle-statistics_es#Mas-de-un-millon-de-firmas

[30] Báez Lechuga, I., *Análisis jurídico-político de la iniciativa ciudadana europea en el contexto de un equilibrio institucional complejo: posibles efectos dinamizadores de la democracia a partir de la introducción de la iniciativa ciudadana en la Unión Europea*, *BOE*, 2016, pp. 342-343.

el tipo de ciudadanía que puede conformarse en una entidad que no es un Estado, y en relación directa con ella, las formas de participación que debieran arbitrarse.

Hasta ahora y siguiendo a Habermas, se habría producido una integración funcional que considero que ha sido la fórmula empleada para la conformación de la UE, y que ha consistido en una suerte de inercia intergubernamental a favor de una Unión política inacabada y sin un rumbo claro. En contraposición, este autor aboga por favorecer «una integración normativa de los ciudadanos que hiciese posible que los objetivos se fijasen en común por encima de las fronteras nacionales» [31]. Para lograrlo, sería necesario un nuevo escenario donde se pueda dar la confluencia de distintas anticipaciones (una Carta Europea que anticipe las competencias que tendría una futura Constitución europea, unos partidos políticos que debatieran sobre asuntos europeos sentando las bases para conformar verdaderos partidos europeos, una opinión pública europea que de voz a una sociedad civil europea, etc.) que en un proceso circular de apoyo y estímulo mutuo, sentase las bases para la consecución de una conciencia europea común capaz de crear una democracia postnacional [32].

Como señala Bustos Gisbert: «Es, por tanto, en la mejora del proceso político a nivel popular donde debe hacerse el esfuerzo. La creación de un verdadero espacio republicano de deliberación pública (Maduro) factor esencial en la generación de sentimientos de pertenencia compartidos que debiliten en cierta medida las intensas lealtades estatales sentidas por los ciudadanos europeos» [33].

Por tanto, debemos articular efectivos instrumentos de participación política basados en dinámicas transnacionales que queden supeditados a unas condiciones estructurales de participación que trasciendan el ámbito nacional. En esta tarea hemos de ser capaces de construir una dinámica propia que evite lo que en su día ya señaló Fraile Ortiz, y es que siga prevaleciendo el diseño instrumental del concepto de ciudadanía al servicio de la legitimación de todo el proceso de construcción de Europa, de manera que finalmente quede desprovisto de apoyo social efectivo [34].

---

[31] Habermas, J., *El occidente escindido,* Trotta, Madrid, 2006*,* pp. 71-72.

[32] Habermas, J., *La constelación posnacional*, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 133-134.

[33] Bustos Gisbert, R., «Encuesta sobre…*op. cit.,* p. 37.

[34] Fraile Ortíz, M., *El significado de la ciudadanía europea*, CEPC, Madrid, 2003, p.22. También resulta interesante consultar: Fraile Ortíz, M., «La ciudadanía europea (entre paréntesis)», en *Revista Fundamentos*, Volumen 7: El Pueblo del Estado. Nacionalidad y Ciudadanía en el Estado Constitucional-Democrático, 2012, pp. 311-357.

IV. IDEAS CONCLUSIVAS: LA BÚSQUEDA DE UNA IDENTIDAD EUROPEA COLECTIVA

Vaclav Havel [35], en un artículo de prensa se preguntaba si existía una identidad europea y si los pueblos de Europa eran capaces de verse a sí mismos como europeos: «[…] A la hora de definir lo que significa ser "europeo", una tarea crucial es reflexionar sobre la naturaleza de doble filo de aquello que hemos aportado al mundo para darnos cuenta de que Europa no sólo le enseñó los derechos humanos sino que también introdujo el Holocausto; de que generamos impulsos espirituales no sólo para las revoluciones industrial y de la información sino también para saquear y contaminar la naturaleza, y de que alentamos el progreso de la ciencia y de la tecnología, pero asimismo borramos implacablemente experiencias humanas esenciales forjadas a lo largo de varios milenios».

Hasta ahora, se ha incidido sobre la vertiente individual de la noción de ciudadanía europea y en base a ella, se ha conformado la idea de identidad, pero estimo que es el momento de ahondar en su vertiente colectiva.

Habría que apostar por promover la materialización de las políticas de identidad europea colectiva.

Es, por tanto, exigible apelar a un enfoque vertical del proceso de construcción de la identidad europea, dirigiendo los esfuerzos hacia un rediseño institucional que permita una mayor integración ciudadana en la edificación de la UE. Para ello es necesario orientar las voluntades políticas hacia la configuración *ex novo* de una identidad que permita superar las narrativas históricas de cada Estado nacional.

A mi juicio, este escenario es factible crearlo a partir de la conexión de la dimensión política de la ciudadanía con un proyecto político de futuro, con un ethos basado en la acción, que incentive la presencia activa de la ciudadanía en la toma de decisiones de las instituciones europeas. En este sentido, deben desecharse la apelación a valores abstractos de escasa singularidad y proyección, e incentivarse una cultura política que prime una reconfiguración de las instituciones próximas al ciudadano. En este contexto de futuro, la participación activa ciudadana en el entramado institucional debe ser una prioridad para que Europa se conecte con la realidad.

Los ciudadanos europeos en la medida en que se consideren miembros y participantes de un proyecto común podrán percibir que su identidad trasciende del ámbito nacional y se integra en una nueva identidad que no queda super-

[35] VACLAV H., «¿Existe una identidad europea?», 2/7/2000, diario *El país*.

puesta ni supeditada a la anterior. Al contrario, nuestra identidad europea no puede ser sin más algo que construyamos como un mero agregado de identidades nacionales, sino que debe ser, a la vez, nuestro propio proyecto de futuro.

En las sociedades postindustriales, debemos ser capaces de generar entre sus miembros un tipo de identidad en la que se reconozcan y que les haga sentirse pertenecientes a ellas, porque este tipo de sociedades adolece claramente de un déficit de adhesión por parte de los ciudadanos al conjunto de la comunidad, y sin esa adhesión resulta imposible responder conjuntamente a los retos que a todos se plantean.

Necesitamos crear un «nosotros». Europa necesita crear una unidad de sentido a través de universos simbólicos compartidos.

El universo simbólico tiene carácter nómico u ordenador, aporta el orden para la aprehensión subjetiva de la experiencia biográfica, aunque, en el acontecer vital, las distintas experiencias formen parte de esferas distintas de la realidad. Permite poner cada cosa en su lugar, posibilita el ordenamiento de las diferentes fases de la biografía, y faculta al individuo a proyectarse en un futuro con unas coordenadas que le son conocidas.

Asimismo, el universo simbólico ordena la historia y ubica todos los acontecimientos colectivos dentro de una unidad de sentido, coherente con el pasado, el presente y el futuro.

De ahí que también estime que es muy importante que en ese proceso de comprender lo que somos, incluya lo que fuimos y lo que podemos llegar a ser.

Por ello, merece destacarse cómo ante los desafíos a la construcción de una identidad europea, y dentro del nuevo impulso que la Comisión Europea ha querido dar a la democracia europea, reconectando a sus ciudadanos con las instituciones democráticas y protegiendo nuestra democracia de amenazas como las injerencias externas, la desinformación o la incitación al odio en línea, se han financiado proyectos en el marco de Horizonte 2020 [36], para «fomentar la identidad europea en su diversidad»:

– EUMEPLAT analiza el papel de las plataformas mediáticas en el fomento o desmantelamiento de la identidad europea [37].

– MEDIATIZED EU explora cómo se crean los discursos mediáticos para promover o denunciar el proyecto europeo, y cómo resuenan entre el público [38].

[36] Financiación de la investigación y la innovación para la democracia y la gobernanza - Comisión Europea (europa.eu).

[37] Consultar: EUMEPLAT – Plataformas Europeas de Medios de Comunicación: evaluación de las externalidades positivas y negativas para la cultura europea.

[38] Consultar: Mediatized Discourses on Europeanization and Their Representations in Public Perceptions | MEDIATIZED EU | Project | Fact sheet | H2020 | CORDIS | European Commission (europa.eu).

De este modo, nos movemos en la dirección de lo posible señalada por Habermas, siendo conscientes de que la conciencia nacional es (en la forma de una naturalidad creada artificialmente) una formación de la conciencia enteramente moderna y que la historia nacional se construyó con la ayuda de juristas, historiadores, lingüistas, etc., y se produjo soterradamente gracias a los procesos educativos, a los medios de comunicación, etc [39]. Así pues, podemos lograr una identidad europea común.

Como dijo Louis Weis: «Europa no reencontrará su esplendor si no es encendiendo nuevamente estos faros, los faros de la consciencia, de la vida y del derecho. Ustedes sostienen sus chispas» [40].

[39] Habermas, J., *El occidente…op. cit.*, pp. 79-80.
[40] Weiss, L., *«Intervención…op. cit.*, p. 85.

ALCANCE DEL MARCO JURÍDICO ADOPTADO POR LA UNIÓN EUROPEA PARA COMBATIR LOS MATRIMONIOS FORZADOS: CON ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA ADHESIÓN AL CONVENIO DE ESTAMBUL Y DE SU IMPLEMENTACIÓN EN LA DIRECTIVA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

María Nieves Saldaña Díaz
Universidad de Huelva

I. LOS MATRIMONIOS FORZADOS: VIOLENCIA DE GÉNERO BASADA EN PRÁCTICAS PERJUDICIALES QUE VULNERAN LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES Y LAS NIÑAS

El matrimonio forzado, contraído sin el consentimiento libre y pleno de uno o ambos contrayentes, o antes de los 18 años, constituye una vulneración grave de los derechos humanos, especialmente de las mujeres y niñas, reconocidos en diversos tratados e instrumentos jurídicos de las Naciones Unidas, que no puede justificarse en base a prácticas perjudiciales derivadas de estructuras sociales basadas en la desigualdad, discriminación y relaciones de desequilibradas de poder, dominio y control sobre la autonomía, sexualidad y vida de las mujeres. Así, conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, el matrimonio forzado implica una vulneración del derecho a contraer matrimonio en libertad sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión (art. 16.1), exigiéndose el libre y pleno consentimiento de ambos con-

trayentes (art. 16.2) [1]. Asimismo, supone una vulneración del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 19 de diciembre de 1966, que establece expresamente que «El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes» (art. 23.3) [2]. Igualmente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), adoptada el 18 de diciembre de 1979, insta a los Estados a tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y reconoce expresamente el derecho a elegir libremente cónyuge y a contraer matrimonio solo por el libre y pleno consentimiento (art. 16.1), estableciendo expresamente que no tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños, debiendo los Estados adoptar las medidas legislativas necesarias para establecer una edad mínima a la que puede contraerse válidamente matrimonio, recomendándose la edad de 18 años (art. 16.2) [3]. De igual modo, la Recomendación General núm. 19 (1992) del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre Violencia contra la mujer, establece que la violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en virtud del Derecho internacional o de diversos convenios de

[1] Organización de Naciones Unidas, Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948. Disponible en https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/ [consulta: 12 de julio de 2024].

[2] Organización de Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1966. Disponible en https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights [consulta: 12 de julio de 2024]. Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) establece que el matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges, Organización de Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1966, artículo. 10.1. Disponible en https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights [consulta: 12 de julio de 2024].

[3] Organización de Naciones Unidas, Resolución 34/180 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1979. Disponible en https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women [consulta: 12 de julio de 2024]. Como señala expresamente el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en relación con el artículo 16.2 de la Convención, «El párrafo 2 del artículo 16 y las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño impiden que los Estados Partes permitan o reconozcan el matrimonio entre personas que no hayan alcanzado la mayoría de edad. En el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, "se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad". A pesar de esta definición y teniendo presentes las disposiciones de la Declaración de Viena, el Comité considera que la edad mínima para contraer matrimonio debe ser de 18 años tanto para el hombre como para la mujer. Al casarse, ambos asumen importantes obligaciones. En consecuencia, no debería permitirse el matrimonio antes de que hayan alcanzado la madurez y la capacidad de obrar plenas», Organización de Naciones Unidas, Recomendación General Núm. 21 (1994) sobre La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 13.º período de sesiones, 1994, párr. 36. Disponible en https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm [consulta: 12 de julio de 2024].

derechos humanos, constituye una forma de discriminación contra la mujer, incluyéndose los actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, las amenazas de cometer esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad, exigiéndose a los Estados que tomen todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio, fijen una edad mínima para contraer matrimonio, aseguren las condiciones de igualdad entre hombres y mujeres en el matrimonio, su mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento, afirmándose expresamente que las actitudes tradicionales que consideran a la mujer como subordinada o le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzados, el asesinato por presentar dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina, prejuicios y prácticas que pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación, recomendándose a los Estados a que actúen con la «diligencia debida» para combatir este tipo de actos públicos o privados de violencia contra las mujeres [4]. Un año más tarde, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (DEVAW por sus siglas en inglés), de 20 de diciembre de 1993, afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos que impide total o parcialmente a la mujer gozar de dichos derechos y libertades, incluyéndose las prácticas tradicionales nocivas, como los matrimonios forzados, entre los distintos tipos de actos de violencia contra la mujer, instándose a los Estados a condenar la violencia contra la mujer y a no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla (art. 2) [5]. Asimismo, el matrimonio de niñas constituye un incumplimiento de

[4] Organización de Naciones Unidas, Recomendación General, núm. 19 (1992) sobre Violencia contra la mujer, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11.º período de sesiones, 1992, especialmente párrs. 6, 9, 11 y 24. Disponible en https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm [consulta: 12 de julio de 2024]. En la Recomendación General, núm. 21 (1994) del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre Igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, se afirma que aunque la mayoría de los Estados parte informan de que las constituciones y leyes nacionales se ajustan a la Convención, no obstante, los informes de los Estados revelan que hay países en los que, sobre la base de la costumbre, las creencias religiosas o los orígenes étnicos de determinados grupos de personas, se permiten los matrimonios forzados o se concierte el matrimonio de una mujer a cambio de una remuneración o un trato preferente, mientras que en otros la pobreza de las mujeres las obliga a casarse con extranjeros para obtener seguridad económica, párrs. 15 y 16. Disponible en https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm [consulta: 12 de julio de 2024].

[5] Organización de Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre de 1993, artículos 1-4. Disponible en https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women [consulta: 12 de julio de 2024].

los principios fundamentales de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, relativos a no discriminación (art.2), interés superior del menor (art. 3), supervivencia, desarrollo y protección (art. 6) y participación (art. 12), obligándose a los Estados a tomar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al menor de toda forma de violencia, lesión o abuso físico o mental, abandono o trato negligente, maltrato o explotación, incluido el abuso sexual, mientras esté bajo el cuidado de los padres, tutores legales o cualquier otra persona que lo tenga a su cargo (art. 19.1), así como a la adopción de medidas específicas para prohibir y abolir todas las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para su salud, incluidas, por tanto, los matrimonios infantiles (art. 24.3), recomendándose la edad mínima para contraer matrimonio en 18 años [6]. Por todo, los matrimonios forzados impiden la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) adoptados por las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015, especialmente el ODS 5, relativo a lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y niñas, que establece como una de sus metas la eliminación de todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación (Meta 5.2), así como la eliminación de todas las prácticas nocivas, incluyéndose expresamente el matrimonio forzado (Meta 5.3) [7].

Atendiendo a los datos estadísticos publicados por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF por sus siglas en inglés), los matrimonios forzados afectan desproporcionadamente a las mujeres jóvenes y a las niñas, habiendo aumentado durante la pandemia mundial de COVID-19, estimándose que ha provocado más de 13 millones de casos adicionales, afectando especialmente a las niñas de hogares pobres, de zonas rurales remotas, que

[6] Organización de Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Disponible en https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de los Derechos del Niño han recomendado que los Estados eliminen las excepciones relativas a la edad mínima para contraer matrimonio y establezcan en 18 años la edad mínima para contraer matrimonio, tanto en el caso de las niñas como en el de los niños, afirmándose que el matrimonio infantil no puede justificarse por motivos tradicionales, religiosos, culturales ni económicos, *vid.* Organización de Naciones Unidas, Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, 14 de diciembre de 2014 (CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18), párrs. 20-24 y 55.f. Disponible en https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n14/627/81/pdf/n1462781.pdf?OpenElement [consulta: 12 de julio de 2024].

[7] Organización de Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 70/1, de 25 de septiembre de 2015, relativa a Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, p. 20. Disponible en https://unctad.org/meetings/es/sessionaldocuments/ares70d1_es.pdf [consulta: 12 de julio de 2024].

viven situaciones humanitarias y las que han abandonado la educación formal [8]. Aunque es difícil evaluar el número de niñas y mujeres jóvenes sometidas a matrimonios forzados, a causa del carácter a veces oculto del matrimonio forzado, unido al hecho de que a menudo ocurre en familias, grupos o comunidades cerradas en las que los matrimonios no se inscriben en registros oficiales, se estima que en 2022 los niveles más altos de matrimonio infantil se registran en África occidental y central, donde casi 4 de cada 10 mujeres jóvenes se casan antes de los 18 años, mientras que los niveles más bajos de matrimonio infantil se registran en África oriental y meridional (32 %), Asia meridional (28 %) y América Latina y el Caribe (21 %). Si bien la prevalencia del matrimonio infantil está disminuyendo a nivel mundial, no obstante, el número total de niñas que se casan se sitúa en 12 millones al año, siendo, por tanto, necesario acelerar considerablemente los avances para alcanzar la meta establecida en los Objetivos de Desarrollo Sostenible y poner fin a los matrimonios forzados, en caso contrario, más de 100 millones de niñas y mujeres jóvenes se habrán casado antes de cumplir los 18 años en 2030 [9].

Entre las principales causas que motivan los matrimonios forzados de mujeres y niñas figuran la pobreza, como estrategia de supervivencia económica familiar, aunque en muchos contextos se alienta el matrimonio de niñas y mujeres a edades tempranas porque es una práctica tradicional de carácter cultural o religiosa, aceptada como consecuencia de ideas estereotipadas de la sexualidad y función subordinada de la mujer en la sociedad, que afectan a la dignidad e integridad de las mujeres y niñas, resultando totalmente incompatibles con el respeto y protección de sus derechos humanos, siendo con frecuencia víctimas de violencia física, psicológica, económica y sexual, así como de restricciones a su libertad de circulación, sufriendo habitualmente situaciones análogas a la esclavitud, trata y trabajo forzoso, así como embarazos y partos prematuros, afectándose negativamente su salud sexual y reproductiva, siendo

[8] El impacto económico en las familias y el cierre de las escuelas durante la pandemia ha situado a millones de niñas en riesgo de sufrir matrimonio forzado, *vid.* United Nations Children's Emergency Fund, *COVID-19: A Threat to Progress against Child Marriage*. UNICEF, New York, 2021. Disponible en https://data.unicef.org/resources/covid-19-a-threat-to-progress-against-child-marriage/[consulta: 12 de julio de 2024].

[9] United Nations Children's Emergency Fund, *UNICEF Data: Monitoring the Situation of Children and Women, Child Marriage*. Last update: June 2023. Disponible en https://data.unicef.org/topic/child-protection/child-marriage/ [consulta: 12 de julio de 2024]. *Vid.* también United Nations Children's Emergency Fund, *Towards Ending Child Marriage: Global Trends and Profiles of Progress*. New York, 2021, pp. 12-16. Disponible en https://data.unicef.org/resources/towards-ending-child-marriage/?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=Global+trends+and+profiles+of+progress+report&utm_id=Towards+ending+child+marriage [consulta: 12 de julio de 2024]; United Nations Population Fund (UNFPA), *Marrying Too Young. End Child Marriage*. New York, 2012, pp. 22-30. Disponible en https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/MarryingTooYoung.pdf [consulta: 12 de julio de 2024].

incluso vulnerables a las enfermedades de transmisión sexual, abandonando, como consecuencia de todo ello, su formación y educación y disminuyéndose sus posibilidades de inserción laboral y social, limitando así los matrimonios forzados la capacidad de las mujeres y niñas para desarrollar su potencial y participar plenamente en la sociedad. De ahí que en los últimos quince años las Naciones Unidas hayan prestado una especial atención a los matrimonios forzados de mujeres y niñas, definiendo un conjunto de estándares internacionales para la prevención y erradicación de los matrimonios infantiles, tempranos y forzados, que requieren la adopción por los Estados de una estrategia integral dirigida al reforzamiento de disposiciones legales [10] y a la implementación de medidas de prevención, apoyo y protección a las niñas y mujeres víctimas de matrimonios forzados en todos los ámbitos [11].

En Europa, aunque los matrimonios forzados estaban prácticamente extinguidos, a excepción de algunos países de Europa Central y del Este, sin embargo, en las últimas décadas se observa su emergencia como consecuencia de los fenómenos migratorios, pues una buena parte de las poblaciones migrantes que ahora residen en territorio europeo proceden de países donde se

[10] En el Suplemento del Manual de Legislación sobre violencia contra la Mujer referido a las «Prácticas perjudiciales», que contiene un exhaustivo catálogo de recomendaciones dirigidas a los Estados para que armonicen sus legislaciones a fin de evitarlas, en relación con los matrimonios forzados se recomienda específicamente que en la legislación se estipule claramente que matrimonio forzado es todo matrimonio contraído sin el libre y pleno consentimiento de alguna de las partes, que la edad mínima para contraer matrimonio son los 18 años tanto para las mujeres como para los hombres y que se considera matrimonio de niños todo matrimonio en el que al menos uno de los contrayentes no haya alcanzado esa edad. Asimismo, para garantizar que se sancionan todos los matrimonios de este tipo, en la legislación tiene que tipificarse como delitos específicos el matrimonio forzado, el matrimonio de niños, la participación en el arreglo o la celebración de un matrimonio forzado o un matrimonio de niños, así como prohibir los esponsales antes de los 18 años de edad y suprimir la exoneración de los violadores que se casan con la víctima. Igualmente, se recomienda que la definición de matrimonio forzado sea lo suficientemente amplia como para incluir todos los tipos de prácticas relacionadas con el matrimonio forzado, como el sororato (en el que el marido contrae matrimonio o mantiene relaciones sexuales con la hermana de su mujer) y el levirato (en el que una mujer tiene que casarse con el hermano de su difunto marido), el rapto con fines de matrimonio, los matrimonios de intercambio (bedel), los matrimonios temporales (mut'ah y 'urfi), la herencia de la viuda/la esposa, el matrimonio forzado de una mujer con el hombre que la ha violado, los matrimonios de trueque y la práctica del trocosi (esclavización ritual de niñas), entre otros, *vid.* Organización de Naciones Unidas, *Suplemento del Manual de Legislación sobre la Violencia contra la Mujer. Prácticas perjudiciales contra la mujer*. División para el Adelanto de la Mujer, Nueva York, 2011, pp. 26-28. Disponible en https://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Supplement-to-Handbook-Spanish.pdf [consulta: 12 de julio de 2024].

[11] *Vid.* especialmente la última Resolución de la Asamblea General relativa al Matrimonio infantil, precoz y forzado A/RES/77/202, de 15 de diciembre de 2022. Disponible en https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n22/760/74/pdf/n2276074.pdf [consulta: 12 de julio de 2024]; y la última Resolución del Consejo de Derechos Humanos 48/6, de 8 de octubre de 2021, sobre el Matrimonio infantil, precoz y forzado en tiempos de crisis, incluida la generada por la pandémica de COVID-19. Disponible en https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g21/287/60/pdf/g2128760.pdf [consulta: 12 de julio de 2024].

vienen celebrado tradicionalmente matrimonios forzados [12]. Así, la Unidad de matrimonios forzados del Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino Unido se ocupa desde 2005 de casos que afectan a más de 90 países de Asia, Oriente Medio, África, Europa y América del Norte. En 2017, los países más afectados fueron Pakistán (36,7 %), Bangladesh (10,8 %), Somalia (7,6 %), India (6,9 %), Afganistán (1,6 %), Egipto (1,5 %), Irak (1,2 %), Nigeria (1 %), Rumania (0,9 %) y Arabia Saudita (0,9 %). En Francia, la mayoría de los países afectados se encuentran en el subcontinente indio, Turquía y la Federación de Rusia (en particular Chechenia), mientras que en Alemania, los casos afectan principalmente a Turquía y los países de los Balcanes occidentales (Serbia, Kosovo y Montenegro). Sin embargo, un porcentaje de matrimonios forzados no tienen una dimensión internacional, ya que todos los aspectos de la situación se producen en el país en el que residen las víctimas, pertenecientes con frecuencia a minorías nacionales, étnicas o religiosas que viven en ciertas regiones de Georgia, Azerbaiyán, Turquía y en Chechenia, o entre los romaníes y los nómadas en varios países europeos [13]. De ahí que en el ámbito europeo el análisis de los matrimonios forzados se haya articulado en torno a cuestiones relacionadas con la integración de los grupos de población migrantes [14]. Por esto no sorprende que en la acción del Consejo de Europa para combatir la violencia contra las mujeres haya cobrado especial relevancia la prevención y erradicación de los matrimonios forzados de mujeres y de niñas, adoptándose mecanismos jurídicos específicos, como la Resolución 1648 (2005) y la Recomendación 1723 (2005) de la Asamblea Parlamentaria, de 5 de octubre de 2005, sobre Matrimonios forzados y matrimonios de niños, así como la Resolución 2233 (2018) de la Asamblea Parlamentaria, de 28 de junio de 2018, sobre

[12] Hasta la fecha no existen datos estadísticos actualizados sobre la prevalencia de los matrimonios forzados en toda Europa, solo se dispone de algunos estudios del Consejo de Europa y la Unión Europea, *vid.* Council Of Europe, *Forced Marriages in Council of Europe Member States. A Comparative Study of Legislation and Political Initiative*. Prepared by Ms Edwige Rude-Antoine. Equality Division, Directorate General of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 2005. Disponible en https://eige.europa.eu/resources/CDEG(2005)1_en.pdf; European Union Agency For Fundamental Rights, *Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices*. Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2014. Disponible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-forced-marriage-eu_en.pdf.pdf [consulta: 12 de julio de 2024].

[13] Al respecto *vid.* Council Of Europe, Report of the Committee on Equality and Non-Discrimination on Forced marriage in Europe, Rapporteur Ms Béatrice Fresko-Rolfo, 11 June 2018, párrs. 22-24. Disponible en https://pace.coe.int/pdf/c11e62d046be5537cb5a640308ab5bd5d31f4980654e70a73c20cf844fb3c623?title=Doc.%2014574.pdf [consulta: 12 de julio de 2024].

[14] *Vid.* Sabbe, A., et al., «Forced marriage: and analysis of legislation and political measures in Europe», en: *Crime, Law and Social Change*, vol. 62, núm. 2, 2014, pp. 171-189; Ratia, E.; Walter, A., *International exploration on forced marriages. A literature study on legal measures, policy and public debates in Belgium, France, Germany, United Kingdom and Switzerland*. Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2008.

Matrimonio forzado en Europa, en las que se definen estándares que deben guiar la actuación de los Estados miembros en lo referente a la prevención, prohibición y erradicación de los matrimonios forzados [15]. Aunque, destacan especialmente las previsiones sobre matrimonios forzados contenidas en el Convenio del Consejo de Europa, de 11 de mayo de 2011, sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (CETS No. 210), conocido como Convenio de Estambul, el principal instrumento jurídico internacional vinculante adoptado hasta ahora en territorio europeo en el que se ofrece un marco integral para prevenir la violencia contra las mujeres, proteger a sus víctimas, enjuiciar a los autores y configurar una amplia gama de medidas para hacer frente a esta situación, exigiéndose a los Estados parte tipificar como delito los matrimonios forzados, así como a adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar que los matrimonios forzados puedan ser anulados o disueltos, instándose incluso a los Estados a perseguir los matrimonios forzados cometidos fuera de su territorio y a permitir que las mujeres víctimas de matrimonios forzados puedan recuperar el estatus de residente en caso de pérdida por haber contraído un matrimonio forzado fuera del Estado parte, contribuyendo así el Consejo de Europa a la configuración de un marco de estándares internacionales normativos y jurídicos para la efectiva erradicación de los matrimonios forzados más allá, incluso, de las propias fronteras de Europa [16].

En el ámbito de la Unión Europea (UE) no se disponen de datos fiables y comparables actualizados sobre la violencia contra las mujeres a nivel nacional y europeo, especialmente en relación con los matrimonios forzados [17]. En

---

[15] *Vid.* Council Of Europe, Resolution 2233 (2018) on Forced marriage in Europe, adopted by the Assembly on 28 June 2018 (26th Sitting). Disponible en https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25016&lang=en [consulta: 12 de julio de 2024]; Resolution 1648 (2005) on Forced marriages and child marriages, adopted by the Assembly on 5 October 2005 (29th Sitting). Disponible en https://assembly.coe.int/nw/xml/xref/xref-xml2html-en.asp?fileid=17380&lang=en [consulta: 12 de julio de 2024]; Recommendation 1723 (2005) on Forced marriages and child marriages, adopted by the Assembly on 5 October 2005 (29th Sitting). Disponible en https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17379&lang=en [consulta: 12 de julio de 2024].

[16] Council Of Europe, *Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence*, Istanbul, 11 April 2011, open for signature by the member States of the Council of Europe, the non-member States which have participated in its elaboration and the European Union, in Istanbul on 11 May 2011 (CETS No. 210). El Convenio fue abierto a la firma el 11 de mayo de 2011 con motivo de la 121.ª Sesión del Comité de Ministros en Estambul y tras la ratificación de Andorra el 22 de abril de 2014 entró en vigor el 1 de agosto de 2014. La relación de Estados que han firmado y ratificado el Convenio puede consultarse en http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?p_auth=Hk8eOEJz [consulta: 12 de julio de 2024]. Toda la información relativa al Convenio de Estambul, su alcance e implementación puede consultarse en https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention.

[17] Al respecto *vid.* European Parliament, *The Issue of Violence against Women in the European Union*. Directorate General for Internal Policies, Policy Department for Citizen's Rights and Constitutio-

el estudio más exhaustivo realizado hasta la fecha por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) en 2014, el 33 % de las mujeres encuestadas declararon haber sufrido violencia física o sexual, el 22 % violencia por parte de su pareja y el 55 % denunciaron haber sufrido alguna forma de acoso sexual [18]. Aunque los datos obtenidos de la encuesta de la FRA ofrecen una primera visión comparativa de las experiencias de violencia de las mujeres en la UE, sin embargo, debido a las limitaciones de la muestra, no se ofrecen datos sobre las experiencias de las mujeres pertenecientes a grupos específicos de población que han experimentado formas de violencia menos frecuentes, como los matrimonios forzados. Como se pone de manifiesto en el Índice de Igualdad de Género publicado por el Instituto Europeo de Igualdad de Género (EIGE) en 2023, siguen faltando datos fiables, comparables y actualizados en el ámbito sobre la violencia contra las mujeres a nivel nacional y europeo, incluyéndose las formas graves de violencia como los matrimonios forzados [19]. En los estudios publicados hasta ahora por diversas entidades de la Unión Europea con datos estadísticos sobre violencia contra las mujeres no se contienen datos específicos sobre la prevalencia de matrimonios forzados a nivel europeo. Así, aunque desde 2016 Eurostat ha coordinado el desarrollo de una encuesta de la Unión Europea sobre violencia de género contra las mujeres y otras formas de violencia interpersonal en el que participan dieciocho Estados miembros, recopilándose información sobre diversas formas de violencia presentes en el Convenio de Estambul, como violencia psicológica (incluida la violencia económica, que sólo se aplica a las parejas íntimas), acoso, violencia física, violencia sexual (incluida la violación) y acoso sexual (que sólo se aplica a situaciones en el lugar de trabajo), sin embargo, no se recogen datos sobre matrimonios forzados [20]. Con todo, aunque no se dispone todavía de datos es-

nal Affairs, Brussels, 2016, pp. 24-26. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556931/IPOL_STU(2016)556931_EN.pdf [consulta: 12 de julio de 2024].

[18] *Vid.* European Union Agency for Fundamental Righsts, *Violence against Women: an EU-wide Survey. Main Results*. Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015. Disponible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf [consulta: 12 de julio de 2024].

[19] El ámbito de la violencia contra las mujeres del Índice de Igualdad de Género proporciona un conjunto de indicadores que pueden ayudar a la UE y a sus Estados miembros a supervisar el alcance de las formas más comunes y documentadas de violencia contra las mujeres, incluyéndose las reguladas en el Convenio de Estambul, y a adoptar medidas y acciones para su erradicación, *vid.* European Institute for Gender Equality, *Gender Equality Index. Violence in the European Union in 2023*. Edition 2023. Disponible en https://eige.europa.eu/gender-equality-index/2023/domain/violence [consulta: 12 de julio de 2024].

[20] *Vid.* EUROSTAT, *EU Survey on Gender-based Violence against Women and other Forms of Interpersonal Violence (EU-GBV) - First Results*, *2022 Edition*. Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022. Disponible en https://ec.europa.eu/eurostat/documents/7870049/15323622/KS-FT-22-005-EN-N.pdf/315d443b-ba8d-e607-3ce0-845f642a8c00?version=1.0&t=1669371271599 [consulta: 12 de julio de 2024].

tadísticos globales sobre la prevalencia de los matrimonios forzados en todos los Estados miembros de la UE, no obstante, como evidencian algunos estudios, la práctica de los matrimonios forzados está presente en los Estados miembros (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Grecia, Noruega, República Checa, Rumania, Suecia, entre otros), especialmente en comunidades migrantes o grupos minoritarios [21], afectando a niñas y mujeres jóvenes de diferentes orígenes culturales y nacionales, siendo los padres y familiares los principales perpetradores de los matrimonios forzados [22].

Sin duda, el matrimonio forzado de mujeres y niñas, en tanto que violencia de género basada en prácticas perjudiciales que vulneran los derechos humanos, se opone frontalmente a los valores esenciales y principios fundamentales de la Unión Europea reconocidos en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), especialmente, la dignidad humana, la libertad, la igualdad y el respeto de los derechos humanos (art. 2 TUE), así como la lucha contra la discriminación, la igualdad de mujeres y hombres y la protección de los derechos de los menores (arts. 2 y 3.3 TUE; artículos 8 y 10 TFUE) [23]. Asimismo, vulnera los derechos recono-

[21] En la región de Larisa, en Grecia, donde reside una gran población gitana, una encuesta realizada entre 1.500 gitanos mostró que la edad media de matrimonio era de 15-16 años para las mujeres y de 18 años para los hombres, aunque 8 de cada 10 mujeres se casaban antes de los 15 años, no obstante, no hay datos cualitativos sobre si estos matrimonios fueron forzados o no. Asimismo, parece que los matrimonios de niñas a partir de los 12 años y de niños a partir de los 14 son comunes entre los musulmanes griegos, al respecto *vid.* European Commission, *Criminalisation of Gender-based Violence against Women in European States, Including ICT-facilitated Violence*. European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-discrimination, authors: Sara De Vido and Lorena Sosa, Directorate-General for Justice and Consumers, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021, p. 113, nota 371. Disponible en https://www.equalitylaw.eu/downloads/5535-criminalisation-of-gender-based-violence-against-women-in-european-states-including-ict-facilitated-violence-1-97-mb [consulta: 12 de julio de 2024].

[22] *Vid.* European Parliament, *Forced Marriage from a Gender Perspective*. Directorate-General for Internal Policies, Police Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Brussels, 2016, pp. 34-37. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556926/IPOL_STU(2016)556926_EN.pdf [consulta: 12 de julio de 2024]. European Union Agency for Fundamental Rights, *Addressing Forced Marriage in the EU: Legal Provisions and Promising Practices*. Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2014, pp. 9-10. Disponible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-forced-marriage-eu_en.pdf.pdf [consulta: 12 de julio de 2024]. European Parliament, *Forced Marriages and Honour Killings*: *Study*. Directorate-General for Internal Policies, Police Department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs, Brussels, 2008, pp. 9-12. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2008/408334/IPOL-LIBE_ET(2008)408334_EN.pdf [consulta: 12 de julio de 2024].

[23] Unión Europea, Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, *DO* C 202 de 7.6.2016, pp. 13 ss., especialmente p. 17. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ: C:2016:202: FULL&from=ES [consulta: 12 de julio de 2024]. Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *DO* C 202 de 7.6.2016, pp. 47 ss. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ: C:2016:202: FULL&from=ES [consulta: 12 de julio de 2024].

cidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), especialmente, el respeto y protección de la dignidad humana (art. 1), el derecho a la integridad física y psíquica de la persona (art. 3), la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 4), la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 5), el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 7), el derecho a contraer matrimonio libre y voluntariamente (art. 9), el derecho a la educación (art. 14), la prohibición de todo tipo de discriminación (art. 21), la igualdad entre mujeres y hombres (art. 23), los derechos de los menores (art. 24), así como el derecho a la protección de la salud (art. 35) [24].

Para avanzar en su erradicación, la Unión Europea ha abordado de forma progresiva el desafío que plantean los matrimonios forzados en diversos mecanismos jurídicos integrados en el marco de la acción general para garantizar la igualdad de mujeres y hombres, la prohibición de discriminación y combatir la violencia de género contra mujeres y niñas, instándose a los Estados miembros a la adopción de numerosas medidas para combatir los matrimonios forzados y proteger a las mujeres y niñas víctimas de los mismos, entre otras, adoptar disposiciones que garanticen el libre consentimiento al contraer matrimonio, salvaguardas frente al matrimonio contraído por menores de edad y mecanismos que permitan la anulación del matrimonio forzado; adoptar garantías que eviten que los Estados miembros de la UE se vean obligados a aceptar normas de terceros países que priven a las víctimas de protección contra el matrimonio forzado; establecer garantías en los procedimientos de reunificación familiar para combatir los matrimonios forzados, estipulándose una edad mínima para la reunificación familiar de los cónyuges; o conceder un permiso de residencia autónomo para que las mujeres víctimas de matrimonios forzados soliciten la protección necesaria de las autoridades sin temor a que el cónyuge tome represalias retirándole o amenazando con retirarle los beneficios de la residencia [25].

Asimismo, los matrimonios forzados han sido objeto de regulación de forma directa o indirecta en disposiciones legislativas específicas dirigidas a

[24] Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *DO* C 83/389 de 30 de marzo de 2010, pp. 389-403. Disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12010P&from=EN [consulta: 12 de julio de 2024].

[25] *Vid.* Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2018, titulada hacia una estrategia exterior de la Unión contra los matrimonios precoces y forzados: próximas etapas [2017/2275(INI)], *DO* C 118 de 8.4.2020, pp. 57-64. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018IP0292&from=SL [consulta: 12 de julio de 2024]; y Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2017, sobre erradicación de los matrimonios infantiles [2017/2663(RSP)], *DO* C 346 de 27.9.2018, pp. 66-69. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0379&from=DE [consulta: 12 de julio de 2024].

garantizar una protección más efectiva de las mujeres y niñas víctimas de violencia de género con un componente transfronterizo, al ser un ámbito propio de competencia de la Unión Europea, estando contemplados en varias Directivas y Reglamentos relativos a diversas materias, especialmente, libre circulación de personas y reagrupación familiar [26], protección de las víctimas de delitos [27], trata de seres humanos [28], inmigración, derecho de asilo y protección internacional [29], exigiéndose a los Estados miembros prestar la protección ne-

[26] Unión Europea, Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, *DO* L 251 de 03.10.2003, pp. 12-18. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0086 [consulta: 12 de julio de 2024].

[27] Unión Europea, Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección, *DO* L 338 de 21.12.2011, pp. 2-18. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32011L0099 [consulta: 12 de julio de 2024]. Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, *DO* L 315 de 14.11.2012, pp. 57-73. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029 [consulta: 12 de julio de 2024].

[28] Unión Europea, Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, *DO* L 261 de 6.8.2004, pp. 19-23. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32004L0081 [consulta: 12 de julio de 2024]. Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Directiva Marco 2002/629/JAI del Consejo, *DO* L 101 de 15.4.2011, pp. 1-11. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32011L0036 [consulta: 12 de julio de 2024]. Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, *DO* L 1712 de 24.6.2024, pp. 1-13. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ: L_202401712 [consulta: 12 de julio de 2024].

[29] Unión Europea, Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición), *DO* L 337 de 20.12.2011, pp. 9-26. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32011L0095 [consulta: 12 de julio de 2024]. Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición), *DO* L 180 de 29.06.2013, pp. 60-95. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0032&from=es [consulta: 12 de julio de 2024]. Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas de acogida de los solicitantes de protección internacional, *DO* L 180 de 29.6.2013, pp. 96-116. Disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0033&from=ES [consulta: 12 de julio de 2024]. Directiva (UE) 2024/1346 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por la que se establecen normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, *DO* L de 22.5.2024, pp. 1-35. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ: L_202401346 [consulta: 12 de julio de 2024]. Reglamento (UE) 2024/1347 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas que pueden acogerse a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, y por el que se modifica la Directi-

cesaria a las mujeres y niñas víctimas de matrimonios forzados cuando sean víctimas de delitos o víctimas de trata de seres humanos, recibiendo el apoyo especializado e integrado que requieran debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, o de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia, adoptándose órdenes de protección si fuera necesario, procediéndose al reconocimiento de protección internacional y al otorgamiento del asilo, si se dan los requisitos, y considerándose a las mujeres y niñas víctimas de matrimonio infantil o forzado con necesidades de acogida particulares.

Para avanzar en la adopción de mecanismos jurídicos más eficaces, tras un dilatado proceso la Unión Europea se ha adherido al Convenio de Estambul, que ha entrado en vigor en el ordenamiento jurídico de la Unión el 1 de octubre de 2023, incorporándose un marco jurídico europeo coherente para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y proteger y apoyar a las víctimas en el marco de las competencias de la Unión, contribuyendo a reforzar el marco jurídico existente en el ámbito del Derecho penal, inmigración, asilo y protección internacional, así como a mejorar el seguimiento, interpretación y aplicación armonizada de la legislación europea en los Estados miembros y en toda la Unión Europea, incluyéndose los matrimonios forzados [30]. Y para garantizar la efectiva implementación del Convenio de Estambul, se ha adoptado recientemente la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [31], constituyendo el primer acto legislativo de la Unión que aborda de manera específica la violencia de género contra las

va 2003/109/CE del Consejo y se deroga la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, *DO* L de 22.5.2024, pp. 1-34. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ: L_202401347 [consulta: 12 de julio de 2024]. Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, *DO* L de 22.5.2024, pp. 1-76. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ: L_202401348 [consulta: 12 de julio de 2024].

[30] Unión Europea, Decisión (UE) 2023/1075 del Consejo, de 1 de junio de 2023, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, en lo que respecta a las instituciones y la administración pública de la Unión, *DO* L 143 I de 2.6.2023, pp. 1-3. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32023D1075 [consulta: 12 de julio de 2024]. Decisión (UE) 2023/1076 del Consejo, de 1 de junio de 2023, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal, asilo y no devolución, *DO* L 143 I de 2.6.2023, pp. 4-6. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32023D1076 [consulta: 12 de julio de 2024].

[31] Unión Europea, Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, *DO* L de 24.5.2024. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ: L_202401385 [consulta: 12 de julio de 2024].

mujeres, estableciendo normas mínimas comunes y contribuyendo a armonizar los diferentes enfoques de los Estados miembros, incluidos los matrimonios forzados. No obstante, como se analiza a continuación, los avances son limitados, debido al restringido ámbito de aplicación de la propia Directiva conforme a las competencias propias de la Unión Europea, de ahí que la mayoría de las acciones necesarias para poner fin a los matrimonios forzados y proteger a las mujeres víctimas sigan siendo competencia de los Estados miembros, por lo que no está garantizada una regulación uniforme y armonizada en la legislación nacional, salvo que todos los Estados miembros hayan suscrito también el Convenio de Estambul, cosa que todavía no ha sucedido, por lo que parece necesario dotar a la Unión Europea de mayores competencias que garanticen una lucha más integral y efectiva contra la violencia contra la mujeres a nivel nacional y europeo, incluidos los matrimonios forzados.

II. LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO DE ESTAMBUL Y SU IMPLEMENTACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS MATRIMONIOS FORZADOS

Para avanzar en la prevención y erradicación de todas las formas de violencia hacia las mujeres en territorio de la Unión, tras un dilatado proceso iniciado en 2017, la UE ha ratificado en 2023 el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, adoptado el 11 de mayo de 2011 y entrado en vigor el 1 de agosto de 2014 (CETS No. 210), llamado Convenio de Estambul, que constituye el instrumento jurídico internacional de mayor alcance en el que se ofrece un marco integral para prevenir la violencia contra las mujeres en sus distintas formas, proteger a sus víctimas, enjuiciar a los autores y configurar una amplia gama de medidas para hacer frente a esta situación [32]. El Convenio de Estambul define la violencia contra la mujer como una violación de los derechos

[32] Council of Europe, Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, Istanbul, 11 May 2011, open for signature by the member States of the Council of Europe, the non-member States which have participated in its elaboration and the European Union, in Istanbul on 11 May 2011 (CETS No. 210). Disponible en https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210 [consulta: 12 de julio de 2024]. El Convenio fue abierto a la firma el 11 de mayo de 2011 con motivo de la 121.ª Sesión del Comité de Ministros en Estambul y tras la ratificación de Andorra el 22 de abril de 2014 entró en vigor el 1 de agosto de 2014. Hasta junio de 2024 han ratificado el Convenio 38 Estados, Turquía ratificó el Convenio en 2012 pero hizo efectiva su retirada en 2021, puede consultarse en https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?p_auth=oq7QX9fM [consulta: 12 de julio de 2024].

humanos y una forma de discriminación, incluyéndose «todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, en la vida pública o privada» (art. 3.a), exigiéndose a los Estados adoptar medidas legislativas y de otro tipo para promover el derecho a vivir a salvo de violencia tanto en el ámbito público como en el privado (art. 4.1.), así como condenar, prohibir y prevenir toda forma de discriminación contra la mujer y garantizar el principio de igualdad entre mujeres y hombres (art. 4.2), estableciéndose así una evidente interconexión entre la erradicación de la violencia contra la mujer y el logro de una efectiva igualdad entre mujeres y hombres [33]. Asimismo, se establece el principio de diligencia debida, que obliga a los Estados a «adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, investigar, castigar e indemnizar los actos de violencia cometidos por actores no estatales» (art. 5), entendiéndose que tal principio de diligencia debida no es una obligación de resultado, sino de medios, en el sentido de que los Estados están obligados a ofrecer respuesta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio de una manera que permita a las autoridades pertinentes prevenir, investigar, sancionar y reparar de forma diligente esos actos de violencia [34]. Igualmente, el Convenio de Estambul establece como obligación general de los Estados parte adoptar las medidas legislativas y de otro tipo necesarias para prevenir todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio ejercida tanto por persona física como jurídica (art. 12.2) [35], así como velar por que la cultura, las costumbres, la religión, la tradición o el supuesto «honor» no sean aceptados como justificación de ningún acto de violencia incluido en su ámbito de aplicación (art. 12.5), no admitiéndose este tipo de justificación en los procesos penales abiertos por la comisión de los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio tipificados como delitos, de manera que los Estados parte deben garantizar que en su Derecho penal y procesal penal no se permi-

[33] Council of Europe, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*. *Council of Europe Treaty Series*, *No. 210,* Istanbul, 11.V.2011, párrs. 40, 48-51. Disponible en https://rm.coe.int/ic-and-explanatory-report/16808d24c6 [consulta: 12 de julio de 2024].

[34] *Ibid.,* párrs. 58-59.

[35] *Ibid.*, párrs. 84-90. Sobre el alcance del artículo 12 del Convenio *vid.* Council of Europe, *Preventing Violence Against Women: Article 12 of the Istanbul Convention. A Collection of papers of the Council of Europe Convention on Preventing and combating violence against women and domestic violence*. Prepared by Marianne Hester and Sarah-Jane Lilley, Council of Europe, Strasbourg, 2014. Disponible en https://rm.coe.int/168046e1f0 [consulta: 12 de julio de 2024].

tan a los acusados invocar pretensiones que justifiquen los delitos cometidos en base al respeto a ciertas costumbres o prácticas de carácter cultural, tradicional o religioso, debiéndose garantizar igualmente que las convicciones y creencias individuales de los actores judiciales no den lugar a interpretaciones de la ley que supongan una justificación de los delitos en base a tales motivos, como es el caso de los matrimonios forzados (art. 42) [36].

En relación con los matrimonios forzados, en primer lugar, en el Convenio se regulan las consecuencias jurídicas de los matrimonios forzados en el ámbito del Derecho civil, exigiéndose a los Estados parte que adopten las medidas legislativas necesarias para que «los matrimonios contraídos recurriendo a la fuerza puedan ser anulables, anulados o disueltos sin que esto suponga para la víctima cargas económicas o administrativas excesivas», de manera que los procedimientos establecidos para la anulación o disolución de un matrimonio forzado no deben presentar dificultades insuperables o indirectamente conducir a dificultades financieras por parte de la víctima (art. 32) [37]. Asimismo, conforme al Convenio, los Estados parte deben velar por que todas las formas de violencia contra la mujer y violencia doméstica estén tipificadas como delito y sean castigadas adecuadamente, exigiéndose a los Estados que adopten «las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se comenta intencionadamente, de obligar a un adulto o un menor a contraer matrimonio» (art. 37.1), entendiéndose por matrimonio forzado el contraído sin el libre y pleno consentimiento de al menos una de las partes, de ahí que el tipo penal se sitúe en el ámbito del consentimiento, exigiéndose a los Estados que tipifiquen como delito el hecho de «obligar» a un adulto o un menor a contraer matrimonio [38]. Por otro lado, el Convenio incorpora el principio de extraterritorialidad en la persecución y castigo de los matrimonios forzados, obligando a los Estados parte a «tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de engañar a un adulto o un menor para llevarlo al territorio de una Parte o de un Estado distinto a aquel en el que reside con la intención de obligarlo a contraer matrimonio» (art. 37.2). Deben también tipificase, por tanto, como delitos el engaño para la celebración de matrimonios contraídos fuera del territorio del Estado, pues en muchos casos las víctimas de matrimonios forzados son trasladadas a otro país, con frecuencia el de sus antepasados, y se ven obligadas a casarse con un residente de ese país, de ahí que la conducta tipificada como delito sea llevar mediante en-

[36] Council of Europe, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, *op. cit.,* párrs. 216-218.

[37] *Ibid.*, párrs. 177-178.

[38] *Ibid.*, párrs. 195-197.

gaño a una persona al extranjero con el propósito de obligarla a contraer matrimonio, no siendo necesario que el matrimonio finalmente se celebre, pues el tipo penal se refiere a cualquier conducta por la que el perpetrador seduce a la víctima a viajar a otro país con la intención de obligarla a contraer matrimonio en el extranjero [39].

Para garantizar la persecución de los matrimonios forzados celebrados en el extranjero, el Convenio obliga a los Estados parte a adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar su jurisdicción cuando el delito de matrimonio forzado es cometido por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio (art. 44.1.e.), o cuando la víctima del matrimonio forzado sea uno de sus nacionales o una persona con residencia habitual en su territorio (art. 44.2), debiendo asegurarse de que su jurisdicción no esté subordinada a la condición de que los matrimonios forzados también estén tipificados en el territorio en el que se hayan celebrado (art. 44.3) [40], ni a que la apertura de diligencias venga precedida de una demanda de la víctima o de una denuncia del Estado del lugar en el que el matrimonio haya sido celebrado (art. 44.4) [41], facilitándose así el enjuiciamiento de los matrimonios forzados contraídos en el extranjero, pues como algunos Estados no tienen la voluntad o los recursos necesarios para investigar los matrimonios forzados, la exigencia de una denuncia de la víctima o la presentación de cargos por parte de las autoridades competentes a menudo constituye un obstáculo para su enjuiciamiento. Asimismo, que la jurisdicción del Estado no esté subordinada a la condición de que los matrimonios forzados también estén tipificados como delito en el territorio del país extranjero en el que se hayan celebrado representa un importante avance para la protección de las víctimas al eliminar la clásica regla de la doble incriminación, garantizándose así la persecución de los matrimonios forzados celebrados fuera del territorio de aplicación del propio Convenio, aunque se permite a los Estados presentar reservas para no aplicar su jurisdicción o solo hacerlo en determinados casos y condiciones (art. 78.2) [42].

---

[39] *Ibid.*, párr.196.

[40] *Ibid.*, párr. 227.

[41] *Ibid.*, párr. 228.

[42] A pesar de los esfuerzos realizados en su proceso de elaboración, no fue posible llegar a un acuerdo unánime en cuanto al principio de extraterritorialidad, de ahí que se permita a los Estados presentar reservas, favoreciéndose así la ratificación del Convenio, *vid.* Council of Europe, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, *op. cit.,* párr. 381. Lamentablemente, hasta la fecha son diversos los Estados parte que se reservan el derecho de aplicación de las disposiciones contempladas en los artículos 44.1.e, 44.3 y 44.4 del Convenio, puede consultarse en https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=210&codeNature=0 [consulta: 12 de julio de 2024].

Por otro lado, en la medida en que las mujeres migrantes son especialmente vulnerables a los matrimonios forzados, y en tanto que el Convenio exige la aplicación de sus disposiciones y, especialmente, de las medidas para proteger los derechos de las víctimas, sin ningún tipo de discriminación, y, en particular, en base al estatuto de inmigrante (art. 4.4.), para proteger a las mujeres residentes en los Estados parte víctimas de matrimonios forzados celebrados en el extranjero que por causa de los mismos no hayan podido regresar al país de residencia en el plazo estipulado y hayan perdido el estatus de residente, el Convenio exige que los Estados adopten las medidas legislativas necesarias para que puedan recuperar su estatus de residencia por cuento se vieron obligadas a abandonar el país en el que residían habitualmente (art. 59.4) [43], aunque se permite a los Estados presentar reservas para no aplicarlo o solo hacerlo en determinados casos y condiciones (art. 78.2) [44]. Asimismo, en la medida en que el Convenio establece que la violencia contra la mujer basada en el género debe reconocerse como una forma de persecución en el sentido del artículo 1A (2) de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951, y como una forma de daño grave que da lugar a una protección subsidiaria, los Estados parte están obligados a velar por que se aplique una interpretación sensible al género a efectos de la concesión del estatuto de refugiada a las mujeres víctimas de matrimonios forzados, y por que se adopten medidas para desarrollar procedimientos de acogida sensibles al género y servicios de apoyo a las mujeres víctimas de matrimonios forzados solicitantes de asilo, así como directrices basadas en el género y procedimientos de asilo sensibles al género (art. 60) [45]. Igualmente, conforme al principio de no devolución, las mujeres víctimas de matrimonios forzados necesitadas de protección, con independencia de su condición o lugar de residencia, no pueden ser devueltas en circunstancia alguna a un país en el que su vida pueda estar en peligro o en el que pudieran ser víctimas de tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 61) [46]. Incluso, en el ámbito de la cooperación internacional, el Convenio contempla medidas para las mujeres que estén en situación de riesgo, instándose al Estado parte que esté en posesión de una información que proporcione bastante evidencia de que una mujer está en riesgo inmediato de ser sometida a un matrimonio forzado a transmitir sin demora esta informa-

[43] Council of Europe, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, *op. cit.,* párr. 308.

[44] *Ibid.*, párr. 381.

[45] *Ibid.,* párrs. 310-318.

[46] *Ibid.*, párrs. 319-322.

ción al Estado parte en el que el matrimonio forzado podría celebrarse con el fin de que se tomen las medidas de protección apropiadas (art. 63) [47].

Por tanto, el Convenio de Estambul supone un gran avance en la consolidación de los estándares normativos internacionales adoptados para combatir los matrimonios forzados, pues por primera vez se dispone en Europa de un instrumento jurídico marco vinculante que obliga a los Estados a tipificar como delito los matrimonios forzados, tanto de mujeres como de niñas, exigiéndoles que adopten diversos tipos de medidas, especialmente en cuanto a la protección de las víctimas, con una dimensión transnacional, por cuanto atendiendo al principio de extraterritorialidad los Estados parte también deben perseguir los delitos de matrimonios forzados cometidos más allá de sus fronteras, protegiéndose incluso a las mujeres migrantes residentes que hubieran perdido su estatus como consecuencia de haber contraído un matrimonio forzado fuera del territorio del Estado, debiendo garantizarse por los Estados la nulidad de los matrimonios forzados.

Desde la adopción del Convenio de Estambul en 2011, el Parlamento Europeo ha instado de forma reiterada a la Comisión a que inicie el proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio de Estambul, promoviendo, asimismo, las ratificaciones por los Estados miembros. Así, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2016, sobre la adhesión de la Unión al Convenio de Estambul sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica [2016/2966(RSP)], pide al Consejo y a la Comisión que agilicen las negociaciones sobre la firma y celebración del Convenio de Estambul (párr. 4), apoya la adhesión de la UE al Convenio de Estambul sobre una base jurídica amplia y sin reservas (párr. 5), y, en la medida en que la adhesión de la Unión al Convenio de Estambul no exime a los Estados miembros de la ratificación nacional, insta a todos aquellos Estados miembros que todavía no lo hayan hecho que ratifiquen lo antes posible el Convenio de Estambul (párr. 7) [48]. Unos meses más tarde, el 11 de mayo de 2017, el Consejo adopta dos Decisiones por las que se autoriza la firma del Convenio de Estambul, una sobre cooperación judicial en materia penal, basada en los artículos 82.2 y 83.1 del TFUE, en conjunción con el artículo 218.5 del mismo, y otra sobre asilo y no devolución, basada en el

[47] *Ibid.*, párr. 333.

[48] Unión Europea, Resolución Parlamento del Europeo, de 24 de noviembre de 2016, sobre la adhesión de la Unión al Convenio de Estambul sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica [2016/2966(RSP)], *DO* C 224 de 27.6.2018, pp. 96-100. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ: JOC_2018_224_R_0017&from=ES [consulta: 12 de julio de 2024].

artículo 78.2 del TFUE, en conjunción con el artículo 218.5 del mismo, procediéndose a la firma por la UE el 13 de junio de 2017. Según se establece en las respectivas Decisiones del Consejo, la firma del Convenio por la UE contribuye a la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres, siendo éste uno de los objetivos y valores fundamentales de la Unión y uno de los principios que ésta debe aplicar a todas sus actividades de conformidad con los artículos 2 y 3 del TUE, el artículo 8 del TFUE y el artículo 23 de la CDFUE. Al comprometerse a aplicar el Convenio, la UE reafirma su compromiso con la lucha contra la violencia contra las mujeres ejercida en su territorio y en todo el mundo, y refuerza su actual acción política y su marco jurídico material en el ámbito del Derecho procesal penal. Particularmente, la firma del Convenio concierne a asuntos que son competencia de la UE que afectan a normas comunes o alteran el alcance de las mismas, especialmente, en relación con determinadas disposiciones del Convenio relativas a cooperación judicial en materia penal, así como en materia de asilo y no devolución, conservando los Estados miembros su competencia en la medida en que el Convenio no afecte a normas comunes o altere el alcance de las mismas [49].

Sin embargo, el Parlamento Europeo, en su Resolución, de 12 de septiembre de 2017, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica [COM(20160109–2016/0062(NLE)], lamenta que la adhesión se restrinja exclusivamente a dos ámbitos específicos, cooperación judicial en materia penal y asilo y no devolución, generándose incertidumbre jurídica sobre el ámbito de la adhesión de la Unión, así como inquietud acerca de la aplicación del Convenio (párr. 2), por lo que se insta al Consejo a garantizar una adhesión amplia y sin restricción alguna de la Unión al Convenio (párr. 9.d) [50]. De ahí que en la Resolución del Parlamento Euro-

[49] Unión Europea, Decisión (UE) 2017/865 del Consejo, de 11 de mayo de 2017, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal, *DO* L 131 de 20.5.2017, pp. 11-12. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017D0865&from=ES [consulta: 12 de julio de 2024]. Decisión (UE) 2017/866 del Consejo, de 11 de mayo de 2017, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, en lo que respecta al asilo y a la no devolución, *DO* L 131 de 20.5.2017, pp. 13-14. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017D0866&from=ES [consulta: 12 de julio de 2024].

[50] Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica [COM(20160109–2016/0062(NLE)], *DO* C 337 de 20.9.2018, pp. 167-175. Disponible en https://eur-lex.

peo, de 4 de abril de 2019, por la que se solicita el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de las propuestas relativas a la adhesión de la Unión Europea al Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica y sobre el procedimiento para dicha adhesión [2019/2678(RSP)], se inste al TJUE a resolver la incertidumbre jurídica sobre la compatibilidad de las propuestas y el procedimiento de adhesión propuestos por el Consejo con los Tratados, con especial atención a la base jurídica de las dos Decisiones (párr. 1), así como en lo que se refiere a la compatibilidad con los Tratados de la práctica de un «acuerdo común» del Consejo en su toma decisiones (párr. 2) [51]. Unos meses más tarde, el TJUE afirma en su Dictamen 1/19, de 6 de octubre de 2021, que la UE puede ratificar el Convenio sin el acuerdo unánime de todos los Estados miembros, pues el ámbito de aplicación del Convenio se enmarca en el procedimiento legislativo ordinario, que no requiere unanimidad, y sin que haya sido ratificado previamente por todos los Estados que integran la Unión, considerado que el fundamento jurídico para la adhesión de la UE al Convenio de Estambul reside en los artículos 78.2, 82.2, 84 y 336 del TFUE [52].

Conforme al Dictamen 1/19 del TJUE, el 21 de febrero de 2023 el Consejo acordó seguir adelante con la adhesión de la UE y solicitó el consentimiento del Parlamento Europeo, adoptándose la decisión por la Eurocámara

europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ: JOC_2018_337_R_0029&from=ES [consulta: 12 de julio de 2024].

[51] Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de abril de 2019, por la que se solicita el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de las propuestas relativas a la adhesión de la Unión Europea al Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica y sobre el procedimiento para dicha adhesión [2019/2678(RSP)], *DO* C 116 de 31.3.2021, pp. 7-8. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019IP0357 [consulta: 12 de julio de 2024].

[52] «1) Siempre que se respeten plenamente, en todo momento, las exigencias establecidas en el artículo 218 TFUE, apartados 2, 6 y 8, los Tratados no prohíben que el Consejo de la Unión Europea, actuando de manera conforme con su Reglamento interno, espere, antes de adoptar la decisión de celebración por la Unión Europea del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul), al "común acuerdo" de los Estados miembros para quedar vinculados por este Convenio en los ámbitos del mismo comprendidos en las competencias de estos. En cambio, prohíben que el Consejo añada al procedimiento de celebración establecido en este artículo una fase adicional consistente en supeditar la adopción de la decisión de celebración de dicho Convenio a que previamente se haya constatado tal "común acuerdo". 2) La base jurídica material adecuada para la adopción del acto del Consejo relativo a la celebración por la Unión de la parte del Convenio de Estambul objeto del acuerdo previsto, en el sentido del artículo 218 TFUE, apartado 11, se compone de los artículos 78 TFUE, apartado 2, 82 TFUE, apartado 2, 84 TFUE y 336 TFUE», Unión Europea, Dictamen 1/19 del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 6 de octubre de 2021, ECLI: EU: C:2021:198. Disponible en https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=247081&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14501980 [consulta: 12 de julio de 2024].

el 10 de mayo de 2023 por mayoría cualificada. El procedimiento se completó con la adopción de sendas Decisiones del Consejo, de 1 de junio de 2023, por las que se autoriza la celebración del Convenio de Estambul en lo que respecta a las instituciones y la administración pública de la UE y en asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal, asilo y no devolución. El Convenio se firmó el 13 de junio y el depósito de los dos instrumentos de aprobación tuvo lugar el 28 de junio de 2023, produciéndose la entrada en vigor del Convenio en el ordenamiento jurídico de la UE el 1 de octubre de 2023. Una vez en vigor, el Convenio de Estambul forma parte del Derecho de la Unión, siendo vinculante para las instituciones de la UE en el marco de sus competencias (art. 216.2 TFUE), estando supeditado el ejercicio de las competencias de la Unión a los principios de subsidiariedad (art. 5.3 TUE), de forma que la UE solo puede actuar en la medida en que los objetivos del Convenio de Estambul no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y de proporcionalidad (art. 5.4 TUE), no debiendo ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. De conformidad con el artículo 3.2 del TFUE, la UE sólo puede obligarse al Convenio de Estambul en el marco de sus competencias y en la medida en que su celebración pueda afectar a normas comunes o alterar su alcance. Así, conforme a lo establecido en las respectivas Decisiones del Consejo que autorizan la celebración del Convenio, la UE es responsable de la aplicación de las disposiciones del Convenio en asuntos que sean de su competencia exclusiva en la medida en que puedan afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas, mientras que los Estados miembros que lo hayan ratificado son los únicos responsables de la aplicación de las disposiciones del Convenio que sean de su competencia nacional, teniendo la UE competencia exclusiva para aceptar las obligaciones establecidas en el Convenio con respecto a sus propias instituciones y administración pública, así como en relación con determinadas disposiciones del Convenio relativas a cooperación judicial en materia penal, asilo y no devolución en tanto sean competencia exclusiva de la Unión. Los procedimientos internos relativos al ejercicio de los derechos y obligaciones de la Unión y de los Estados miembros en virtud del Convenio se establecen en un Código de Conducta, en el que se determina la función de la Comisión como órgano de coordinación de la Unión para aquellos procedimientos que son de competencia exclusiva de la Unión de conformidad con el artículo 10 del Convenio, la presentación de informes al Grupo de Expertos (GREVIO), la participación de la Unión en las reuniones de los organismos creados por el Convenio, especialmente el Comité de las Partes a que se refiere el artículo 67 del Convenio, y la

fijación de posiciones comunes o coordinadas de la Unión, así como la estrecha cooperación en tales reuniones [53].

Sin duda, la adhesión de la Unión Europea al Convenio de Estambul proporciona un marco jurídico europeo coherente para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y proteger y apoyar a las víctimas en el contexto de las políticas interiores y exteriores de la Unión, mejorando el seguimiento, interpretación y aplicación de la legislación y de los programas y fondos de la UE, así como la recogida de datos comparables y desglosados a nivel de la Unión [54]. Asimismo, refuerza el marco jurídico existente en el ámbito del Derecho penal, inmigración y asilo en materia de violencia contra las mujeres, mejorando la seguridad jurídica y evitando disparidades en toda la UE. En este sentido, el Convenio de Estambul incluye materias que se incardinan en el ámbito de las competencias de la UE, pudiendo la Unión adoptar normas mínimas y medidas para apoyar, coordinar o complementar las acciones de los Estados miembros, entre otras, en materia de Derecho penal, derechos de las víctimas, cooperación transfronteriza, inmigración y asilo, estando sujetos los Estados en el ejercicio de esta competencia de la Unión a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (arts. 5.3 y 5.4 TUE). Así, en relación con las disposiciones del Convenio en materia de protección y apoyo a las víctimas de delitos en los procedimientos penales, la UE puede adoptar normas mínimas mediante directivas aprobadas conforme al procedimiento ordinario para facilitar el reconocimiento mutuo de sentencias y decisiones judiciales y la cooperación policial y judicial en materia penal con dimensión transfronteriza (art. 82.2 TFUE), así como medidas, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, que impulsen la actuación de los Estados miembros en el ámbito de la prevención

[53] Unión Europea, Decisión (UE) 2023/1075 del Consejo, de 1 de junio de 2023, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, en lo que respecta a las instituciones y la administración pública de la Unión, *DO* L 143 I de 2.6.2023, pp. 1-3. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32023D1075 [consulta: 12 de julio de 2024]. Decisión (UE) 2023/1076 del Consejo, de 1 de junio de 2023, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal, asilo y no devolución, *DO* L 143 I de 2.6.2023, pp. 4-6. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32023D1076 [consulta: 12 de julio de 2024].

[54] *Vid.* Unión Europea, Código de conducta por el que se establecen las disposiciones internas relativas al ejercicio de los derechos y obligaciones de la Unión Europea y los Estados miembros en virtud del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (2023/C 194/03), *DO* C 194 de 2.6.2023, pp. 7-11. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:42023Y0602(01)&qid=1719221701019 [consulta: 12 de julio de 2024].

de la delincuencia, con exclusión de cualquier armonización de las leyes y reglamentos de los Estados miembro (art. 84 TFUE). Atendiendo a tal base legal, en el ámbito de las competencias de la Unión puede considerarse incluida la adopción de normas mínimas para armonizar las definiciones y sanciones de delitos graves con una dimensión transfronteriza (art. 83.1 TFUE), como la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niñas, incluyéndose las prácticas perjudiciales reconocidas en el Convenio de carácter transfronterizo, como los matrimonios forzados. Igualmente, en relación con las previsiones del Convenio relativas a migración y asilo (arts. 60 y 61), la UE puede adoptar medidas legales en el marco del sistema europeo común de asilo para regular el estatuto de asilo y la protección subsidiaria de nacionales de terceros países (art. 78.2 TFUE) [55]. Sin embargo, no se ha considerado de manera expresa como base jurídica de las competencias de la Unión en el marco del Convenio el artículo 19 del TFUE que confiere poderes al Consejo y al Parlamento Europeo para legislar en materia de discriminación, entre otros motivos, por razón de sexo [56].

El matrimonio forzado es una forma de violencia contra la mujer que se adecua especialmente a la intervención de la Unión Europea atendiendo a su gravedad, su dimensión transnacional y sus implicaciones para la legislación en materia de asilo e inmigración, libre circulación, órdenes de protección, reconocimiento mutuo y apoyo a las víctimas. Así, conforme a las competencias que tiene reconocidas la UE y de acuerdo a las previsiones del Convenio de Estambul, la Unión puede adoptar normas mínimas mediante directivas aprobadas conforme al procedimiento ordinario para facilitar el reconocimiento mutuo de sentencias y decisiones judiciales en materia de prácticas perjudiciales contra mujeres y niñas como los matrimonios forzados, al tratarse de

[55] En la Propuesta de la Comisión de la Decisión del Consejo relativa a la celebración del Convenio de Estambul se señala expresamente que dado que el objetivo general y predominante del Convenio es la prevención de los delitos de violencia contra las mujeres y la protección de las víctimas, se considera procedente basar la Decisión en las competencias que confiere a la Unión el Título V y, en particular, los artículos 82.2 y 84 del TFUE, *vid.* Unión Europea, Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, Bruselas, 4.3.2016, COM(2016) 109 final, pp. 9-10. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:6ec68b90-e21e-11e5-8a50-01aa75ed71a1.0008.02/*DOC*_1&format=PDF [consulta: 12 de julio de 2024].

[56] Al respecto *vid.* European Parliament, *Violence against Women and the EU Accession to the Istanbul Convention*. Study for the Femm Committee, Directorate-General for International Policies, Brussels, 2017, p. 89. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596815/IPOL_STU(2017)596815_EN.pdf [consulta: 12 de julio de 2024]; VIDO, Sara de, «The Ratification of the Council of Europe Istanbul Convention by the EU: A Step forwards in the Protection of Women from Violence in the European Legal System», en: *European Journal of Legal Studies*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 69-102, especialmente pp. 84-86. Disponible en https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/46069/EJLS_2017_DeVido.pdf?sequence=1&isAllowed=y [consulta: 12 de julio de 2024].

delitos que con frecuencia se caracterizan por una evidente dimensión transnacional, permitiéndose el reconocimiento mutuo de sentencias y decisiones judiciales relacionadas con condenas por matrimonios forzados (art. 82.2 TFUE). Aunque el artículo 32 del Convenio de Estambul sobre las consecuencias civiles de los matrimonios forzados es una cuestión de Derecho de familia que se sitúa dentro las competencias del marco legislativo de los Estados miembros, sin embargo, tras la ratificación del Convenio por la Unión Europea, dada la dimensión transfronteriza que presentan los matrimonios forzados, conforme al artículo 83.1 del TFUE la Unión puede adoptar disposiciones legislativas que incluyan normas mínimas sobre la definición del delito y sus sanciones que armonicen el marco legislativo nacional y coadyuven a cumplir los requisitos del Convenio por todos los Estados miembros [57]. Asimismo, el matrimonio forzado puede constituir un supuesto de explotación sexual de mujeres y niñas, pudiendo la UE adoptar normas mínimas relativas a la definición de delitos y sanciones en materia de matrimonios forzados en todos los casos en que el delito presente una dimensión transnacional conforme a lo previsto en el artículo 83.1 del TFUE. Igualmente, en relación con las previsiones del Convenio relativas a migración y asilo (arts. 60 y 61), la UE puede adoptar disposiciones legislativas en el marco del sistema europeo común de asilo (art. 63.3 TFUE) para regular el estatuto de asilo y la protección subsidiaria de las mujeres y niñas nacionales de terceros países víctimas de matrimonios forzados (art. 78.2 TFUE). No obstante, la aplicación de las disposiciones de la UE relativas a matrimonios forzados está supeditada al principio de subsidiariedad (art. 5.3 TUE), de forma que la UE solo puede actuar en la medida en que los objetivos del Convenio de Estambul no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros. Sin embargo, no todas las formas de violencia previstas en el Convenio, como los matrimonios forzados, están expresamente reguladas en los marcos jurídicos nacionales. Así, en 2020 el matrimonio forzado no está tipificado como delito específico en diez Estados miembros de la Unión Europea (Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa y Rumanía), y solo diecisiete Estados miembros han tipificado un delito específico para el matrimonio forzado, habiéndolo adoptado algunos Estados tras la ratificación del Convenio de Estambul (Francia, Portugal y Suecia). No obstante, Estonia, Finlandia

[57] *Vid* European Commission, *Legal Implications of EU Accession to the Istanbul Convention*. European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-discrimination, written by Kevät Nousiainen and Christine Chinkin, Directorare-General for Justice and Consumers, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2016, p. 68. Disponible en https://www.equalitylaw.eu/downloads/3794-legal-implications-of-eu-accession-to-the-istanbul-convention [consulta: 12 de julio de 2024].

y Grecia limitan la penalización del matrimonio forzado al contexto de la trata de personas cuando se utiliza para reclutar mujeres y niñas para explotación sexual o laboral. Polonia y Rumania son los únicos Estados que han ratificado el Convenio pero no han establecido ningún delito vinculado al matrimonio forzado, aunque podría penalizarse en determinados supuestos de coerción, no obstante, la ausencia de tipos penales claros genera inseguridad jurídica y dificulta el enjuiciamiento de todos los casos de matrimonios forzados en estos países. Los Estados que no han ratificado el Convenio de Estambul tienen menos probabilidades de reconocer plenamente determinadas formas de violencia mediante delitos específicos en sus códigos penales. Así, de los seis Estados miembros de la UE que todavía no han ratificado el Convenio (Bulgaria, Eslovaquia, Hungría, Letonia, Lituania y República Checa), República Checa, Letonia y Lituania no penalizan el matrimonio forzado, mientras que en Hungría se tipifica como delito de coacción y en Eslovaquia como delito de trata de personas [58]. Por tanto, como los seis Estados miembros de la Unión Europea que aún no han ratificado el Convenio solo están vinculados por las limitadas disposiciones de la Unión que aplican el Convenio en el ámbito de sus competencias, para garantizar la plena protección de las mujeres víctimas de matrimonios forzados en sus territorios deberían ratificar sin más dilación el Convenio y proceder a su inmediata aplicación [59].

Por esto no sorprende que el Parlamento Europeo haya instado de forma reiterada en diversas Resoluciones a la firma del Convenio de Estambul por

[58] Al respecto *vid.* European Parliament, *Tackling Violence against Women and Domestic Violence in Europe. The Added Value of the Istanbul Convention and Remaining Challenges*. Policy Department of Citizen's Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, Brussels, 2020, pp. 65-69, 90, 96. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/658648/IPOL_STU(2020)658648_EN.pdf [consulta: 12 de julio de 2024]. Conforme a un estudio posterior de 2022, el matrimonio forzado está tipificado explícitamente como delito en diecisiete Estados miembros de la Unión Europea (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, España, Francia, Italia, Irlanda, Lucemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Suecia). En siete Estados (Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Letonia y Polonia) está tipificado como delito a través de otros delitos, como la trata de personas o la coacción. Y en tres Estados miembros (Lituania, República Checa y Rumanía) no está tipificado como delito, ni explícitamente ni mediante otros delitos, *vid.* European Parliament, *The Legislative Frameworks for Victims of Gender-based Violence (Including Children) in the 27 Member States*. Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, Brussels, 2022, pp. 22-23. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/738126/IPOL_STU(2022)738126_EN.pdf#page=27 [consulta: 12 de julio de 2024].

[59] Una revisión de la implementación de las previsiones del Convenio de Estambul relativas a matrimonios forzados en los Estados parte puede consultarse en los informes del GREVIO, *vid.* especialmente Council of Europe, *Mid-term Horizontal Review of GREVIO Baseline Evaluation Reports*. Strasbourg, 2022, pp. 101-102, 109-111, 150-151. Disponible en https://rm.coe.int/prems-010522-gbr-grevio-mid-term-horizontal-review-rev-february-2022/1680a58499 [consulta: 12 de julio de 2024].

parte de los Estados miembros de la Unión que no lo hayan hecho [60]. Así, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de febrero de 2023, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [COM(2016)0109–2016/0062R(NLE)], se afirma que todas las mujeres y niñas de la Unión Europea deben gozar del mismo nivel de protección contra la violencia de género, independientemente del Estado miembro en el que se encuentren, que la adhesión de la Unión al Convenio de Estambul no exime a los Estados miembros de la ratificación nacional de este instrumento, y que la adhesión de todos los Estados miembros al Convenio ayudaría a desarrollar una política integral que garantizaría la misma protección mediante un instrumento vinculante, permitiendo superar las diferencias en las políticas y la legislación de los distintos Estados miembros y garantizar un enfoque coordinado en la lucha contra la violencia contra las mujeres en todo el territorio de la Unión, instándose a los seis Estados miembros que aún no lo han hecho a que ratifiquen el Convenio sin demora [61].

Por todo, aunque la adhesión de la Unión Europea al Convenio de Estambul supone un innegable avance, proporcionando un marco jurídico europeo coherente para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y proteger y apoyar a las víctimas en el contexto de las políticas interiores y exteriores de la Unión, mejorando el seguimiento, interpretación y aplicación de la legislación y de los programas y fondos de la UE, así como la recogida de datos comparables y desglosados a nivel de la Unión, evitándose

[60] Entre otras *vid.* Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [COM(2016)0109 – 2016/0062(NLE)], *DO* C 337 de 20.9.2018, pp. 167-175, especialmente párr. 9.a). Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0329 [consulta: 12 de julio de 2024]; Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de noviembre de 2019, sobre la adhesión de la Unión al Convenio de Estambul y otras medidas de lucha contra la violencia de género [2019/2855(RSP)], *DO* C 232 de 16.6.2021, pp. 48-53, especialmente párr. 2. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019IP0080(01)&qid=1719221701019 [consulta: 12 de julio de 2024].

[61] Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de febrero de 2023, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica [COM(2016)0109–2016/0062R(NLE)], *DO* C 283 de 11.8.2023, pp. 149-162, especialmente considerandos X, Y, Z y párrs. 23-27. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023IP0047&qid=1719221701019 [consulta: 12 de julio de 2024]. Sobre los procesos de ratificación del Convenio de Estambul fallidos en los seis Estados miembros y las resistencias generadas en algunos Estados después de su ratificación, *vid.* European Parliament, *Tackling Violence against Women and Domestic Violence in Europe. The Added Value of the Istanbul Convention and Remaining Challenges*, *op. cit.,* pp. 107-126.

disparidades en toda la UE, sin embargo, atendiendo a que la aplicación de las disposiciones de la Unión está supeditada al principio de subsidiariedad, de forma que la UE solo puede actuar en la medida en que los objetivos del Convenio de Estambul no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y atendiendo a que los seis Estados miembros que aún no han ratificado el Convenio solo están vinculados por las disposiciones de la Unión que aplican el Convenio, por lo que no está garantizada la plena protección de las mujeres víctimas de violencia de género en sus territorios, sin olvidar que las diferentes regulaciones de los Estados miembros adoptadas para cumplir con las previsiones del Convenio pueden ofrecer un enfoque y protección desigual a las mujeres contra las distintas formas de violencia, la implementación del Convenio mediante la adopción de una Directiva de la Unión en materia de violencia de género con un enfoque integral vinculante para los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros podrá contribuir a armonizar y adoptar normas mínimas comunes y a garantizar una protección más homogénea y eficaz de las mujeres víctimas de violencia de género en todos los Estados de la Unión Europea, incluidas las mujeres víctimas de matrimonios forzados [62]. Sin duda, una de las formas más evidentes de violencia contra la mujer con una dimensión transfronteriza en el marco del Convenio de Estambul son los matrimonios forzados, pues son delitos que están especialmente asociados a los procesos migratorios. La aproximación de las leyes y disposiciones penales de los Estados miembros resulta esencial para garantizar la aplicación efectiva de los compromisos internacionales de la Unión derivados de su adhesión al Convenio de Estambul para prevenir y erradicar los matrimonios forzados, de ahí que sea necesario la adopción de una Directiva que establezca normas mínimas respecto de la definición del delito de matrimonio forzado, así como de sus sanciones correspondientes, que sean vinculantes y de obligado cumplimiento para todos los Estados miembros de la Unión Europea, además de la implementación de los diversos mecanismos de prevención, apoyo y protección a las mujeres víctimas de matrimonios forzados derivados del cumplimiento de las obligaciones generales y de las previsiones específicas sobre matrimonios forzados que impone el Convenio de Estambul a la Unión Europea en el marco de sus competencias.

[62] Al respecto *vid.* European Parliament, *European Added Value Assessment, Combatting Violence against Women, An assessment accompanying the European Parliament's Legislative own-Initiative Report*. Brussels, 2013, pp. 18 ss. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/504467/IPOL-JOIN_ET(2013)504467_EN.pdf [consulta: 12 de julio de 2024].

III. LOS MATRIMONIOS FORZADOS EN LA DIRECTIVA (UE) 2024/1385 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

La ratificación del Convenio de Estambul por la Unión Europea no sólo garantiza la coherencia entre las acciones internas y externas de la Unión, sino que también promueve, a través del trabajo de la Comisión Europea, y en última instancia, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una interpretación armonizada de las disposiciones del Convenio relativas a matrimonios forzados reguladas por el Derecho de la UE a través de un acto legislativo específico, de ahí que el Parlamento Europeo haya instado al Consejo de forma reiterada a la aprobación de una decisión unánime que añada la violencia de género a los ámbitos de delincuencia particularmente graves que deben combatirse de forma común, como el terrorismo, la trata de seres humanos, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, la corrupción o la delincuencia organizada, incluidos en el artículo 83.1 del TFUE, que prevé que la lista se amplíe a nuevos ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada de la naturaleza o el impacto de los delitos o de una necesidad especial de combatirlos sobre criterios comunes, con el fin de establecer una base jurídica más sólida para la adopción de una directiva general de la Unión Europea que establezca definiciones jurídicas y normas mínimas comunes sobre violencia de género, garantizándose una protección transfronteriza más armonizada y una lucha más eficaz frente a la violencia ejercida contra las mujeres conforme a las disposiciones del Convenio de Estambul. Así, en 2021 el Parlamento Europeo adopta dos resoluciones de iniciativa legislativa en las que se insta a la Comisión a incluir la violencia de género en la lista de «eurodelitos» del artículo 83.1 del TFUE como base para la adopción de una directiva amplia en la que se tipifiquen también como delito distintas manifestaciones de la «ciberviolencia de género» [63]. En este sentido,

[63] Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia de género: la ciberviolencia [2020/2035(INL)], *DO* C 251 de 30.6.2022, pp. 2-22. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0489 [consulta: 12 de julio de 2024]. *Vid.* también European Parliament, *Combating Gender-based Violence: Cyberviolence. European Added Value Assessment*. European Parliamentary Research Service, Brussels, 2021. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662621/EPRS_STU(2021)662621_EN.pdf [consulta: 12 de julio de 2024]; European Parliament, *Cyber Violence and Hate Speech Online against Women*. Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Brussels, 2018. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604979/IPOL_STU(2018)604979_EN.pdf [consulta: 12 de julio de 2024].

en la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, con recomendaciones a la Comisión sobre la definición de la violencia de género como nuevo ámbito delictivo recogido en el artículo 83.1 del TFUE [2021/2035 (INL)], se solicita a la Comisión que presente, al amparo del artículo 83.1 del TFUE, una propuesta de decisión del Consejo en la que se defina la violencia de género como un nuevo ámbito delictivo que reúne los criterios especificados en dicho artículo, siguiendo las recomendaciones que figuran en el anexo a la Resolución, y que utilice ese nuevo ámbito delictivo como fundamento jurídico de una directiva del Parlamento Europeo y del Consejo global y centrada en las víctimas, para prevenir y combatir todas las formas de violencia de género, tanto en línea como fuera de ella, instándose a la Comisión a proponer una directiva global sobre violencia de género por la que se apliquen las normas del Convenio de Estambul y otras normas internacionales, que incluya al menos, medidas de prevención, servicios de apoyo, normas mínimas para el cumplimiento de la ley y determinadas obligaciones de los Estados miembros (párrs. 62, 66-68) [64].

Unos meses más tarde se publica la propuesta de la Comisión Europea, de 8 de marzo de 2022, de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (COM(2022)105), sobre la base jurídica combinada del artículo 82.2 del TFUE, que prevé el establecimiento de normas mínimas relativas a los derechos de las víctimas de delitos, en la medida necesaria para facilitar el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, y el artículo 83.1 del TFUE, que permite el establecimiento de normas mínimas sobre la definición de los delitos y sus sanciones en los ámbitos delictivos incluidos en el artículo 83.1 del TFUE especialmente graves con una dimensión transfronteriza resultante de la naturaleza o el impacto de dichos delitos o de una necesidad especial de combatirlos sobre una base común, como son los relativos a la explotación sexual de mujeres y niños y a los delitos informáticos, con el objetivo de alinear la legislación de la UE con las normas internacionales, como el Convenio de Estambul, colmar las lagunas en materia de protección y acceso a la justicia de las víctimas de violencia de género en toda la Unión y garantizar que todos los Estados miembros cuenten con normas

[64] Unión Europea, Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, con recomendaciones a la Comisión sobre la definición de la violencia de género como nuevo ámbito delictivo recogido en el artículo 83, apartado1, del TFUE [2021/2035(INL)], *DO* C 117 de 11.3.2022, pp. 88-103. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0388 [consulta: 12 de julio de 2024].

mínimas para tipificar como delito determinadas formas de violencia y su sanción, proteger y apoyar a las víctimas, garantizarles acceso a la justicia y prevenir ese tipo de violencia, estableciéndose mecanismos de coordinación y cooperación [65].

En la propuesta de Directiva se ofrece una definición de «violencia contra las mujeres» que difiere ligeramente de la ofrecida por el Convenio de Estambul, en el que se considera un supuesto de violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra la mujer, entendiéndose como la «violencia de género dirigida contra una mujer o una niña por el hecho de que es una mujer o una niña, o que afecta de manera desproporcionada a mujeres o niñas, incluidos todos los actos de esta violencia que causen o exista la probabilidad de que causen daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada» (art. 4.a), englobando la violencia sexual, incluida la violación, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el aborto o la esterilización forzados, la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, el acecho, el acoso sexual, el feminicidio, la incitación al odio y los delitos por razón de sexo y diversas formas de violencia en línea (ciberviolencia), como la difusión o la manipulación no consentidas de material íntimo, el ciberacecho y el ciberacoso (Exposición de Motivos, punto 1) [66]. En cuanto a su ámbito de aplicación, en la propuesta de Directiva se contienen disposiciones materiales sobre las normas mínimas aplicables a la definición de las infracciones penales y sanciones correspondientes de determinadas formas de violencia que no están tipificadas o suficientemente reguladas en el marco jurídico nacional de los Estados miembros y que entran en el ámbito de competencias de la Unión. Aunque estos delitos afectan de manera desproporcionada a las mujeres y las niñas, la tipificación penal prevista es aplicable a todas las

[65] La propuesta consta de siete capítulos, así, tras establecer las disposiciones generales relativas al ámbito de aplicación y definir los conceptos clave (Capítulo 1, artículos 1-4), aborda la tipificación de determinados delitos relacionados con la explotación sexual de mujeres y niños y la delincuencia informática (Capítulo 2, artículos 5-15), la protección de las víctimas de cualquier forma de violencia contra la mujer y de violencia doméstica y el acceso a la justicia (Capítulo 3, artículos 16-26), el apoyo a las víctimas (Capítulo 4, artículos 27-35), la prevención (Capítulo 5, artículos 36-28), la cooperación y coordinación (Capítulo 6, artículos 39-44) y las disposiciones finales, incluidas las obligaciones de presentación de informes (Capítulo 7, artículos 45-52), *vid.* Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, COM(2022) 105 final, Estrasburgo, 8.3.2022. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0105 [consulta: 12 de julio de 2024].

[66] Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, *op. cit.,* pp. 1 y 39.

víctimas, incluidos los hombres y las personas no binarias, excepto en el caso de la violación y de la mutilación genital femenina, que están tipificadas como delito a escala de la UE únicamente cuando se cometen contra mujeres o menores en razón de la base jurídica del artículo 83.1 del TFUE que se refiere únicamente a la explotación sexual de mujeres y niños (Exposición de Motivos, punto 5), entendiéndose la «explotación sexual» como todo abuso o tentativa de abuso cometidos en una situación de vulnerabilidad, de relación de fuerza desigual o de confianza, incluidos, entre otros, el beneficio económico, social o político de un acto sexual con otra persona (Exposición de Motivos, punto 2) [67]. Así, se incluyen los delitos de violación, sobre la base de la mera falta de consentimiento, sin la exigencia de la utilización de fuerza o amenaza para ser perseguible (art. 5), y la mutilación genital femenina (art. 6). Asimismo, ante el aumento de la ciberviolencia, y en la medida en que los «delitos informáticos» abarcan los delitos contra el uso de las tecnologías de la información y la comunicación o que están intrínsecamente vinculados a él, incluidas determinadas formas de ciberviolencia, se establecen también normas mínimas para los delitos informáticos relativos a difusión no consentida de material íntimo o manipulado (art. 7), ciberacecho (art. 8), ciberacoso (art. 9) e incitación al odio o a la violencia por medios cibernéticos (art. 10), estableciéndose el nivel mínimo de la sanción máxima aplicable a los delitos objeto de armonización (art. 12), las circunstancias agravantes (art. 13) y los plazos de prescripción (art. 15) [68]. La Directiva propuesta se aplica, asimismo, a los delitos tipificados en la legislación nacional incluidos en la definición de violencia contra las mujeres conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la propuesta de Directiva, incluidos el feminicidio, el acoso sexual, los abusos sexuales, la esterilización forzada y diferentes formas de ciberviolencia, como la recepción no solicitada de material sexualmente explícito (Considerando 4) [69].

Los matrimonios forzados se contemplan en la propuesta de Directiva, pero de forma muy limitada. Aunque en el Informe de Evaluación de Impacto que acompaña a la propuesta de Directiva se hace referencia a las diferentes regulaciones existentes en los Estados miembros sobre matrimonios forzados: así, en siete Estados miembros los matrimonios forzados no están tipificados explícitamente como delito; catorce Estados (Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovenia, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Malta, Portugal y Suecia) tienen disposiciones específicas sobre matrimonios

[67] *Ibid.*, pp. 9 y 19.
[68] *Ibid.*, pp. 40-44.
[69] *Ibid.*, pp. 23-24.

forzados; seis Estados (Dinamarca, Estonia, Eslovaquia, Grecia, Islandia y Países Bajos), a pesar de no haber introducido una disposición específica sobre matrimonios forzados, abordan esta conducta específica en otras disposiciones penales generales (como circunstancia agravante o como uno de los fines de la trata de personas, por ejemplo); los matrimonios infantiles no están tipificados como delito en sí mismos, excepto en Suecia, pero la comisión del delito contra un menor se considera una circunstancia agravante; nueve Estados han ido más allá de la idea del matrimonio, para incluir las uniones civiles y los matrimonios extrajudiciales, combinándose la prohibición de los matrimonios forzados con la prohibición de las justificaciones basadas en el honor; algunos Estados (Finlandia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa y Rumanía), se basan en el Derecho civil o en disposiciones generales del Derecho penal sin hacer referencia explícita a los matrimonios forzados; y con carácter general, el delito de matrimonio forzado se describe de forma neutra en cuanto al género y no se considera expresamente como una forma de violencia contra la mujer [70]. Sin embargo, a pesar de las disparidades existentes en las legislaciones nacionales, de la gravedad de los matrimonios forzados y de su dimensión transnacional, en la propuesta de Directiva el matrimonio forzado no se incluye entre las infracciones penales que son objeto definición y armonización mínima, estando incluido entre los delitos tipificados con arreglo al Derecho nacional que entran dentro de la definición de violencia contra las mujeres, como el feminicidio, el acoso sexual, los abusos sexuales, la esterilización forzada y diferentes formas de ciberviolencia, como el acoso sexual en línea y la recepción no solicitada de material sexualmente explícito (Considerando 4). Asimismo, el matrimonio forzado solo se incluye de manera expresa entre las formas de violencia que exigen servicios de apoyo especializados para las víctimas (Considerando 46) [71]. Por tanto, el limitado alcance de la propuesta de Directiva de la Comisión en relación con los matrimonios forzados no garantiza el cumplimiento de las previsiones del Convenio de Estambul en el marco de las competencias de la Unión Europea, de ahí que, como se analiza más adelante, en la tramitación de la iniciativa en el Parlamento Europeo se

[70] European Commission, Commission Staff Working Document. Impact Assessment Report accompanying the document proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence, SWD(2022) 62 final, Strasbourg, 8.3.2022, pp. 16, 172-179. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022SC0062 [consulta: 12 de julio de 2024].

[71] «Debe haber servicios de apoyo especializados para prestar apoyo a las víctimas de todas las formas de violencia contra las mujeres y de violencia doméstica, incluidas la violencia sexual, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el aborto y la esterilización forzados, el acoso sexual y las diversas formas de ciberviolencia», *ibid.*, p. 33.

proponga incluir los matrimonios forzados entre las infracciones penales definidas por la Directiva.

Además de las previsiones sobre las normas mínimas aplicables a la definición de las infracciones penales y sanciones correspondientes de determinadas formas de violencia, la propuesta de Directiva establece normas mínimas en materia de prevención, protección, acceso a la justicia, apoyo, coordinación y cooperación, que son aplicables, además de a los delitos tipificados en la Directiva propuesta, a las conductas delictivas contempladas en otras leyes de la UE o nacionales que se enmarcan en la definición de violencia contra la mujer o violencia doméstica, contribuyendo así la propuesta de Directiva a la convergencia de las regulaciones de los Estados miembros en la prevención, protección y persecución de estos delitos. Así, se contempla el reconocimiento transfronterizo de órdenes de protección con arreglo a la Directiva 2011/99/UE o con el Reglamento (UE) núm. 606/2013 (art. 21) [72]. Asimismo, conforme a lo establecido en el Convenio de Estambul, los Estados miembros deben adoptar medidas para impedir el fomento de estereotipos de género nocivos a fin de erradicar la idea de la inferioridad de la mujer o los roles estereotipados de la mujer, incluyéndose medidas destinadas a garantizar que la cultura, las costumbres, la religión, la tradición o el honor no se perciban como una justificación o un tratamiento más indulgente de los delitos de violencia contra la mujer o la violencia doméstica (art. 36.5) [73]. Para conocer con una mayor certeza la situación de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica en la Unión Europea, la propuesta de Directiva prevé el establecimiento de sistemas de recopilación de datos estadísticos comparables en los Estados miembros conforme a una metodología armonizada desarrollada por la Comisión (Eurostat). Asimismo, los Estados miembros deben recopilar y transmitir al EIGE cada año datos administrativos sobre la base de una metodología desarrollada por el EIGE, así como apoyar la investigación sobre las causas profundas, los efectos, las incidencias y las tasas de condena de todas las formas de violencia contempladas en la Directiva (art. 44) [74]. Finalmente, los Estados miembros deben adoptar las disposiciones legales, reglamentarias

[72] *Ibid.*, p. 47.

[73] *Ibid.*, p. 56.

[74] Las estadísticas deben incluir los siguientes datos (desglosados por sexo, edad de la víctima y del agresor, relación entre la víctima y el agresor y tipo de delito: a) el número de víctimas que han sufrido violencia contra las mujeres o violencia doméstica durante los últimos 12 meses, los últimos cinco años y durante toda la vida; y b) el número anual de víctimas, de delitos denunciados y de personas procesadas y condenadas por dichas formas de violencia. Mientras que estos últimos datos deben obtenerse de fuentes administrativas nacionales, los primeros deben basarse en los resultados de encuestas que deben realizar los Estados miembros cada cinco años, *ibid.*, pp. 59-60.

y administrativas necesarias para la transposición de la Directiva en el plazo de dos años desde su entrada en vigor (art. 50), estando, igualmente, obligados a presentar informes a la Comisión sobre la aplicación de la Directiva a más tardar siete años después de su entrada en vigor (art. 47) [75].

En términos generales, la propuesta de Directiva cubre lagunas importantes en el marco jurídico regulador de la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica en la Unión Europea, reconociendo este tipo de violencia como un problema sistémico y contribuyendo a un enfoque armonizado en la UE y los Estados miembros conforme al Convenio de Estambul y los estándares internacionales en materia de violencia de género. Sin embargo, la Directiva propuesta solo proporciona una definición de «violencia contra las mujeres», faltando una definición común de «violencia de género» y sus diferentes formas que reconozca explícitamente la violencia contra la mujer como una forma de discriminación, coadyuvando a la implementación de la dimensión y perspectiva de género, garantizándose que se tengan en cuenta efectivamente las necesidades de apoyo y protección específicas de las mujeres. Asimismo, a pesar de haberse solicitado de forma reiterada por el Parlamento Europeo, la Comisión no propone ampliar el artículo 83.1 del TFUE a todas las formas de violencia de género (u otras formas de violencia de género distintas de las contempladas en los ámbitos de explotación sexual o delito informático del artículo 83. 1 del TFUE), por lo que no exige su criminalización. Igualmente, la propuesta de Directiva solo penaliza ciertas formas de violencia contra las mujeres (la violación, la mutilación genital femenina y ciertas formas de ciberviolencia), por lo que otras formas de violencia de género, como el aborto forzado, el matrimonio forzado o la esterilización forzada, no están penalizadas en la propuesta, aunque posiblemente estén cubiertas en el ámbito de explotación sexual del artículo 83.1 del TFUE. De igual manera, solo se tipifican como delitos determinadas formas de ciberviolencia de género. Y la propuesta de Directiva tampoco obliga a los Estados miembros a crear tribunales especializados para mujeres y niños víctimas de violencia de género, no establece un Observatorio de la Unión Europea sobre violencia de género, ni garantiza el intercambio de datos entre Eurostat y las autoridades judiciales y policiales nacionales [76].

---

[75] *Ibid.*, pp. 61-62.

[76] Al respecto *vid.* European Parliament, *Violence against Women and Domestic Violence. The new Commission Proposal in Light of European Parliament Requests*. Authors: Nora Hahnkamper-Vandenbulcke and Izabela Bacina, European Parliamentary Research Service, Brusels, 2022, pp. 38-41. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/730329/EPRS_STU(2022)730329_EN.pdf [consulta: 12 de julio de 2024].

Cuatro meses más tarde, durante la tramitación de la iniciativa conforme al procedimiento legislativo ordinario, en el Proyecto de Resolución Legislativa del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2023, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, se introduce una enmienda para que se incluya entre las nuevas infracciones penales definidas por la Directiva, además de la agresión sexual, la mutilación genital intersexual, la esterilización forzada y la recepción no solicitada de material sexualmente explícito, el matrimonio forzado (Considerando 4). Así, se propone una definición amplia de matrimonio forzado conforme a los estándares internacionales, afirmándose que «El matrimonio forzado es una forma de explotación que afecta principalmente a las mujeres y las niñas con la intención de afirmar la dominación de estas. Es una forma de violencia que conlleva graves violaciones de los derechos fundamentales, en particular de los derechos de las mujeres y las niñas a la integridad física, a la libertad, a la autonomía, a la salud física y mental, a la salud sexual y reproductiva, a la educación y a la vida privada. La pobreza, el desempleo, las costumbres y los conflictos son factores que favorecen el matrimonio forzado. La violencia física y sexual y las amenazas de violencia se utilizan con frecuencia para coaccionar a una mujer o niña para forzarla a contraer matrimonio. Una vez obligadas a contraer matrimonio, hay un mayor riesgo de explotación sexual y de nuevos actos de violencia. El matrimonio forzado suele ir acompañado de formas de explotación y violencia, tanto física como psicológica, tales como la explotación sexual», exigiéndose, conforme a lo establecido en el Convenio de Estambul, que «todos los Estados miembros tipifiquen como delito el matrimonio forzado, impongan a los autores las sanciones adecuadas y posibiliten que se anulen o disuelvan tales matrimonios, sin que ello suponga una carga administrativa o financiera excesiva para la víctima» [Considerando 15 bis (nuevo)]. Por lo que se añade un nuevo apartado al artículo 6 sobre las conductas típicas objeto de sanción en caso de matrimonio forzado, estableciéndose, de conformidad con el Convenio de Estambul, que los Estados miembros se asegurarán de que se castiguen como infracción penal las conductas intencionadas de forzar a una mujer o a un menor a contraer matrimonio, así como engañar a una mujer o a un menor para trasladarlo al territorio de un país distinto de aquel en el que la mujer o el menor reside con la intención de forzarlo a contraer matrimonio [Artículo 6 quater (nuevo)]. En cuanto a la sanción penal, se propone que los matrimonios forzados sean castigados con una pena de prisión de una duración máxima de al menos cinco años, y de al menos siete años si el delito se comete en las circunstancias agravantes referidas en el artículo 13 (art. 12.4). Asimismo, se in-

cluye el matrimonio forzado, junto a la mutilación genital femenina, en la exigencia de desarrollo y aumento de medidas preventivas de sensibilización respecto de estas prácticas nocivas (art. 36.6) [77].

Durante la tramitación de la Propuesta de Directiva en el Consejo, varios Estados miembros emitieron declaraciones para expresar sus reservas, proponiéndose, entre otras enmiendas, la supresión de las disposiciones relativas a la definición de violación para toda la Unión Europea debido a la falta de una base jurídica suficiente en los Tratados. Asimismo, se propone que los delitos informáticos contemplados en la Directiva, a saber, el acoso en línea, el acecho en línea, la difusión no consentida de imágenes íntimas en línea y la incitación cibernética a la violencia o al odio, sólo deben definirse como delitos a escala de la Unión cuando alcancen un determinado grado de gravedad. Igualmente, el Consejo propone reducir las penas mínimas propuestas por la Comisión para los delitos definidos en la Directiva, e introduce cambios específicos en relación con las medidas relativas a prevención y apoyo a las víctimas y acceso a la justicia para ofrecer más flexibilidad a los Estados miembros, adoptándose el texto de Orientación General del Consejo el 9 de junio de 2023 [78]. Tras un intenso proceso de negociación interinstitucional entre el Parlamento y el Consejo, el 6 de febrero de 2024 acuerdan retirar la violación de la lista de delitos definidos a nivel de la Unión, aunque se mantienen otras propuestas relevantes del Parlamento Europeo, como la penalización del matrimonio forzado y del ciberexhibicionismo, una lista ampliada de circunstancias agravantes (especialmente, para los delitos cometidos contra representantes públicos, periodistas y defensores de los derechos humanos, para los llamados «delitos de honor» que pretenden preservar el honor de una persona, una familia o una comunidad, y para los delitos cometidos para castigar a la víctima por su orientación sexual, género, color, religión, origen social o convicciones políticas), y la posibilidad de revisar la Directiva al cabo de cinco años. Asimismo, el acuerdo añade la obligación de que los Estados miembros apliquen medidas de prevención de la violación y de concienciación sobre el papel central del

[77] Parlamento Europeo, Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [COM(2022)0105 – C9-0058/2022 – 2022/0066(COD)], Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, Comisión de Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género, Ponentes: Frances Fitzgeral y Evin Incir, 6.7.2023, pp. 6-7, 17-19, 83-84, 86, 90-91 y 146. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0234_ES.pdf [consulta: 12 de julio de 2024].

[78] Council of The European Union, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on combating violence against women and domestic violence – General approach, Brussels, 17 de mayo de 2023. Disponible en https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9305-2023-INIT/en/pdf [consulta: 12 de julio de 2024].

consentimiento en las relaciones sexuales. Igualmente, se incorpora la enmienda del Consejo relativa a que el ciberacoso, el ciberacecho y el intercambio no consentido de imágenes íntimas en línea solo deben convertirse en delitos en toda la Unión Europea cuando sea probable que dicha conducta cause daños graves, o daños psicológicos, o haga que las víctimas teman por su seguridad, debiendo la ciberincitación a la violencia o al odio causar una grave perturbación del orden o ser amenazadora, abusiva o insultante para que se considere delito. El Consejo aprobó el texto el 7 de mayo, tras su aprobación por el Parlamento el 24 de abril, procediéndose a la firma por los presidentes del Parlamento Europeo y del Consejo el 14 de mayo de 2024, debiendo los Estados miembros adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva a más tardar el 14 de junio de 2027 [79].

Por tanto, en el texto de la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica definitivamente aprobado, el matrimonio forzado se incluye entre los delitos definidos por la Directiva, afirmándose que «es una forma de violencia que conlleva graves violaciones de los derechos fundamentales, en particular de los derechos de las mujeres y las niñas a la integridad física, a la libertad, a la autonomía, a la salud física y mental, a la salud sexual y reproductiva, a la educación y a la intimidad. La pobreza, el desempleo, las costumbres y los conflictos son factores que favorecen el matrimonio forzado. La violencia física y sexual y las amenazas de violencia se utilizan con frecuencia para coaccionar a una mujer o niña para forzarla a contraer matrimonio. El matrimonio forzado suele ir acompañado de formas de explotación y violencia, tanto física como psicológica, tales como la explotación sexual. Por lo tanto, es necesario que todos los Estados miembros tipifiquen como delito el matrimonio forzado e impongan a los autores del delito penas adecuadas». Sin embargo, tal definición de matrimonio forzado se entiende sin perjuicio de las definiciones de matrimonio establecidas en el Derecho nacional o internacional. Asimismo, los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para establecer un plazo de prescripción que permita la investigación, el enjuiciamiento, el juicio oral y la resolución judicial del matrimonio forzado y dado que las víctimas de matrimonios forzados suelen ser menores, los plazos de prescripción deben mantenerse durante un

[79] Unión Europea, Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, *DO* L de 24.5.2024, pp. 1-36. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ: L_202401385 [consulta: 12 de julio de 2024].

período de tiempo suficiente y proporcional a la gravedad del delito en cuestión para permitir el inicio efectivo del proceso después de que la víctima haya alcanzado 18 años de edad (Considerando 16 y artículo 13). En cuanto a la conducta típica objeto de sanción en caso de matrimonio forzado, a diferencia de la propuesta del Parlamento Europeo, la Directiva no menciona expresamente a la mujer como posible víctima de matrimonio forzado, redactándose en sentido neutro en cuanto al género, estableciéndose que los Estados miembros garantizarán que sean punibles como delito «obligar a una persona adulta o menor a contraer matrimonio» y «atraer a una persona adulta o menor al territorio de un país que no sea en el que resida, con la intención de obligarla a contraer matrimonio» (art. 4), fijándose la pena máxima de prisión por matrimonio forzado en un mínimo de tres años (art. 10.3), por lo que resulta notablemente más reducida que la pena máxima prevista en la Directiva para la mutilación genital femenina de al menos cinco años (art. 10.2), y que la propuesta por el Parlamento Europeo, que planteaba una pena de prisión de una duración máxima de al menos cinco años y de al menos siete años si el delito se comete en circunstancias agravantes. Más allá de estas previsiones, en la Directiva solo se menciona expresamente el matrimonio forzado en el ámbito de la prevención, junto a la mutilación genital femenina, exigiéndose a los Estados el desarrollo y aumento de medidas preventivas de concienciación respecto de estas prácticas nocivas, teniéndose en cuenta el número de personas en riesgo de sufrir dichas prácticas o afectadas por estas en el Estado miembro de que se trate (art. 34.7) [80].

Como cabía esperar, la regulación específica del matrimonio forzado en la Directiva (UE) 2024/1385 está prácticamente limitada a la definición del tipo delictivo y a su sanción. Sin embargo, a diferencia de lo que se contemplaba en la propuesta del Parlamento Europeo, el tipo penal está redactado en términos neutros de género, sin hacer referencia a las mujeres y a las niñas, sin tener en cuenta la dimensión de género y sin garantizar que se aborden las necesidades específicas de seguridad y protección de las mujeres y las niñas. Así, aunque la Directiva afirma que el matrimonio forzado es una forma de violencia que conlleva graves violaciones de los derechos fundamentales, en particular de los derechos de las mujeres y las niñas a la integridad física, a la libertad, a la autonomía, a la salud física y mental, a la salud sexual y reproductiva, a la educación y a la intimidad, sin embargo, adopta un enfoque neutro

[80] Unión Europea, Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, *op. cit.,* pp. 3, 17, 18, 31 y 36.

en cuanto al género para definir el delito de matrimonio forzado, sin tomar en consideración que las mujeres y las niñas son la mayor parte de las víctimas de matrimonios forzados, estando desproporcionadamente afectadas por este tipo de delitos, lo que dificultará que los Estados adopten directrices sensibles al género en el procesamiento, la incorporación de la perspectiva de género en la sentencia, la adopción de medidas de protección más allá del encarcelamiento o de apoyo específicas a las mujeres y niñas víctimas de matrimonios forzados, pudiendo conducir a interpretaciones judiciales divergentes y a niveles de protección muy dispares en los Estados miembros [81].

Asimismo, la pena máxima de prisión para el delito de matrimonio forzado en un mínimo de tres años no es proporcionada a la gravedad de los daños y perjuicios ocasionados a las mujeres y niñas víctimas de matrimonios forzados, resultando notablemente más reducida que la pena máxima prevista en la Directiva para la mutilación genital femenina de al menos cinco años, y que la propuesta por el Parlamento Europeo, que planteaba una pena de prisión de una duración máxima de al menos cinco años y de al menos siete años si el delito se comete en circunstancias agravantes, eliminándose el incremento de la pena por la comisión del delito en circunstancias agravantes por motivos de género, obviándose la perspectiva de género presente en los matrimonios forzados, que afecta, fundamentalmente, a las mujeres y niñas especialmente vulnerables pertenecientes a grupos de población en los que se mantiene la práctica nociva de los matrimonios forzados. Igualmente, la Directiva no obliga a los Estados a prohibir los matrimonios infantiles de forma expresa y sin excepciones, pues la Directiva no afecta a la definición de matrimonio establecida en el Derecho nacional de cada Estado miembro, incluida la edad mínima legalmente válida para contraer matrimonio, pudiendo contraerse por debajo de los 18 años si la legislación nacional no lo prohíbe. Tampoco se contiene ninguna previsión específica que obligue a los Estados a establecer mecanismos para verificar el consentimiento real de ambos cónyuges, o a adoptar órdenes de protección contra los matrimonios forzados, junto con la prohibición de salir del Estado, con el fin de prevenir los matrimonios forzados cuando se denuncien casos que afecten a mujeres y niñas en situación de riesgo.

De igual modo, a diferencia de lo establecido en el Convenio de Estambul (art. 32), la Directiva no hace referencia a las consecuencias jurídicas de los matrimonios forzados, por lo que no exige a los Estados miembros que adopten medidas legislativas para que los matrimonios contraídos de forma obliga-

[81] Al respecto *vid.* European Commission, *Criminalisation of Gender-based Violence against Women in European States, Including ICT-facilitated Violence*, *op. cit.,* pp. 112-123.

da por al menos una de las partes puedan ser anulables, anulados o disueltos sin que esto suponga para la víctima cargas económicas o administrativas excesivas. Asimismo, dada el limitado ámbito de aplicación de la Directiva, tampoco se establece ninguna previsión específica que obligue a los Estados miembros a proteger a las mujeres y niñas residentes en los Estados miembros víctimas de matrimonios forzados celebrados en el extranjero que por causa de los mismos no hayan podido regresar al Estado miembro de residencia en el plazo estipulado y hayan perdido el estatus de residente, por lo que, a diferencia de lo establecido en el Convenio de Estambul (art. 59.4), no se obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas legislativas necesarias para que puedan recuperar su estatus de residencia (art. 12) [82].

Por todo, la regulación específica sobre los matrimonios forzados prevista en la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, dado el limitado ámbito de aplicación de la Directiva y de las competencias de la propia Unión Europea, está prácticamente limitada a la definición del tipo penal y a la fijación del mínimo de la pena máxima de prisión, dejando a los Estados un gran margen de apreciación y decisión en materia de protección, apoyo y prevención, estando por debajo de los estándares establecidos en el Convenio de Estambul, por lo que no parece que vaya a contribuir de forma real y efectiva a avanzar en la protección de las mujeres y niñas víctimas de matrimonios forzados en todos los Estados miembros de la Unión Europea, especialmente, en los seis Estados miembros que aún no han ratificado el Convenio de Estambul.

IV. CONCLUSIONES. HACIA LA REFORMA DE LOS TRATADOS PARA INCLUIR LA VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA LAS MUJERES, INCLUIDOS LOS MATRIMONIOS FORZADOS, ENTRE LOS VALORES Y OBJETIVOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Como se ha analizado en el presente estudio, el matrimonio forzado de mujeres y niñas, en tanto que violencia de género basada en prácticas perjudiciales que vulnera los derechos humanos, se opone frontalmente a los valores esenciales y principios fundamentales de la Unión Europea reconocidos en los Tratados, especialmente, la dignidad humana, la libertad, la igualdad y el res-

[82] Unión Europea, Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, *op. cit.,* p. 19.

peto de los derechos humanos, la lucha contra la discriminación, la igualdad de mujeres y hombres y la protección de los derechos de los menores [83], así como a los derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, especialmente, el respeto y protección de la dignidad humana, el derecho a la integridad física y psíquica de la persona, la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el derecho a contraer matrimonio libre y voluntariamente, el derecho a la educación, la prohibición de todo tipo de discriminación, la igualdad entre mujeres y hombres, los derechos de los menores, así como el derecho a la protección de la salud [84].

Para contribuir a su erradicación y avanzar en la adopción de mecanismos jurídicos más eficaces, tras un dilatado proceso la Unión Europea se ha adherido al Convenio de Estambul, habiendo entrado en vigor en el ordenamiento jurídico de la Unión el 1 de octubre de 2023 [85], incorporándose un marco jurídico europeo coherente para prevenir y combatir los matrimonios forzados, que obliga a tipificar como delito los matrimonios forzados de mujeres y niñas, exigiéndose la adopción de diversos tipos de medidas, especialmente en cuanto a la protección de las víctimas, con una dimensión transnacional, obligando a la persecución de los delitos de matrimonios forzados cometidos más allá de las fronteras de los Estados miembros, protegiéndose incluso a las mujeres migrantes residentes que hubieran perdido su estatus como consecuencia de haber contraído un matrimonio forzado fuera del territorio del Estado miembro, debiendo garantizarse por los Estados la nulidad de los matrimonios forzados [86]. No obstante, aunque la adhesión de la Unión Europea al Convenio de Estambul supone un innegable impulso, proporcionando un marco jurídico europeo coherente para prevenir y combatir los matrimonios forzados y prote-

[83] Unión Europea, Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, *op. cit.,* artículos 2 y 3.3, p. 17; Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *op. cit.,* artículos 8 y 10, pp. 47 ss.

[84] Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *op. cit.,* artículos 1, 3, 4, 5, 7, 9, 14, 21, 23, 24 y 35, pp. 392-398.

[85] *Vid.* Unión Europea, Decisión (UE) 2023/1075 del Consejo, de 1 de junio de 2023, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, en lo que respecta a las instituciones y la administración pública de la Unión, *op. cit.,* pp. 1-3; Decisión (UE) 2023/1076 del Consejo, de 1 de junio de 2023, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal, asilo y no devolución, *op. cit.,* pp. 4-6.

[86] *Vid.* Council of Europe, Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, *op. cit.,* especialmente artículos 32, 37, 44, 59.4, 60, 61 y 63.

ger y apoyar a las niñas y mujeres víctimas en el contexto de las políticas interiores y exteriores de la Unión Europea, contribuyendo a mejorar el seguimiento, interpretación y aplicación de la legislación europea, así como la recogida de datos comparables y desglosados, evitándose disparidades en toda la Unión. Sin embargo, hay que tener en cuenta las limitadas competencias que la Unión puede asumir conforme a la base jurídica establecida en los instrumentos de adhesión (arts. 78.2, 82.2 y 83.1 TFUE), restringidas a asuntos que son competencia de la UE que afectan a normas comunes o alteran el alcance de las mismas (art. 3.2 TFUE), especialmente, en relación con determinadas disposiciones del Convenio relativas a cooperación judicial en materia penal, asilo y no devolución [87], en tanto sean competencia exclusiva de la Unión, conservando los Estados miembros sus competencias cuando el Convenio no afecte a normas comunes o altere el alcance de las mismas, estando supeditado, asimismo, el ejercicio de las competencias de la Unión a los principios de subsidiariedad (art. 5.3 TUE), de forma que la UE solo puede actuar en la medida en que los objetivos del Convenio de Estambul no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y de proporcionalidad, no debiendo ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados (art. 5.4 TUE).

Por tanto, para garantizar la implementación del Convenio de Estambul la Unión Europea ha adoptado recientemente la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, constituyendo el primer acto legislativo de la Unión Europea que aborda de manera específica la violencia contra las mujeres, estableciendo normas mínimas comunes para su prevención, así como para el apoyo y protección de las víctimas, contribuyendo a armonizar los diferentes enfoques de los Estados miembros, incluidos los matrimonios forzados. Así, la Directiva obliga a los 6 Estados miembros que no han ratificado el Convenio de Estambul a adoptar medidas legislativas que correspondan al nivel mínimo de protección necesario para hacer frente a los matrimonios forzados, especialmente su tipificación como delito. Asimismo, para los 21 Estados miembros que son parte del Convenio la Directiva puede contribuir a colmar las lagunas detectadas en la legislación nacional así como a adoptar nuevas medidas de forma coordinada para apoyar y proteger a las mujeres víctimas de matrimonios forzados. Igualmente, la

[87] *Vid.* Unión Europea, Decisión (UE) 2023/1076 del Consejo, de 1 de junio de 2023, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal, asilo y no devolución, *op. cit.,* p. 4.

Directiva ofrece una mayor seguridad jurídica al establecer normas mínimas para que todos los Estados miembros adopten medidas de prevención, protección y apoyo, independientemente del lugar de la Unión en el que se encuentren las mujeres víctimas de matrimonios forzados. De igual modo, la Directiva permite una recopilación más exhaustiva de datos sobre matrimonios forzados a nivel de toda la Unión Europea, contribuyendo a conocer de forma más fehaciente la situación existente y a adoptar medidas más eficaces para su erradicación. Y, finalmente, la Directiva permite un seguimiento más directo de las disposiciones y medidas adoptadas por los Estados miembros para combatir los matrimonios forzados a través del procedimiento de revisión de la transposición de la Directiva [88].

Sin embargo, el alcance de la Directiva (UE) 2024/1385 en materia de matrimonios forzados es limitado, pues la regulación específica del matrimonio forzado está prácticamente limitada a la definición del tipo delictivo y a su sanción, estando redactado el tipo penal en términos neutros de género, sin hacer referencia a las mujeres y niñas, sin tener en cuenta la dimensión de género y sin garantizar, por tanto, que se aborden las necesidades específicas de seguridad y protección de las mujeres y las niñas. Asimismo, la pena máxima de prisión para el delito de matrimonio forzado en un mínimo de tres años no es proporcionada a la gravedad de los daños y perjuicios ocasionados a las mujeres y niñas víctimas de matrimonios forzados, sin contemplarse el incremento de la pena por la comisión del delito en circunstancias agravantes por motivos de género, obviándose, así, la perspectiva de género presente en los matrimonios forzados, que afecta fundamentalmente a las mujeres y niñas especialmente vulnerables pertenecientes a grupos de población en los que se mantiene la práctica nociva de los matrimonios forzados. Igualmente, la Directiva no obliga a los Estados a prohibir los matrimonios infantiles de forma expresa y sin excepciones, pues la Directiva no afecta a la definición de matrimonio establecida en el Derecho nacional de cada Estado miembro, incluida la edad mínima legalmente válida para contraer matrimonio, pudiendo contraerse por debajo de los 18 años si la legislación nacional no lo prohíbe. De igual modo, la Directiva no hace referencia a las consecuencias jurídicas de los matrimonios forzados, por lo que no exige a los Estados miembros que adopten medidas legislativas para que los matrimonios contraídos de forma obligada por al menos una de las partes o

[88] Unión Europea, Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, *op. cit.,* artículos 45 y 49, pp. 35-36.

por debajo de los 18 años de edad puedan ser anulables, anulados o disueltos. Asimismo, dada el limitado ámbito de aplicación de la Directiva, tampoco se establece ninguna previsión específica que obligue a los Estados miembros a proteger a las mujeres y niñas residentes en los Estados miembros víctimas de matrimonios forzados celebrados en el extranjero que por causa de los mismos no hayan podido regresar al Estado miembro de residencia en el plazo estipulado y hayan perdido el estatus de residente, por lo que, a diferencia de lo establecido en el Convenio de Estambul, no se obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas legislativas necesarias para que puedan recuperar su estatus de residencia. Igualmente, la Directiva deja a los Estados miembros un gran margen de apreciación y decisión en materia de protección, apoyo y prevención de los matrimonios forzados. Por tanto, habrá que estar a la transposición e implementación de las previsiones de la Directiva sobre matrimonios forzados por los Estados miembros [89].

Por tanto, los avances son limitados debido al restringido ámbito de aplicación de la propia Directiva (UE) 2024/1385 conforme a las competencias propias de la Unión Europea, de ahí que la mayoría de las acciones necesarias para poner fin a los matrimonios forzados y proteger a las mujeres víctimas sigan siendo competencia de los Estados miembros, por lo que no está suficientemente garantizada una regulación uniforme y armonizada en la legislación nacional sobre matrimonios forzados conforme a los estándares establecidos en el Convenio de Estambul, salvo que todos los Estados miembros hayan suscrito también el Convenio, cosa que todavía no ha sucedido. Sin duda, la Directiva contribuye a avanzar en la protección de las mujeres víctimas de matrimonios forzados, complementando el Convenio, pero no lo sustituye, ya que solo aborda algunos de sus aspectos, por lo que el Convenio sigue siendo un instrumento esencial en el marco jurídico de la Unión para luchar contra la violencia de género. Por esto es necesario, como ha reiterado el Parlamento Europeo, que los seis Estados miembros que aún no lo hayan hecho ratifiquen de inmediato el Convenio de Estambul, de manera que tanto las previsiones de la Directiva como del Convenio sobre matrimonios forzados les sean vinculantes, procediendo a su implementación en los ordenamientos jurídicos nacionales. Habrá que esperar, por tanto, a la evaluación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas adoptadas por los Estados miembros para determinar si efectivamente cumplen la Directiva en materia de matrimonios forzados, aun-

[89] Unión Europea, Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, *op. cit.,* Considerando 16 y artículos 4, 10 y 34.7, pp. 3, 17 y 31.

que los Estados miembros podrán presentar los informes respectivos a la Comisión hasta el 14 de junio de 2032, es decir, ocho años después de su entrada en vigor (art. 45). Sin embargo, atendiendo a que todavía seis Estados miembros no han ratificado el Convenio de Estambul, atendiendo a los intentos de anular la propia ratificación que se han llevado a cabo en algunos Estados miembros, y atendiendo a la resistencia que han planteado varios Estados miembros en el proceso de adopción de la Directiva, es previsible que algunos Estados miembros no transpongan en su totalidad las previsiones de la Directiva, como ha sucedido con la aplicación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos [90], siendo previsible que se inicien procedimientos de infracción con arreglo al artículo 258 del TFUE, como ha sucedido con la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección [91].

Por todo, aunque recientemente se han producido avances, sin embargo, el marco jurídico adoptado por la Unión Europea y su repercusión en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros para combatir y erradicar los matrimonios forzados y, en general, todas las formas de violencia de género contra las mujeres, sigue siendo limitado. Así, a pesar de que el Parlamento Europeo lo ha requerido de forma reiterada, la violencia de género sigue sin estar incluida en la lista de «eurodelitos» del artículo 83.1 del TFUE, impidiendo la adopción de una directiva más amplia sobre violencia contra las mujeres, aunque limitada fundamentalmente al ámbito del Derecho penal. Asimismo, aunque la Declaración 19 sobre el artículo 8 del TFUE afirme el compromiso político de los Estados miembros de combatir todas las formas de violencia doméstica, sin embargo, además de que no incluye todas las formas de violencia contra las mujeres, no tiene la fuerza jurídica de los Tratados, por lo que no puede fundamentar la competencia de las Unión para la adopción de un acto legislativo global. Este marco limitado de competencias de la Unión Europea para combatir la violencia de género contra las mujeres determina el

[90] *Vid.* Unión Europea, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, COM(2020) 188 final, Bruselas, 11.5.2020. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0188 [consulta: 12 de julio de 2024].

[91] *Vid.* Unión Europea, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de 2011, sobre la orden europea de protección, COM(2020) 187 final, Bruselas, 11.5.2020. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0187&from=EN [consulta: 12 de julio de 2024].

alcance restringido de las competencias asumidas por la Unión en los instrumentos de adhesión al Convenio de Estambul, así como el limitado ámbito de aplicación de la propia Directiva (UE) 2024/1385 sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de ahí que la mayoría de las acciones necesarias para combatirla sigan siendo competencia de los Estados miembros, por lo que no está garantiza una regulación uniforme y armonizada de la legislación nacional que apoye, proteja y repare suficientemente a las mujeres víctimas de violencia de género en el territorio de todos los Estados miembros de la Unión. Conforme al principio de atribución, la Unión actúa únicamente dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para alcanzar los objetivos que éstos establecen, de forma que las competencias no atribuidas a la Unión en los Tratados siguen correspondiendo a los Estados miembros (art. 5.2 TUE). Un instrumento legislativo global para combatir la violencia de género contra las mujeres y las niñas afecta necesariamente a múltiples ámbitos jurídicos, como el Derecho constitucional, el Derecho penal, el Derecho administrativo, el Derecho civil y de familia, el Derecho laboral y de protección social, así como al Derecho de inmigración y asilo, entre otros, sobre los que la Unión no puede reivindicar una competencia exclusiva conforme a los Tratados vigentes, impidiendo su adopción. Por tanto, dadas las limitadas competencias que actualmente tiene la Unión Europea para implementar plenamente el Convenio de Estambul y adoptar un instrumento jurídico vinculante integral sobre todas las formas de violencia de género que se aplique de forma uniforme en todo el marco jurídico nacional y europeo, es necesario incluir la violencia de género contra las mujeres entre los valores y objetivos de la Unión Europea definidos en el Derecho primario, con proyección sobre todo el sistema jurídico europeo y nacional, dotándola de mayores atribuciones y competencias en los propios Tratados. Solo así se dispondrá de la base jurídica necesaria para combatir con instrumentos jurídicos vinculantes integrales todas las manifestaciones de la violencia de género, incluidos los matrimonios forzados, y garantizar los derechos humanos de millones de mujeres y niñas en toda la Unión Europea y sus Estados miembros.

INTEGRACIÓN Y DEMOCRACIA EN LA UNIÓN EUROPEA

Fernando Val Garijo
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. INTRODUCCIÓN

Sin entrar en el debate sobre si la naturaleza de la Unión Europea es la propia de una federación, una confederación, o una organización internacional, se parte en este trabajo de la consideración de la Unión como una organización internacional creada por Estados, posición nada infrecuente entre los internacionalistas. Desde esta perspectiva, la Unión Europea posee los rasgos típicos de las organizaciones internacionales, al ser una asociación voluntaria de Estados, creada mediante tratados internacionales, y dotada de órganos permanentes, propios e independientes –las Instituciones de la Unión, en primer lugar– que gestionan intereses colectivos y tienen la capacidad de formar una voluntad jurídicamente distinta de la de los Estados miembros [1].

Bien es cierto que, desde la perspectiva internacionalista, es posible distinguir entre las clásicas organizaciones internacionales de «mera» cooperación (la inmensa mayoría de ellas) y las organizaciones internacionales de integración (una exigua minoría, entre las cuales la Unión Europea sería el ejemplo más desarrollado y completo). La Unión sería así una organización internacional *sui generis,* a la cual los Estados miembros han atribuido un amplísimo catálogo de competencias y funciones, creando así un «marco de ac-

[1] Ojinaga Ruiz, R., «La Unión Europea y los Estados miembros», en: Escobar Hernández, C. (dir.), *Instituciones de la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, 3.ª edición, p. 53.

ción jurídico-político» en cuyo seno se desarrolla el proceso de integración europea [2]. En este sentido, la Unión Europea es vista como un posible modelo para otras organizaciones internacionales de integración y, simultáneamente, como una organización internacional *sui generis* que en muchos aspectos no puede compararse a ninguna otra pero que, pese a ello, sigue siendo una organización internacional [3].

Uno de los rasgos más originales, y a la vez más importantes, de la Unión Europea es su relación con la democracia y sus principios. Se trata, en efecto, de una organización internacional a cuyo funcionamiento los Estados miembros han decidido incorporar los principios democráticos. Estos principios democráticos, al incorporarse a una estructura o entidad no estatal, han de convivir con otros propios de una organización internacional, como el principio de atribución –que rige la delimitación de competencias entre la Unión y los Estados miembros–, el de participación estatal en el nombramiento y en la formación de la voluntad de algunos órganos o Instituciones de la Unión, el principio de cooperación entre los Estados miembros y la Unión, el principio de igualdad de los Estados miembros ante los tratados constitutivos, el principio del respeto a la identidad nacional de los Estados miembros (art. 4.2 TUE), o el derecho de cada uno de estos a retirarse de la Unión (art. 50 TUE). Mostrar cómo los principios y reglas democráticas operan en el seno de la Unión Europea, en equilibrio con otros principios propios del funcionamiento de las organizaciones internacionales, es el objetivo principal de este trabajo.

II. HACIA UNA DEMOCRACIA DUAL

1. **Democracia y Estados miembros**

Tal y como establece el artículo 2 TUE, la democracia figura entre los valores que dan fundamento a la Unión, junto con la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos. Se trata, como reza este mismo precepto, de «valores comunes a los Estados miembros».

Desde la perspectiva de los Estados miembros, el respeto y promoción de la democracia aparece como un requisito sustantivo que todo Estado europeo

[2] Escobar Hernández, C., «La Unión Europea», en: Escobar Hernández, *op. cit.,* nota 1, p. 33.
[3] Klabbers, J., *An Introduction to International Organizations Law*. Cambridge University Press, Cambridge, pp. 14-15.

debe cumplir para solicitar el ingreso la Unión Europea (art. 49 TUE). Este requisito queda reforzado porque ese mismo precepto establece que, a la hora de pronunciarse sobre una solicitud de ingreso, las Instituciones tendrán en cuenta «los criterios de elegibilidad acordados por el Consejo Europeo». Los criterios vigentes siguen siendo hoy los criterios de Copenhague, adoptados en dicha ciudad en 1993 y reafirmados por el Consejo Europeo de Madrid en 1995. El primero de dichos criterios, que todo Estado candidato debe cumplir para ser considerado elegible para ser miembro de la Unión, es contar con instituciones estables que garanticen la democracia, el Estado de Derecho, el respeto de los derechos humanos y la protección de las minorías [4]. El texto de los criterios de Copenhague es importante, además de por establecer criterios de elegibilidad de nuevos Estados miembros, por subrayar la estrecha conexión entre democracia, Estado de Derecho y derechos humanos, incluidos los de las personas pertenecientes a minorías.

A estas consideraciones han de unirse las derivadas del artículo 7 TUE, que permite al Consejo la adopción de sanciones contra el Estado miembro que vulnere de forma grave y persistente los valores recogidos en el artículo 2 TUE. Las sanciones consistirán en la suspensión de «determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate», incluidos los derechos de voto de dicho Estado en el Consejo. El Consejo puede adoptar estas medidas por mayoría cualificada una vez que el Consejo Europeo, por unanimidad, a iniciativa de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión, y previa aprobación del Parlamento Europeo, constate que el Estado miembro en cuestión ha vulnerado de forma grave y persistente los valores y principios que sustentan la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos.

Desde una perspectiva general, el tenor del artículo 7 TUE permite afirmar que, al contrario de lo que sucede a nivel del Derecho internacional general, la democracia, o más concretamente, la existencia y funcionamiento de un sistema democrático en un Estado miembro, ya no es un asunto perteneciente a la jurisdicción interna de ese Estado. Uno de los principios estructurales del Derecho internacional contemporáneo es, en efecto, el principio de no intervención en asuntos internos, uno de cuyos contenidos consiste en que «todo Estado tiene el derecho inalienable a elegir sus sistema político, económico, social y cultural, sin injerencia en ninguna forma por parte de ningún otro

[4] Los criterios de Copenhague pueden consultarse en: https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/glossary/accession-criteria-copenhagen-criteria.html

Estado» [5]. Los Estados miembros de la Unión Europea han decidido, en ejercicio de su soberanía, apartarse de este principio o norma general, y adoptar las normas contenidas en el artículo 7 TUE, que a modo de norma especial, permite a los Estados miembros solicitar la constatación de que los valores democráticos están siendo grave y persistentemente vulnerados en otros Estados miembros, votar en el seno del Consejo Europeo a propósito de dicha constatación, y votar en el Consejo la adopción de medidas sancionadoras una vez se ha constatado lo anterior. A través de estas normas los Estados miembros aceptan que otros Estados miembros, actuando con y través de las Instituciones de la Unión, intervengan en el devenir de su sistema político. Nótese además que las Instituciones competentes para adoptar las decisiones últimas en esta materia (el Consejo Europeo y el Consejo) son las más intergubernamentales de la Unión, es decir aquellas en las que los Estados miembros, y su soberanía, tienen un mayor peso. El artículo 7 TUE es así una *lex specialis* vigente en el seno de una organización internacional regional que se aplica entre los Estados miembros y prevalece, en este ámbito, sobre la *lex generalis* del principio de no intervención en asuntos internos. Dicha *lex specialis* ha sido creada por los propios Estados miembros en uno de los tratados constitutivos de la Unión Europea. Su propósito es contribuir a mantener la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales en los Estados que son ya miembros de la Unión.

Desde el punto de vista más específico de la Unión Europea, la práctica institucional y estatal han suscitado la duda de si es posible adoptar medidas que reaccionen contra la vulneración grave y de los principios democráticos por cauces y procedimientos distintos de los previstos en el artículo 7 TUE. Ha sido el Tribunal de Justicia (TJUE) quien ha dado la respuesta a tan decisiva cuestión en su sentencia de 16 de febrero de 2022 en el asunto Hungría c. Parlamento Europeo y Consejo (C-156/21). En esta decisión el TJUE afirma que «además del procedimiento establecido en el artículo 7 TUE, numerosas disposiciones de los Tratados, que a menudo se concretan en diversos actos de Derecho derivado, confieren a las instituciones de la Unión la competencia para examinar, constatar y, en su caso, sancionar la vulneración cometida en un Estado miembro de los valores que se recogen en el artículo 2 TUE» [6]. En este caso, el TJUE desestima el recurso de anulación interpuesto por Hungría (apoyada por Polonia) contra el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092, que

[5] Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 24 de octubre de 1970, Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación de los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

[6] EU: C:2022:97, párrafo 159.

establece un régimen de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión Europea. El TJUE parte de que el artículo 322 TFUE es una base jurídica suficiente para adoptar un mecanismo de condicionalidad que supedite la percepción de financiación con cargo al presupuesto de la Unión al cumplimiento de determinadas condiciones. Esta condicionalidad puede ser también «horizontal», es decir que la percepción de fondos puede quedar vinculada al valor Estado de Derecho consagrado en el artículo 2 TUE[7]. El TJUE, asimismo, subraya el vínculo entre Estado de Derecho y democracia al afirmar que «el respeto del Estado de Derecho está intrínsecamente vinculado al respeto de la democracia y de los derechos fundamentales. No puede haber democracia ni respeto de los derechos fundamentales sin respeto del Estado de Derecho, y viceversa»[8]. Por lo tanto, cabe colegir que las medidas orientadas a la protección del Estado de Derecho lo están también a la protección del sistema democrático. Finalmente, el TJUE asevera que «el respeto por un Estado miembro de los valores que figuran en el artículo 2 TUE constituye un requisito para poder disfrutar de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados a dicho Estado miembro», y que dicho respeto no es una mera obligación que un Estado candidato debe «cumplir para adherirse a la Unión y de la que puede exonerarse tras su adhesión»[9].

En resumen, la democracia y sus principios son para los Estados miembros un valor que constituye un requisito para adherirse a la Unión Europea, y un sistema jurídico-político que, en sus diversas versiones, todos los Estados miembros comparten y deben mantener y promover en todo momento. Además, el Derecho de la Unión contiene normas y procedimientos destinados a proteger la democracia «en los Estados miembros», que pueden concretarse, entre otras medidas, en sanciones (art. 7 TUE) y en mecanismos de condicionalidad (Reglamento (UE/Euratom) 2020/2092).

No está previsto en los tratados constitutivos ningún mecanismo de expulsión de un Estado miembro en el caso de violación grave y sistemática de los valores y principios democráticos, de los relativos al Estado de Derecho o de los atinentes al respeto de los derechos humanos. Tampoco en estos casos se contempla una suspensión completa del Estado miembro que vaya más allá de la suspensión de sus derechos de voto en el Consejo. La posibilidad de expulsar a un Estado miembro de una organización internacional no es en modo alguno rara en la práctica internacional, tal y como muestran diversos ejem-

[7] *Ibid.,* párrafo 124.
[8] *Ibid.,* párrafo 18 (6).
[9] *Ibid.,* párrafo 126.

plos como la ONU (art. 6 de la Carta de las Naciones Unidas) o el Consejo de Europa (art. 7 del Estatuto de Londres). En la doctrina internacionalista se discute si la expulsión de un Estado miembro es posible a falta de normas expresas al respecto en los tratados constitutivos [10]. En nuestra opinión, es harto preferible admitir la posibilidad de expulsión de un Estado miembro solo si dicha posibilidad está contemplada *expressis verbis* en el tratado constitutivo, aunque la variedad casuística de la práctica internacional aconseja la prudencia de estudiar sin premura las circunstancias, normas constitutivas y praxis de cada organización concreta antes de decidir al respecto. En el caso de la Unión Europea, no obstante, parece claro que ninguna de las Instituciones, sola o en conjunción con otras o con los Estados miembros, tiene atribuidas competencias en materia de expulsión de un Estado miembro. Tampoco existe, claro está ningún procedimiento de expulsión. Por ello, a la luz del principio de atribución tal y como opera en la Unión Europea cabe concluir que los Estados miembros, en el estado actual del proceso de integración europea, no han querido que un Estado miembro pueda ser expulsado de la Unión por vulnerar de forma grave y persistente los valores democráticos. En contraste con la decisión de retirarse de la Unión, que descansa en última instancia en un ejercicio unilateral de soberanía por parte del Estado que se retira, la ausencia de un mecanismo o procedimiento de expulsión de un Estado que vulnere gravemente los valores fundamentales y compartidos por todos deriva de una visión de conjunto en la que la integración en, y a través de, la Unión Europea prevalece aún sobre la pureza o virtud democrática de sus Estados miembros.

2. **Democracia y Unión Europea**

Las principios y normas sobre democracia en los tratados constitutivos no se agotan con las que afectan más directamente a los Estados miembros, ya que el Título II del TUE incluye una serie de importantes «disposiciones sobre los principios democráticos», que están orientadas a proporcionar una base de legitimidad democrática a la Unión Europea como organización, a su funcionamiento, y a su sistema institucional.

Sin ánimo de entrar en el análisis detallado de las normas del referido Título II (arts. 9 a 12 TUE), sí interesa ahora destacar algunas cuestiones que ponen de manifiesto lo complejo y singular del empeño de aplicar los principios y normas democráticas a una organización internacional. Así, por ejem-

[10] KLABBERS, *op. cit.,* nota 3, p. 108.

plo, el artículo 9 TUE se refiere a los «ciudadanos de la Unión» y a la igualdad de estos ante las Instituciones, lo cual parece adecuado si partimos de la idea de ciudadanía como pilar y motor de la democracia. Pues bien, como es evidente, lo normal en la práctica internacional es que las organizaciones internacionales no contemplen un estatuto de ciudadanía «propio» para los nacionales de sus Estados miembros. No hay ciudadanos de la ONU, ni de la OTAN, ni de la OMC, ni del Consejo de Europa, y podríamos seguir ilustrando esta obviedad *ad nauseam.* Lo excepcional y *sui generis* es que haya una organización internacional, la Unión Europea, en cuyo seno se ha creado un estatuto que consagre un catálogo de derechos ciudadanos que se ejerzan en relación con los Estados miembros y la propia organización. Esta originalidad lleva consigo una complejidad añadida: la ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía de los Estados miembros, sin sustituirla. Ello es coherente con la realidad de las cosas: existe una organización internacional, la Unión Europea, y 27 Estados miembros de la misma. La Unión no absorbe a los Estados miembros convirtiéndolos en provincias o entidades puramente territoriales de un ente supranacional. Cada Estado miembro conserva, como es perfectamente natural, su soberanía, su Estado de derecho, su democracia, y su ciudadanía. En ninguno de estos aspectos la Unión sustituye a los Estados miembros, por lo cual es preciso que ambos estatutos de ciudadanía se sumen y queden vinculados: no se puede ser ciudadano de la Unión sin ser a la vez ciudadano de un Estado miembro, ni ser ciudadano de un Estado miembro sin ser asimismo ciudadano de la Unión. La creación de la ciudadanía de la Unión aparece como una necesidad democrática derivada de los avances en el proceso de integración, y abarca derechos relativos a las nuevas realidades y posibilidades creadas por la integración (libre circulación, derecho de residencia, protección diplomática y consular) y también otros derechos que ponen de manifiesto que dicha integración es democrática (derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones locales, derecho a una buena administración, derecho de acceso a documentos, derecho de petición). En una de sus acepciones, ser ciudadano consiste en tener una serie de derechos y deberes frente a los poderes públicos, normalmente poderes estatales. Ahora bien, si la integración europea ha creado un poder público europeo (no estatal, aunque sí institucional) que incide directamente en la vida ciudadana, los ciudadanos de los Estados miembros deberán gozar de un estatus de ciudadanía específico en relación con esos poderes públicos de la Unión. El conjunto de derechos que integra la ciudadanía europea deberá tener contenido democrático, dado que ciudadanía y democracia se implican mutuamente: solo cabe calificar de verdaderos ciudadanos a quienes actúan en un sistema demo-

crático, y solo las verdaderas democracias crean un sistema basado en el binomio poderes públicos-ciudadanos. El contenido de la ciudadanía europea es uno de los indicadores que miden el nivel de integración democrática alcanzado en cada momento, y a la vez ofrece puntos de encuentro y equilibrio con las democracias de los Estados miembros, como en el caso de los derechos de sufragio activo y pasivo mencionados anteriormente.

El artículo 10.1 TUE proclama, de manera algo lacónica pero decisiva, que «el funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa». A continuación, este artículo y los siguientes del Título II esbozan de un modo genérico aspectos relativos al sistema de democracia representativa tal y como debe operar en la Unión. Así, entre otras cuestiones, se enuncia el derecho de todo ciudadano a «participar en la vida democrática de la Unión» (art. 10.3 TUE), se atribuye a los partidos políticos a escala europea la misión de formar la conciencia política europea y expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión (art. 10.4 TUE). El artículo 11.4 TUE sienta las bases jurídicas de la iniciativa ciudadana europea como herramienta propia de la democracia representativa. El artículo 12 TUE, en fin, regula el papel que están llamados a jugar los Parlamentos nacionales en el buen funcionamiento de la Unión.

Entre todas estas disposiciones sobre los principios democráticos que deben informar el ser y el actuar de la Unión Europea, interesa ahora detenerse en el diseño estructural que se infiere de la redacción del artículo 10.2 TUE. Este precepto muestra los dos fundamentos sobre los que se erige la Unión. Por un lado, el fundamento democrático, el de los ciudadanos directamente representados a través del Parlamento Europeo. Por otro, el fundamento interestatal, el pilar de los Estados miembros, que han configurado la Unión como una organización internacional que sirve como marco de acción para avanzar en el proceso de integración europea. Los Estados miembros, como sabemos, son Estados democráticos, representados en el Consejo Europeo y el Consejo, y responsables democráticamente ante sus Parlamentos o sus ciudadanos nacionales. Es decir, la Unión Europea es una organización internacional creada por Estados democráticos, que debe ella misma funcionar democráticamente, conforme a los principios de la democracia representativa. Una de las singularidades más llamativas del proyecto europeo consiste en esta dualidad democrática, en la que la democracia rige a nivel de los Estados miembros, y al nivel de la Unión. Que una organización internacional base su funcionamiento en la democracia representativa constituye sin duda una excepcionalidad en el panorama de las organizaciones internacionales, máxime si la incidencia de los principios democráticos es tan profunda como en el caso de la Unión Europea.

Empecemos por el ejemplo más sencillo, el Parlamento Europeo. Sus diputados son elegidos directamente por los ciudadanos europeos mediante sufragio universal directo, libre y secreto. Ciertamente, no faltan en la práctica internacional ejemplos de organizaciones que cuenten con órganos asamblearios y a la vez plenarios, pero los miembros de dichas asambleas no son elegidos directamente por los ciudadanos de los Estados miembros en elecciones en los que dichos ciudadanos ejerzan sus derechos fundamentales al sufragio activo y pasivo. Lo normal es acudir a otras fórmulas. Así, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha optado por una fórmula intergubernamental clásica, pues los delegados de cada Estado miembro representan a dicho Estado y defienden los intereses de su gobierno, en un sistema en el que cada Estado tiene un voto, al margen de su mayor o menor población [11]. Otra posibilidad no extraña en la práctica internacional es acudir a fórmulas de representación democrática indirecta, como es el caso de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cuyos parlamentarios son representantes de los Estados miembros de la organización, «designados» siempre entre los miembros del Parlamento nacional/federal, conforme al sistema que cada Estado miembro elija, y en número variable en función de la población de cada Estado miembro [12]. Eso sí, la delegación de cada Estado miembro debe reflejar la representación de los diversos partidos en el parlamento federal/nacional. En su origen, la composición del Parlamento Europeo, inicialmente llamado Asamblea Común, también se basaba en una fórmula de representación indirecta, conforme a la cual los diputados eran designados por los parlamentos de los Estados miembros, ejerciendo todos ellos un doble mandato nacional y comunitario.

Sin embargo, como es bien sabido, desde que en 1979 se celebraron las primeras elecciones por sufragio universal libre, directo y secreto, el Parlamento Europeo trasciende las fórmulas de democracia indirecta como las de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Las elecciones que se celebran cada cinco años dan como resultado una representación directa de la ciudadanía europea que ha acudido a la cita electoral. Los parlamentarios elegidos se agrupan no por nacionalidades, sino por afinidades políticas, intentando formar parte de grupos parlamentarios de alcance europeo. El número de parlamentarios elegidos «en cada Estado miembro» (y no por cada Estado miembro) varía en función de la población, con un mínimo de seis diputados en los

[11] *Vid.,* artículos 9 y 18.1 de la Carta de las Naciones Unidas.

[12] *Vid.,* artículos 25 y 26 del Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres, el 5 de mayo de 1949, *BOE* núm. 51, de 1 de marzo de 1978, pp. 4840-4844.

Estados menos poblados y un máximo de noventa y seis, según un sistema de representación decrecientemente proporcional.

Ahora bien, el hecho de que el Parlamento Europeo se establezca en cada legislatura conforme a un sistema de representación ciudadana directa no basta para afirmar que estamos ante un sistema de democracia representativa si esta Institución en de la Unión no ejerce los poderes propios de un parlamento en una democracia. Dentro del sistema institucional de la Unión, el Parlamento Europeo ejerce funciones presupuestarias y legislativas junto con el Consejo. Ejerce asimismo funciones consultivas y de control político, estas últimas especialmente sobre la Comisión (el «Ejecutivo» de la Unión por excelencia), a través de interpelaciones (preguntas orales, preguntas escritas y turno de preguntas), el Informe General que esta debe presentar anualmente, los Informes Sectoriales, o incluso el más radical de los instrumentos de control político, como es la moción de censura contra la Comisión (art. 234 TFUE). Algunos de estos instrumentos de control, como las interpelaciones, pueden también dirigirse al Consejo o al Banco Central Europeo. Otros mecanismos, como la constitución de comisiones de investigación, pueden ser puestos en marcha por el Parlamento Europeo para examinar alegaciones de infracción o de mala administración en la aplicación del Derecho de la Unión que afecten a otras Instituciones u órganos de la Unión, a las administraciones públicas de los Estados miembros, o a personas facultadas para aplicar el Derecho de la Unión [13]. Además, el Parlamento Europeo puede llevar a cabo un control democrático de la legalidad de los actos de otras Instituciones mediante la interposición de un recurso de anulación ante el TJUE, siendo uno de los sujetos privilegiados en cuanto a la legitimación activa para interponer este recurso.

No pretendemos aquí realizar una exposición completa ni sistemática de las competencias y poderes del Parlamento Europeo. Tan solo mostrar brevemente que los poderes del Parlamento Europeo son, en buena medida, los que cabe esperar de un parlamento en un sistema de democracia representativa: colegislador, instancia de control político, instancia de aprobación y control presupuestario, institución consultiva, participación en el nombramiento de diversos cargos e Instituciones, entre otras. El poder parlamentario en la Unión Europea es un poder real y la historia del Parlamento Europeo es la de una Institución que ha aumentado gradual y constantemente sus competencias y poderes a medida que el proceso de integración europea ha ido profundizándose. Aun así, es cierto que, desde la perspectiva de la democracia representativa, el Parlamento Europeo podría ser objeto de reformas que hiciesen más visible

[13] Artículo 208 del Reglamento interno del Parlamento Europeo.

y clara su representatividad (procedimiento electoral uniforme en los Estados miembros, y no uno simplemente basado en principios comunes) y aumentasen sus poderes democráticos (iniciativa legislativa plena, en lugar del actual poder de iniciativa limitada a ciertos proyectos normativos, como la revisión de los tratados constitutivos o su propia composición como Parlamento, o a diversos proyectos legislativos, como los relativos al estatuto y funciones de los diputados o del Defensor del Pueblo)[14]. En todo caso, el incremento de poderes y funciones experimentado hasta ahora por el Parlamento Europeo ha reforzado sin duda la legitimidad democrática del sistema institucional de la Unión. Y si en el estado actual del proceso de integración europea, el Parlamento Europeo no tiene todos los poderes que una institución parlamentaria puede tener en un sistema de democracia representativa, no hay que descartar que en un futuro pueda ver de nuevo sus competencias aumentadas y sus poderes reforzados.

Entendemos, no obstante, que los principios de la democracia representativa no deben aplicarse únicamente al Parlamento Europeo, sino que deben hacer sentir sus efectos en el conjunto del sistema institucional de la Unión, por lo que es preciso examinar como se aplican tales principios en relación con otras Instituciones. Si se quiere observar cómo pueden operar conjuntamente los principios de la democracia representativa y los propios del funcionamiento de una organización internacional, resulta muy útil atender a cómo se produce el nombramiento de la Comisión. Nos ocuparemos ahora solo de los momentos y fases principales en el proceso de nombramiento del nuevo «Ejecutivo» de la Unión tras la celebración de elecciones al Parlamento Europeo, sin entrar en todos los posibles detalles y variables. El primer paso, conforme al artículo 17.7 TUE, consiste en que el Consejo Europeo, «teniendo en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo», y tras mantener las consultas apropiadas, propondrá al Parlamento Europeo, por mayoría cualificada, un candidato a Presidente de la Comisión. La reciente práctica parlamentaria y electoral de los *spitzenkandidaten,* según la cual cada partido político europeo concurre a las elecciones presentando su propio candidato a Presidente de la Comisión, influye pero no condiciona al Consejo Europeo hasta el punto de generar el derecho del *spitzenkandidat* del partido más votado a ser propuesto en primer lugar como candidato al cargo (ni al segundo más votado a ser propuesto en segundo lugar). Esta propuesta del Consejo Europeo no está sujeta a este ni a otros automatismos, como muestra la necesidad de celebrar

[14] *Vid.,* Mangas Martín, A., «El Parlamento Europeo», en: Mangas Martín, A.; Liñán Nogueras, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos, Madrid, 2014, 8.ª edición, pp. 256-257.

consultas sobre el perfil de los candidatos. En realidad, «el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo son «responsables conjuntamente» de la buena marcha del proceso que conduce a la elección del Presidente de la Comisión Europea» [15], lo cual obliga a mantener las necesarias consultas entre representantes del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, antes de que este decida a quién va a proponer. Este sistema de responsabilidad conjunta excluye tanto los automatismos como las actuaciones puramente unilaterales.

El segundo paso consiste en que el Parlamento Europeo elige, por mayoría de los miembros que lo componen, al candidato propuesto por el Consejo Europeo. Superada esta votación, el ahora Presidente electo, de común acuerdo con el Consejo, adopta la lista del resto de las personas que se pretende sean nombradas como miembros de la Comisión, a partir de propuestas presentadas por los Estados miembros. Como excepción dentro del colegio de comisarios, el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad es nombrado directamente por el Consejo Europeo, por mayoría cualificada y contando con la aprobación del Presidente electo de la Comisión. A continuación, el Presidente, el Alto Representante y los demás miembros de la Comisión han de someterse colegiadamente al voto de aprobación del Parlamento Europeo. Obtenida dicha aprobación, el Consejo Europeo nombra a la Comisión por mayoría cualificada.

Esta breve descripción del proceso de nombramiento de la Comisión nos hace ver que en el mismo intervienen otras tres Instituciones, que no por casualidad son las mismas que figuran en el artículo 10.2 TUE, y que hemos considerado como encarnación o institucionalización de los dos fundamentos o pilares que sostienen el edificio institucional de la Unión: el pilar democrático (Parlamento Europeo) y el pilar de los Estados miembros (representados a distinto nivel en el Consejo Europeo y el Consejo). Los principios de la democracia representativa postulan que la Institución que principalmente ejerce el poder ejecutivo sea, «de algún modo», una emanación de la voluntad del Parlamento Europeo durante un mandato de igual duración (cinco años) en ambas Instituciones. Ahora bien, esa legitimación democrática directa no basta y a ella debe sumarse, en una organización internacional, la voluntad de los Estados miembros. El grado de integración alcanzado en la Unión Europea permite que esa voluntad estatal se exprese en las Instituciones pertinentes a través de fórmulas supranacionales, como la mayoría cualificada, sin que sean necesarias fórmulas puramente intergubernamentales, como la unanimidad o el consenso.

[15] Declaración 11 al Tratado de Lisboa relativa a los apartados 6 y 7 del artículo 9D del Tratado Lisboa.

Desde una perspectiva internacionalista, es fácil contemplar aquí a la Comisión como una Institución receptora de una doble legitimidad. Por un lado, la legitimidad democrática que procede de la Institución donde están los representantes directos de los ciudadanos. Por otro, la legitimidad interestatal procedente de la voluntad de los Estados miembros representados en el Consejo Europeo y el Consejo, pues la Unión Europea es una organización internacional, y nada hay más normal en las organizaciones internacionales que el hecho de que la voluntad de los Estados miembros juegue un papel clave en el nombramiento de los órganos de la organización. El que dichos Estados miembros sean, en el caso de la Unión Europea, Estados democráticos no hace sino añadir un plus de legitimidad democrática (indirecta) a la legitimidad procedente de la voluntad interestatal. La Unión Europea es una organización internacional democrática creada e integrada por Estados democráticos, lo cual permite caracterizar el sistema como una democracia dual.

Resulta también cierto que, en cuanto sistema democrático, el sistema institucional de la Unión es una realidad en construcción, un sistema no acabado y desde luego perfectible. Hasta ahora, lo que hemos mostrado es la existencia de una Institución que representa directamente a los ciudadanos, de los que recibe una legitimidad democrática directa (Parlamento Europeo). También contamos con dos Instituciones (Consejo Europeo y Consejo) que representan a los Estados miembros, los cuales, al ser democráticos, proyectan su legitimidad democrática sobre ambas Instituciones. Y, por último, hemos visto como las tres anteriores hacen surgir una cuarta Institución (la Comisión) que es depositaria de una doble legitimidad democrática e interestatal. Ahora bien, ¿qué hay de las otras tres Instituciones? ¿de qué modo su nombramiento y su funcionamiento responden a los principios de la democracia representativa?

La realidad es que se ha prestado menos atención a esta cuestión en relación con el TJUE, el Tribunal de Cuentas y el Banco Central Europeo. En el caso del TJUE, la legitimación democrática puede detectarse, en primer lugar, en el hecho de que sus jueces y abogados generales sean «nombrados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros para un período de seis años», teniendo presente que dicho acuerdo lo es entre Estados democráticos. También nos atrevemos a apuntar como otro aspecto de la legitimación democrática que el TJUE tenga como misión garantizar el respeto al Derecho en la aplicación e interpretación de los tratados constitutivos que, adoptados por Estados democráticos, establecen como valores fundamentales de la Unión los contenidos en el artículo 2 TUE. En cuanto al Tribunal de Cuentas, su encaje dentro de un sistema de democracia representativa no se ha planteado como una cuestión acuciante debido a la naturaleza administrativa de esta Ins-

titución que controla «las cuentas de la totalidad de los ingresos y gastos de la Unión (art. 287.1) TFUE, y que lleva a cabo un «control externo, no político [16]» de las cuentas del resto de organismos e Instituciones. La creación de un Tribunal de Cuentas en la Unión Europea responde a necesidades de la integración y también a exigencias democráticas como la rendición de cuentas, y la atención ha estado dirigida a la necesidad de que ejerza sus funciones con plena independencia y en interés general de la Unión (art. 285 TUE), más que a cuestiones de representatividad democrática. Finalmente, en cuanto al Banco Central Europeo, el modelo seguido a la hora de diseñarlo ha enfatizado siempre la necesidad de contar con una autoridad monetaria «independiente» que pudiese formular una política monetaria única para los Estados miembros que tengan como moneda común el euro. Independiente, se entiende, de indebidas interferencias políticas en cuestiones tan técnicas como la política monetaria y la estabilidad de precios. La proyección de los principios de la democracia representativa sobre el Banco Central Europeo ha consistido en procurar un cierto control democrático sobre sus actividades, para evitar que esta Institución, cuyas decisiones afectan muy significativamente a los ciudadanos europeos, se convierta en una gran tecnocracia monetaria ajena a los controles democráticos de los que no debe estar exenta. El Banco Central Europeo está sometido al control del Parlamento Europeo a través de las preguntas escritas, de los diálogos sobre política monetaria con la Comisión parlamentaria de Política Económica y Monetaria, y de la presentación de su Informe Anual ante el Parlamento Europeo, que puede llevar a cabo un debate general sobre su contenido. Estas modalidades de control parlamentario podrían sin duda reforzarse, aumentando así la legitimidad democrática de la autoridad monetaria sin, supuestamente, mermar su independencia. Así, se ha sugerido que los miembros del Comité Ejecutivo del Banco sean aprobados por el Parlamento Europeo, o que este tenga el poder de investigar, de fiscalizar los presupuestos operativos o de expulsar a miembros del Comité Ejecutivo en caso de mala praxis [17]. La transparencia se incrementaría con la modificación del artículo 10.4 del Protocolo sobre los Estatuto del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, en el sentido de permitir la publicación de actas de las reuniones y de sus registros de voto.

---

[16] Mangas Martín, A., «La financiación de la Unión Europea y el Tribunal de Cuentas», en Mangas Martín; Liñán Nogueras, *op. cit,* nota 14, p. 304.

[17] Peroni, G., «The European Central Bank (ECB) and European Democracy: A Technocratic Institution to Rule All European States?» en: Daniele, L., Simone, P., Cisotta, R. (eds.), *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis*. Springer, Cham, 2017, pp. 249-264.

III. TEORÍA DE LA INTEGRACIÓN DEMOCRÁTICA

Hasta ahora, hemos intentado mostrar cómo la democracia opera en la Unión Europea. Hemos identificado que lo hace a dos niveles: a nivel de los Estados miembros y a nivel de la Unión. En este segundo nivel, sin entrar a analizar todas las disposiciones sobre principios democráticos que contienen los artículos 9 a 12 TUE, hemos intentado comprender cómo los principios de la democracia representativa se incorporan al sistema institucional de la Unión Europea. Tras comprobar que, a nuestro juicio, tales principios se aplican de forma perfectible, pero también de modo real y efectivo, hemos concluido que la Unión Europea y los Estados miembros conforman una democracia dual. Este sistema de democracia dual funciona, en el estado actual del proceso de integración europea, en el seno de una forma político-jurídica concreta: una organización internacional democrática creada por Estados democráticos. En esta caracterización se cifra, en gran parte, la singularidad y originalidad de la Unión Europea.

Al hilo de estas ideas, es preciso subrayar ahora otra. El proceso de democratización de la Unión, desde las Comunidades Europeas hasta el presente, no es por supuesto un proceso contingente, casual o accidental, sino una necesidad política y jurídica de los Estados miembros. La integración europea postula la democratización de la Unión. Es decir, los Estados miembros podrían haber creado una organización internacional de «mera cooperación» (o varias) para lograr fines deseables para todos ellos. Si así hubiese sido, la organización internacional resultante no tendría por qué ser ella misma democrática, o basar su funcionamiento en la democracia representativa. Bastaría con que respondiese a los patrones interestatales clásicos que ofrece la práctica internacional. Sin embargo, esta solución no es posible si se trata de una organización internacional en cuyo seno se desarrolla una integración tan ambiciosa y profunda como la europea. En efecto, en dicho proceso, los Estados miembros han transferido un amplísimo catálogo de competencias a las Instituciones de la Unión. Antes de su transferencia y puesta en común en el nivel de la Unión, tales competencias eran ejercidas por Estados democráticos que respetan el Estado de Derecho y los derechos fundamentales. Si se transfieren y atribuyen todas esas competencias a un poder u organización no democrático, se estaría produciendo un gigantesco proceso de involución democrática en Europa. Pero la realidad histórica de Europa desde 1951 hasta hoy ha sido otra: desde los poderes públicos nacionales/estatales se ha ido creando gradualmente un gran poder público europeo, configurado como sistema institucional de la Unión, y dicho poder público europeo ha sido gradualmente democratizado y

sometido a las reglas del Estado de Derecho y a mecanismos de protección de los derechos fundamentales. Y si, como ya se ha dicho anteriormente, quedan aún pendientes importantes tareas democratizadoras, la integración europea, además de sus dimensiones económicas, políticas y jurídicas, ha incluido una innegable dimensión democrática y democratizadora, que ha afectado tanto a la Unión como a los Estados miembros.

A la luz de lo anterior, resulta de interés que, junto a las clásicas teorías que explican el proceso de integración europea en diversas claves (federalismo, neo-funcionalismo, intergubermentalismo, institucionalismo) [18] surjan teorías de la integración democrática como la propugnada por Jaap Hoeksma. Hemos tomado de este autor neerlandés las nociones de democracia dual y de organización internacional democrática de Estados democráticos, si bien Hoeksma emplea expresiones ligeramente diferentes en su literalidad para caracterizar a la Unión Europea, como una «Unión de Estados democráticos, que también constituye una democracia en sí misma» [19] o una «Unión democrática de Estados democráticos» [20], o una «unión de Estados y ciudadanos que funciona como una democracia europea» [21]. La clave de esta concepción está en que la Unión está sujeta a las mismas exigencias en materia democrática y de Estado de Derecho que las que espera y demanda de sus Estados miembros. Un momento clave en la democratización de la Unión Europea fue la adopción del Tratado de Ámsterdam (1997), que sentó las bases de lo que hoy es el artículo 2 TUE. Otro momento decisivo fue la adopción del Tratado de Lisboa (2007) que introdujo cambios democráticos tan profundos que han tardado más de una década en ser comprendidos y asimilados. Según Hoeksma, el Tratado de Lisboa transforma una organización internacional en una democracia transnacional, configurando a la Unión Europea como una democracia sin convertirla en un Estado [22]. Amigo de amplias generalizaciones y de grandes visiones de conjunto, este autor sostiene que el modelo de la Unión Europea, tal y como resulta de su proceso de integración democrática, supera el modelo de Westfalia de relaciones internacionales, basado en la soberanía estatal concebida como absoluta, y da paso a un nuevo paradigma en el que para los ciudadanos y los Estados miembros la soberanía es compartida, la guerra es imposible, las fronteras son externas, el mercado es interior, la democracia y la

[18] Una introducción de conjunto a las teorías de la integración europea puede encontrarse en WIENER, A.; BÖRZEL, T. A.; RISSE, T., *European Integration Theory*. Oxford University Press, 3.ª edición, 2019.

[19] HOEKSMA, J., *The Democratisation of the European Union*. Eleven, The Hague, 2023, p. 28. La traducción que aparece en el texto principal es del autor de este trabajo.

[20] *Ibid.,* p. 52.

[21] *Ibid.,* p. 107.

[22] *Ibid.,* p. 47.

ciudadanía son duales, la moneda es única, y en el que la Unión Europea puede ser un actor global en las relaciones internacionales [23].

Reconociendo la fuerza inspiradora que poseen las ideas y planteamientos de Hoeksma, nuestra contribución en este trabajo se ha limitado a partir de la idea de democracia dual (Unión Europea-Estados miembros) para intentar mostrar con algún detalle como funciona el modelo de la democracia representativa al ser aplicado al sistema institucional de la Unión. Y junto a lo ya expuesto, nuestra última conclusión es que la teoría de la integración democrática proporciona un modelo explicativo útil de la realidad, y delimita un campo fértil de investigación en los estudios sobre el proceso de integración europea.

[23] *Ibid.,* p. 106.

Los Estudios sobre Derecho Constitucional Español, Comparado y Europeo, *Liber amicorum* Yolanda Gómez Sánchez, incorporan 55 contribuciones que reflejan una diversidad de temáticas y perspectivas cuyo punto común de referencia es la obra intelectual de Yolanda Gómez. Las autoras y los autores de los capítulos que se reúnen en este Liber amicorum han querido rendir homenaje a Yolanda Gómez Sánchez aludiendo en sus textos a las líneas de investigación desarrolladas a lo largo de su fructífera carrera. En esta obra se pueden encontrar todas las temáticas del Derecho constitucional y del Derecho constitucional europeo que la Profesora Gómez ha tratado –y continúa abordando– en sus publicaciones. Se trata de estudios que destilan una gran sensibilidad y preocupación por los grandes temas que vertebran las coordenadas de la vida política, jurídica y social que conforman nuestra democracia y que el Derecho Constitucional sintetiza.

Yolanda Gómez Sánchez

Jurista especialista en derecho constitucional. Es ca-tedrática de Derecho Constitucional de la Universi-dad Nacional de Educación a Distancia y catedrática Jean Monnet 'ad personam' de la Unión Europea. Su labor docente e investigadora, se ha centrado, princi-palmente, en el estudio de los derechos fundamen-tales, igualdad y evaluación del impacto de género y derecho de la Unión Europea. También ha realizado importantes contribuciones en familia y matrimonio en las sociedades democráticas, en el derecho a la reproducción humana, mujer y bioderecho, así como en igualdad en la sucesión de la Corona. Ha dirigido y codirigido 21 tesis doctorales. Directora del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales entre 2018 y 2023, es académica correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.