

ESTUDIOS SOBRE EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

LIBER AMICORUM

GREGORIO CÁMARA VILLAR

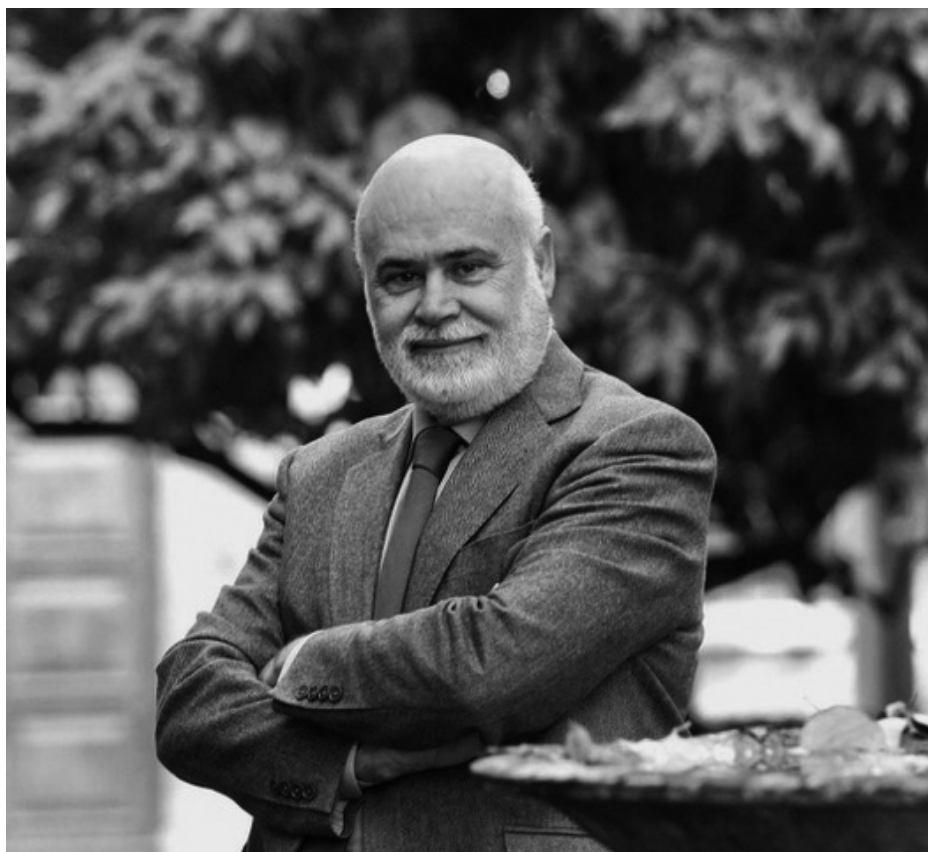
Francisco Balaguer Callejón,
Juan Fernando López Aguilar
y María Luisa Balaguer Callejón
(coord.)

Tomo I

FACULTAD DE DERECHO
ANTIGUO COLEGIO SAN PABLO
SIGLOS XVI-XIX



|C|E|P|C|



ESTUDIOS SOBRE EL ESTADO SOCIAL
Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO
LIBER AMICORUM GREGORIO CÁMARA VILLAR

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

CONSEJO EDITORIAL

Luis Aguiar de Luque
José Álvarez Junco
Manuel Aragón Reyes
Paloma Biglino Campos
Carlos Closa Montero
Elías Díaz
Arantxa Elizondo Lopetegi
Ricardo García Cárcel
Rosario García Mahamut
Yolanda Gómez Sánchez
Pedro González-Trevijano
Carmen Iglesias
Francisco J. Laporta
Encarnación Lemús López
Emilio Pajares Montolío
Benigno Pendás
Mayte Salvador Crespo
Mónica Sánchez Redonet
Antonio Torres del Moral

ESTUDIOS SOBRE
EL ESTADO SOCIAL
Y DEMOCRÁTICO
DE DERECHO
LIBER AMICORUM
GREGORIO CÁMARA
VILLAR

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN,
JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR
Y MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN
(coord.)

Tomo I

Catálogo general de publicaciones oficiales
<https://cpage.mpr.gob.es>

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidas la reprografía y el tratamiento informático.

De esta edición, 2024:

Francisco Balaguer Callejón, Juan Fernando López Aguilar y María Luisa Balaguer Callejón

© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
Plaza de la Marina Española, 9
28071 Madrid
<http://www.cepc.gob.es>
X: @cepcgob
Facebook: CentrodeEstudiosPoliticoyConstitucionales
Instagram: centro_estudios_pol_y_const

NIPO CEPC EN PAPEL: 145-24-035-4

NIPO CEPC PDF: 145-24-036-X

ISBN CEPC EN PAPEL TOMO I: 978-84-259-2059-2

ISBN CEPC PDF TOMO I: 978-84-259-2057-8

ISBN CEPC EN PAPEL OBRA COMPLETA: 978-84-259-2044-8

ISBN CEPC PDF OBRA COMPLETA: 978-84-259-2045-5

Depósito legal: M-19051-2024

Impresión: Espeka Gestión, S. L.
C/ Tuerca, 1
Polígono Industrial Santa Ana
28522 Rivas Vaciamadrid (Madrid)

Impreso en España - *Printed in Spain*

ÍNDICE

TOMO I

PRESENTACIÓN	3
<i>Francisco Balaguer Callejón, Juan Fernando López Aguilar, María Luisa Balaguer Callejón</i>	
UN CONSTITUCIONALISTA DE BIEN. SEMBLANZA DE GREGORIO CÁMARA VILLAR	5
<i>Francisco Balaguer Callejón</i>	
EVOCACIÓN DE GREGORIO (TRIBUTO A GREGORIO CÁMARA, EGREGIO PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA, EJEMPLO, AMIGO ENTRAÑABLE).....	9
<i>Juan Fernando López Aguilar</i>	
GREGORIO CÁMARA VILLAR. PROFESOR EMÉRITO DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA	13
<i>Baldomero Oliver León</i>	

I. EL CONSTITUCIONALISTA

IDENTIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS E IDENTIDAD CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA	21
<i>Manuel Aragón Reyes</i>	
LA CONSTITUCIÓN DEL PLURALISMO Y SUS CONTRADICCIONES INTERNAS....	37
<i>Miguel Azpitarte Sánchez</i>	
VARIAZIONI SUL TEMA DELLA COSTITUZIONE CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLA COSTITUZIONE ITALIANA.....	57
<i>Antonio D'Atena</i>	

LA RELACIÓN ACTUAL REALIDAD-CONSTITUCIÓN: PLANTEAMIENTO INICIAL PARA DESARROLLOS POSTERIORES.....	77
<i>Carlos de Cabo Martín</i>	
LIMITAZIONE DEL POTERE E LEGITTIMAZIONE DEL POTERE NELLA STORIA DEL COSTITUZIONALISMO	93
<i>Paolo Ridola</i>	

II. EL PROFESOR. EDUCACIÓN Y UNIVERSIDAD

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LA POBLACIÓN GITANA EN ANDALUCÍA ...	109
<i>Francisco Miguel Bombillar Sáenz</i>	
LAS «SEÑAS DE IDENTIDAD DE NUESTRA DISCIPLINA» A LA LUZ DE LA OBRA DEL PROFESOR GREGORIO CÁMARA VILLAR. LA MACROECONOMÍA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL, HOY	133
<i>Daniela Dobre</i>	
LA EDUCACIÓN COMO CONDICIÓN DE POSIBILIDAD DEL PROYECTO CONSTI- TUCIONAL EN LA SOCIEDAD DIGITAL	157
<i>Enrique Guillén López</i>	
DE LA LENGUA DE ENSEÑANZA EN LA ESPAÑA DEL PLURALISMO LINGÜÍSTI- CO: UN APUNTE SINTÉTICO	177
<i>Antonio López Castillo</i>	
LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL	189
<i>Ricardo Martín Morales</i>	
RETOS DE LA EDUCACIÓN EN EL SIGLO XXI	195
<i>Luis Fernando Martínez Quevedo</i>	
LA LIBERTAD DE CÁTEDRA: EXÉGESIS CONSTITUCIONAL Y LÍMITE A LA AUTO- NOMÍA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS	217
<i>Francisco Javier Matia Portilla</i>	
LA REFORMA EDUCATIVA COMO PROYECTO POLÍTICO DE TRANSFORMACIÓN DEL PARADIGMA DE MODERNIZACIÓN LIBERAL RESTRINGIDA	255
<i>José Luis Monereo Pérez</i>	
LOS DERECHOS ESTATUTARIOS DEL ÁMBITO EDUCATIVO	283
<i>Antonio Pérez Miras</i>	

LA EDUCACIÓN DE LOS MENORES DE ORIGEN MIGRANTE Y SU NECESARIA REIVINDICACIÓN COMO HERRAMIENTA DE INCLUSIÓN EN LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS	311
<i>M^a Dolores Requena de Torre</i>	
LOS RETOS DE ENSEÑAR DERECHO CONSTITUCIONAL HOY	329
<i>Juan Francisco Sánchez Barrilao</i>	
MODERNIDAD, ILUSTRACIÓN Y LAICISMO: LA EDUCACIÓN COMO ASIGNATURA PENDIENTE.....	351
<i>Sixto A. Sánchez Lorenzo</i>	
EDUCACIÓN E IGUALDAD EN LA OBRA DE GREGORIO CÁMARA VILLAR: UNA CLAVE PARA ENTENDER EL PRESENTE (Y CONSTRUIR EL FUTURO).....	359
<i>Angelo Schillaci</i>	

III. EL JURISTA. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1. La libertad y la igualdad

SOBRE LA LEY TRANS: NO SE PRIVA DE DERECHOS A UNOS POR RECONOCÉRSELOS A OTROS	375
<i>Augusto Aguilar Calahorra</i>	
A PROPÓSITO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA OBRA DEL PROFESOR CÁMARA	397
<i>Miguel José Arjona Sánchez</i>	
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: BOSQUEJO PARA EL DEBATE.....	417
<i>Abraham Barrero Ortega</i>	
SOBRE EL LENGUAJE DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA	445
<i>Ricardo Chueca Rodríguez</i>	
EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE, A VUELTAS CON EL VELO ISLÁMICO.....	467
<i>Pedro Cruz Villalón</i>	
LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN LA UNIÓN EUROPEA	487
<i>Cristina Elías Méndez</i>	
LOS DERECHOS EN TIEMPO DE CONFLICTO. UNA PERSPECTIVA EUROPEA	505
<i>Teresa Freixes Sanjuán</i>	

TOMO II

ESTADO, MEDIO AMBIENTE Y DECRECIMIENTO	523
<i>Miguel Ángel García Herrera</i>	
SIGNIFICADO E INCIDENCIA EN LA TUTELA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS DEL PROTOCOLO 16 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMA- NOS	557
<i>Yolanda Gómez Sánchez</i>	
SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y PRESUPUESTO HABILITANTE DEL ESTADO DE ALARMA	581
<i>José Antonio Montilla Martos</i>	
EL DERECHO A LA EUTANASIA A TRAVÉS DE DIVERSOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES	599
<i>Miguel Ángel Presno Linera</i>	
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. «SU CONTENIDO ESENCIAL». NOTAS ASIS- TEMÁTICAS Y REFERENCIA PUNTUAL A UNA DECISIÓN MAYORITARIA Y UN VOTO PARTICULAR	623
<i>Tomás Requena López</i>	
SHE THE PEOPLE TOO: LA XIX ENMIENDA DE LA CONSTITUCIÓN NORTEAME- RICANA MÁS ALLÁ DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE SUFRAGIO FEMENINO	643
<i>Susana Ruiz Tarriás</i>	
REFLEXIONES SOBRE EL INTERCAMBIO AUTOMATIZADO DE CIERTOS DATOS EN- TRE LAS AUTORIDADES POLICIALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE, A LA LUZ DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO PRÜM II, DESDE LA PERSPEC- TIVA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	669
<i>Joaquín Sarrión Esteve</i>	
L'ISTITUZIONE DI UN'AUTORITÀ NAZIONALE PER I DIRITTI UMANI DI FRONTE ALLA CRISI DELLO STATO COSTITUZIONALE	689
<i>Fausto Vecchio</i>	

2. La Justicia

EL VOTO PARTICULAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO	705
<i>María Luisa Balaguer Callejón</i>	

PODER JUDICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA: COOPERACIÓN, EUROORDEN Y PROBLEMÁTICA	733
<i>José Ángel Marín Gámez</i>	
VOTOS PARTICULARES E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS. UNA REFLEXIÓN A PROPÓSITO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ..	759
<i>Eloísa Pérez Conchillo</i>	
EXPERIENCIAS DE UNA INTERNACIONALISTA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	783
<i>Elisa Pérez Vera</i>	
EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO «TRIBUNAL DE CONFLICTOS». UN BALANCE PROVISIONAL	807
<i>José María Porras Ramírez</i>	

3. El pluralismo político y territorial

REFERÉNDUM, DEMOCRACIA E INTEGRACIÓN FEDERAL	839
<i>Paloma Biglino Campos</i>	
SOBRE LA FEDERALIZACIÓN DEL ESTADO AUTONÓMICO	855
<i>Adoración Galera Victoria</i>	
CONSTITUCIONALISMO Y UNIÓN EUROPEA: UN ANÁLISIS EN TORNO AL ART. 2 TUE Y LOS VALORES EN LOS QUE SE FUNDAMENTA LA UNIÓN ...	873
<i>Andrea Garrido Raya</i>	
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PAPEL DE LA PARTICIPACIÓN POPULAR EN LA RESOLUCIÓN DE CUESTIONES TERRITORIALES COMPLEJAS A PARTIR DE LA «CUESTIÓN CATALANA»	891
<i>Rosa Iannaccone</i>	
LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN EL SISTEMA AUTONÓMICO: LA NECESIDAD DE LA REFORMA	913
<i>Alberto López Basaguren</i>	
REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y DEMOCRACIA DIGITAL: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INVOLABILIDAD PARLAMENTARIA	929
<i>Giacomo Palombino</i>	
REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO AUTONÓMICO Y SU REFORMA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE MELILLA	947
<i>María Concepción Pérez Villalobos</i>	

MODELOS DE PARLAMENTARISMO RACIONALIZADO	963
<i>Agustín Ruiz Robledo</i>	
LA ESPECIAL CONFIGURACIÓN DE LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN POLÍTICA ...	977
<i>María Salvador Martínez</i>	
EN DEFENSA DEL BICAMERALISMO. CODA SOBRE EL SENADO ESPAÑOL	1007
<i>José Tudela Aranda</i>	

ESTUDIOS SOBRE EL ESTADO SOCIAL
Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO
LIBER AMICORUM
GREGORIO CÁMARA VILLAR

TOMO I

PRESENTACIÓN

El título de este libro, *Estudios sobre el Estado social y democrático de Derecho* expresa claramente la vinculación del *Liber Amicorum* Gregorio Cámara Villar con el compromiso que, como constitucionalista y como ciudadano, han inspirado su vida y su obra. Más allá de las diferencias en la concepción del Derecho Constitucional, que son normales y necesarias en la comunidad abierta de los y las intérpretes constitucionales (de acuerdo con la conocida teoría de Peter Häberle) late en el libro una sensación de pertenencia, un espíritu compartido que va más allá de la amistad y que refleja una misma vocación universitaria y jurídica.

A la llamada para contribuir a este homenaje (que él ha querido que fuera todo lo sencillo y modesto posible, aunque no lo hemos conseguido, como se puede ver por la cantidad de trabajos que incluye) han acudido personas que representan distintas generaciones de constitucionalistas, de España y de fuera de España, de todas las categorías académicas y todas las sensibilidades posibles, dentro del espectro plural que define a nuestra disciplina. Esta pluralidad se evidencia también en los títulos, que representan perspectivas muy diversas del Derecho Constitucional de nuestra época, conectadas con las líneas de investigación que Gregorio Cámara ha desarrollado en su larga y fructífera vida académica.

Para quienes coordinamos el libro, su preparación (en un tiempo récord de 6 meses desde que se enviara el primer email) ha sido una ocasión de reencuentro con las personas que han contribuido al homenaje, que nos ha permitido valorar la extraordinaria obra académica de Gregorio Cámara a lo largo de una dedicación de más de cuatro décadas a la Universidad de Granada y al Derecho Constitucional. Ver la obra culminada, con tantas y tan magníficas contribuciones como las que incorpora, es una gran alegría que estamos seguros emocionará a Gregorio como nos ha emocionado a nosotros.

La obra la hemos estructurado por bloques temáticos que tienen relación con la trayectoria de Gregorio Cámara, que ha sido igualmente una orientación para quienes han participado. Comienza con la reflexión sobre la propia constitución, desde diversas perspectivas que incluyen la histórica y la europea. Sigue con una temática muy querida a Gregorio, la de la educación, que se abre también a una diversidad de orientaciones en los trabajos aportados.

El tercer apartado está dedicado a las diferentes dimensiones del Estado social y democrático de Derecho, comenzando por la de los Derechos Fundamentales, ámbito en el que la contribución de Gregorio Cámara ha adquirido especial relevancia en su extensa carrera como jurista. Sigue el de la Justicia, igualmente objeto de muchos estudios destacados en su obra. Incluye, por último, el pluralismo político y territorial, siendo este un tema en el que no sólo ha contribuido doctrinalmente sino también a través de su participación destacada en propuestas de reforma constitucional que han tenido un amplio eco social y político.

El paisaje académico a que se abre el libro en sus diversos apartados permite tener una visión muy amplia de las cuestiones constitucionales de nuestro tiempo, pero también hay un espacio para la persona, en el que se han incluido dos semblanzas, la realizada por Francisco Balaguer Callejón y la de Juan Fernando López Aguilar. A ellas se une el Informe que preparó Baldomero Oliver León, en su calidad de Director del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, en relación con la propuesta de nombramiento de Gregorio Cámara Villar como Profesor Emérito y que fue aprobado por unanimidad en votación secreta del Consejo de Departamento.

En la presentación de esta obra no puede faltar un recuerdo a nuestro maestro, Juan José Ruiz-Rico López-Lendínez. Se han cumplido ya treinta años desde su temprana desaparición, pero su imagen sigue estando muy viva en nuestras mentes y en nuestros corazones. La vida no te permite llenar las ausencias de quienes se fueron, pero sí, al menos, hacer honor a su memoria a través de la amistad que nos ha unido durante todos estos años y que hoy tiene aquí una nueva expresión a través de este homenaje que le dedicamos a Gregorio. Aunque el motivo sea su jubilación, ya desde aquí le decimos que ni se jubila como constitucionalista y académico, ni se jubila como amigo, porque esa es una condición que no se pierde nunca.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

UN CONSTITUCIONALISTA DE BIEN. SEMBLANZA DE GREGORIO CÁMARA VILLAR

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
Universidad de Granada

Para hablar de Gregorio Cámara tengo que remontarme al año 1978, que tan importante terminó siendo para la, entonces todavía inexistente, comunidad de constitucionalistas y para el futuro de la sociedad española. En ese año, el Profesor Cámara impartió su primera clase (según supe después) considerada clase práctica en la ordenación docente de la época, aunque en realidad fue una de las mejores clases teóricas que se han impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Sé de lo que hablo porque esa clase, sobre el pensamiento de Maquiavelo nada menos, la impartió en el grupo A de la Promoción 1976/1981 en la que yo era alumno.

Habrían de pasar varios años hasta que nos volvimos a encontrar, entonces en Málaga, en mi oposición a Profesor Titular de Universidad, en la que él formaba parte del Tribunal en calidad de Secretario. Conservo todavía algunas fotos de la cena de esa noche con Juan José Ruiz-Rico, Antonio Ortega Carrillo de Albornoz (Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Málaga) mi hermana María Luisa y algunos amigos más de esa época.

En octubre de 1989 yo volví a Granada y comenzamos a preparar juntos las cátedras que se convocarían poco después y que obtuvimos en el año 1991, el 22 de octubre y el 14 de diciembre. En 1992 enfermó nuestro maestro, Juan José Ruiz-Rico López-Lendínez, que nos dejó hace 30 años, en febrero de 1993. Sobre nosotros cayó la responsabilidad de cuidar de la carrera académica de los compañeros y las compañeras que formaban el grupo académico de Juan José y así lo hicimos. Una responsabilidad que se extendió también a los compañeros y a las compañeras que se fueron incorporando progresivamente al Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

No por casualidad, el último acto académico como Catedrático en activo de Gregorio Cámara, el 27 de septiembre de 2023 —unos días antes de su jubila-

ción— sería la presidencia de la comisión de las cátedras que obtuvieron Enrique Guillén López, Miguel Azpitarte Sánchez y Juan Francisco Sánchez Barrilao, tras unos brillantes ejercicios en los que se evidenció el alto nivel científico del grupo de Granada, algo de lo que estamos tan orgullosos como sabemos que estaría Juan José.

Sobre la vertiente humana de nuestro grupo me permito contar una anécdota reciente. En un Consejo de Departamento, que dirige Baldomero Oliver León, otro discípulo de Juan José, se tenía que proceder a la elección de la representación del alumnado en la Junta de Dirección, al haber más de un candidato. Tras la presentación de los dos candidatos se procedió a la votación. Nadie entre los profesores y las profesoras presentes hizo el más mínimo gesto que permitiera desvelar la orientación de su voto, nadie conocía a los alumnos que optaban a la elección, nadie sabía de ellos más que lo que ellos mismos habían expuesto previamente a la votación, que era también muy poca cosa. Cuando se contaron los votos, el resultado fue sorprendente: todo el profesorado había votado a uno de los candidatos, ninguno había votado al otro, que obtuvo únicamente su voto.

No creo que sea fácil encontrar, en estos tiempos de fragmentación y polarización, un grupo humano con tan buena sintonía, cada uno desde sus propias posiciones ideológicas, que se manifiestan públicamente en distintos medios. Algo habrá tenido que ver con esa sintonía la prudencia, el buen hacer y el equilibrio que siempre han caracterizado a Gregorio Cámara. Baste recordar que, con todo el Departamento presente, la decisión para proponerlo como Profesor Emérito se adoptó, en votación secreta, por unanimidad.

Gregorio Cámara pertenece a esa generación que partiendo de una formación inicial en Ciencia Política previa a la aprobación de la Constitución de 1978 contribuyó decisivamente a la construcción del Derecho Constitucional de nuestro país. Su tesis doctoral obtuvo un premio nacional de investigación concedido por el Centro de Investigaciones Sociológicas a tesis de carácter social o político. Su tránsito al Derecho Constitucional fue muy productivo y sus publicaciones son una referencia en nuestra disciplina en muchos ámbitos, desde el voto particular hasta la objeción de conciencia, pasando por el derecho autonómico, el derecho constitucional europeo, el poder judicial o la jurisdicción constitucional.

Me permito destacar su contribución al desarrollo de los derechos fundamentales, una materia en la que la aportación de Gregorio Cámara ha sido decisiva. Tenemos la fortuna de que todas sus investigaciones particulares se han sintetizado posteriormente en el Manual de Derecho Constitucional o en la Introducción al Derecho Constitucional que coordino. Allí se puede encontrar, en los capítulos redactados por Gregorio Cámara, una teoría de los derechos fundamentales de consulta obligada para cualquier investigador de Derecho Constitucional en España y fuera de nuestro país.

Se me permitirá que renuncie aquí a dar cuenta de todos sus méritos vinculados al terreno académico o jurídico, así como a su condición de Diputado en el Congreso durante el periodo en que desarrolló sus funciones representativas. En algunos casos he sido testigo directo de su buen hacer, como durante los 11 años en que fue Consejero del Consejo Consultivo de Andalucía o en su actividad como Director de la Cátedra Fernando de los Ríos de la Universidad de Granada. En otros, su aportación ha quedado ya de manera indeleble en los procesos legislativos en los que participó y en los que tuvo una influencia decisiva en la configuración técnica de las leyes.

Lo que me interesa destacar de Gregorio Cámara es que, en todas sus tareas y oficios, desde la enseñanza del derecho constitucional a los alumnos de primer curso de derecho, hasta el ejercicio de sus funciones en el Parlamento, pasando por sus direcciones de Tesis Doctorales o sus múltiples intervenciones en congresos, seminarios y programas de Doctorado o Máster dentro y fuera de España, ha actuado siempre con la misma corrección, la misma delicadeza, el mismo talante conciliador y respetuoso que le caracterizan como un intelectual y como un constitucionalista de bien.

Sin duda una gran parte del equilibrio y la bondad de Gregorio Cámara tiene que ver con su entorno familiar. Su madre, a la que recuerda siempre, y sus hermanos, están en el origen de una educación modélica. Su compañera de siempre, Manuela, ha sido siempre una orientación para su vida, además de una ayuda fundamental en los momentos difíciles. Sus hijos, Grego y Javi (que ha seguido la vocación académica del padre y es hoy un investigador brillante y reconocido en su disciplina) han sido un referente de todos sus esfuerzos profesionales y personales.

De los amigos, qué puedo decir. Gregorio sigue teniendo los mismos amigos desde hace más de cincuenta años. Entre ellos nos encontramos algunos que acumulamos varias decenas de años de amistad compartida, como los que aparecemos en el selfi que acompaña el texto de Carmen Gómez Letrán que apareció en el diario *Ideal* el 8 de diciembre de 2023. Andrés Sopena, Juan Fernando López Aguilar y yo, en una tarde con Gregorio en casa de Andrés, hace unos pocos meses, manteniendo esa conversación que solo la amistad te permite continuar, por largo que sea el tiempo en que no nos hayamos visto.

Y sí, lo que ha aportado Gregorio Cámara a la disciplina del Derecho Constitucional es muy importante, como también lo es lo que ha aportado a la Universidad y a la sociedad, especialmente a la sociedad granadina, en la ciudad que lo ha adoptado y lo ha reconocido siempre como uno de sus hijos más ilustres. Pero más importante todavía es el ejemplo de vida que ha sido para sus amigos, la lealtad que ha tenido con todos nosotros, su modestia, su elegancia, su forma de ser una persona de bien.

EVOCACIÓN DE GREGORIO
(TRIBUTO A GREGORIO CÁMARA, EGREGIO PROFESOR DE LA
UNIVERSIDAD DE GRANADA, EJEMPLO, AMIGO ENTRAÑABLE)

JUAN F. LÓPEZ AGUILAR
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Granada me hizo. Me hizo desde la carambola que, en abril de 1979, de la mano de un memorable *Congreso de Humoristas gráficos*, Historietistas, Viñetistas y Chistógrafos venidos de toda España y convocados en la Alhambra por el Ministerio de Cultura, me condujo e imantó hacia ella, ciudad mágica, embrujada, fascinante, inagotable, la más hermosa del mundo. Enamorado a primera vista de su promesa y sus posibilidades, Granada me hizo estudiante de Derecho en octubre de 1979. Y desde entonces, por Granada, me hice estudioso, profesor, investigador y jurista desde mi Licenciatura en Derecho en 1984. Y socialista también. Granada me hizo gran parte de la persona que he sido, y de la que intento ser, todavía, cada día. Granada habita en mí en las personas que me hicieron granadino desde mi origen canario, identidad primaria e irrenunciable que he hecho siempre compatible con todas las que se han sumado en el curso de mi vida. Empezando por Granada.

Decir que Granada me hizo es hablar de profesores que tuve la suerte de encontrar. Cuya conversación, ejemplo, estilo, me marcaron para siempre. Entre ellos, determinantemente, el inolvidable Juan José Ruíz Rico (1979/1993), Gregorio Cámara Villar, y mi admirado camarada en el Consejo de Representantes, Paco Balaguer Callejón, por quien conocí a su hermana María Luisa. Decir que Granada me hizo es nombrar a las personas de las que he aprendido tanto, lo que exige, a estas alturas, rendirles tributo de afecto y gratitud indeleble.

A lo largo de mis estudios de licenciatura en Derecho (1979/1984), tuve como profesores de Derecho Constitucional a Juan José Ruíz Rico y Gregorio Cámara Villar. Apasionado de la disciplina que entonces aprendíamos como «Derecho Político», simultanéé —ahora, tras tantos años, me parece casi inverosímil el esfuerzo, la motivación y tenacidad que ello me impuso— mi titulación en

Granada con la de Ciencias Políticas y Sociología (matrícula libre, según la ordenación vigente en aquella época) en la legendaria Facultad de la Universidad Complutense, junto a La Moncloa.

Bebí de todas las fuentes la ciencia social a mi alcance. Y no puedo sino agradecer al destino y a la vida que cruzasen mi camino con los de los docentes que me iniciaron en Granada. He expresado mi homenaje a Juan José Ruiz Rico en infinidad de ocasiones, sin que sumen nunca suficientes. Hora es aquí de decir que reconozco la influencia permanente de Gregorio Cámara en mi formación, y, aún más, en mi vida. Le debo en enorme medida cada paso que he dado a esa escuela granadina que lleva su impronta y la de Paco desde que se nos fue nuestro querido Juan José.

Gregorio siempre estuvo ahí, para imprimir su sello en cada umbral que yo enfilaba o me proponía cruzar. Fue miembro de mis tribunales de oposición a Profesor Titular en Granada y Catedrático en la ULPGC. Con esa su seriedad, su sobriedad y su amable y distinguida elegancia iluminó el *cursus honorum* que nos propusimos entonces quienes éramos más jóvenes y apenas intuíamos ya que la vida como aprendizaje es un océano insondable y que su navegación solo concluye con la muerte.

Por eso le recuerdo, y cuánto, como mi profesor. Porque Gregorio es, claro, un profesor. Un profesor extraordinario, respetado, y querido, de esos que nunca han dejado de aprender y compartir. Formado él mismo en Granada y EEUU (con el entonces veterano y venerado Prof. Juan Linz, que fue inspiración e influencia de muchas vocaciones científicas en las más diversas ramas del conocimiento social), Gregorio transitó con solvencia —esa fue su inexorable coordenada generacional— desde la sociología política al *constitucionalismo duro*, área en la que se acreditó con publicaciones señeras como sus pioneros y sobresalientes libros sobre la objeción de conciencia o la doctrina prospectiva de los votos particulares en la jurisprudencia del TC.

Porque es un tipo estupendo —que se enfrentó muy joven a adversidades y reveses, habiendo cubierto el trayecto desde su origen humilde (Torredonjimeno, Jaén, 1953) hasta el faro de excelencia por el que le tenemos—, Gregorio es, sin duda alguna, un profesor formidable. Por esa su bonhomía, por esa su actitud sensata, tan próxima y por ello llana, sin sombra de afectación o impostura, solemos llamar ejemplar a esa mirada sensible que caracteriza a Gregorio ante cualquier embate intelectual o vital y al mismo tiempo reflexiva en cada vicisitud.

Por eso, y por tantos motivos, le he tratado y querido en todas las estaciones. Por eso hemos compartido y reído en tantas ocasiones mil amistades comunes (¡Andrés Sopena, cómo no!), y el amor por su familia, por su Manoli de siempre, por sus hijos Javier y Gregorio, y ahora —ya vendrán más— por su querida nieta Sara. En las peripecias universitarias —académicas, incluidas las que exhiben a

ratos rasgos tribales, cualquiera que fuese la escena, escenario o personajes—, en las controversias sociales, en el compromiso y en la acción política, en la experiencia de ostentar una representación de soberanía popular en el Congreso de los Diputados de España, en la argumentación jurídica y en la razón constitucional: en cualesquiera circunstancias, siempre ha merecido la pena observar el juicio de Gregorio Cámara. Porque ese, su propio, juicio, es el único que explica cómo, en todo lo vivido, Gregorio se ha situado y respondido ante la comunidad y sobre todo ante sí mismo.

Y en todas esas ocasiones ha revalidado el crédito y la reputación que le precedían. Pero, sobre todo, en todas, ha dado fe de buen hacer, de buen estar, buen conversar, y de su talante cordial, tan gentil y generoso, por el que hasta su jubilación (2023) como Catedrático en Granada, esta Universidad por tantos conceptos excelente, se ha mostrado dispuesto a enseñar mucho de lo que sabe tanto como a aprender.

Gregorio, tan querido por tantos, y desde luego por mí. Granada te ha disfrutado: su Universidad centenaria, su ciudad maravillosa, su mítica y mágica aureola de encrucijadas históricas, desde el Reino Nazarí hasta la última cumbre del Consejo Europeo durante la Presidencia Española del Consejo de la UE. Y nos has hecho disfrutarla.

Gracias, por tanto, Gregorio.

GREGORIO CÁMARA VILLAR. PROFESOR EMÉRITO
DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA

BALDOMERO OLIVER LEÓN
Universidad de Granada

Por Resolución del Rector de la Universidad de Granada de 1 de octubre de 2023, visto el informe favorable de la Agencia Andaluza del Conocimiento y de acuerdo con la legislación aplicable, Gregorio Cámara Villar fue nombrado Profesor Emérito de la Universidad de Granada adscrito al Departamento de Derecho Constitucional. Es el mejor y el merecido colofón a una carrera académica de más de 47 años.

Un capricho de los calendarios ha querido, además, que dicho nombramiento coincidiera con el trigésimo aniversario del fallecimiento de Juan José Ruiz Rico, pérdida que nos condujo a una orfandad académica que solo pudimos sobrellevar y superar gracias a la tutela y dirección que de forma inmediata asumieron Gregorio Cámara y Francisco Balaguer de la, entonces, incipiente escuela granadina de Derecho Constitucional.

La casualidad ha querido que me corresponda el honor de ocupar la dirección del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada en el momento en que Gregorio ha sido nombrado Profesor Emérito, el primero que nuestro Departamento ha tenido desde su creación en 1992, siendo Gregorio, también, su primer Director.

Y correspondió el honor de elaborar el informe sometido al Consejo de Departamento como trámite inicial para el nombramiento de Gregorio como Profesor Emérito. Hemos querido incorporarlo a la presente obra no por su valor literario, ni por la exhaustividad expositiva de los méritos curriculares sino por querer dejar constancia de la unánime consideración que nuestro Departamento tiene del prof. Cámara y su obra, de Gregorio y su figura y que tuvimos la oportunidad de expresar institucionalmente en el Consejo de Departamento de 22 de noviembre

de 2022 donde por unanimidad se aprobó el informe que, a continuación, se reproduce:

«BALDOMERO OLIVER LEÓN, Director del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granda, en cumplimiento de lo establecido en artículo 5.2 de la Normativa Reguladora del Profesorado Emérito de la Universidad de Granada, aprobada en la sesión ordinaria del Consejo de Gobierno de 21 de noviembre de 2022, emite el siguiente

INFORME FAVORABLE

en relación con la solicitud presentada por el Profesor Dr. D. GREGORIO CÁMARA VILLAR para ser nombrado profesor Emérito de la Universidad de Granda sobre la base en los siguientes argumentos:

El Prof. Dr. D. GREGORIO CÁMARA VILLAR cumple sobradamente con los requisitos establecidos en la normativa de nuestra Universidad para ser nombrado profesor Emérito, en primer término por contar con la edad máxima establecida en la legislación vigente en el momento de su jubilación y, sobre todo, por los extraordinarios méritos docentes e investigadores acumulados durante los más de 47 años de destacados servicios prestados a nuestra Universidad en los que, en todo momento, ha demostrado un nivel de excelencia, dedicación y entrega universitaria dignos de toda consideración y reconocimiento.

Igualmente, el Prof. Dr. D. GREGORIO CÁMARA VILLAR cuenta con el reconocimiento del máximo de tramos de docencia y sexenios de investigación, tanto nacionales como autonómicos, según la normativa aplicable, dando cumplimiento a lo establecido al respecto por el artículo 1.2 de la Normativa Reguladora del Profesorado Emérito de la Universidad de Granada. Lo que, ya de por sí, avala el nombramiento del Dr. CÁMARA VILLAR como Profesor Emérito de esta Universidad y resume, en términos objetivos, la extraordinaria labor docente e investigadora desarrollada por él desarrollada.

En el ámbito de la actividad docente, el Prof. Dr. D. GREGORIO CÁMARA VILLAR no solo ha impartido todas las materias y asignaturas propias del Derecho Constitucional sino que ha contribuido de manera esencial en la delimitación de sus contenidos y en el desarrollo de una metodología didáctica, permanentemente actualizada, que ha servido para formar a generaciones de juristas egresados de nuestra Universidad en la comprensión y aplicación de la dogmática jurídica como método científico esencial de nuestra rama de conocimiento, en la asunción y comprensión de los principios constitucionales y en la participación de los valores universitarios, todo ello desde el rigor intelectual y con el compromiso con el servicio público que la Universidad presta a la sociedad.

Además de otros materiales docentes el Dr. CÁMARA es coautor del MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL coordinado por el Prof. Dr. D. Francisco Balaguer Callejón, editado en Tecnos, reimpresso y actualizado desde el año 2001 hasta la fecha, participando en una constante puesta al día de unos de los manuales de referencia nacional e internacional.

Hemos de reseñar e incluir en la actividad docente del Dr. CÁMARA VILLAR su labor en la formación de nuevos investigadores tanto como docente en Programas de Doctorado y Master, como director de más de 10 tesis doctorales cuyos autores, en un alto porcentaje, han desarrollado una actividad académica posterior y, en muchos casos, han ingresado en el Claustro de Profesores de esta Universidad.

El Dr. CÁMARA, a través de su magisterio y ejemplo universitario, es uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, ha incidido de forma determinante en la coherencia, unidad y prestigio de la actividad docente e investigadora de sus miembros y en el impulso de numerosos proyectos de investigación, tanto como investigador principal como miembro de los mismos, en un permanente apoyo e impulso a la carrera universitaria de jóvenes investigadores, labor que sigue desarrollando en estos momentos. El reconocimiento nacional e internacional del que goza nuestro Departamento encuentra en el Dr. CÁMARA VILLAR uno de sus principales artífices y muchos de sus miembros nos reconocemos como sus discípulos y en él reconocemos a nuestro Maestro, en el sentido más noble y universitario del término.

Por lo que se refiere a la actividad investigadora del Dr. CÁMARA, debe subrayarse de nuevo su participación en Proyectos de Investigación todos ellos financiados con fondos públicos, tanto como director o como investigador participante, en un número que supera la veintena con una aportación en todos ellos destacada y cuyo resumen excedería los límites lógicos del presente informe.

El reconocimiento del Dr. CÁMARA como un referente en el ámbito del Derecho Constitucional viene avalado por las más de 150 publicaciones científicas en varios idiomas y en las editoriales y Revistas más prestigiosas tanto nacionales como extranjeras. Sus obras son una cita ineludible en temas tales como el Derecho a la Educación, el Tribunal Constitucional o el Estado Autonómico y la calidad científica de las mismas está objetivamente avalada por estar en posesión del máximo número de sexenios de investigación que permite la normativa al respecto. La consulta del curriculum aportado da cuenta de una dilatada, coherente, extensa y brillante obra científica a la que el Dr. CÁMARA sigue dando continuidad como manifiestan las obras en proceso de publicación.

Hemos de destacar en este informe que el Dr. CÁMARA es reconocido como uno de los más reputados investigadores de la vida y obra de Fernando

de los Rios, Catedrático de Derecho Político que lo fue de esta Universidad, habiendo sido el titular de la Cátedra Fernando de los Rios de la Universidad de Granada desde la cual ha desarrollado una inestimable función de divulgación científica y de aproximación de la investigaciones en el ámbito de las ciencias jurídicas a nuestro entorno social.

Asimismo, el compromiso universitario del Dr. CÁMARA se pone de manifiesto en su compromiso con la gestión académica que donde ha desempeñado la dirección del Secretariado de Extensión Universitaria, la dirección de la Escuela Universitaria de Trabajo Social de la Universidad de Granada, la coordinación del Área de Derecho Constitucional, siendo elegido como el primer director del Departamento de Derecho Constitucional en el momento de la creación del mismo en 1992.

El reconocimiento nacional e internacional de la brillantez científica del Dr. CÁMARA se plasma en una extensa relación de organismos que han requerido su participación como experto. Solo por recordar algunas de las aportaciones y funciones desempeñadas por el Dr. CÁMARA queremos reseñar que ha sido experto colaborador de la Agencia Española de Evaluación y Prospectiva del Ministerio de Educación y Ciencia, experto colaborador de la Agencia para la Calidad del Sistema Universitario de Castilla y León, Experto asesor de la Comisión Nacional de la Actividad Investigadora (ANECA) según Resolución de 28 de mayo de 2020 de la ANECA (BOE nº 159 de 6 de junio de 2020), miembro de la Comisión para el estudio y preparación de la nueva Ley reguladora del Estatuto de la Función Pública de la Administración de la Junta de Andalucía según Resolución de la Consejería de Justicia y Administración Pública de 21 de mayo de 2007, Legal Expert de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A esta breve reseña ha de sumarse las innumerables participaciones del Dr. CÁMARA en Congresos Científicos, nacionales e internacionales, de los que se da cumplida cuenta en su curriculum y que, en definitiva, manifiestan nuevamente la excepcional valoración que de sus investigaciones y aportaciones tiene la comunidad científico-jurídica.

Este informe quedaría incompleto sino se diera cuenta del compromiso que el Dr. CÁMARA ha demostrado con los principios y valores constitucionales, a los ha dedicado toda una vida de investigación y docencia, con el desempeño de otros cargos públicos en los que ha tenido la oportunidad de prestar un inestimable servicio público, al tiempo que ha desplegado una intensa labor de transferencia de resultados de la investigación. Solo por citar algunos ejemplos significativos y relacionados estrechamente con la materia «Derecho Constitucional», hemos de da cuenta que el Dr. CÁMARA ha sido Consejero Electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía y miembro de su Comisión Permanente, ha sido vocal de la Junta Electoral de Andalucía y ha sido Diputado del Congreso, por la

circunscripción electoral de Granada durante XI y XII Legislaturas desarrollando una actividad parlamentaria, siempre relacionada con su formación académica y su actividad investigadora, como portavoz en la Comisión Constitucional, vocal de las Comisiones de Justicia, de Calidad democrática, de Educación y Deporte, de Política Territorial y Función Pública, de Estudio para la Evaluación y Modernización del Estado autonómico, de Estudio del Modelo policial del Siglo XXI y, asimismo, de las Subcomisiones para la Reforma electoral y del Régimen y Financiación de los partidos políticos. Queremos dejar constancia en este informe del convencimiento de que la dicotomía weberiana entre el científico y el político encuentra una perfecta síntesis en la persona del Dr. CÁMARA VILLAR.

Por todo lo que antecede, se considera que la excelencia y destacados méritos docentes e investigadores del Dr. CÁMARA VILLAR quedan sobradamente demostrados, sus excepcionales servicios a la Universidad de Granada son incuestionables, así como la indudable repercusión internacional de los mismos. Asimismo se considera que el Proyecto de Colaboración presentado por el Dr. CÁMARA VILLAR reúne el máximo nivel de calidad y excelencia, pone de manifiesto la necesidad dar continuidad a la inestimable aportación de su autor a la Universidad de Granada, resulta plenamente coherente y enriquecedor con y para la actividad y funciones de nuestro Departamento y, en definitiva, sintetiza la conveniencia, idoneidad y oportunidad del nombramiento del Dr. CÁMARA VILLAR como Profesor Emérito de la Universidad de Granada.

En cumplimiento de la normativa que regula el nombramiento del Profesorado Emérito en la Universidad de Granada, el presente INFORME se somete a la consideración del Consejo del Departamento de Derecho Constitucional, convocado en tiempo y forma, celebrado el 22 de diciembre de 2022 y se somete a su votación secreta, en el punto del orden del día correspondiente, con el resultado que consta en la certificación del acta que se adjunta.

Es de señalar que los miembros del Consejo del Departamento que han excusado su asistencia, han manifestado por escrito su adhesión al nombramiento como Profesor Emérito del Dr. CÁMARA VILLAR

Lo que se hace constar, emitiendo el presente **INFORME FAVORABLE**

En Granada a 22 de diciembre de 2022»

I
EL CONSTITUCIONALISTA

IDENTIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS E IDENTIDAD CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA

MANUEL ARAGÓN REYES
Universidad Autónoma de Madrid

I. Oportunidad y objeto del presente trabajo

En este trabajo, con el que contribuyo en el merecido libro-homenaje a Gregorio Cámara, desarrollaré algunas ideas expresadas hace algo más de un año en unas jornadas acerca del porvenir de la Unión Europea que, coordinadas por Francisco Balaguer y Vasco Pereira, se celebraron en Lisboa. Esas ideas, entonces, simplemente las esboqué y ahora pretendo darles un tratamiento más sistemático, aunque, de todos modos, lo haré de manera breve y sintética como requiere la limitada extensión que deben tener los trabajos que integran este libro.

Es cierto que sobre la cuestión de la que voy a tratar, la identidad constitucional de los Estados miembros y la identidad constitucional de la Unión Europea, ya se ha producido una abundante bibliografía, pero, no obstante, me ha parecido que convenía aportar algunas reflexiones que no siempre se han tenido en cuenta y que relativizan en la actualidad la vieja discusión que, acerca de ambas identidades, se ha venido sosteniendo. Pues, a mi juicio, en los últimos años, lo que había sido un problema anclado en la diferenciación ha perdido, en gran parte, ese carácter, al menos desde el punto de vista teórico, dada la sustancial aproximación entre una y otra identidad.

Creo que hemos pasado de la concepción de la identidad constitucional de los Estados miembros como límite al Derecho de la Unión a la identidad constitucional de la Unión Europea como elemento conciliador de esa distinción. De ese trayecto, y de sus consecuencias, es de lo que voy a ocuparme, pues, a continuación.

II. La identidad constitucional de los Estados miembros como límite al derecho de la Unión Europea

Como se ha dicho en más de una ocasión¹, el término «identidad constitucional» supone una traslación, producida en tiempos recientes, del término político «identidad nacional» para convertirlo en una noción jurídica. La identidad nacional tiene una larga data, referida a las características sociológicas, culturales o históricas de un grupo humano, una nación, que lo singularizan políticamente en el plano internacional. Esa noción política de la identidad nacional, sin desaparecer, ha ido adquiriendo también un significado jurídico, más específico y, por decir así, más reducido, en cuanto que relativo exclusivamente a la singularidad institucional que a la nación le presta su ordenamiento constitucional. Se puede hablar, así, de una «juridificación» de la identidad nacional, a través del término «identidad constitucional», y su utilización lo ha sido, preferentemente, en las relaciones surgidas en el seno de la Unión Europea.

En ese plano, el término «identidad constitucional» (o «identidad nacional», aunque en el sentido jurídico equivalente al de «identidad constitucional») aparecerá primero en la jurisprudencia constitucional de algunos Estados miembros. Implícitamente en la del Tribunal Constitucional italiano (a través de la noción de «controlímites»), Sentencia 183/1973 (asunto «Frontini»), confirmado en Sentencia 170/1984 (asunto «Granital»); el Derecho Comunitario no puede ir contra los principios fundamentales del orden constitucional italiano o los derechos inalienables de la persona humana (que se consideran límites también de la reforma constitucional interna).

Después, ya explícitamente, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, Sentencia «Solange I», de 1974: el art. 24 de la Ley Fundamental, relativo a la transferencia de poderes soberanos a instituciones interestatales «no permite que la estructura fundamental de la Constitución que le confiere su identidad sea modificada sin revisión constitucional y en particular por la legislación de la institución interestatal». Fórmula similar empleada en la Sentencia «Solange II», de 1986, que especifica que esa identidad se configura, «entre otros elementos inalienables esenciales que forman parte de los fundamentos del orden constitucional actual, por los derechos fundamentales que están en la base de la parte de la Ley Fundamental consagrada a los derechos fundamentales».

Esta jurisprudencia inspirará el nuevo art. 23.1 Ley Fundamental que será aprobado en 1992 con motivo de la revisión constitucional que derivó de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht y que marcará unos límites a la construcción

¹ Por todos, Pierre Bon, «La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 100, enero-abril 2014.

europea. La Sentencia de 30 de junio de 2009 a propósito del Tratado de Lisboa es todavía más explícita: el art. 79.3 de la Ley Fundamental (que expresa una cláusula de intangibilidad) es una «garantía de perennidad» que prohíbe incluso al poder de reforma constitucional disponer de la «identidad del orden constitucional» y, en particular, ir contra los la esencia misma de los principios que estructuran el Estado (democracia, Estado de Derecho, Estado social, República, Estado Federal, derechos fundamentales y elementos indispensables para el respeto de la dignidad humana). Límites, se dirá, que también operan frente al Derecho de la Unión.

La jurisprudencia constitucional española en materia de identidad constitucional es más reciente. La Declaración 1/2004 alude a los límites constitucionales que se imponen a la cesión de competencias del art. 93 CE, y que son el respeto a la soberanía del Estado, al sistema de valores y principios fundamentales consagrados en la CE, entre los que están, con sustantividad propia, los derechos fundamentales. Esos elementos «de la identidad nacional» (constitucional) han de ser respetados, dirá el Tribunal, en la construcción europea.

También la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés se referirá a esa cuestión, aunque con carácter menos determinado, lo que me excusa de detenerme en ella, salvo señalar que en alguna de las decisiones del Consejo, especialmente en la de 26 de junio de 2006 (relativa a la trasposición in terna de una directiva comunitaria sobre derechos de autor), aparece de modo expreso el término «identidad constitucional» como límite al Derecho de la Unión.

El término «identidad nacional» (aunque, insisto, con un significado equivalente al de «identidad constitucional») también aparecerá en el propio Derecho de la Unión, así en el art. F.1 del Tratado de Maastricht, de 1992: «La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos»; en el Tratado de Amsterdam, de 1997, art. 6.3: «La Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros» (nada más, porque ya en el 6.1. se dice que los principios democráticos, los derechos humanos y el Estado de Derecho son principios fundamentales de la propia Unión, y principios comunes a los Estados miembros); más expresivo aún sería el Tratado, *non nato*, por el que se pretendía establecer una Constitución Europea (2004); el Tratado de Lisboa, 2007, en su art. 4.2, también proclama el respeto de la Unión a la «identidad nacional» de los Estados miembros, pero, a mi juicio, delimitando su ámbito en unos términos que, si los ponemos en relación con lo dispuesto en su art. 2, que es bien expresivo de una nueva situación, en cuanto que atribuye a la Unión y a los Estados miembros una común identidad constitucional, lo que supone es un auténtico paso adelante para superar el viejo enfrentamiento entre identidades. Pero sobre ello volveré después.

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea anterior a 2018 había pocas alusiones a la identidad nacional (insisto, en el sentido de

identidad constitucional) de los Estados miembros y, cuando lo hacía, tal identidad quedaba notablemente restringida en su significado y contenido. Su doctrina constante será que la primacía del Derecho de la Unión lo es frente a las normas internas de los Estados miembros, incluidas las constitucionales. Así lo determinó en la Sentencia «Costa v. ENEL» de 15 de julio de 1964: «al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original, una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad». Y con más fuerza aún en la Sentencia «Internationale Handelsgesellschaft», de 17 de diciembre de 1970: «la alegación de violación, bien de los derechos fundamentales formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional, no pueden afectar a la validez de un acto de la Comunidad o su efecto en el territorio de dicho Estado».

Esa doctrina, mantenida durante muchos años, no había evitado, sin embargo, la polémica entre el Derecho de la Unión y las Constituciones estatales, que ha enfrentado al Tribunal de Justicia de la Unión con determinados tribunales constitucionales de los Estados miembros. Problema que, a mi juicio, como explicaré a continuación, gracias a la confluencia de las «identidades constitucionales» de la Unión y de los Estados miembros, ha perdido en gran parte la consistencia teórica que hasta hace algunos años le caracterizaba.

III. La identidad constitucional de la Unión Europea como garantía material (y no sólo formal) de la primacía del derecho de la unión. El reforzamiento, en los últimos años, de la Unión Europea como un sistema «no neutral» de valores y principios

El término «identidad constitucional» de la Unión Europea no es el utilizado por sus instituciones, sino el de «identidad europea» o «identidad de la Unión Europea» (aunque esa terminología se deba a que, formalmente, no haya una Constitución europea), pero, en realidad, ya que el propio Derecho primario de la Unión es considerado como una suerte de Constitución, y la Unión como un sistema de Derecho, creo que puede valer también por «identidad constitucional europea».

Un intento significativo para construir una «identidad constitucional europea» fue el Tratado por el que se establecía una Constitución Europea, que no llegó a convertirse en realidad. De todos modos, el Tratado de Lisboa, no llamándola así, configura perfectamente esa identidad al disponer en su art. 2 que «La

Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

Más aún, esa identidad se refuerza en otros preceptos del Tratado, así en el art. 6.1: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...] la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados»; y en el art. 6.3: «Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

Identidad constitucional que no sólo es la de la Unión, desde el punto de vista institucional, sino igualmente, como se desprende del tenor literal del art. 2, la de todos sus Estados miembros. Por ello, el art. 7 del Tratado determina que las instituciones europeas velarán porque los Estados miembros cumplan los valores «contemplados en el art. 2», pudiendo adoptar medidas coercitivas frente a los Estados miembros que los vulnerasen. En consecuencia, hoy, los principios generales comunes acerca de la democracia, de los derechos fundamentales y del Estado de Derecho son (o deben ser) coincidentes en las Constituciones propias de cada Estado miembro y en el Derecho primario (o constitucional) de la Unión.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a partir de la Sentencia de 27 de febrero de 2018 («Asociación de Sindical de Jueces Portugueses») marcará un hito en la proclamación de los principios del Estado de Derecho (y en especial en de la independencia judicial) como realidad jurídica sustancial de la Unión y, en consecuencia, de los Estados miembros. Esa doctrina se ha reforzado (y ampliado) en Sentencias posteriores, en especial la de 16 de febrero de 2022 (relativa a Hungría) y la de la misma fecha, 16 de febrero de 2022 (relativa a Polonia), en las cuales se dirá (apartados 232 de la primera y 264 de la segunda) con idéntico texto que «el artículo 2 TUE no constituye una mera enunciación de orientaciones o de intenciones de naturaleza política, sino que contiene valores que [...] se concretan en principios que comportan obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros». De manera que esa referencia «tiene por cometido establecer y reforzar la identidad de la Unión, además de proteger su estructura constitucional. Se trata pues de dejar claro que los autores de los Tratados nunca estuvieron de acuerdo con una supuesta *neutralidad moral* en el proyecto de integración europea, sino que dicho proyecto siempre ha defendido las democracias liberales en tanto ele-

mentos constitutivos de la Unión Europea y, en particular, de su estructura constitucional»².

IV. Conciliación entre ambas identidades constitucionales

Creo, por lo que acabo de exponer, que la «identidad constitucional de los Estados miembros» ha perdido en gran parte su carácter de límite al Derecho de la Unión. El núcleo de las identidades constitucionales de los Estados miembros eran los derechos fundamentales nacionales, y hoy esos mismos derechos fundamentales rigen para las disposiciones (directivas, reglamentos...) de la Unión Europea y los actos emanados de sus órganos. La consideración de la Unión como una comunidad de Derecho basada en la democracia, los derechos fundamentales y las reglas del Estado de Derecho (incluida la independencia judicial) hacen, al menos teóricamente, muy difícil que puedan diferenciarse, sustancialmente, la identidad constitucional común europea y las identidades constitucionales de los Estados miembros que la componen. Y esa confluencia está, por así decirlo, en la misma línea que han marcado el Grupo Greco, la Comisión de Venecia y la propia Comisión de la Unión.

Pero más aún, es la línea que ha marcado en los últimos años el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su más reciente jurisprudencia: Sentencias de 2 de marzo de 2021, de 15 de julio de 2021, de 6 de octubre de 2021 y 16 de febrero de 2016 (todas en relación con los principios del Estado de Derecho en Polonia); y Sentencia de 16 de febrero de 2022 (en relación con los principios del Estado de Derecho en Hungría). Ya se citó más atrás un párrafo, absolutamente concluyente a este respecto, de las de 16 de febrero de 2022 que acaban de citarse.

Estas últimas decisiones, que reafirman los valores democráticos y el Estado de Derecho como signos del Derecho de la Unión, frente incluso a resoluciones de los tribunales constitucionales de Polonia y Hungría, creo que han dejado claro que la apelación de cualquier Estado miembro a su identidad constitucional como límite al Derecho de la Unión no puede residir en una contraposición basada en los derechos fundamentales, las reglas del Estado de Derecho (y entre ellas la independencia judicial) y los principios democráticos, en cuanto que ellos están suficientemente garantizados por el propio Derecho de la Unión Europea. Desaparece así, creo, el núcleo duro de la vieja «identidad constitucional nacional» como límite al Derecho de la Unión.

Lo que queda, a mi juicio, como «identidad constitucional» de los Estados miembros son características en cierto modo secundarias (porque no pertenecen a

² José A. Gutiérrez-Fons, «El Tribunal de Justicia y la Unión Europea como una “Unión de Valores”», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 76, p. 22.

ese núcleo duro) que el Derecho de la Unión ha de respetar: monarquía o república, presidencialismo o parlamentarismo, Estado unitario o Estado federal o políticamente descentralizado, etc. Esto es, acudiendo a términos clásicos, características más propias de la forma de gobierno, o de la organización territorial, que de la forma de Estado en sentido fuerte: Estado democrático de Derecho, una forma que, por ser claramente la de la Unión Europea, no cabe que entre en contradicción con la de los Estados miembros. No otra cosa es lo que se desprende del reconocimiento de la «identidad nacional» de los Estados miembros por el art. 4.2 del Tratado, al delimitarla allí como la «inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional», precepto que ha de ponerse en conexión necesaria con lo que el art. 2 del Tratado dispone, y con el que no puede entrar en contradicción.

Más aún, la Unión Europea se mantendrá y desarrollará si todos los Estados miembros respetan la «identidad constitucional europea» que, incluso sin Constitución formal, y en cumplimiento de lo previsto por los arts. 2, 6.1 y 6.3 del Tratado, se ha venido construyendo por la propia Unión mediante resoluciones y declaraciones de sus órganos políticos y a través de la doctrina de su Tribunal de Justicia.

Hoy, esa identidad incluso trasciende a la de la propia Unión Europea como comunidad política y de Derecho, pues se ha convertido en una identidad europea, esto es, predicable de todos los Estados a los que agrupa el Consejo de Europa, con la Comisión de Venecia como organismo asesor y con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como instancia judicial transnacional. Europa se presenta, así, como una Comunidad basada en un conjunto de valores, principios y reglas que tienen por objeto la vigencia del Estado de Derecho caracterizado por la garantía de los derechos fundamentales y de una justicia independiente capaz de asegurar no sólo la validez, sino también la eficacia de ese conjunto normativo. Es cierto que esa identidad europea (la de los países que integran el Consejo de Europa) es más una pretensión que una realidad consolidada, pero, al menos, en la Unión Europea, como comunidad supranacional, sí que es una realidad institucional y jurídicamente reconocida.

Podría decirse, en consecuencia, que el Derecho ha ido más rápido que la política en la construcción de la identidad europea. Ahora lo que procede es que la política se acomode cada vez más a esa realidad jurídica, en unos momentos como estos, en que la crisis de la democracia, la crisis económica y los conflictos geopolíticos, bélicos y diplomáticos, hacen necesario el fortalecimiento de una Europa consciente de que los valores que representa han de ser defendidos y difundidos, con fuerza y determinación.

V. Unión Europea, democracia militante y constitucionalismo «resistente»

Hay, por último, una reflexión importante que hacer, teórica y práctica, derivada de la identidad «constitucional» de la Unión Europea, y es la que se refiere a que esa identidad (democracia, derechos fundamentales, Estado de Derecho) representa una apuesta decidida por la concepción material, y no sólo formal, de Constitución, en cuanto que aquella identidad plantea un reto inequívoco como límite a la reforma de las Constituciones de los Estados miembros. En Alemania, Portugal, e incluso en Italia, ese asunto parece claro en cuanto que el contenido de tal identidad supone allí, en el plano estatal, un límite material expreso a la reforma constitucional (en Alemania y Portugal con toda claridad, en Italia por construcción doctrinal acerca del significado de «república» o de «forma republicana de gobierno», a lo que se ya se aludía en la propia Sentencia «Granital» de 1984).

En otros países, como por ejemplo España, tales límites materiales a la reforma constitucional no están expresamente formulados, pero no cabe duda en que una reforma constitucional en un Estado miembro que destruyera el principio democrático, los derechos fundamentales y el Estado de Derecho, sería incompatible con la pertenencia a la Unión. En tal sentido, la identidad «constitucional» europea podría considerarse como un límite material a la reforma de las Constituciones de los Estados miembros. Porque, al margen de que se opine sobre si la democracia debe o no ser militante, asunto sobre el que volveré a continuación, lo que no ofrece dudas es que la democracia en Europa (y creo que en cualquier otro lugar del mundo) ha de ser una democracia «resistente», no sólo políticamente resistente, sino también jurídicamente resistente.

Las consideraciones que, en relación con la Unión Europea y las Constituciones de los Estados miembros he venido exponiendo hasta ahora me llevan a extenderme sobre algo que acabo de apuntar: el concepto de «democracia resistente» y, por lo mismo, la exigencia teórica de que las Constituciones no puedan considerarse materialmente neutrales.

Para el desarrollo, aunque sea breve³ de la afirmación que acabo de enunciar (la necesidad de complementar el concepto formal de Constitución con un concepto material de la misma) creo que es oportuno exponer, en primer lugar, lo que podría considerarse como el punto nodal de esa cuestión: el de los límites a la reforma constitucional. Y no me refiero a los que algunos llaman límites procedimentales, puesto que, en realidad, ellos no son exactamente límites, sino presu-

³ Resumen, en lo que sigue, las ideas principales que he expuesto en «Reforma constitucional y democracia militante», que es mi contribución al libro-homenaje a Javier Jiménez Campo, de próxima publicación.

puesto o condición de regularidad jurídica de la reforma. Es obvio que para reformar la Constitución ha de seguirse un determinado procedimiento que la propia Constitución ha previsto.

Lo que sí interesa para la exposición que sigue no son los mal llamados límites procedimentales, sino los auténticos límites: los materiales. A esos efectos, es frecuente distinguir entre Constituciones que imponen límites materiales a su reforma y Constituciones que no los imponen.

Ejemplos significativos de lo primero son las vigentes Constituciones de Alemania y Portugal, que contienen una amplia lista de materias que se consideran irreformables (por cierto, la de Portugal les llama, precisamente, «límites materiales a la reforma constitucional»). También, aunque con una extensión material menor, pueden citarse las vigentes Constituciones de Francia e Italia.

Ejemplo significativo de lo segundo es la vigente Constitución española, que prevé su revisión sin exclusión alguna de materias. Por cierto, eso, que es lo que ocurre en la mayoría de las Constituciones, no significa, adelanto, que por tal silencio del texto constitucional haya que admitir, teóricamente, una ausencia de límites materiales, pero de ese problema es precisamente de lo que voy a tratar a continuación, puesto que constituye el núcleo de las reflexiones que ahora desarrollaré.

Contrariamente a lo que hace muchos años, a finales de 1980 y primeros de 1990, sostuve en determinados escritos (entre ellos en mi libro *Constitución y democracia*⁴) defendiendo la idea de que la democracia exige la ausencia de límites materiales a la reforma constitucional, precisamente con la finalidad de que el pueblo soberano, esto es, el poder constituyente, pueda seguir siendo libre para autodeterminarse, con el paso del tiempo he ido cambiando de criterio, tanto por razones metodológicas como por razones dogmáticas, que aquí no puedo detallar⁵, aunque sí meramente enunciar: las metodológicas se refieren a una concepción menos «geométrica» (no menos positivista) del Derecho; las dogmáticas, no exactamente a un cambio, sino a extraer todas sus consecuencias del concepto de Constitución que siempre he sostenido: que no hay más Constitución auténtica que la Constitución democrática, «todo lo demás es mero despotismo de apariencia constitucional», como dijo, muy razonadamente, Francisco Rubio Llorente⁶.

Al fin y al cabo, esa es la idea exacta de Constitución desde los orígenes del constitucionalismo, muy claramente establecida en el famoso artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789: «todo país en el que la división de poderes no está establecida ni los derechos ciudadanos reconocidos, carece de Constitución».

⁴ Tecnos, Madrid, 1989

⁵ Me remito a mi citado trabajo en el libro-homenaje a Javier Jiménez Campo.

⁶ *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Volumen I, p. 90, tercera edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

La soberanía nacional como presupuesto, la división de poderes y la garantía de los derechos fundamentales como límites funcionales y materiales a la acción del poder, dan el ser a la Constitución, esto es, a una forma de organización del poder que tiene por objeto no «la gloria del Estado», sino «la libertad política de los ciudadanos», como con clarividencia ya advirtió Montesquieu. Por ello, y sigo citando a Rubio, la Constitución no es otra cosa que la forma jurídica de la democracia: en este caso, *forma dat esse rei*⁷. No hay, pues, Constitución «neutral» acerca de los valores y principios democráticos.

De ahí la necesidad de reivindicar esa idea, no sólo por los problemas teóricos y las indeseables consecuencias prácticas de una concepción «neutral» de la Constitución, como ha puesto bien de manifiesto, en el ámbito nacional y europeo, Paloma Biglino Campos en un trabajo reciente⁸, sino también porque, si la Constitución no formaliza jurídicamente un determinado modo de ser (democrático) de la comunidad política, deja de ser, sencillamente, Constitución.

Por ello, volviendo a la reforma constitucional, debe sostenerse que, si por Constitución únicamente cabe entender la Constitución democrática, y por democracia (en un país con Constitución auténtica) sólo cabe entender la democracia constitucional, la reforma de la Constitución, que está al servicio de mantenerla para adaptarla a nuevas realidades sociales o políticas, puede, obviamente, servir para modificarla de manera parcial o total, pero nunca para abandonarla, esto es, para dar origen a una «no Constitución».

No voy a extenderme sobre los llamados límites materiales implícitos que podrían deducirse de la interpretación de determinados preceptos de una Constitución concreta, hipótesis que no puede rechazarse, pero que exige una muy cuidadosa exégesis para evitar soluciones arbitrarias. A lo que voy a referirme es a los límites materiales derivados del concepto mismo de Constitución: los que he llamado en alguno de mis escritos más recientes, no sé si con fortuna, límites «ontológicos», en cuanto que se derivan del concepto mismo de Constitución y que, por ello son generales, predicables de toda Constitución auténtica, esto es, de la Constitución democrática, como no me importa repetir.

El primero de esos límites es el de la unidad de la nación, unidad que no sólo es consecuencia de la Constitución, sino también el presupuesto de ella, en cuanto que la Constitución nace precisamente de la voluntad (única) de una nación preexistente. Si este límite se quebranta, la Constitución deja de existir, ya que, sin un soberano único, a cuya voluntad quepa imputar el poder constituyente (y por supuesto, el poder de reforma), desaparecen la Constitución y el Estado constitucional.

⁷ *Ibid. Id.*, pp. XXXV-XXXVI.

⁸ «La indefensión de la Constitución neutral», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 127, enero-abril, 2023.

De ahí que, si bien cabría incluso admitir que, mediante la reforma constitucional, la nación pueda quedar reducida en su ámbito demográfico y territorial, lo que no cabría de ningún modo es que la Constitución producto de la reforma no garantice la unidad de esta nueva nación. Por ello, el derecho de autodeterminación atribuido a parte de la nación, que no puede estar garantizado en ninguna Constitución auténtica, tampoco, por ello, podría ser garantizado mediante la reforma constitucional, pues supondría que en esa nueva Constitución se habría roto la unidad de la soberanía. De ahí, añadido, la radical incompatibilidad de la Constitución, o del Estado constitucional, con la confederación o el Estado plurinacional.

Es cierto que, como acabo de apuntar, la afirmación de que mediante la reforma podría modificarse el ámbito demográfico y territorial de la nación puede ser algo perfectamente discutible. No sólo porque tropieza con el problema lógico, general, de si la nación puede disponer de sí misma, sino porque puede suceder que una Constitución particular, y ese es al caso de la española, haya proclamado que la nación que dio origen a la Constitución es «indisoluble» y que tal «indisolubilidad» constituye «el fundamento» de la propia Constitución, que es lo que dice, literalmente, el artículo 2 de la vigente Constitución española. En tal caso podría argumentarse que en esa declaración de indisolubilidad se encuentra un límite implícito (o incluso expreso) a la reforma constitucional. De manera que la secesión territorial no sería posible mediante la reforma constitucional. Que es también lo que sucede, por ejemplo, en Francia.

Por ello, en lo que se refiere a la Constitución española, cabría sostener, aunque también debatir, que la «indisolubilidad» de la nación y, en consecuencia, la imposibilidad de secesión territorial, supone un límite material a la reforma, como ha sostenido fundadamente Ignacio González García en un libro de reciente publicación⁹.

De todos modos, sobre ese problema específico, referido a una concreta Constitución que, explícita o implícitamente, contuviese una cláusula de intangibilidad territorial, no voy a extenderme, y no por huir de la complejidad, algo que un jurista que se precie nunca debe hacer (prueba de ello es que lo he tratado en alguna publicación), sino porque me desviaría del objeto central de mi exposición, que no es otro que el de los límites ontológicos que se predicán de la Constitución en general, es decir, de cualquier Constitución, y no sólo de una Constitución concreta. Y ese límite ontológico, y no me importa repetirlo, es el de que por la reforma constitucional no cabría admitir que se estableciera una nación dividida, pues sin la unidad nacional no hay Constitución.

⁹ *La indivisibilidad de la nación: límite expreso a la reforma de la CE 1978*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

Paso al otro límite material ontológico a la reforma constitucional. Ese no es otro que la democracia, esto es, la democracia constitucional, y su existencia también se deriva del concepto de Constitución. Si se parte, como he dicho, de que no hay más Constitución auténtica que la Constitución democrática, el abandono de la democracia mediante la reforma Constitucional no sería modificar la Constitución, sino destruirla, esto es, adoptar una «no Constitución». Por ello, en ese caso, la reforma, en lugar de haber servido para mantener, adaptándola, o revisándola, a la Constitución, lo que hubiera servido es para aniquilarla.

Esta afirmación no se basa en el socorrido argumento lógico de que la democracia no puede destruirse a sí misma por procedimientos democráticos, que es un razonamiento abstracto contradicho por la realidad histórica y comparada, sino en el argumento jurídico de que la democracia constitucionalizada, esto es, juridificada, no puede servirse del Derecho para convertirse válidamente en dictadura.

Debo aclarar que este «otro» tipo de límite ontológico del que ahora estoy hablando está enlazado, necesariamente, con el anterior al que antes me había referido, pues la unidad de la nación (compuesta por un conjunto de ciudadanos libres e iguales en derechos) ha de tenerse, conceptualmente, como condición de la democracia (no me importa repetir, de la democracia constitucional). De manera que sólo a efectos sistemáticos los estoy tratando separadamente. Dicho ello prosigo con mi exposición.

Como ya dije más atrás, de la concepción no sólo formal, sino también material, de la Constitución se deriva, inexorablemente, que la democracia es una condición existencial de la Constitución misma y, por ello, un límite material absoluto frente a su reforma.

La Constitución no es forma sin sustancia y, por ello, Constitución y democracia no pueden desligarse. Si se abandona la democracia se abandona la Constitución. Esta idea, que es, además, sustancial para comprender debidamente el concepto de Constitución, está admirablemente desarrollada, como ya he dicho, en la obra escrita del profesor Rubio Llorente.

Por ello, ese límite del que ahora estoy tratando, el de la conservación de la democracia (como el anterior, el de la conservación de la unidad de la nación), no requiere estar expresamente previsto en el texto constitucional,

A partir de ahí no queda más remedio que pronunciarse sobre las consecuencias que, para el pluralismo político, puede tener la tesis que he venido sosteniendo de que existen límites materiales a la reforma constitucional. La pregunta, inevitable, que a estos efectos ha de hacerse es: ¿puede la Constitución (cualquier Constitución auténtica, insisto) permitir las ideologías que, vulnerando esos límites, abiertamente propugnen destruir la unidad de la nación o la democracia? La respuesta más simple podría ser que no, ya que, por exigencias teóricas de principio, no podrían considerarse lícitas aquellas pretensiones cuya consecución sería ilícita.

Sin embargo, tal respuesta no resulta enteramente satisfactoria desde el punto de vista dogmático, ya que el problema no es simple, sino complejo, y para tratarlo hay que diferenciar dos planos: el de la libertad ideológica y el de la organización del Estado. Distinción exigida por el equilibrio, necesario, entre el pluralismo político y la protección institucional de la Constitución.

Por ello, en el plano ideológico, no debieran, a mi juicio, considerarse ilícitas aquellas ideologías que propugnen la destrucción del propio sistema constitucional, en cuanto que, si se restringiera la libertad ideológica, se estaría negando el principio general de libertad individual que es una de las bases de cualquier Constitución. En cambio, esa libertad subjetiva de expresión y de propuesta no cabe admitirla en el plano, objetivo, de las decisiones institucionales, de manera que no puede considerarse lícito que las instituciones que concurren en el ejercicio del poder de reforma avalen una que suponga la destrucción de la misma Constitución.

Como dije antes, en el plano ideológico debe haber libertad de opinión incluso para los enemigos de la libertad, pero no puede haber libertad de actuación para que esos enemigos de la libertad utilicen el poder público destruyendo, desde dentro, al propio Estado constitucional. Se me podría decir que ello conduce, no a una libertad, sino a una mera tolerancia de las ideologías antidemocráticas. No lo creo así, puesto que la libertad en ese caso no está restringida, salvo, como es obvio, que a través de ella se delinca. Y no hablo sólo de los delitos ordinarios que penalizan las calumnias, las injurias, o la apelación a la violencia o el uso de la misma, por ejemplo, sino también de los extraordinarios que penalizan la alteración (con violencia o sin ella) de la Constitución sin seguir el procedimiento establecido para su reforma. Ya Kelsen nos advirtió, certeramente, que, si así se hiciera, ello habría que calificarlo, jurídicamente, como un golpe de Estado. Esta protección penal de la Constitución está prevista, o debe de estar prevista, en cualquier Estado constitucional y democrático de Derecho.

Las reflexiones que anteceden conducen a un tema estrechamente enlazado con todo lo que hasta aquí se ha venido exponiendo: el de la «democracia militante», término acuñado, como se sabe, por la doctrina y la jurisprudencia alemanas. Si por «militante» se entiende la proscripción de cualquier ideología contraria a la democracia, ya he dicho que no puedo estar de acuerdo. Distinto es el caso si por militante se entiende que no puede permitirse, jurídicamente, que las instituciones del Estado destruyan a la propia democracia, algo que, como he dicho más atrás, me parece perfectamente coherente.

En este plano institucional me atrevo a afirmar que toda democracia, por principio, ha de ser una democracia militante. Así lo ha entendido, en sus declaraciones, el Consejo de Europa e incluso, en determinadas resoluciones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, con todo rigor, han reconocido que las

Constituciones no pueden ser neutrales en relación con la democracia y el Estado de Derecho¹⁰

No efectuar aquella distinción, a la que antes aludí, entre la libertad ideológica y el plano institucional, conduce a un defectuoso entendimiento terminológico, que no genera más que confusión. Y ello ha ocurrido, a mi juicio, en la doctrina del Tribunal Constitucional español, cuando, reiteradamente, ha declarado que la democracia española es una «democracia no militante», porque permite que, mediante la reforma constitucional, puedan conseguirse todos los objetivos políticos que se pretendan. Ello, teóricamente, en una Constitución democrática, no puede ser así.

Quizás, para evitar esa confusión, y esto lo digo con carácter general, y no sólo referido a España, lo que proceda es abandonar la discutible terminología de la «democracia militante», que es políticamente difusa y jurídicamente imprecisa, para utilizar otra más cierta y más segura, la de la «democracia resistente». A mi juicio, toda democracia constitucional ha de ser una democracia jurídicamente resistente, de modo que, aunque no restrinja la libertad ideológica, sí que ha de impedir, válidamente, que los poderes del Estado destruyan a la propia democracia.

En los tiempos actuales, la democracia suele perecer, no tanto por su toma al asalto, sino por su falseamiento, esto es, por la inaplicación de la Constitución o por la destrucción, desde dentro, de su significado y sentido. Muchas veces ni siquiera reformando el texto constitucional, sino pervirtiéndolo a través de desleales actuaciones de los poderes públicos, tanto del ejecutivo como del legislativo y el judicial. Otras veces incluso reformando la Constitución para destruirla.

Por ello, en estos tiempos de cierta y grave crisis del Estado constitucional y democrático de Derecho, originada por los populismos, la demagogia, la erosión de las instituciones, la extrema polarización política, la falta de ejemplaridad de muchos dirigentes políticos y el descuido culpable del Estado en promover la igualdad y el progreso social, resulta necesario que el Derecho Constitucional no permanezca en silencio y denuncie con fuerza y rigor las amenazas que recibe la forma de organización política más justa y eficaz que la civilización hasta ahora ha producido: la democracia constitucional. Una democracia, por supuesto, que debe mejorarse, e incluso reformarse, para que sea verdaderamente efectiva, pero que, de ninguna manera, debe destruirse.

Y esa labor de defensa teórica de la democracia constitucional debe realizarse recordando cuáles son los cimientos de ese sistema sin los cuales, inevitablemente,

¹⁰ Al menos, las Constituciones de los Estados miembros y la «constitución» (así se la puede llamar, aunque no esté formalizada nominalmente como tal) de la propia Unión, dado lo que establece el art. 2 del Tratado de Lisboa.

perece. Uno de esos cimientos creo que es el de considerar que toda Constitución tiene unos límites materiales a su reforma, aunque no estén reconocidos en su texto, explícita o implícitamente, como cláusulas de intangibilidad.

Por supuesto que lo que aquí sostengo puede ser aceptado o no; yo al menos he pretendido fundarlo en razones que, eso sí, considero incontrovertibles. Una de ellas es que del concepto auténtico de Constitución forman parte dos características que le son consustanciales: la unidad de la soberanía nacional y la democracia, términos que están, además, estrechamente enlazados, de manera que, en buena teoría constitucional, han de entenderse como copulativos y no como disyuntivos. Sin esas características no hay Constitución, sino, y vuelvo a citar al profesor Rubio Llorente, «mero despotismo de apariencia constitucional».

La otra razón es que el Estado de Derecho es requisito indisoluble de toda Constitución auténtica, y ello significa que el Derecho no puede servir nunca de cobertura para destruirla.

El Estado constitucional democrático ha podido abolirse por medio de la fuerza, de lo que, lamentablemente, hay sobrados ejemplos históricos. También ha podido abolirse por su falseamiento desde las propias instituciones, lo que ha sucedido actualmente en algunos países, como todos sabemos. Incluso podría abolirse mediante una reforma que, aunque destructora de la Constitución, se haya producido siguiendo formalmente el procedimiento establecido y esté avalada incluso por la voluntad popular. No olvidemos que, como dijo un gran historiador británico, muchas veces las naciones no mueren por débiles, sino por viles. Pero los constitucionalistas no podemos legitimar que tales aboliciones puedan producirse válidamente por medio del Derecho.

VI. Conclusiones: la concepción material, y no sólo formal, de Constitución como un presupuesto del Derecho Público Europeo

Entender que sólo es Constitución auténtica la Constitución democrática creo, además, como ya apunté mucho más atrás, que está bien reflejado en lo que podríamos llamar «identidad constitucional» de la Unión Europea, que se proyecta en las «identidades constitucionales» de los Estados miembros para confluir en una misma identidad sustancial, o dicho desde el punto de vista del Derecho Constitucional general, en un mismo concepto de Constitución. No es este trabajo el lugar para que me extienda sobre las consecuencias jurídicas, y por ello sobre los controles jurisdiccionales (a cargo del Tribunal de Justicia de la Unión y de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, respectivamente) que ga-

ranticen tal identidad¹¹, pero sí que apunto, al menos, que en el cumplimiento jurídico y político de la misma radica hoy uno de los principales retos que la Unión Europea, como comunidad de Derecho, ha de afrontar.

Porque ya, a mi juicio, no cabe sostener que sólo las Constituciones de los Estados miembros que, de modo expreso, contienen una cláusula de intangibilidad relativa a la conservación de la democracia (Alemania, Portugal, Francia e Italia, por ejemplo, aunque en estas últimas por interpretación del término «forma republicana de gobierno»), expresan un concepto material de Constitución, sino que todas las Constituciones de los Estados miembros participan de este concepto, aunque no contengan en su texto una cláusula de ese tipo. Y ello no sólo por exigencias teóricas del concepto general de Constitución, sino también por exigencias dogmáticas del modelo de «identidad constitucional» establecido por la Unión Europea, para sí misma y para sus Estados miembros¹².

De ahí que, como se dijo por el TJUE (apartados 127, SSTJUE de 16 de febrero de 2022, asunto Hungría, y apartado 145, STJUE de 16 de febrero de 2022, asunto Polonia, ya citadas), los «valores que recoge el artículo 2 TUE han sido identificados por los Estados miembros, que los comparten. Definen la propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común».

Que este común ordenamiento y ese común entendimiento de que no debe de haber un «constitucionalismo neutral» puede contribuir a que desaparezca (o se alivie notablemente) la pasada confrontación entre la identidad constitucional europea y las identidades constitucionales de sus Estados miembros, y a que se dote de una base mucho más sólida y mucho más coherente a la primacía del Derecho de la Unión, creo que sería la conclusión resumida del presente trabajo.

¹¹ Nuevamente me remito a mi trabajo en el libro-homenaje a Javier Jiménez Campo.

¹² En sentido próximo, cabe citar unos pasajes del artículo de Pedro Cruz Villalón, «Entre proporcionalidad e identidad: las claves de la excepcionalidad en el momento actual», en *ReDCE*, núm. 27, enero-abril, 2017, en los que apunta sobre «la exigencia de construir un arsenal identitario, esto es, un núcleo último de convicciones que no debieran ceder ante las contingencias [...]». La identidad constitucional, así concebida, debería marcar 'las líneas rojas' [...] a partir de las cuales se extiende el territorio de lo 'crucial' [...]. Según este punto de vista, y pese a todas las dificultades reales, es urgente que se genere un consenso sobre lo que esté fuera de discusión, incluso en momentos de crisis, sin poner en peligro nuestra identidad, sea la nacional o la europea».

LA CONSTITUCIÓN DEL PLURALISMO Y SUS CONTRADICCIONES INTERNAS

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ
Universidad de Granada

I. Introducción: Gregorio Cámara en la construcción de la Constitución del pluralismo

La extensión de la cuidada obra de Gregorio Cámara Villar denota una capacidad de trabajo superlativa, ejemplar para los que hemos tenido la suerte de crecer en su entorno. Ese esfuerzo sostenido a lo largo de los años, además, muestra a un intelectual atento a los retos que le iba planteando el devenir de nuestro país. Ha formado parte de esa generación que construyó la teoría bajo la imperiosa necesidad de asegurar el funcionamiento y luego la consolidación de nuestro novedoso Estado constitucional.

En este sentido, el profesor Cámara ha contribuido a elaborar en nuestro país el canon del constitucionalismo. Al sobrevolar su obra se hallan los hitos principales que dan sentido a la Constitución del pluralismo, en cuanto que norma que hace posible la expresión de la diversidad ideológica, política, económica, cultural y religiosa, etc. y, a la vez, la reconduce a una unidad de acción legítima y eficaz que toma cuerpo en el Estado social y democrático de derecho.

Partiendo de la referencia ineludible que ofrece la Constitución del pluralismo, en este texto me gustaría explorar sus contradicciones internas. La apertura de la Constitución a otros ordenamientos, la labilidad de los derechos fundamentales y la intervención de los partidos han generado una tensión entre norma y realidad constitucional, con algunas consecuencias respecto a la jurisdicción constitucional, el proceso político y la propia idea de libertad. Sin duda, el pensamiento del profesor Cámara no es extraño a estas dificultades. Seguro que seguirá dándonos norte, sea con sus escritos, sea con su amistad.

II. La menguante densidad normativa de la Constitución

1. PÉRDIDA DE DENSIDAD POR APERTURA DE LA CONSTITUCIÓN: INTEGRACIÓN EUROPEA, ORGANIZACIÓN TERRITORIAL Y ORDENACIÓN DE LA ECONOMÍA

Los elementos de apertura constitucional presionan actualmente con una intensidad tal, que resulta difícil identificar los criterios de cierre que aporta la norma suprema. Son varios los ejemplos que nos ofrece la realidad.

Destaca la integración europea. Como es sabido, la Constitución estatal habilita la incorporación del derecho europeo, pero, en ese mismo momento desplaza piezas de su normatividad, pues gran parte del flujo jurídico encuentra sus reglas de producción y aplicación en los Tratados y al margen de la Constitución¹. Dado que es la propia Constitución la que prevé la reducción de su eficacia jurídica, no cabe un juicio peyorativo que descalifique en términos generales esta habilitación constitucional, sino que más bien, esta fuente de perplejidad exige una articulación.

Son varias las soluciones propuestas. Inicialmente algunas postularon que los Tratados constitutivos se habían situado en la cúspide del sistema normativo. Habría acontecido una suerte de revolución legal, en la que la máxima jerarquía se movía del ordenamiento estatal al derecho europeo². Otras, con pleno vigor actualmente, defienden la existencia de núcleos indisponibles en las Constituciones estatales³. Sin olvidar el intento de la fallida Constitución europea, que supuso el rescate de instrumentos clásicos, adaptados ahora a la realidad política supranacional. Sea como fuere, e independientemente de la mayor bondad de uno u otro camino, ninguna tesis ninguna adopta una posición de repliegue absoluto sobre la Constitución estatal.

¹ Recordemos las palabras del Tribunal Constitucional: «Producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquella, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos.», Declaración 1/2004, FJ. 2.

² Para una exposición más amplia, con referencias bibliográficas me permito remitir al lector a mi libro AZPITARTE SÁNCHEZ (2001): *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*. Madrid: Civitas, p. 32 y ss.

³ De nuevo puede verse un argumento extendido en AZPITARTE SÁNCHEZ (2001), cit., p. 40 y ss. No obstante, aunque las ideas de fondo no han cambiado, en tanto que la doctrina del Tribunal Constitucional Federal se ha mantenido firme en su esencia, la problemática ha crecido en complejidad y con ella las referencias bibliográficas. Creo, sin embargo, que dos referencias son ineludibles ARZOS SANTISTEBAN (2022) y CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, P. (2021). *La identidad nacional de los Estados miembros en el Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi. Una exposición de las últimas manifestaciones en MENÉNDEZ, A. (2023). «¿Rebelión a bordo? A vueltas (de nuevo) con las relaciones entre ordenamientos en el espacio jurídico europeo», *Revista Española de Derecho constitucional*, (129), 47-77.

Este fenómeno paradójico de apertura desde la propia Constitución, provocando así el aminoramiento de su fuerza normativa, se halla también en los modelos territoriales de organización compuesta. Al igual que en la integración europea, la Constitución descentraliza la organización del proceso político territorial, por lo que su normatividad ya no expresa la totalidad de la realidad política. De nuevo, no cabe aquí un juicio negativo; es la propia norma suprema la que causa y motiva este fenómeno. Y, del mismo modo, tampoco es factible aventurar soluciones defensivas que postulen un enroque en el Estado unitario.

Algo parecido ocurre con la ordenación de la economía, aunque en este punto, más que de apertura se habría de hablar de indefinición. Las explicaciones que se han dado sobre la Constitución económica sirvieron para desterrar cualquier intento de encontrar un mandato a favor de un modelo económico determinado⁴. Se quiso subrayar que las Constituciones de la segunda mitad de siglo xx permitían una posición activa del poder público en la economía. Pero tal conclusión siempre ha sido más prolija en detallar las distintas posibilidades, que en marcar los límites a la acción económica, sea pública o privada.

Finalmente, las Constituciones contemporáneas siguen trazando su eje en los derechos individuales que emergen con la ideología liberal del diecinueve y apenas reconocen derechos subjetivos ligados a las dinámicas políticas y sociales contemporáneas, más allá de los hitos clásicos de los derechos fundamentales en el campo del trabajo y la función social de la propiedad⁵. Ni siquiera está claro si la Constitución, en cuanto que marco de posibilidades, podría soportar tal densidad⁶. Esto minimiza la incidencia de la Constitución sobre contenidos sociales —edu-

⁴ Por todos, EHMKE, H. (1981b). «Wirtschaft und verfassung». En HÄBERLE, P. (Ed.), *Beiträge zur verfassungstheorie und verfassungspolitik* (208-287). KÖNIGSTEIN: ATHENÄUM y BASSOLS COMA, M. (1985). *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos.

⁵ La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión se podría leer como una síntesis entre las Constituciones que surgen inmediatamente tras la Segunda Guerra, llamadas a cristalizar el elemento de legitimidad funcional mediante el principio Estado social, y las Constituciones del último tercio del siglo xx, que recogen ese elemento social de una forma más compleja, dando cuenta de los ámbitos sociales —vivienda, seguridad social, trabajo, etc.—, que proyectan con mayor intensidad el fenómeno social.

⁶ El ámbito socio-económico es seguramente uno de aquellos temas en los que el silencio constitucional sirve para no sobrecargar el espacio público de cuestiones que a priori son ajenas a las divisiones primordiales o encuentran una mejor solución fuera del espacio público (por ejemplo, la duración de la jornada laboral). Pero a su vez, cuando la Constitución detalla aspectos de la realidad socio-económica (por ejemplo, la previsión específica del derecho de huelga) busca de modo paralelo eliminar del espacio público cuestiones que centran la división política. Respecto al silencio constitucional como técnica para no lastrar el debate público, véase HOLMES, S. (1988). *Gag rules and the politics of omission*. En ELSTER, J. y SLAGSTAAD, R. (Ed.), *Constitutionalism and democracy* (19-58). Cambridge: Cambridge University Press.; por otro lado, para la función de descarga del texto constitucional escrito, GRIMM, D. (1994). *Die Zukunft der Verfassung*. En *Die Zukunft der Verfassung* (pp. 399-439). Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 429 y ss. (*Entlastungsfunktion*)

cación, sanidad, seguridad social— que, sin embargo, concentran la atención ciudadana y el debate político.

2. PÉRDIDA DE NORMATIVIDAD POR SUBLIMACIÓN TÉCNICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La pérdida de normatividad de la Constitución no acaba en aquellos puntos en los que habilita su apertura u omite pronunciarse. Se manifiesta también en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, que en una primera comprensión se pensaba que darían la certidumbre propia de los derechos subjetivos de corte administrativo que habían conformado la práctica liberal⁷.

Ahora bien, pronto se puso de manifiesto que los derechos fundamentales, en tanto que hacen posible la experiencia de la libertad⁸, son una pieza clave en la garantía del pluralismo⁹. Mediante ellos se asegura al individuo un espacio para que pueda conformar su destino, indemne, a priori, a cualquier presión externa. Se le dan las facultades necesarias con las que definir su personalidad, bien en su ámbito de privacidad, bien en el ámbito social. Y, además, algunos de los derechos fundamentales, cualificadamente el de participación política, son el canal para que el pluralismo permee en el Estado¹⁰.

El uso dominante del principio de proporcionalidad para fijar el contenido constitucional de estos derechos, facilita una tarea jurisprudencial contenida, sensible a los matices y de evolución paulatina¹¹. Pero esta técnica oscurece la narrati-

⁷ Me refiero al debate clásico que atravesó la doctrina alemana (y que, en parte todavía lo hace) sobre el modo de interpretar los derechos fundamentales. Frente a las tesis que defendían una esterilizante búsqueda de la certeza, se acabó por imponer un modo interpretativo que realizó una lectura amplia. Para una revisión del problema me remito a mi trabajo AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (2003). «Apuntes sobre el pensamiento de Peter Häberle en el contexto de la dogmática alemana». *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, (6), 346 y ss.

⁸ CROWE, J. (2009). «Explaining natural rights: Ontological freedom and the foundations of political discourse». *NYU Journal of Law & Liberty*, 4, 70-658, p. 81, subraya, desde una perspectiva ontológica, que la necesidad cotidiana de adoptar decisiones hace presente la experiencia de la libertad.

⁹ Cabría, por ejemplo, pensar los derechos fundamentales como el instrumento que reconoce las capacidades básicas para el desarrollo de una vida digna, NUSSBAUM, M. C. (2007). «The Supreme Court 2006 term foreword: Constitutions and capabilities: “Perception” against lofty formalism». *Harvard Law Review*, 121(4), 10-97.

¹⁰ Además de esta dimensión de los derechos fundamentales como instrumentos hacia lo público (sea la sociedad o el Estado), sirven también para extraer del espacio público ciertas conductas que en el espacio público alimentarían el conflicto, HOLMES, 1988, cit.,

¹¹ Aquello que SUNSTEIN, C. R. (1996). «The Supreme Court 1995 term--foreword: Leaving things undecided». *Harvard Law Review*, 110(1), 1-28, ha llamado jurisprudencia minimalista. Síntoma que es compartido en la doctrina alemana y que ha abierto todo un debate sobre la posibilidad de una nueva dogmática de los derechos fundamentales, KAHL, W. (2006). *Neuere Entwicklungslinien der*

va de la interpretación, que se formula de modo fragmentado, con un lenguaje casi burocrático y destinado a un auditorio especializado. Las dificultades de los intérpretes supremos para ofrecer un discurso ilustrativo sobre el contenido de los derechos fundamentales empobrece el significado político y cultural de estos¹². La conversación sobre los derechos fundamentales no es hoy una charla evocadora, sino un intrincado conjunto de decisiones jurisprudenciales que solo tomadas en su totalidad ofrecen líneas maestras¹³. Esta sublimación técnica¹⁴, curiosamente mina la normatividad de la Constitución en la medida que su contenido destinado a definir los límites y la esencia de la comunidad, transcurre a través de un discurso que apenas ofrece guías tangibles para la organización de la sociedad¹⁵.

3. DINÁMICA POLÍTICA Y ELEMENTOS ORGÁNICOS DE LA CONSTITUCIÓN

La apertura de la Constitución a otros ordenamientos jurídicos, perdiendo pregnancia normativa, y la tecnificación de la aplicación de los derechos fundamentales, que oscurece su sentido político, parece reducir la normatividad constitucional a su clásico objeto orgánico. La fuerza vinculante de la Constitución se volcaría en la regulación de los procedimientos de creación de derecho, en la distribución de competencias para la producción y aplicación de derecho, y en la organización de las instituciones. Sin embargo, también aquí merece la normatividad de la Constitu-

Grundrechtsdogmatik: Von Kodifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas. Archiv des öffentlichen Rechts, 131(4), 579-620.

¹² En contraste cobraría sentido una *demojurisprudence* que por su estructura y forma hace posible el diálogo constitucional más allá de las élites jurídicas, GUINIER L. (2008). «Foreword: Demosprudence through dissent». *Harvard Law Review*, 122(4), 31 y ss. Se abre así una vía que analiza el derecho constitucional a partir de la tensión entre el *rule of law* y la *self governance*, y en especial, la función de la participación ciudadana en el proceso interpretativo. Al respecto de este asunto asoma como un trabajo imprescindible la obra HÄBERLE, P. (1998). *Verfassungslehre als kulturwissenschaft* (2ª Ed.). Berlín: Duncker & Humblot., con su lema «la sociedad de los intérpretes constitucionales». es una línea que paulatinamente se ha ido abriendo paso en el derecho constitucional de los Estados Unidos, véase POST, R. C. (2003). «Fashioning the legal constitution: Culture, courts and law». *Harvard Law Review*, 117(1), 4-112; y, ACKERMAN, B. A. (2007). «The living constitution». *Harvard Law Review*, 120(7), 1737-1812.

¹³ Un ejemplo paradigmático en este sentido lo sería el uso de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, donde la mayoría de las veces funcionan como límite a las libertades económicas fundamentales antes que como parámetro autónomo.

¹⁴ GUILLÉN LÓPEZ, E. (2016). «Constitucionalismo crítico y nuevos movimientos sociales». En GARCÍA HERRERA, MIGUEL A., ASENSI SABATER, JOSÉ y BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO (Ed.), *Constitucionalismo crítico. liber amicorum Carlos de Cabo Martín* (pp. 261-285). Valencia: Tirant lo Blanch., sostiene que este repliegue técnico es una tendencia general fruto de la «autosatisfacción» del constitucionalismo tras la caída del muro.

¹⁵ VOLKMANN, U. (2020). «Die dogmatisierung des verfassungsrechts. Überlegungen zur veränderten Kultur juristischer Argumentation». *JuristenZeitung*, (20), 971.

ción una lectura matizada. La contundente intervención de los partidos políticos desde el arranque del régimen constitucional obliga a realizar una comprensión dinámica del texto constitucional, que no es entendible en su parte orgánica sin tener en cuenta la interpretación que de ella realizan estos actores.

Pluralismo y unidad se articulan a través de los partidos durante las elecciones y hasta el siguiente acto electoral. Cumplen así una labor esencial de ordenación del proceso político, determinando de manera casi absoluta los asuntos que llenan la agenda y los términos posibles de la discusión¹⁶. Ese control se extiende sobre las personas que desempeñan los cargos institucionales, insertándose el partido entremedias del cuerpo electoral y los titulares formales de la tarea representativa. Intervención que es así una reducción del grupo de personas que efectivamente participa en la toma de decisiones, logrando que los acuerdos se mantengan firmes y coherentes. El dominio conjunto del discurso público y de los individuos que han de elaborarlo, se materializa especialmente sobre el momento electoral, de suerte que, además de ser un instrumento para la representación, el pluralismo y la gobernabilidad, supone a la vez la elección de candidato y programa, o lo que es igual, producción de gobierno, introduciendo un matiz plebiscitario¹⁷.

La mediación de los partidos acaba haciendo de la dicotomía mayoría de gobierno/oposición el principio político que articula la dinámica constitucional. De un lado tendremos a la mayoría, que en virtud del apoyo electoral se instala en el Gobierno y el Parlamento, haciendo posible la toma de decisiones vinculantes en todo el Estado. Esta clara identificación de la entidad decisoria permite el control y con él la operatividad de otros actores, cualificadamente la oposición, cuya función consiste en examinar al Gobierno y proponer alternativas¹⁸.

¹⁶ La bibliografía sobre partidos es inagotable, me limito a citar como referencia inexcusable LEIBHOLZ, G. (1973). «Der strukturwandel der modernen demokratie». En *Grundprobleme der demokratie* (179-238) Paderborn: U. MATZ. HESSE, K. (1959). «Die verfassungsrechtliche stellung der politischen parteien im modernen staat». En *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer* (11-52). Berlin: Walter der Gruyter; y dando una visión imprescindible de la situación en España ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J. (2013). *Estado de partidos: Participación y representación*. Madrid: Marcial Pons.

¹⁷ LEIBHOLZ, 1973, cit., 193.

¹⁸ La cuestión del control y la responsabilidad en el Estado democrático es otro asunto de tratamiento bibliográfico inabarcable. Como botón de muestra SCHEUNER, U. (1970). «Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung». En FS G. MÜLLER (379-398). Tübingen: Mohr Siebeck.; ARAGÓN REYES, M. (1987). «El control como elemento inseparable del concepto de constitución». *Revista Española de Derecho Constitucional*, (19), 15-52; REQUEJO PAGÉS, J. L. (2004). «Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes generales». *Revista Española de Derecho Constitucional*, (70), 73-89.; RESCIGNO, G. (2012). «Responsabilità politica e responsabilità giuridica». *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 2, 333-355. En cualquier caso, existe un vínculo inescindible entre la necesidad de mejorar la responsabilidad como vía para mejorar la representación, BIGLINO CAMPOS, P. (1991). *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, p. 488.

¿Qué ocurre, sin embargo, cuando no opera con normalidad el control político? Que se presiona sobre la acción política sometiéndola permanentemente al control judicial. Esta judicialización de la

Esta concepción del sistema de gobierno orilla la representación como instrumento que hace presente un fenómeno ideal. El sufragio universal da forma tangible al electorado y obliga a la revisión de las reglas que tradicionalmente habían construido el mandato representativo, concentradas en el estatus constitucional del parlamentario. El partido ordena ahora la relación entre el parlamentario y el electorado. Por ello, el protagonista ya no será el titular del escaño, sino el grupo parlamentario, el partido en la Cámara, capaz de disciplinar la libertad del diputado¹⁹. Y, en fin, la publicidad del trabajo parlamentario deja de ser una labor a través de la cual las ideas se van puliendo hasta cristalizar en la verdad. La discusión pública ha cambiado su interlocutor, que, siempre con la mirada puesta en las próximas elecciones, no es ya el resto de los parlamentarios, sino el elector.

El principio de distribución, fundamental en la construcción del Estado liberal, ha terminado por perder casi toda su utilidad²⁰. Recordemos que partía de la clásica división entre sociedad y Estado, de manera que el ciudadano gozaba de derechos preestatales, potencialmente ilimitados, mientras que el Estado, en cambio, tenía potestades tasadas, destinadas en esencia a asegurar esas libertades, lo que además requería que la intervención se hiciese en términos de generalidad y abstracción. La consecuencia institucional de este elemento político era doble, puesto que de un lado necesitaba la intervención del Parlamento cuando se pretendía regular en esas materias, y, de otro, dotaba de sentido a las restantes funciones estatales, la judicial y la administrativa, que podían ser meramente aplicativas y basadas en la independencia del titular, desde el momento que la norma legal gozaba de la señalada generalidad y abstracción. Este marco conceptual se viene abajo cuando tras la Segunda Guerra mundial se transforma el concepto de libertad, que exige ahora del Estado una amplia intervención, correctora de los desequilibrios sociales y promotora de una libertad e igualdad efectiva²¹.

política es, sin duda, un signo distintivo del Estado de partidos. Compárese, por ejemplo, estos dos textos separados en el tiempo, CÁMARA VILLAR, G. (2000). «Justicia y política en la España democrática (una reflexión a propósito de los llamados jueces estrella y la judicialización de la política)». *Revista de Derecho Político*, (47), p. 46 y CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. (2022). «El casco de hades y la independencia judicial». *Revista de Estudios Políticos*, (198), p. 82.

¹⁹ Pero, como señala CÁMARA VILLAR, G. (2022). «El estatuto de los diputados del Congreso. Viejos y nuevos problemas». *Revista de Las Cortes Generales*, (113), p. 309, existe una distancia entre la regulación en torno al diputado individual y la teoría de la representación, frente a una práctica y diseño funcional dominado por el partido.

²⁰ Sobre el principio de distribución y su significado constitucional, por todos SCHMITT, C. (1928/1982). *Teoría de la constitución* (trad. F. Ayala). Madrid: Alianza Universidad, p. 137. En nuestra doctrina queda alguna reminiscencia relevante, como es la tesis defendida en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R.. (2002). *Curso de derecho administrativo*, Vol. I (11ª ed.). Madrid: Civitas, pp. 238 y ss.

²¹ Sobre este elemento esencial y su transformación véase HESSE, K. (2011). «Observaciones sobre la actualidad y el alcance de la distinción entre estado y sociedad» (trad. Azpitarte Sánchez, M.).

4. LA DEMANDA DE SOLUCIONES CONSTITUCIONALES PESE A LA PÉRDIDA DE NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

Esta exposición de las debilidades de la Constitución debería de abocar hacia un sentir y una praxis derrotista. Sin embargo, paradójicamente, en casi todos los grandes problemas políticos, tanto las élites como la ciudadanía buscan respuestas desde la Constitución ¿Cuál es la función de la norma suprema en este escenario tan contradictorio?

Desde hace algunos años, principalmente por la influencia del derecho europeo, viene aventurándose una respuesta en la que se destaca el cometido de la Constitución como regla sobre la aplicación del derecho. Este punto de vista acepta que la Constitución estatal ya no puede ser la norma suprema, llamada a determinar la unidad del ordenamiento con la fijación de los productores de derecho, de los contenidos materiales intangibles y de los órganos competentes para realizar su aplicación última. Las dos primeras variables —la producción del derecho y los parámetros materiales— se difuminan porque emergen diversos productores y parámetros concurrentes. Es la tercera variable —la aplicación del derecho— la que cerraría el sistema, al facilitar en último término la identificación de la aplicación con valor de cosa juzgada.

Desde estas posiciones, la pérdida de normatividad de la Constitución estatal y el nacimiento de nuevos focos normativos, obliga a trabajar con una visión *multinivel* del sistema jurídico, sin la existencia de un centro al que pueda reconducirse de manera lógica la validez de toda norma²². Se propugna un derecho materialmente constitucional con retales normativos fluctuantes en su fuente y en su contenido. Al constitucionalista le correspondería identificar quiénes son los llamados a determinar el derecho aplicable en cada caso y cómo se han de relacionar

EN CRUZ VILLALÓN, P. y AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (Ed.), *Escritos de derecho constitucional* (117-130). Madrid: CEPC/Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 124; BÖCKENFORDE, E. (1991). «Die bedeutung der unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart». En *Recht, Staat, Freiheit* (209-243). Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 227; y GARCÍA PELAYO, M. (1977/1996). *El Estado social y sus implicaciones. En Las transformaciones del estado contemporáneo* (pp. 13-82), 4ª Ed. Madrid: Alianza Universidad, p. 21 y ss. Por último, la debilitación de esta distinción explica algunas perturbaciones actuales del derecho público, baste a modo de ejemplo, el penetrante ensayo de MAESTRO BUELGA, G. (2001b). *Globalización y Constitución débil. Teoría y realidad constitucional*, (7), p. 160.

²² Me atrevo a afirmar que el concepto «multinivel» fue introducido por PERNICE, I. (1999). «Multilevel constitutionalism and the treaty of amsterdam: European constitution-making revisited?» *Common Market Law Review*, 36(4), 703-750. Hoy, más allá del punto común que he trazado en el texto, hay tantas variables como autores e incluso muchos autores que defienden tesis multinivel sin usar conceptualmente el término. Sobre la comprensión plural del concepto, BAQUERO CRUZ, J., KUMM, M. POIARES MADURO, M. y WALKER, N. (2008). «Four visions of constitutional pluralism – symposium transcript». *European Journal of Legal Studies* 2(1), 325-370.

estos aplicadores cuando confluyen en la solución de una misma controversia. Así, de la aplicación suprema de la Constitución hemos pasado a una aplicación relacional del derecho constitucional.

Esta aproximación a los problemas contemporáneos de la organización jurídica del poder público, pese a todo lo que tiene de certero, es una construcción eminentemente técnica y destinada a los profesionales del derecho. No daría cuenta, sin embargo, de esa demanda social de constitucionalidad que surge en todas aquellas cuestiones de especial relevancia que han atravesado nuestra sociedad en los últimos años. Cabría aquí una segunda posición (complementaria y no excluyente de la anterior) que destacaría esencialmente la función simbólica o integradora de la Constitución. Es verdad que la norma suprema, por su contenido, cada vez tiene menos oportunidad de proyectar su eficacia, de condicionar el funcionamiento del poder público y de la sociedad. Pero esto no merma las expectativas de los actores políticos y de los ciudadanos, que esperan que el proceso político y judicial ordenado por la Constitución, dé una última respuesta a las cuestiones divisorias y con ella, tanto por su contenido como por su proceso de formación, eviten la fragmentación irreparable.

Esta función simbólica, significa, en definitiva, que la Constitución representa valores y conceptos, que emergen incluso al margen del texto y de su normatividad, o precisamente por las limitaciones elocutivas del texto. Se proyecta al menos en dos campos. Primero, en el de los resultados. Al ciudadano le basta con saber que la Constitución habilita el gobierno de la mayoría y que posibilita el cambio a través del momento electoral. Dada esta premisa, la acción de gobierno que crea un contexto socio-económico generalmente satisfactorio, sería razón suficiente para creer que la Constitución funciona²³. En segundo lugar, el papel simbólico de la Constitución se actualizaría en el propio disenso constitucional. La posibilidad de discutir sobre el sentido de la norma suprema significa que el destinatario es un intérprete más cuya visión constitucional tiene un espacio de expresión —la opinión pública o el proceso—. Esta posibilidad de forjar la interpretación constitucional —y que resulta especialmente importante para la minoría— es en sí mismo un acto de reconocimiento de la funcionalidad de la Constitución, de su capacidad para dar respuestas²⁴.

²³ No es exactamente igual a este silogismo inverso, la clásica función integrativa que se ha reconocido a las Constituciones y al proceso político que construyen, fundado en la igualdad de todos los participantes, HABERMAS, 1998:613. *Tesis que aún hoy tiene un eco pleno*, DENNINGER, E. (2007). «Derecho y procedimiento jurídico como engranaje en una sociedad multicultural» (trad. Gutiérrez Gutiérrez, I.). En GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. (Ed.), *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid: Trotta.

²⁴ En cierta medida, esta función simbólica, construida sobre el disenso en torno a la Constitución, es una derivación contemporánea de la función integrativa de la Constitución —la función integrativa de Smend, se revitaliza a menudo como tarea simbólica, al respecto SCHULZE-FIELTIZ, H.

III. Jurisdicción constitucional sin texto

1. LA NECESARIA SUPLEMENTACIÓN DEL PARÁMETRO

La teoría constitucional contemporánea se afanó en el estudio de los instrumentos que habrían de canalizar la adaptación de la Constitución al cambio y cerrar coyunturalmente su apertura. Pronto se comprendió que la jurisdicción constitucional desempeñaría un papel principal mediante una concreción persuasiva de la Constitución, si bien el texto habría de ser una frontera irrebable²⁵. Pero, si hoy tenemos claro que la Constitución es parca o más bien nada dice sobre los límites al proceso de integración, la ordenación territorial o el modelo económico, ¿podemos seguir sosteniendo que la interpretación es un camino de concreción cuyo barrera radica en el texto constitucional?

Desde esta premisa, los dilemas más relevantes en la aplicación de la Constitución son hoy una cuestión lógica antes que un problema sobre la mejor lectura de la Constitución. Así, por ejemplo, en el control del Tratado constitucional, el Tribunal identifica «límites implícitos» donde el texto nada dice²⁶. De modo similar, en el caso de las reformas estatutarias, uno de los grandes debates es saber si el escueto artículo 147 es una regla de prohibición de contenidos adicionales o de habilitación de todos aquellos elementos ligados a la función del Estatuto²⁷. Nos

(2014). RUDOLF SMEND (1882-1975). En HÄBERLE, P., KILIAN, M., & WOLFF, H. A. (Ed.). (2014). *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts* (255-271). Berlín: De Gruyter, p.69. La integración no resultaría ahora del consenso que construye la Constitución, sino de la propia Constitución como objeto de disenso: en la construcción de narrativas dispares sobre un mismo texto —y no en la existencia de una narrativa común— emerge un valor mínimo de la Constitución.

²⁵ HESSE, 2011, cit., p. 70.

²⁶ «Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE), límites que, como veremos después, se respetan escrupulosamente en el Tratado objeto de nuestro análisis.», Declaración 1/2004, FJ. 2.

²⁷ «A la luz de las consideraciones anteriores sobre la naturaleza y funciones de los Estatutos de Autonomía, procede que abordemos ya cuál es su contenido constitucionalmente legítimo, siendo ésta una cuestión nuclear del presente recurso de inconstitucionalidad. En efecto, hay que dilucidar si el derecho al agua que regula el precepto estatutario impugnado tiene o no cabida en el contenido que puede tener un Estatuto de Autonomía. Al respecto, las posiciones de las partes son opuestas, pues mientras que el Gobierno demandante sostiene que el contenido estatutario constitucionalmente legítimo es, exclusivamente, el previsto en el art. 147, el Abogado del Estado y las representaciones procesales del Gobierno y del Parlamento valenciano sostienen que el ámbito material de un Estatuto de Autonomía no está limitado a lo expresamente previsto en aquel precepto constitucional. En definitiva, debemos examinar cuál es el contenido constitucionalmente legítimo de los Estatutos de Autonomía con la finalidad de poder apreciar posteriormente si puede formar

valen también supuestos de naturaleza orgánica, como la participación de las Comunidades Autónomas en la selección por el Senado de magistrados constitucionales, donde el silencio normativo plantea un problema relativo a la deducción de prohibiciones o habilitaciones²⁸. Y se ve con claridad en el ámbito del reconocimiento de derechos fundamentales que no se encuentran estipulados de forma literal en el texto constitucional²⁹.

Allí donde no hay texto constitucional, la interpretación deja de ser una tarea de concreción y se convierte directamente en una labor de suplementación³⁰. Esta transformación del parámetro de constitucionalidad afecta a la coherencia del sistema. Resulta embarazoso seguir defendiendo sin matices el modelo clásico de jurisdicción constitucional, que se apoya, como es bien sabido, en la mayor legitimidad de la Constitución frente al legislador. Hoy, la actividad de la jurisdicción constitucional se desenvuelve fuera de los márgenes estrictos del texto y necesita a menudo el recurso a contenidos implícitos. Pero tal circunstancia es una consecuencia derivada de las demandas de soluciones constitucionales que emerjan bien, de los actores políticos, bien de la sociedad, las cuales fuerzan al Tribunal a ir más allá del texto.

2. LA AMPLIACIÓN DEL OBJETO DE CONTROL

La suplementación del parámetro está acompañada de una alteración en el objeto del control de constitucionalidad. En la jurisdicción concentrada su sentido se explica a partir del arranque —la Constitución— y del punto de llegada —el juicio de la ley—³¹. Sin embargo, hoy, al menos en España, el Tribunal cons-

parte del mismo la enunciación de derechos, habida cuenta de la literalidad del precepto impugnado», STC 247/2007, FJ. 11.

²⁸ «Tampoco la primera premisa de la argumentación de los recurrentes, esto es, que la facultad del Senado es absoluta e ilimitada, puede ser aceptada. Aunque la regulación del art. 159.1 es extensa, la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional por parte del Senado es un aspecto que requiere necesariamente desarrollo normativo y que, por tanto, puede verse limitada tanto material como procedimentalmente.», STC 49/2008, FJ 10.

²⁹ Se apela al contexto histórico (la Constitución como árbol vivo) y la unidad de la Constitución para reconocer como derecho fundamental el matrimonio entre personas del mismo sexo, la eutanasia y la interrupción del embarazo. SSTC 198/2012, FJ. 9; 19/2023, FJ. 6b; 44/2023, FJ. 2b.

³⁰ YOUNG, E. A. (2007). «The Constitution outside the Constitution». *The Yale Law Journal*, 117(3), p. 455. Cuestión distinta es cómo se debe trabajar para determinar si hay límites implícitos o no. Un ejemplo brillante nos lo ofrece el propio Gregorio Cámara, a colación del debate sobre la constitucionalidad de la amnistía, que ilustra a la perfección la cuestión sobre la existencia o no de límites implícitos, CÁMARA VILLAR, G. (2023/2024). «La amnistía ante el silencio de la Constitución». *El cronista del Estado social*, 36-42.

³¹ CRUZ VILLALÓN, P. (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 232 y ss. No obstante, desde la Constitución de 1978, el modelo siempre ha estado sometido a matices, atendiendo a su inclinación hacia la protección

titucional acomete tareas adicionales que también encuentran su razón de ser en la apertura de la Constitución.

De nuevo, el derecho europeo es la principal piedra de toque. Su examen, en especial el de los Tratados constitutivos a través del control preventivo del artículo 95, difícilmente puede explicarse, siguiendo la línea clásica, como una garantía de los límites al legislador. Determinar cuál sea la función del Tribunal Constitucional ante esta tesitura es una de las tareas más relevantes en la actualidad.

En este sentido, se han aventurado principalmente dos respuestas. Una explica el control, sobre todo el preventivo, como un instrumento para evitar que el Estado se vea obligado a incumplir sus acuerdos internacionales para respetar la Constitución³². Otra explicación, formulada por los propios Tribunales Constitucionales, postula que su tarea está orientada, no tanto al contraste entre normas, sino a la defensa de una suerte de *a priori*. Me refiero a la llamada doctrina de los contralímites o de la identidad constitucional, que pone en manos de la jurisdicción la garantía de las esencias constitucionales³³.

El sentido clásico del control de constitucionalidad —la actualización de la Constitución frente a la mayoría que se expresa en la ley— también se altera en el marco de las estructuras territoriales compuestas. Allí donde los entes periféricos cuentan con una Constitución, los tribunales se topan ante un poder que se declara soberano, por lo que resulta difícil concebir un control típico. Por ello, a menudo se recurre a unos principios fundamentales recogidos en las llamadas cláusulas de homogeneidad³⁴.

Aceptando que el Estado español no es una organización en la que las Comunidades Autónomas gocen de soberanía, tampoco resulta fácil explicar la jurisdicción constitucional desde el paradigma clásico. El Estatuto no es una mera ley

de derechos, RUBIO LLORENTE, F (1998). «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa». En RUBIO LLORENTE, F. y JIMÉNEZ CAMPO, J. (Ed.). *Estudios sobre jurisdicción constitucional* (15-173). Madrid: McGrawHill, p. 169

³² «Mediante la vía prevista en su art. 95.2 la Norma fundamental atribuye al Tribunal Constitucional la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional. Como intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal es llamado a pronunciarse sobre la posible contradicción entre ella y un tratado cuyo texto, ya definitivamente fijado, no haya recibido aún el consentimiento del Estado (art. 78.1 de la LOTC). Si la duda de constitucionalidad se llega a confirmar, el tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional (art. 95.1 se la norma fundamental). De este modo, la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento previsto en su título X, su primacía, adquiriendo también el tratado en la parte del mismo que fue objeto de examen, una estabilidad jurídica plena, por el carácter vinculante de la declaración del Tribunal (art. 78.2 de la LOTC), como corresponde al sentido de este examen preventivo.», Declaración 1/1992, FJ. 1.

³³ Declaración 1/2004, FJ. 1.

³⁴ Por ejemplo, IV.4 de la Constitución de los Estados Unidos o el artículo 28 de la Ley Fundamental alemana.

—la decisión de la mayoría—, sino un acuerdo entre Parlamentos, entre representaciones territoriales. Pero, además, funcionalmente, el Estatuto es una norma institucional que admite diversas posibilidades de desarrollo, por lo que, fuera de su aplicación al caso, es difícil un contraste que pueda identificar el sentido normativo concreto de la norma estatutaria.

Los problemas para aprovechar la explicación clásica de la jurisdicción constitucional no acaban ahí. En el Estado español, cuando se discute sobre lo básico y su desarrollo, por más que la razón última radique en la Constitución, el verdadero parámetro lo configura la ley estatal. Por tanto, no se trata de la actualización frente a ley de una norma, la Constitución, con una legitimidad superior (por más que en ella radique la razón del control), sino que realmente hemos de hablar de la selección entre dos legitimidades paralelas, la de la ley estatal y la de la ley autonómica. Existe, en definitiva, la necesidad de dotar a la jurisdicción constitucional de una teoría que explique su función en un marco de poderes con legitimidades territoriales distintas³⁵.

3. JUSTIFICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN UN CONTEXTO CAMBIANTE

Las insuficiencias del texto constitucional como parámetro y las limitaciones de la explicación clásica de la jurisdicción constitucional imponen la necesidad de buscar nuevas racionalidades que sostengan a esta última. Un primer camino podría ligarse a la mera función pacificadora del derecho. Independientemente de la decisión material dada a una controversia, esperamos que cierre definitivamente el conflicto. El valor de la cosa juzgada formal dota así de sentido a la jurisdicción constitucional³⁶, algo que es evidente, por ejemplo, en los recursos de amparo o en los conflictos de competencia. Esta conclusión, además, se correspondería con la función de la Constitución como norma sobre la aplicación del derecho, en la medida que identifica la autoridad jurisdiccional encargada de sentenciar en última instancia una determinada controversia.

El análisis anterior, sin embargo, es incompleto si atendemos a la dimensión política de la Constitución. Volviendo sobre la función simbólica que antes he des-

³⁵ Por más que el origen del control de constitucionalidad de la ley pueda remontarse a las estructuras federales, CRUZ VILLALÓN, 1987, cit., p. 172. ROURA GÓMEZ, S. (2014). *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Biblioteca Nueva, creo que la complejidad adquirida exige un esfuerzo teórico adicional.

³⁶ Por más que el valor de la cosa juzgada formal plantee claras singularidades en el Tribunal Constitucional, GARRORENA MORALES, Á. (1999). Art. 164: «Condiciones y efectos de las sentencias del tribunal constitucional». En ALZAGA VILLAMIL, O. (Ed.), *Comentarios a la Constitución de 1978* (pp. 28-56). Madrid: Edersa.

tacado, la tarea del intérprete constitucional, más aún de su intérprete supremo, consistiría, no sólo en pacificar una controversia, sino en ofrecer también narrativas que resalten cuáles son los fundamentos que suplementan el texto ante los nuevos objetos de control. En este caso, si la decisión formal del Tribunal es definitiva, su justificación es siempre complementaria, aproximativa y concurrente.

Complementaria porque surge exclusivamente cuando los agentes llamados a concretar la Constitución discrepan sobre la licitud de determinadas medidas. Ya existen, por tanto, narrativas en conflicto y al Tribunal Constitucional le corresponde certificar alguna de ellas. Se trata, a su vez, de una tarea aproximativa, dado que del Tribunal no se espera una interpretación definitiva, sino una solución a la luz de un conflicto determinado y una realidad precisa. Nuevos conflictos y nuevas realidades pueden forzar cambios. Desde el punto vista material, el Tribunal aporta argumentos, aunque no los cierra. Por eso, finalmente, se trata de una labor concurrente. El Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución estatal, pero no de todo el derecho constitucional. Especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales confluye con otros intérpretes que son supremos en su espacio propio. En esa sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, es donde la jurisdicción constitucional estatal encuentra la racionalidad de su tarea, en la que los otros tribunales le marcan un terreno fuera del cual no hay interpretación.

La pérdida de contenidos normativos de la Constitución contemporánea cercena la expectativa de convertir el texto constitucional en la garantía última de racionalidad del proceso interpretativo. El texto, que no pierde evidentemente toda su razón de ser, carece de densidad ante las nuevas realidades políticas, frente a las cuales, sin embargo, se demanda una respuesta constitucional. En este dilema —conflictos constitucionales sin texto constitucional suficiente— surge la necesidad de hallar un nuevo armazón para la interpretación constitucional, sea fundada en el mero valor de la decisión jurisdiccional concluyente, sea sostenida sobre la capacidad del intérprete supremo para construir una narrativa con sentido propio dentro de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales.

IV. La preeminencia del proceso político

En la Constitución del pluralismo, el punto crucial de engarce entre la norma constitucional y la realidad ha de ser el proceso político democrático. El juego contingente de las mayorías desarrolla las expectativas constitucionales; la norma suprema es marco de posibilidades y el legislador, la palanca que actualiza unas u otras. Esto conduce a la preeminencia del proceso político sobre el texto constitucional. En efecto, si la Constitución, por la propia apertura que ella impulsa, va perdiendo sus contenidos normativos, las fuentes que despliegan esa apertura aca-

ban cumpliendo funciones materialmente constitucionales. Pensemos por un instante en las tres preguntas básicas que ha de responder el derecho constitucional: quién decide, con qué límites y para qué fines.

Muchas respuestas a la primera pregunta las encontramos fuera de la Constitución. Son las Cortes, mediante el acto de ratificación de Tratados, las que estipulan qué materias corresponden al Estado y cuáles a la Unión Europea. La misma responsabilidad le corresponde en conjunción con las Asambleas Autonómicas, a la hora de fijar las competencias de una determinada Comunidad Autónoma. A su vez, es el Parlamento estatal quien fija parte del reparto competencial mediante la determinación de las normas básicas que habrán de ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas. Y no menos interés tienen la legislación electoral y los reglamentos parlamentarios; se trata de dos elementos estructurales en la definición del sistema político, que, si bien están apuntadas en la Constitución, su diseño completo, la elección entre los varios modelos constitucionalmente factibles, se adopta dentro del proceso político³⁷.

Similares circunstancias están presentes en la segunda cuestión, el estudio de los límites a la acción del poder público. En el caso español, la reserva de ley orgánica para el desarrollo de determinados derechos fundamentales es ya un indicio claro de que el constituyente consideró clave la intervención legislativa a la hora de conformar el cuadro completo de estos derechos y con ellos el dibujo último de las barreras al poder estatal. Sin duda, nuestro artículo 53, que reserva al legislador la «regulación del ejercicio» de los derechos fundamentales» refleja con toda claridad el lugar que corresponde a la política constitucional. El contenido esencial se invoca como núcleo infranqueable, pero dentro de este margen es el legislador el que ofrece toda la magnitud del derecho subjetivo, en el bien entendido de que también existe política de derechos fundamentales, pues éstos aceptan diversos modos de concreción³⁸.

Algo parecido ocurre, finalmente, con la tercera pregunta, referida a los fines que ha de perseguir el Estado. En este sentido son significativos los Estatutos de segunda generación con su amplio elenco de derechos, que ha sacado a la palestra toda una serie de fenómenos sociales que legislativamente, en las últimas décadas,

³⁷ En el caso de la ley electoral es necesario además reseñar que incluso antes de la aprobación de la Constitución, sus elementos centrales ya estaban diseñados, LÓPEZ NIETO, L. (1992). «Las elecciones de la transición». En COTARELO, R. (Ed.), *Transición política y consolidación democrática en España (1975-1986)* (77-105). Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

³⁸ La incidencia del proceso político sobre la fijación de los límites a la actuación de los poderes públicos no acaba en ese desarrollo que la Constitución exige del legislador. Como es de sobra sabido, el derecho internacional y el derecho europeo entran en juego de manera cualificada estableciendo un set adicional de límites. Y son estos límites los que en gran medida acaban ciñendo al proceso legislativo, ya sea en términos jurídicos, ya sea en términos políticos. Pensemos, por ejemplo, en la regulación de los fenómenos biotecnológicos en el derecho internacional o en la protección de datos en el campo del derecho europeo.

habían ido cobrando realidad, por más que la Constitución poco dijese sobre ellos. Si el jurista persa, hace treinta años³⁹, debido a la escasa expresividad de la Constitución, necesitaba ojear los Estatutos para conocer la verdadera estructura territorial del Estado, ahora también habría de revisar estas fuentes para saber cuáles son las finalidades que persigue la acción estatal⁴⁰.

Finalmente, encontramos, tanto en el discurso político como jurídico, posiciones que piden para el proceso normativo ordinario una rigidez comparable a la de la Constitución. Pensemos, por ejemplo, la reivindicación constante que se ha hecho en diversos foros a favor de un pacto entre los grandes partidos para reformar los Estatutos. Ni que decir tiene que la Constitución no requiere este acuerdo, pero en el imaginario político —siguiendo las trazas de los primeros Estatutos— se piensa que esta forma de actuación dota de la solidez necesaria a las reformas estatutarias. Por otro lado, en el discurso jurídico, categorías como la confianza legítima o las *self-entrenching laws* expresan el esfuerzo por dotar a la ley de una resistencia pasiva frente a las futuras leyes, compartiendo así la rigidez propia de una Constitución. Y es que, si las fuentes infraconstitucionales comienzan a desempeñar una tarea materialmente constitucional, se comprende la búsqueda de soluciones que aspiren a fijar para un tiempo prolongado determinadas decisiones políticas.

V. El Estado y la libertad

En nuestra época, el concepto de libertad sigue reuniendo el sentido clásico —asegurar espacios de autonomía— y añade las características que se hicieron patentes en la Europa capitalista de la segunda mitad del siglo xx —autonomía real y efectiva—. Con todo, la década de los ochenta y los noventa, en España quizá más tardíamente, traslada a la práctica jurídica una reflexión política centrada en los rasgos distintivos de la individualidad. Los derechos fundamentales primero y luego la intervención legislativa servirán para incorporar al espacio público características que tradicionalmente daban pie a la discriminación o en el mejor de los casos quedaban recluidas a la esfera privada.

El concepto contemporáneo de libertad da la posibilidad de hacer presente en el espacio público distinciones personales que hasta ahora no habían tenido rele-

³⁹ CRUZ VILLALÓN, P. (1999). «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa». *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la constitución* (pp. 381-394). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

⁴⁰ Aquí también ha de apuntarse la incidencia del derecho de la Unión sobre la configuración del Estado social. Limita las posibilidades de gasto del Estado. Condiciona la organización de los servicios públicos. Excluye determinadas regulaciones industriales. Y extiende el alcance de las prestaciones sociales a todos los ciudadanos de la Unión.

vancia político-constitucional. Para ello se utilizan diversas técnicas jurídicas, desde la clásica proscripción de la discriminación, pasando por la reserva de determinados espacios públicos, hasta la formulación de acciones afirmativas. Lo importante es que estas medidas renuevan la convicción en la capacidad transformadora del derecho, pues se espera que sea el catalizador que disuelva prejuicios ancestrales. El debate entre quienes niegan la licitud de estas medidas y los que las defienden, refleja con claridad la función contemporánea de la Constitución. Careciendo de un contenido normativo cierto frente al nuevo devenir social, no pierde, sin embargo, su fuerza simbólica para reunir la discusión sobre la idea de justicia y de este modo hace factible sus posibilidades de su racionalización.

Esta individualización de la libertad se ha visto acompañada, o incluso sublimada, por el apogeo del mercado. Si tras la Segunda Guerra Mundial, la responsabilidad del Estado en la garantía del sustrato material era indudable, a partir de los años ochenta, la función social del Estado se repliega a favor del mercado. Sería un exceso afirmar que este se ocupa ahora en exclusiva de tareas que antes desempeñaba el Estado. Pero menos dudas ofrece una descripción que sostenga la relevancia del mercado en campos —por ejemplo, la educación, la sanidad, la televisión— tradicionalmente reservados al monopolio estatal. No se trata ya de que manteniendo la lógica del servicio público se abra el paso a los particulares a través del instrumento concesional, preservando el poder público un intenso control, sino que determinados espacios se abren plenamente al mercado, al que incluso corresponde atender las responsabilidades de interés general que antes aseguraba el Estado.

El ejemplo paradigmático en este sentido es el de las telecomunicaciones o el del suministro eléctrico, que tradicionalmente habían estado reservados al poder público por su relevancia estratégica. Los años noventa, y aquí el impulso del derecho europeo ha sido una vez más capital, escenificaron la apertura de estos servicios a la libre empresa. Las funciones que habían correspondido al poder público —la creación de un bien con acceso generalizado— pasaron a ser responsabilidad de los actores privados. Categorías como servicio de interés general o servicio universal sirven para comprender esta nueva realidad en la que la existencia de un bien necesario corresponde a los actores del mercado.

En estas circunstancias se hace patente un cambio sustancial de retórica. Dado el carácter público de la acción que generaba y distribuía ciertos bienes para garantizar las condiciones materiales que hacían efectiva la libertad, la discusión versaba sobre la capacidad de la Constitución para ordenar estas actividades. Ahora, sin embargo, en la medida que el Estado ha perdido relevancia, el discurso se aleja del campo del derecho constitucional para centrarse en un derecho económico, que toma como libertades fundamentales aquellas que hacen posible la operatividad de los mercados. Así, el espacio ha sido ocupado en parte, metodológica y

políticamente, por el derecho europeo, que conserva en el centro de su identidad jurídica el proyecto de la construcción de un mercado único. En una sociedad donde ciertos bienes son prestados por el mercado, antes que por el Estado, encaja mucho mejor un lenguaje que toma como punto de partida la intervención del individuo en la producción de bienes y prestación de servicios. De la sociedad de ciudadanos se ha pasado a la sociedad de productores y consumidores, y está por ver qué lugar puede asumir el derecho constitucional en la organización de esta nueva realidad.

VI. Conclusión

La Constitución del pluralismo encierra en su propia naturaleza algunas contradicciones que pueden acabar desmontando su funcionalidad. La apertura que propugna impide que sea capaz de expresar toda la realidad política. Es obvio en el caso de la integración europea o la organización territorial. La habilitación de estos dos ordenamientos provoca que amplios conjuntos normativos queden al margen de las reglas constitucionales. Pero esa apertura también se manifiesta en los derechos fundamentales, cuya concreción es en gran medida relegada a la intervención legislativa y al juicio técnico de la proporcionalidad. Es visible igualmente en el campo socio-económico, donde el principio de neutralidad apenas marca hito alguno. E incluso en lo relativo al sistema de gobierno, los partidos políticos han creado una dinámica que obliga a una lectura distinta de la división de poderes que propone la Constitución.

Pese a este contexto de pérdida de normatividad, los ciudadanos siguen reclamando respuestas desde la Constitución. Por ello, la doctrina postula nuevas funciones que completan o incluso superan el modelo de la Constitución del pluralismo. De un lado, un sector defiende la consideración de la norma suprema como mera regla sobre la aplicación del derecho. Otro destaca su función simbólica en tanto que genera legitimidad.

La merma de densidad normativa de la Constitución nos empuja al problema de su aplicación jurisdiccional. Su razón de ser radicaba precisamente en el hecho de garantizar frente a la ley un texto normativo dotado de supremacía. Pero, ¿cómo explicar esta tarea una vez que el texto da pocos asideros? Se pasa de una actividad de concreción del parámetro, a otra de suplementación. Además, también se altera el objeto de juicio, pues ya no controla solo la ley, sino que tiene por objeto Tratados de la Unión o Estatutos de autonomía, fuentes cuya natural abstracción hacen difícil un fructífero contraste con la Constitución. Ante este nuevo contexto, cabe reaccionar con una posición de repliegue, centrada en la labor de pacificación de conflictos que corresponde a toda jurisdicción. O bien, se reclama

a los tribunales una tarea de reconstrucción de la narrativa de los principios constitucionales en el contexto de una sociedad de intérpretes cada vez más abierta.

La apertura de la Constitución también ha generado una preeminencia de la política constitucional. La celebración de los Tratados de la Unión, la aprobación de los Estatutos, la ley electoral, son fenómenos que ponen en manos del Parlamento la delimitación de los ámbitos de decisión. Los límites también son precisados por la política constitucional, con su capacidad para concretar los derechos fundamentales. Y si queremos conocer en detalle los fines del Estado, habrá que atender tanto a los Tratados de la Unión como a los Estatutos. Esta intervención de la política cumpliendo una función materialmente constitucional, provoca que se reclame para ella una rigidez comparable a la de la norma suprema.

Finalmente, se detecta una paulatina transformación del concepto de libertad. En el contexto de la Constitución del pluralismo, se esperaba que el Estado social y democrático de derecho asegurase una autonomía real y efectiva, que diese cuerpo a una libertad política robusta. A partir de los ochenta, comienza a emerger en el espacio público la reivindicación de posiciones que tradicionalmente habían sido motivo de discriminación o cuestiones encerradas en el claustro de la intimidad (raza, género, orientación sexual). El ordenamiento reacciona y va dando forma de derecho a tales intereses. En paralelo, el Estado deja al mercado la prestación de servicios que se habían considerado de responsabilidad pública (educación, sanidad, etc.). En el marco de esos bienes esenciales, el ciudadano pasa a ser consumidor.

VARIAZIONI SUL TEMA DELLA COSTITUZIONE CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLA COSTITUZIONE ITALIANA

ANTONIO D'ATENA
Universidad Tor Vergata

I. Premessa

Il titolo di questo lavoro, di derivazione trasparentemente crisafulliana¹, è una metafora musicale, che, trasferita nel contesto di uno studio scientifico, evoca riflessioni asistematiche su un certo tema, del quale vengono trattati svariati profili, senza alcuna pretesa di completezza o di organicità.

Il tema di questo studio è la Costituzione, che sarà considerata nei suoi profili di teoria generale, in quelli storici e nella prospettiva dell'esperienza costituzionale italiana.

II. La Costituzione e il paradigma delle fonti-atto

In termini di teoria generale, la Costituzione, ogni Costituzione, può farsi rientrare nel *genus* delle fonti del diritto e, più precisamente, in quello delle fonti-atto: degli atti, cioè, abilitati a creare quelle regole della convivenza umana cui va il nome di norme giuridiche². A questa stregua, quindi, essa è ascrivibile alla

¹ Il riferimento è al saggio intitolato: *Variazioni sul tema delle fonti con particolare riguardo alla consuetudine*, in *Studi in memoria di Antonino Giuffrè*, III, Milano 1967.

² La categoria trova la sua più compiuta trattazione in CRISAFULLI, «Atto normativo», in *Encicl. dir.*, IV, Milano 1959, 238 ss.; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*. II, 1 *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, VI ed. aggiornata a cura di Francesco Crisafulli, Padova 1993, 39 ss., 44 ss. Dietro di essa è la poderosa costruzione del negozio giuridico, di derivazione pandettistica, che induceva Paul Laband a parlare di negozio giuridico legislativo: *Gesetzgebungsgeschäft* (v., ad esempio: LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, II, IV ed., Tübingen 1901, 11, 64).

medesima categoria cui appartengono la legge, il regolamento, lo statuto regionale o la direttiva comunitaria³. Anch'essa, infatti, crea regole (le quali, per giunta, condizionano, in genere, la validità di quelle prodotte da tutte le altre fonti dell'ordinamento).

A ben vedere, tuttavia, la piena riconducibilità della Costituzione alla categoria incontra alcune difficoltà.

La prima — che interessa meno in questa sede — si lega al processo genetico che presiede al suo ingresso nel mondo del diritto positivo. Secondo le ricostruzioni correnti, infatti, le fonti-atto sono tali, perché contemplate da una previa norma che così le qualifica. Il che significa che la legge è legge, non per forza propria, ma perché così vuole una norma precedente, la quale allo specifico procedimento da essa previsto ricollega l'effetto della nascita di norme giuridiche: una norma, che, oggi, per convenzione terminologica universalmente accolta, viene qualificata norma sulla produzione⁴.

Questo, tuttavia, per la Costituzione non è vero. O meglio, non è vero, quando la Costituzione è espressione di un potere autenticamente costituente⁵. In questo caso, infatti, che è quello dell'instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale, la Costituzione attinge la propria validità e la propria efficacia, non già dalle norme che eventualmente ne abbiano disciplinato il procedimento formativo, ma da un dato effettuale: dal fatto della sua affermazione in concreto, dalla sua capacità di farsi storia, gettando le basi di una nuova legalità⁶. Se manca questo

³ Potrebbe dirsi, con Vezio Crisafulli, che la Costituzione (italiana) sia «*legge tra le leggi*, anche se legge suprema perché sovrastante ad ogni altra e non modificabile se non con l'apposita procedura delle leggi di revisione costituzionale» (CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1 *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, cit., 70).

⁴ Diversa — come noto — la ricostruzione di Carlo Esposito, secondo cui non sarebbero le norme sulla produzione a produrre taumaturgicamente l'effetto di conferire alle fonti da esse contemplate la capacità di innovare al diritto obbiettivo, tale risultato scaturendo, in ultima analisi, da un riconoscimento consuetudinario. Nemmeno Esposito, tuttavia, equipara — sotto questo profilo — la Costituzione alle altre fonti dell'ordinamento, le quali, nelle fasi di vita fisiologica dl sistema, producono, di regola, gli effetti che riconoscono loro le rispettive norme sulla produzione (ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, I, Milano 1962, 597 ss., ripubblicata in ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, con presentazione di D. Nocilla, Milano 1992, 283 ss.). Senza contare che frequentemente il procedimento di formazione di una «nuova» Costituzione non trova la sua compiuta prefigurazione in previe norme che lo regolino (o, almeno, lo regolino per intero).

⁵ Sul punto, v. anche per riferimenti: PACE, *Processi costituenti italiani 1996-97*, in Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ediz. riveduta ed ampliata, Padova 2002, 198 ss.

⁶ È significativo che Carlo Esposito subordini l'efficacia della Costituzione alla formazione di una consuetudine confermativa. V., infatti: ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, cit., 309 s.; Id., *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia* (Relazione al Congresso internazionale di diritto processuale, Firenze, 1950), in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 266. Tale

— se manca il battesimo dell'effettività — la Costituzione non decolla. Come non decollò — per richiamare un noto esempio storico — uno dei più significativi documenti costituzionali del XIX secolo: la Costituzione di Francoforte del 1848 (o Costituzione di San Paolo, dal nome della chiesa in cui si riuniva l'assemblea che l'ha licenziata). La quale è sempre rimasta sulla carta, poiché il Re di Prussia dell'epoca — Federico Guglielmo IV — non accettò di assumere la carica di Imperatore della Federazione tedesca che essa aveva tentato di instaurare⁷.

Ma non è solo per questa ragione che la categoria delle fonti-atto va stretta alla Costituzione. V'è, infatti, una seconda ragione, più rilevante ai fini del nostro discorso, la quale non attiene alla forma, ma alla sostanza, al contenuto dell'atto.

Mentre la legge è tale, quale che ne sia il contenuto (tanto da potersi realisticamente affermare — parafrasando Otto Meyer — che assume il carattere di norma legislativa tutto quello che il legislatore intenda rendere tale⁸), la Costituzione è una «vera» Costituzione, appartiene, cioè, a pieno titolo alla categoria, se corrisponde a uno specifico paradigma, se presenta una certa impronta assiologica.

Tale paradigma ha trovato la sua più compiuta formulazione in due documenti, che, pur avendo segnato l'inizio di un'epoca che avrebbe trovato nella Costituzione la propria cifra specifica, non erano, a propria volta, delle «costituzioni», ma delle «dichiarazioni»: la Dichiarazione d'indipendenza delle Colonie nordamericane (la Dichiarazione di Filadelfia del 1776) e la Dichiarazione dei diritti de-

consuetudine avrebbe ad oggetto, non le nuove norme costituzionali, ma — come Esposito chiarisce — la loro applicazione. Al di là, comunque, di questa spiegazione (critico — ad esempio — CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir.cost.)*, in *Enc.dir.*, XVII, Milano 1968, 926), è difficile sfuggire alla conclusione che nel momento instaurativo del nuovo ordinamento costituzionale si assiste alla conversione del «fatto» in «diritto»: del fatto — si badi — il quale non possiede tale capacità nomopoietica in virtù di una norma sulla produzione che gliela riconosca, ma grazie alla sua concreta affermazione nella realtà storica. In questa linea, ad es.; PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 451 ss. Ampiamente sulla questione, anche — e soprattutto — PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione*, in Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., 100 ss (e ivi la configurazione del potere costituente come «potere 'di fatto' assoluto, totale e illimitato»). Molto felici, in argomento, le riflessioni di MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Ristampa aggiornata, Torino 2002, 6: «La rivoluzione vittoriosa [...] si configura al tempo stesso come negazione del diritto e creazione del diritto: creazione del diritto in quanto sua negazione. L'ordinamento rivoluzionario — inteso come organizzazione embrionale — si pone in conflitto con l'ordinamento costituito, di cui potrà prendere il posto come ordinamento giuridico, solo se effettivo, se ottenga cioè media obbedienza da parte dei consociati».

⁷ V., per tutti, FROTSCHER, PIEROTH, *Verfassungsgeschichte. Von der Nordamerikanischen Revolution bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*, XVIII ed., München 2019, 147 ss.; VOSSKUHL, *Über die Demokratie in Europa*, in *Aus Politik und Zeitgeschichte (ApuZ)* 13/2012, 3.

⁸ MAYER, *Das Staatsrecht des Königreiches Sachsen*, Tübingen 1909, 156: «Das Gesetz ist eine Willenserklärung des Königs. Es kann zum Inhalt und zur Wirkung haben alles was Inhalt und Wirkung einer Willenserklärung des Königs sein kann».

ll'Uomo e del Cittadino, licenziata nel 1789 dai «rappresentanti del popolo francese costituiti in Assemblea nazionale».

Della prima, la parte che qui interessa non è tanto la dichiarazione d'indipendenza in senso stretto, quanto la motivazione con cui gli artefici del documento — tra i quali non può non ricordarsi Thomas Jefferson⁹ — hanno sentito il bisogno di spiegare perché fosse necessario che il «popolo» a nome del quale parlavano assumesse, «tra i poteri della terra, la posizione eguale e separata alla quale le leggi della natura e il Dio della natura gli [davano] titolo».

Le motivazioni addotte figurano tra le grandi parole della storia della civiltà e offrono la prova che la rivoluzione americana è stata una rivoluzione non solo per la sanguinosa guerra che l'ha tenuta a battesimo, ma anche (e, forse, soprattutto) per la novità dei valori sui quali intendeva edificare il sistema di convivenza nei territori liberati, dando, grazie ad essi, vita ad un mondo autenticamente «nuovo». «Noi — vi si afferma perentoriamente — consideriamo queste verità autoevidenti: che tutti gli uomini sono stati creati eguali; che essi sono stati dotati, dal loro Creatore, di certi inalienabili diritti; che tra tali diritti figurano il diritto alla vita, la libertà e il diritto di perseguire la felicità [...]». Se si considerano le condizioni istituzionali e sociali del tempo, la carica eversiva, addirittura eretica, di queste enunciazioni, e delle formule che le esprimono, non può sfuggire.

Non meno rivoluzionaria è la Dichiarazione francese, la quale, con accenti non altrettanto ispirati, ma in termini tecnicamente più perspicui, scolpisce, in una definizione icastica, le coordinate essenziali ed imprescindibili della Costituzione. «Una società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata né la separazione dei poteri determinata — si legge nel suo XVI articolo — non ha Costituzione».

L'autore di questo scritto non ignora che, dopo l'avvento storico delle Costituzioni in senso moderno, del concetto si è fatto un uso estensivo, parlandosi di «Costituzione» con riferimento ad ordinamenti che non conoscevano (o non conoscono, per ragioni strutturali) la categoria. Si pensi ad esempio agli studi di Francesco De Martino¹⁰ sulla Costituzione dell'ordinamento giuridico romano od a quelli di Alfred Verdross¹¹ e di Piero Ziccardi¹² sulla Costituzione dell'ordina-

⁹ Sull'evoluzione del testo della *Dichiarazione* in sede di *drafting*, può consultarsi la pubblicazione realizzata dalla *Library of Congress* nel 1943: *The Declaration of Independence: The Evolution of the Text as Shown in Facsimiles of Various Drafts by its Author, Issued in Conjunction with an Exhibit of these Drafts at the Library of Congress on the two Hundredth Anniversary of the Birth of Thomas Jefferson*, con un'introduzione di J BOYD, , *The Declaration of Independence: The Evolution of the Text*, Washington 1943.

¹⁰ DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana*, 6 volumi, in 7 tomi, II ed., Napoli, 1972-1990.

¹¹ VERDROSS, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien-Berlin 1926.

¹² ZICCARDI, *La Costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano 1943.

mento internazionale¹³. D'altra parte, il successo (si oserebbe dire: il prestigio) della categoria è confermato dal fatto che di una Costituzione si dotino, o abbiano aspirato a dotarsi, ordinamenti ben lontani dal rispecchiarsi nei canoni fondamentali nel costituzionalismo. Basti ricordare, per limitarci ad un esempio clamoroso, che una Costituzione era in preparazione anche nella Repubblica sociale italiana (la Repubblica di Salò), nella quale comparivano enunciazioni di marca dichiaratamente razzista¹⁴.

Parafrasando Marcel Proust, potrebbe dirsi che questi esempi rappresentino casi da manuale di omaggio del vizio alla virtù.

Per evitare equivoci, va subito detto che è, ovviamente, legittimo soffermarsi, in sede scientifica, sulla dimensione «costituzionale» degli ordinamenti, di volta in volta, considerati, prescindendo dal modo in cui la loro «Costituzione» si atteggiava. (e — ad esempio — ritenendo che nella celebre affermazione attribuita a Luigi XIV: «lo Stato sono io» sia ravvisabile il nucleo della Costituzione della Francia del XVII secolo). Ed è parimente legittimo ricercare il *proprium* della Costituzione in senso materiale (della Costituzione, cioè, individuata per il suo oggetto), facendo leva su elementi strutturali che, anche in questo caso, prescindono dallo specifico contenuto delle regole di cui si predica la natura costituzionale: ritenendo, ad esempio, con Hans Kelsen¹⁵, che tali regole si identifichino con le norme sulla produzione delle norme «generali», o, con Santi Romano¹⁶, che esse — metaforicamente — si configurino come il tronco dal quale si dipartono gli altri «rami» dell'ordinamento o come le mura maestre dell'edificio statuale.

Resta, tuttavia, il fatto che ricerche di questo tipo, spogliando la Costituzione del suo significato storico-politico, non presentano un apprezzabile valore euristico, quando si affronta il problema dell'individuazione del *proprium* degli ordinamenti, che, ponendosi in linea di continuità con le esperienze rivoluzionarie che hanno dato vita allo Stato moderno, possono qualificarsi «costituzionali». Ai quali si contrappongono gli Stati che, in questo senso, costituzionali non sono, pur essendo indiscutibilmente dotati di norme sulla produzione di norme generali o, comunque, di norme in cui si possano ravvisare le loro mura maestre, se non,

¹³ Sulla diverse accezioni del concetto: CRISAFULLI, *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento*, vol. I, Roma, 1970, 4 e 12 ss. dell'estratto, che qualifica la «cosa» cui queste pagine si riserva il nome di Costituzione come *Costituzione in senso storico-politico*.

¹⁴ Si pensi al rilievo da essa annesso alla «purezza della razza» ed al divieto di matrimonio «di cittadini italiani con sudditi di razza ebraica» (artt. 72, 73). Il testo può leggersi in NEGRI, SIMONI (a cura di), *Le Costituzioni inattuatae*, Roma 1990.

¹⁵ Ad es.: KELSEN, *Reine Rechtslehre*. Studienausgabe der, von Jestaedt (unter Berücksichtigung von Kelsens Änderungen anlässlich der Übersetzung ins italienische 1966) herausgegeben und eingeleitet, 2. Auflage 1960, Tübingen-Wien 2017, 400 s.

¹⁶ ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, seconda edizione riveduta, Milano 1947, 1 s., 6.

addirittura, di una Costituzione «formale» (dal contenuto, tuttavia, non «costituzionale»).

III. Lo Statuto Albertino: debole approssimazione ai valori del costituzionalismo

È fuori discussione che la vigente Costituzione della Repubblica italiana — licenziata il 22 dicembre 1947 da un'Assemblea costituente eletta anche con il voto delle donne (il che accadeva per la prima volta nella storia del Paese¹⁷) ed entrata in vigore il 1° gennaio successivo — corrisponda per intero ai paradigmi del costituzionalismo.

Il discorso è diverso per il testo costituzionale precedente: lo Statuto albertino, che, graziosamente concesso un secolo prima in Piemonte sotto la spinta di un'ondata rivoluzionaria che aveva scosso l'intera Europa, sarebbe diventato, dopo l'unificazione nazionale, la Carta costituzionale del Regno d'Italia.

Tale Carta imboccava con molta timidezza la strada aperta dalle due rivoluzioni di fine settecento.

Essa era stata promulgata, per ragioni opportunistiche, da un monarca — Carlo Alberto di Savoia — che, pur avendo avuto trascorsi liberali (alla sua brevissima reggenza — 12-21 marzo 1821 — si deve l'adozione della Costituzione di Cadice del 1812, poi revocata dal re Carlo Felice¹⁸), «non era risoluto e fermo in un proposito», tanto che «sovente disdisse coi fatti quello che prima avea consentito si facesse» (come rilevava nel 1898 Gaetano Arangio-Ruiz¹⁹). Del resto, questa irrisolutezza gli valse — com'è noto — il soprannome di «Re tentenna», o, più aulicamente, di «italo Amleto»²⁰. Basti pensare che solo un mese prima della promulgazione dello Statuto, manifestava il fermo proposito di non cedere al ricatto della piazza²¹. Il proposito, però, non era granitico. Infatti, proprio la pressione

¹⁷ In occasione delle elezioni dell'Assemblea costituente e del contestuale *referendum* istituzionale (2.6.1946) si registrò, per la prima volta nel nostro Paese la partecipazione delle elettrici. Va, comunque, ricordato che la partecipazione femminile ad una consultazione elettorale, peraltro, limitata ad una parte del territorio nazionale, avvenne pochi mesi prima (esattamente tra il marzo e l'aprile) in occasione di elezioni comunali parziali.

¹⁸ ARANGIO RUIZ, G., *Storia costituzionale del Regno d'Italia (1848-1898)*. Firenze 1898, 2 (ristampato con *Presentazione* di Leopoldo Elia e *Introduzione* di Lorenza Carlassare, a Napoli, nel 1985). Una sintesi della vicenda, si trova in CORCIULO, *Costituzionalismo 1820-21*, in *Dizionario del liberalismo italiano*, Tomo I, Soveria Mannelli 2011. Il testo dell'atto di adozione può leggersi in AQUARONE, D'ADDIO, NEGRI, *Le Costituzioni italiane*, Milano 1958.

¹⁹ ARANGIO RUIZ, G., *Storia costituzionale del Regno d'Italia (1848-1898)*, cit., 3..

²⁰ La formula ricorre — come noto — nella lirica «Piemonte» di Giosuè Carducci.

²¹ Queste le sue parole, in una lettera al Ministro dell'interno (il conte Giacinto Borelli), del 1° febbraio 1848, tradotte dall'originale francese: «Il Re di Napoli non avrebbe potuto fare nulla di più

popolare lo indusse, alla distanza di pochi giorni, ad adottare il *Proclama*²² con cui indicava le basi dell'imminente Statuto, che avrebbe, poi, promulgato il 4 marzo 1848.

Nel preambolo di quest'ultimo, il Re si premurava di sottolineare che esso fosse un regalo da lui unilateralmente concesso ai suoi beneamati sudditi, «con affetto di padre», prendendo «unicamente consiglio dagli impulsi del [Suo] cuore».

Le cose, ovviamente, non corrispondevano a questa irenica rappresentazione. Rivelatrici, al riguardo, le paole del ministro dell'interno dell'epoca — il già ricordato conte Giacinto Borelli — il quale riteneva che l'adozione di una Carta costituzionale fosse «un male», «forse una disgrazia», ma che, dovendosi scegliere un minor male per evitarne maggiori, fosse meglio assumere l'iniziativa e «dettare le condizioni, non riceverle»²³.

Di qui una disciplina costituzionale che era lungi dal corrispondere pienamente alle coordinate indicate dal citato articolo XVI della Dichiarazione francese: quelle coordinate in difetto delle quali un ordinamento «non [avrebbe] Costituzione». Si consideri che lo statuto accoglieva una versione molto edulcorata del principio di separazione dei poteri e, come le carte della restaurazione (sul modello delle Costituzioni francese del 1814 e del 1830, nonché della Costituzione belga del 1831²⁴), dettava una disciplina delle libertà dalla modestissima carica garantistica. Esso, infatti, contemplava un numero esiguo di libertà, limitandosi

fatale per la tranquillità dell'Italia che accordare ai suoi popoli la Costituzione, dopo il massacro delle sue truppe ed in flagranza di rivoluzione. [...] La mia ferma volontà è di combattere fino all'estremo, senza accordare nulla ad una domanda insurrezionale». L'originale francese della lettera è riportato in FALCO (a cura di), *Lo Statuto albertino e la sua preparazione*, Roma 1945, 96 s.

²² Si tratta del *Proclama dell'8 febbraio del 1848* (in FALCO (a cura di), *Lo Statuto albertino e la sua preparazione*, cit., 246 s.), nel quale il Monarca, preannunciando uno Statuto «fondamentale per instabilire nei nostri Stati un compiuto sistema di Governo rappresentativo», sottolineava che tale atto costituisse «la prova la più solenne che per Noi si possa della fede che conserviamo nella loro [dei Sudditi] devozione e nel loro senno».

²³ Le dichiarazioni del Ministro Borelli sono tratte dai Verbali delle Sedute n. 6 e 7 (rispettivamente, del 3 e del 7 febbraio 1848) del *Conseil de Conférence présidé par Sa Majesté*, in FALCO (a cura di), *Lo Statuto albertino e la sua preparazione*, cit., 180, 199 s. Su tali vicende: CRISAFULLI, *Dallo Statuto Albertino alla Costituente*, in *Rinascita*, n. 3 del marzo 1946, 40 s.

²⁴ A proposito di queste ascendenze, tra gli altri: GHISALBERTI, C., *Storia costituzionale d'Italia 1848/1894*, Bari 2022; ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, Bologna 1989, 30. Per riferimenti ulteriori alla letteratura in argomento e per una sintetica presa di posizione sugli elementi di continuità tra lo Statuto e le Costituzioni da cui esso ha tratto ispirazione, v. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, in Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., 34 s., nt. 62. Per la netta affermazione che sia priva di fondamento la pretesa di ravvisare un modello dello Statuto nella Costituzione belga del 1830: MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma 2001, 36. cui si rinvia anche per il confronto tra la Carta francese del 1814 e lo Statuto (*op. cit.*, 37). Sulle Carte italiane che precedettero quelle della restaurazione, v. i cenni di PRISCO, *Le costituzioni prima della Costituzione*, in *Riv. AIC*, 1/2012.

perlopiù a menzionarle per demandarne la disciplina alla legge ordinaria. Le sole regole da esso direttamente poste avevano ad oggetto limitazioni ai diritti dal medesimo riconosciuti²⁵.

Alla luce di tutto ciò, solo un eccesso di enfasi poteva consentire al giovane Cavour di sostenere, nel quotidiano da lui fondato — *Il Risorgimento* —, che lo Statuto Albertino avesse accolto «tutti i gran principi [...] proclamati dalla nazione francese nel 1789»²⁶.

Si può, inoltre, aggiungere che, nell'interpretazione concretamente affermata, lo Statuto si atteggiava come una Costituzione flessibile (modificabile o, comunque, derogabile in via legislativa ordinaria)²⁷. E, quindi, non in grado di opporre efficaci limiti alle decisioni delle maggioranze politiche avvicinandosi nel tempo²⁸.

²⁵ Si pensi, ad esempio, all'articolo 28, il quale, all'enunciazione che «la stampa sarà libera», si affrettava ad aggiungere: «ma una legge ne reprime gli abusi». Si pensi ancora all'articolo 32, il quale, riconosciuto il diritto di «adunarsi pacificamente e senz'armi», provvedeva immediatamente a svuotarlo di un apprezzabile contenuto, disponendo quanto segue: «questa disposizione non è applicabile alle adunanze in luoghi pubblici, od aperti al pubblico».

²⁶ L'articolo è pubblicato ne *Il Risorgimento* del 10 marzo 1848, con il titolo *Contro i critici malevoli dello Statuto* (ed è riportato in FALCO (a cura di), *Lo Statuto albertino e la sua preparazione*, cit., 305 ss) In esso, tra l'altro, vengono passate in rassegna le principali novità istituzionali introdotte da tale atto, con un'onestà intellettuale ed un equilibrio degni di un uomo di quella levatura (a ragione annoverato tra i grandi statisti del suo tempo). Egli, pur considerando giustamente lo Statuto un passo avanti rispetto al passato, manifestava riserve su punti qualificanti, che riteneva, comunque, migliorabili. Si pensi, ad es., alla libertà delle confessioni religiose («Ma, dicesi, la libertà dei culti non è pienamente riconosciuta. Ciò è vero. E da questo lato dichiariamo non essere lo Statuto del tutto conforme ai nostri desideri. Tuttavia ci pare essere questa più questione di parole che di fatti. L'emancipazione dei protestanti ha fatto sparire una parte delle fondate obiezioni a cui l'articolo primo poteva dar luogo. Non dubitiamo che la prossima emancipazione degli Israeliti ridurrà questo articolo ad essere un semplice omaggio alla religione cattolica, al quale faremo allora plauso di tutto cuore»).

²⁷ In argomento, da ultimo: FERRARI, F., *Original intent e rigidità dello Statuto albertino*, in *Quad. cost.*, 3/2016, 609 ss. I contributi più illuminanti prodotti sulla questione (e, più, in generale, sulla distinzione tra costituzioni rigide e flessibili) dalla pubblicistica italiana sono quelli di Alessandro Pace (v. spec. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., una raccolta di saggi, tra i quali si segnalano soprattutto: *La causa della rigidità costituzionale, L'instaurazione di una nuova Costituzione, Costituzioni rigide e Costituzioni flessibili*). In generale, sulla distinzione dei due tipi di Costituzione, imprescindibile resta il testo di James Bryce, del quale Alessandro Pace ha curato la versione in lingua italiana, dovuta alla traduzione di Raffaella Niro: BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide*, Milano 1998.

²⁸ Sulla questione, sono interessanti alcuni passaggi – non privi, peraltro, di una certa ambiguità – del già citato articolo di Cavour (*Contro i critici malevoli dello Statuto*, cit.), il quale negava che la qualificazione dello Statuto, quale «Legge Fondamentale, perpetua ed irrevocabile» valesse a conferire a tale atto il crisma dell'irriducibilità: «una nazione non può spogliarsi della facoltà di mutare con mezzi legali le sue leggi politiche... Una tale sentenza è verità triviale per tutti i popoli che hanno una vera pratica del sistema costituzionale. È un assioma per tutti gli inglesi che considerano l'onnipotenza parlamentare come articolo di fede [...] / La parola *irrevocabile*, come è impiegata nel preambolo dello statuto, è solo applicabile letteralmente ai nuovi e grandi principi proclamati da esso, ed al gran fatto

Sarebbe, tuttavia, ingeneroso dimenticare che lo Statuto sabaudo, nonostante gli elementi di debolezza che lo caratterizzavano, ha pur sempre segnato un rilevantisimo salto di qualità rispetto agli ordinamenti nati dalla restaurazione, sottoponendo il potere politico a norme giuridiche, le quali, pur essendo da esso modificabili, ne avrebbero condizionato, finché fossero state in vigore, il modo d'essere e l'azione²⁹. Esso, inoltre, tra le Carte costituzionali adottate in Italia sotto la spinta dei moti rivoluzionari del 1848, è stata la sola a non essere revocata. Il che ha dotato il Regno di Sardegna di una legittimazione morale non estranea alla *leadership* da esso assunta nel processo di unificazione nazionale. D'altra parte, l'ideale della Costituzione era parte essenziale del patrimonio culturale dei patrioti italiani. Si pensi, ad esempio, ai volantini che enunciavano perentoriamente l'alternativa «o Costituzione o morte»³⁰. Si pensi ancora ai versetti, che ebbero notevole diffusione nella carboneria Toscana, i quali, nel ritmo saltellante caro al gusto del tempo, esortavano: «Or che Costituzion diritti umani addita / si svegli a nuova vita chi schiavo e vil non è».

Resta, tuttavia, il fatto che l'impianto normativo statutario — con i limiti su cui ci siamo brevemente intrattenuti — ha consentito che sotto la sua vigenza potessero affermarsi assetti istituzionali molto diversi l'uno dall'altro (come sottolineava Massimo Severo Giannini nel 1946³¹). Esso inoltre — e soprattutto — non è stato in grado di impedire che le, pur deboli, garanzie dal medesimo accordate, fossero, per intero, travolte da un regime autoritario, il quale costituiva la negazione del patrimonio ereditato dalla tradizione del costituzionalismo³².

di un patto destinato a stringere in modo indissolubile il popolo ed il re. / Sì, noi consideriamo il patto che sanziona lo statuto come legge *irrevocabile*, che non potrebbe venir violata, senza farci spregiuri e colpevoli della più mostruosa ingratitudine. / Ma ciò non vuol dire che le condizioni particolari del patto non siano suscettibili di progressivi miglioramenti, operati di comune accordo tra le parti contraenti. Il re, col concorso della nazione, potrà sempre nell'avvenire introdurre in esso tutti i cambiamenti che saranno indicati dall'esperienza e dalla ragione dei tempi».

²⁹ Sulla primazia da riconoscere anche alle costituzioni flessibili: MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, cit., 5.

³⁰ Il motto, risalente alla rivoluzione francese, ebbe larga diffusione soprattutto nel Regno delle due Sicilie,

³¹ GIANNINI, *Lo Statuto albertino e la Costituzione italiana*, in JEMOLO, GIANNINI (a cura di), *Lo Statuto albertino*, Firenze 1946, 45: «[...] lo Statuto è rimasto allo Stato italiano, come certe illustri facciate, che nate ad ornare dimore di signori della guerra e della pace, hanno mantenuto nei tempi la propria impassibile immobilità all'edificio divenuto via via fabbrica, abitazione di borghesi e anche cinematografo e garage». Sul *proprium* di tale «storia», in cui «una sola Costituzione scritta — lo Statuto — sottende una serie di esperienze costituzionali differenziate per caratteri intrinseci e, da ultimo, opposte anche nei principi», v. UNGARI, *Conclusioni italiane*, in D'ATENA, LA PERGOLA, NEGRI, LUCIOLLI, MALINTOPPI, DE VERGOTTINI, MANZELLA, UNGARI, *Democrazie atlantiche*, Roma 1978, 153 ss., spec. 163, 167 ss.

³² «È stata molto lodata, specie sotto il ventennio fascista, la *elasticità* dello Statuto albertino». Così CRISAFULLI, *Dallo Statuto Albertino alla Costituente*, cit., 41 s., il quale, dopo aver sottolineato

IV. La Costituzione della Repubblica Italiana

1. UNA POLEMICA CONTRO IL PASSATO

Questa circostanza permette di apprezzare la chiave di lettura del nuovo testo costituzionale offerta, all'indomani della sua entrata in vigore, da Piero Calamandrei, insigne giurista e membro eminente dell'Assemblea costituente. Il quale, volendo illustrare la nuova Carta a un pubblico di studenti, in un incontro svoltosi a Milano nel 1955, presentava la Costituzione come una «polemica contro il passato»: come un testo normativo rivolto a scongiurare che degenerazioni come quelle che si erano sperimentate nel ventennio fascista avessero nuovamente a prodursi³³.

Di qui, alcuni caratteri del nuovo documento, il cui senso può cogliersi proprio in questa chiave.

Il primo di essi va ravvisato nella decisione di sottrarre al comune atto del Parlamento — la legge ordinaria — il potere di modificare la nuova Carta costituzionale, conferendo, così, a questa il crisma della rigidità³⁴: di una rigidità — per giunta — «garantita». La Costituzione italiana, infatti, sulla scia di una tradizione introdotta in Europa dalla Costituzione austriaca del 1920, ha istituito un giudice — la Corte costituzionale — abilitato a cancellare le leggi in contrasto con essa. I padri e le madri della Costituzione, inoltre, hanno introdotto alcune «clausole

che proprio tale elasticità, in una prima fase, ha consentito «il progressivo allargamento delle basi della vita pubblica italiana in senso più democratico», aggiungeva «che è stata questa stessa elasticità a permettere l'instaurazione della dittatura fascista, la quale poté sovvertire a poco a poco i tradizionali principi liberali, sostituire al sistema parlamentare la tirannide dell'esecutivo, giungere sino all'introduzione dell'ordinamento razziale, alla soppressione di ogni forma elettiva per la Camera e per gli enti locali, senza dover mai abrogare esplicitamente il vecchio Statuto». D'altra parte, concludeva che sempre l'elasticità consentì «il colpo di Stato badogliano del 25 luglio 1943». Sull'*elasticità* dello Statuto, è d'obbligo il riferimento a Rossi, *La «elasticità» dello Statuto albertino* (1939), in *Scritti vari di diritto pubblico*, VI, Milano 1941. Sul processo che portò alla graduale costruzione dell'*edificio giuridico* fascista, v. la limpidissima sintesi di PALADIN, *Fascismo (dir.cost.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano 1967, 887 ss.

³³ Il *Discorso sulla Costituzione* di Piero Calamandrei fu pronunciato nel salone degli affreschi della *Società umanitaria* il 26 gennaio 1955 in occasione dell'inaugurazione di un ciclo di conferenze sulla Costituzione italiana organizzato da un gruppo di studenti universitari e medi per illustrarne, in modo accessibile a tutti, i principi morali e giuridici. Il suo testo integrale è, tra l'altro, accessibile in <http://www.napoliassise.it/Costituzione/discorsosullaCostituzione.pdf>. In esso si legge: «E' stato detto giustamente che le costituzioni sono anche delle polemiche, che negli articoli delle costituzioni c'è sempre, anche se dissimulata dalla formulazione fredda delle disposizioni, una polemica. Questa polemica, di solito è una polemica contro il passato, contro il passato recente, contro il regime caduto da cui è venuto fuori il nuovo regime».

³⁴ Sui diversi gradi di rigidità esibiti dalla Costituzione italiana, lucidamente: SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova 2009, 91 s.

d'eternità» (per usare la terminologia in uso in Germania³⁵). Essi, infatti — pur nella consapevolezza che, come qualsiasi creazione umana, anche una Costituzione non possa essere cristallizzata in eterno, non possa, cioè, avere la pretesa d'imporre alle generazioni future le decisioni politiche nella medesima contenute³⁶ —, hanno voluto sottrarre a questa possibilità di rinnovamento certe scelte di valore, in quanto elementi fondanti ed imprescindibili dell'ordinamento dal medesimo instaurato³⁷: la forma repubblicana (art. 139 Cost.), la quale, decisa dal popolo italiano nel *referendum* istituzionale del 2 giugno 1946, s'imponeva alla stessa Assemblea costituente³⁸; il principio d'indivisibilità dello Stato³⁹, che il collegamento con il principio della promozione delle autonomie territoriali⁴⁰ ha privato

³⁵ V., ad es., KEMPEN, *Historische und aktuelle Bedeutung der „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 GG. Überlegungen zur begrenzten Verfassungsautonomie der Bundesrepublik*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, vol. 21, n. 2 (luglio 1990), 354 ss.

³⁶ Una formula di questo tenore ricorreva — come noto — nell'art. 28 della Costituzione giacobina del 1793 («Un peuple a toujours le droit, de réformer et de changer sa constitution. Une génération ne peut assujétir à ses lois les générations futures»). Sul senso dell'enunciazione, v. PACE, *Costituzioni rigide e costituzioni flessibili*, in ID., *Potere costituente*, cit., 271 s.

³⁷ In generale, v., per tutti: PIAZZA, *I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano*, Padova 2002.

³⁸ Su questo profilo: ESPOSITO, *Commento dell'art. 1 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 5 s. È significativo che chi — come Piero Calamandrei — affermava la «sovranità» dell'Assemblea costituente — riconoscesse che tale sovranità incontrasse un'eccezione nell'esito del *referendum* istituzionale (PALADIN, *Il referendum istituzionale e l'Assemblea costituente*, in *Dir. e soc.*, 1998, 377), rispetto al quale l'Assemblea costituente si atteggiava come potere, non già «costituente», ma «costituito» (sul punto: MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, 7 s.).

³⁹ Per limitarci ad un classico, non può non ricordarsi ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, cit., 72 s. Sul principio unitario, in chiave comparatistica: ROLLA (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati* (Atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Pontignano, 10-11 maggio 2002), Torino 2003, nonché, con riferimento alla situazione italiana: GABRIELE, *Il principio unitario nell'autonomia regionale*, Milano 1980. In generale, sulla relazione tra unità nazionale e processi di integrazione: LUCIANI, *Costituzione, istituzioni e processi di costruzione dell'unità nazionale*, in *Riv. AIC*, 2/2011.

⁴⁰ Sulla dialettica unità-autonomia nell'esperienza italiana: GIUFFRÈ, *Unità della Repubblica e distribuzione delle competenze nell'evoluzione del regionalismo italiano*, Torino 2012. Sulle radici culturali dell'autonomia: TONIATTI (a cura di), *La cultura dell'autonomia: le condizioni pre-giuridiche per un'efficace autonomia regionale*. Atti del seminario organizzato nell'ambito della celebrazione della giornata dell'autonomia 2017, Trento 2018. Infine, per un esame del concetto nelle sue molteplici accezioni: RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano 2018; nonché, in prospettiva europea: LUTHER, *Alla ricerca di un concetto giuridico di autonomia*, in *Scritti in onore di A. D'Atena*, III, Milano 2015. È il caso — per inciso — di sottolineare che la doppia ispirazione dell'art. 5, non merita la critica di intima incoerenza, a questo rivolta da Denis de Rougemont (DE ROUGEMONT, *Die Devise des Regionalismus: keine Freiheit ohne Verantwortung*, in *Festschrift Gasser*, Berlin 1983, 527). Infatti, il tenore letterale della norma («La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali») ha il merito di portare icasticamente alla luce una tensione che è presente in tutti gli ordinamenti che conoscono forme di autonomia politica costituzionalmente riconosciuta ad enti territoriali di tipo

della connotazione severamente centralistica che lo caratterizzava nella Carta costituzionale da cui è stato attinto: la Costituzione francese del 1791⁴¹; il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, i quali — secondo l'opinione che sembra da preferire — appunto perché «inviolabili» sono da ritenere protetti anche nei confronti del potere di revisione della Costituzione⁴². A questo catalogo, inoltre, sulla base di un'intensa elaborazione dottrinale⁴³, la giurisprudenza costituzionale ha aggiunto certe scelte fondanti contenute nella Costituzione, soprattutto nella parte dedicata ai *Principi*, non a caso, qualificati *fondamentali*⁴⁴, ma anche altrove, come ad esempio, quelle riguardanti il diritto alla tutela giurisdizionale⁴⁵.

L'impronta garantistica del testo costituzionale licenziato dall'Assemblea costituente, tuttavia, non si manifesta soltanto sul terreno delle «forme», e delle ga-

sub-statale (come confermano le elaborazioni classiche di TRIEPEL, *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche. Eine staatsrechtliche und politische Studie*, Tübingen 1907, e di FLEINER, *Unitarismus und Föderalismus in der Schweiz und in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Jena 1931). Del resto, non è un caso che questa doppia ispirazione abbia trovato espressione anche nelle Costituzioni europee della seconda metà degli anni '70 dello scorso secolo: la Costituzione portoghese del 1976 (art. 3, comma 1: «A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição»; art. 6, comma 1: «O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da Administração Pública») e la Costituzione spagnola del 1978 (art. 2 «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas»).

⁴¹ Titolo II, art. 1: «*Le Royaume est un et indivisible*» su cui, per tutti: BOISSOU, *La Repubblica una e indivisibile: mito e realtà*, in AA.VV., *Federalismo, regionalismo ed autonomie differenziate* (Atti del Convegno internazionale, Palermo-Taormina, 24-28 settembre 1985), Palermo s.d. (ma 1991).

⁴² La tesi è sostenuta con particolare vigore da Pierfrancesco GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Paova 1972, ID., *Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, in ID., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, II ed., Padova 2008; analogamente: CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad.cost.*, 1995. L'opposta tesi è quella che ravvisa nell'art. 2 una clausola aperta, evitando, così, che il precetto sia «umiliato in una funzione meramente riepilogativa e riassuntiva». Così BARBERA, *Art. 2*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali, Art. 1-12*, Bologna-Roma 1973, 50 ss., spec. 80 ss. il quale, ravvisato giustamente il maggior problema di tale lettura nell'identificazione degli attori istituzionali chiamati ad estrarre dalla clausola asseritamente aperta i contenuti prescrittivi da applicare, individua nella giurisdizione costituzionale accentrata l'antidoto alle possibili derive che sarebbero innescate dalla moltiplicazione di tali attori. Stando a questa impostazione, coerentemente si nega che l'inviolabilità costituisca un limite alla revisione costituzionale (così, in modo molto argomentato: PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, III ed., Padova 2003, 41 ss.). Per una recente sintesi della questione: PIROZZI, *L'art. 2 della Costituzione e i diritti inviolabili*, in MORANA (a cura di) *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, Napoli 2020, 1 ss.

⁴³ Sulla quale: SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, cit. 89 s.

⁴⁴ Da ultimo: APOSTOLI, *L'art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 3/2018.

⁴⁵ Spec.: Corte cost., sentt. nn. 98/1965, 18/1982.

ranzie procedurali e giurisdizionali da cui queste sono assistite, ma anche su quello dei «contenuti»: dei contenuti prescrittivi. La disciplina dei diritti fondamentali da esso posta è, infatti, una delle più avanzate del costituzionalismo del novecento⁴⁶. Essa, unitamente ad un'applicazione piuttosto rigorosa del principio di separazione (separazione dei poteri, scomposizione del potere in funzioni⁴⁷), costituisce uno dei due pilastri su cui poggia l'intero edificio istituzionale.

L'altro pilastro è quello propriamente democratico. Esso trova espressione nel riconoscimento che la sovranità «appartiene» al popolo (chiamato ad esercitarla, «nelle forme e nei limiti della Costituzione»⁴⁸), nella creazione di un robusto circuito istituzionale legato alla rappresentanza politica⁴⁹ ed alla mediazione dei partiti politici (che, non a caso, hanno trovato nella Costituzione della Repubblica italiana la prima disciplina costituzionale ad essi dedicata in Europa⁵⁰), nella previsione di istituti di democrazia diretta⁵¹.

⁴⁶ A differenza dello Statuto albertino, e a differenza di alcune Costituzioni europee vigenti, il nostro testo costituzionale detta direttamente la disciplina dei diritti, senza abbandonarla alle scelte discrezionali del legislatore ordinario.

⁴⁷ Su questa distinzione: D'ATENA, *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1996, nonché in D'ATENA, LANZILLOTTA (a cura di), *Alle radici della democrazia. Dalla polis al dibattito costituzionale contemporaneo*, Roma 1998, 94 ss.; *amplius* ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, IV ed., Torino 2018, 63 ss.

⁴⁸ Art. 1. La letteratura sul punto è sterminata. In questa sede ci si limita a ricordare tre lavori assolutamente imprescindibili: ESPOSITO, *Commento dell'art. 1 della Costituzione*, cit.; CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (Note preliminari)*, in *Studi in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Padova 1955 (e in CRISAFULLI, *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano 1985, 89 ss.); MORTARI, *Art. 1*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma 1975, 1 ss.

⁴⁹ Ci si riferisce al pluralismo istituzionale costituito dai livelli territoriali di governo, che si affiancano allo Stato, configurandosi come elementi costitutivi della Repubblica – la quale, appunto, «è costituita» – stando alla dizione dell'art. 114, nella formulazione del 2001 – «dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato». Tratto comune di questi enti (e, più in generale, degli enti «territoriali») è di essere retti da organi di governo eletti con suffragio popolare. Va, tuttavia, rilevato che, grazie ad una infelice riforma legislativa (l. n. 56/2014), discutibilmente ritenuta conforme a Costituzione dalla Corte costituzionale (sent. n. 50/2015, per critiche alla quale, sia consentito il rinvio a D'ATENA, *Diritto regionale*, V ed., Torino 2022, 85 ss.), le Province sono state trasformate in enti di secondo grado.

⁵⁰ Art. 49. Per misurare la novità della disciplina contenuta nella norma, è sufficiente ricordare che, nella Costituzione di Weimar, l'unico riferimento ai partiti era costituito dalla norma che prescriveva l'imparzialità dei dipendenti pubblici: l'art. 130, primo comma (*Die Beamten sind Diener der Gesamtheit, nicht einer Partei*).

⁵¹ Così vengono, perlopiù, qualificati il *referendum* abrogativo (articolo 75) il *referendum* costituzionale (articolo 138) e gli altri *referendum* contemplati dalla Costituzione. Una radicale critica di questa convenzione terminologica si rinviene in LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in BRANCA, PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 2005, 1 ss., a giudizio del quale, l'espressione «democrazia diretta» si risolverebbe in un pleonismo, mentre l'espressione «democrazia rappresentativa» altro non sarebbe che un ossimoro (*op.cit.*, 16). Diverso è il percorso seguito da

L'equilibrio tra i due pilastri conferisce al sistema che ne risulta i caratteri di una democrazia, non già assoluta ma liberale: in una parola, di una liberal-democrazia, in cui le istanze democratiche in senso stretto trovano il proprio contrappeso istituzionale nei principi del garantismo di matrice liberale⁵².

2. UNA POLEMICA CONTRO IL PRESENTE

Ma non è solo alle vicende del passato che la Costituzione italiana ha inteso reagire. Essa, infatti — per dirla ancora con Piero Calamandrei —, si è posta in polemica anche con il presente, sentendosi investita del compito d'intervenire sulla situazione sociale esistente nel Paese, per rimuovere «gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (per riprendere la formula che figura nell'art. 3, comma 2)⁵³. A tal fine, ha prefigurato un percorso, di cambiamento, mediante numerose norme programmatiche, che hanno, appunto, la funzione di disegnare le linee di sviluppo dell'ordinamento. Inoltre, sulla scia di una tradizione costituzionale che, in risposta alla rivoluzione d'ottobre e alla critica marxiana delle libertà «borghesi», aveva trovato le sue prime manifestazioni nella Costituzione messicana del 1917 e nella Costituzione di Weimar del 1919, ha arricchito il catalogo dei diritti fondamentali della tradizione settecentesca ed ottocentesca, a questi aggiungendo una nuova categoria di diritti — i diritti sociali —, che, a differenza dei diritti di libertà, non si realizzano in virtù della sempli-

BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quad. cost.*, 1985, 239, il quale, dalla premessa che, nelle consultazioni referendarie, la volontà popolare richieda, per potersi manifestare, l'intervento di minoranze attive che svolgano un ruolo di mobilitazione e d'indirizzo, inferisce il carattere «apparente» della democrazia diretta, la quale maschererebbe «la struttura rappresentativa che si sviluppa dietro di essa».

⁵² Sulla dialettica tra le due componenti della liberal-democrazia, v., nella letteratura costituzionalistica italiana: D'ATENA, *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*, cit.; ID., *Il cortocircuito tra democrazia illiberale ed Internet*, in *Lo Stato*, n. 13 (2019); analogamente: GEMMA, *Ordinamenti liberaldemocratici: più liberali che democratici*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, II, Milano 2015, 1260 ss.; ID., *Note critiche sull'ideologia radicale della democrazia*, in *federalismi.it*, 3/2028.

⁵³ Nel *Discorso sulla Costituzione* già citato, si legge, in proposito: «Ma c'è una parte della nostra Costituzione che è una polemica contro il presente, contro la società presente. Perché quando l'art. 3 vi dice: 'E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana' riconosce che questi ostacoli oggi vi sono di fatto e che bisogna rimuoverli. Dà un giudizio, la Costituzione, un giudizio polemico, un giudizio negativo contro l'ordinamento sociale attuale, che bisogna modificare attraverso questo strumento di legalità, di trasformazione graduale, che la Costituzione ha messo a disposizione dei cittadini italiani».

ce enunciazione costituzionale, ma richiedono di esser resi concretamente operanti mediante un'attività successiva. Essi non sono «libertà da» (non danno vita a sfere protette, sottratte ad interventi limitativi esterni), ma «diritti a»⁵⁴, come il diritto al lavoro⁵⁵, il diritto alla salute⁵⁶, il diritto ad una retribuzione sufficiente⁵⁷, il diritto della lavoratrice madre all'assolvimento della sua essenziale funzione familiare⁵⁸... Tutti diritti, che, per poter produrre la generalità degli effetti in vista dei quali sono riconosciuti, richiedono la produzione di regole attuative della disciplina costituzionale e la creazione di presidi materiali, organizzativi e finanziari, in difetto dei quali restano, in larga misura, promesse non mantenute. Non sfugge, ad esempio, che, senza la costruzione degli ospedali, il diritto alla salute resta un involucro vuoto. E lo stesso vale per la tutela della lavoratrice madre o per il diritto al trattamento pensionistico, che, rispettivamente, richiedono la disciplina di congedi retribuiti per maternità e la realizzazione di un funzionante sistema di previdenza sociale.

Tutto questo non significa, però, che, sin quando all'attuazione non si sia proceduto, i diritti sociali (e le norme programmatiche) si risolvano in mere enunciazioni verbali, prive di qualsiasi incidenza nel mondo del diritto (come all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, tendeva a sostenere la magistratura⁵⁹). È, infatti, ormai un dato acquisito — sulla base di una battaglia culturale che, all'inizio degli anni '50 dello scorso secolo, ha impegnato i giovani costituzionalisti del tem-

⁵⁴ Ad es. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino 1991, 274 ss., nonché, già MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 802 ss., spec. 804. Sui problemi che il riconoscimento dei diritti sociali pone, v., spec.: BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1988 (ora in Id., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino 1997, 123 ss.); PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 141 ss.; LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di M. Mazzioti di Celso*, Padova 1995, 97 ss. LOMBARDI, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 1999. Adde, per un profilo specifico, RESCIGNO, G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir pubbl.*, 2002.

⁵⁵ Art. 4.

⁵⁶ Art. 32. Va, peraltro, tenuto presente, che, oltre a questo contenuto «sociale» (diritto alle cure), il diritto alla salute presenta anche il carattere di un diritto di libertà (la libertà di cura). V., infatti, MORANA, *La salute nella Costituzione italiana, Profili sistematici*, Milano 2002, Id., *La salute come diritto costituzionale, Lezioni*, IV ed., Torino 2021.

⁵⁷ Art. 36.

⁵⁸ Art. 37.

⁵⁹ All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione italiana del 1947, questa impostazione è stata accolta dalla giurisprudenza prevalente, la quale, muovendo dal presupposto che le disposizioni programmatiche fossero rivolte esclusivamente al legislatore, negava che potessero spiegare un'immediata incidenza sulla legislazione anteriore. Così, *ex plurimis*: Cass. pen., 7 febbraio 1948, in *Foro it.*, 1948, II, 57; Cons. St., V, 26 maggio 1948, in *Giur. it.*, 1948, III, 81; App. Brescia, 16 luglio 1948, in *Corte Bress.*, 1948, II, 72. Un quadro esauriente dei diversi orientamenti espressi dalla giurisprudenza comune con riferimento alle singole disposizioni della nuova Costituzione può ricavarsi dalla *Rassegna di giurisprudenza sulla Costituzione e sugli Statuti regionali (dal 1948 al 1955)*, in *Giur. cost.*, 1956, 272 ss.

po (come Vezio Crisafulli⁶⁰ e Paolo Barile⁶¹) — che tali diritti e programmi, anche se non attuati dal legislatore, producano il relevantissimo effetto giuridico di rendere illegittime, giustificandone l'annullamento da parte del giudice della costituzionalità, le norme legislative con essi confliggenti⁶². Come la norma che non prevedeva la nullità del licenziamento della lavoratrice in periodo di gestazione e puerperio, cancellata da una sentenza della Corte costituzionale del 1991⁶³.

V. La Costituzione Italiana a 75 anni dalla sua entrata in vigore

Sono passati settantacinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione della Repubblica italiana. E da allora il mondo ha subito trasformazioni di profondità inaudita. Con la caduta del muro di Berlino si è, inoltre, chiusa un'epoca, si è chiuso un secolo, un secolo «breve» — per riprendere la fortunata espressione di Eric John Ernest Hobsbawm⁶⁴ —, l'apertura del quale era stata drammaticamente segnata dalla prima guerra mondiale e dalla rivoluzione di ottobre.

Le trasformazioni maturate dal 1948 ad oggi hanno mutato radicalmente il contesto in cui la nostra Carta s'inserisce, anche il contesto istituzionale e normativo. Basti pensare che l'Italia è ormai parte di un ordinamento continentale, che, per più versi, sta ridimensionando il ruolo dei grandi protagonisti della stagione eroica del primo costituzionalismo: gli Stati nazionali. Si pensi, inoltre, che, in reazione alle degenerazioni costituzionali della prima metà del novecento ed ai crimini contro l'umanità che ad esse si sono accompagnati, oggi la garanzia dei diritti fondamentali non è più esclusivo appannaggio delle Costituzioni nazionali,

⁶⁰ V. gli scritti compresi in CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, ripubblicato in CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli 2015, 123 ss. (volume apparso nella collana diretta da Franco MODUGNO e Marco RUOTOLO, *Costituzionalismo del XX Secolo*). Sul Crisafulli politico e sul suo impegno negli anni cui si riferiscono gli studi scientifici appena ricordati v. gli scritti meritoriamente raccolti da Sergio BARTOLE e Roberto BIN, nel volume: CRISAFULLI, *Politica e Costituzione. Scritti «militanti» (1944-1955)*, Milano 2018, con due bei capitoli introduttivi dei curatori.

⁶¹ BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze 1953.

⁶² Per una sintesi del dibattito sul punto, cfr.: NANIA, *Il valore della Costituzione*, Milano 1986, 69 ss.; *adde*: DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Torino, 1982, 27 ss.

⁶³ Il giudizio aveva ad oggetto una norma che prevedeva l'inefficacia del licenziamento intimato in periodo di gestazione e di puerperio, fino al compimento di un anno di età da parte del bambino. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale norma, ritenendo che essa, per essere conforme all'art. 37 Cost., avrebbe dovuto prevedere la *nullità*, non la mera *inefficacia*, del licenziamento disposto in tale periodo (sent. n. 61/1991, in *Giur. cost.*, 1991, 222, con nota di SCAGLIONE, *È nullo il licenziamento della lavoratrice madre*, *ibidem*, 2405 ss.).

⁶⁴ HOBSBAWM, *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century 1914-1991*, London 1994 (*Il secolo breve 1914-1991*, trad. B. Lotti, Milano 1997).

poiché a queste si affiancano, variamente interagendo con esse, le discipline internazionali e sovranazionali⁶⁵, come, rispettivamente, i trattati sui diritti umani (il cui maggior esempio, nell'area europea, è rappresentato dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950) e la Carta dei Diritti dell'Unione europea, elevata al rango dei trattati nel 2007⁶⁶.

Va inoltre aggiunto che, dopo dissoluzione dell'impero sovietico e dell'abbattimento del muro, che, nel 1989, ne ha materialmente e simbolicamente segnato l'inizio, la storia, nonostante le previsioni che ne annunciavano la «fine»⁶⁷, continua e va avanti. Onde nuove minacce al costituzionalismo, le quali si legano, per un verso, all'impetuosa pressione delle democrazie illiberali, la cui diffusione interessa anche Stati appartenenti all'Unione di cui facciamo parte⁶⁸, per altro verso, all'incombenza di *Internet*, con la sua impressionante capacità di manipolare la coscienza — e, quindi, i comportamenti elettorali — dei cittadini⁶⁹ (capacità, cui

⁶⁵ Talora — come in Austria — i trattati sui diritti umani (nella specie, la CEDU) vengono costituzionalizzati mediante un'apposita legge costituzionale (*Bundesverfassungsgesetz* 4.3.1964, in *BGBL* N. 59/1964), altre volte essi sono elevati, dalla Costituzione, a coefficienti interpretativi delle norme costituzionali sui diritti (come in Spagna [art. 10, secondo comma, Cost., parzialmente anticipato dall'art. 16 della Costituzione portoghese, su cui: MIRANDA, *Curso de Direito Constitucional*, Vol. I, Lisboa 2016, 86 s., nonché, con riferimento allo ius-universalismo della Costituzione portoghese: ID., *O Estado constitucional cooperativo e o jus-universalismo da Constituição Portuguesa*, in *Revista de la Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2014, 91 ss.]); altre volte, infine, pur nel silenzio della Costituzione, essi finiscono per assumere questo ruolo in virtù della giurisprudenza costituzionale, com'è avvenuto in Germania e in Italia (su queste tendenze interpretative, rispettivamente: STARCK, in MANGOLDT, KLEIN, STARCK, *Das Bonner Grundgesetz, I Präambel, Artikel 1 bis 19*, München 1989, *sub Art. 1 Abs. 3*, 127 ss.; RUOTOLO, *La «funzione ermeneutica» delle convenzioni sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Diritto e società*, 2000).

⁶⁶ Art. 6 TUE.

⁶⁷ Ci si riferisce trasparentemente al libro di FUKUJAMA *The End of History and the Last Man*, New York 1992 (*La fine della storia e l'ultimo uomo*, trad. D. Ceni, Torino 2020).

⁶⁸ Sul fenomeno si rinvia a D'ATENA, *Sul cortocircuito tra democrazia illiberale ed Internet*, cit, 263 ss. (riferimenti ivi).

⁶⁹ Ormai la letteratura sul punto è sterminata. Per un'utile messa a punto dei problemi, v. CHESTER, MONTGOMERY, *The role of digital marketing in political campaigns*, in *Internet Policy Review*, Vol. 6, Issue 4, 31.12.2017. Una panoramica delle strategie e delle tecniche di disinformazione online di natura politica è offerta dal rapporto tecnico dal titolo *Le strategie di disinformazione online e la filiera dei contenuti fake*, in <https://www.ibconline.it/news-eventi/news/le-strategie-di-disinformazione-online-e-la-filiera-dei-contenuti-fake-leggi-il-documento-elaborato-dal-tavolo-tecnico-agcom/>, elaborato dal Servizio Economico-Statistico dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM), 45 ss. Le implicazioni giuridico-costituzionali dell'uso di queste tecniche e, più in generale, dell'incidenza, sulla formazione delle opinioni, di *fake news* e *hate speech*, soprattutto per il ruolo dei motori di ricerca e per la pervasività dei *social network*, sono enormi. Un esauriente quadro generale ne è offerto dal volume di PITRUZZELLA, POLLICINO, QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano 2017 (ivi, v., tra l'altro: PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, con riferimento alla c.d. *bubble democracy*); adde: BALAGUER CALLEJÓN, *Las dos grandes crisis del cons-*

l'intelligenza artificiale generativa dischiude orizzonti ancora tutti da indagare⁷⁰). Ciò consente allo storico e filosofo israeliano Yuval Noah Harari⁷¹ di affermare che «la crisi della democrazia liberale non si gioca solo nei Parlamenti e nelle cabine elettorali, ma anche nei neuroni e nelle sinapsi del nostro cervello», poiché — è sempre Harari che parla — viviamo «in un'era in cui scienziati, multinazionali e governi stanno imparando a violare il nostro cervello».

Tutti questi cambiamenti non giustificano, però, l'idea che la Costituzione sia un documento obsoleto, da archiviare tra le reliquie di un nobile passato⁷². Non deve, infatti, dimenticarsi che, nel nuovo quadro europeo, gli Stati nazionali, mantengono un ruolo centrale e che imprescindibili restano le loro Costituzioni. Né deve dimenticarsi che la Costituzione italiana è figlia di uno dei momenti più alti della nostra storia nazionale, oltre che per la statura dei protagonisti, per la comune consapevolezza che il nuovo testo costituzionale costituisse una componente essenziale della ricostruzione materiale e morale del Paese. Una consapevolezza, la quale ha consentito che forze politiche d'ispirazione molto distante, con riferimenti internazionali opposti nel quadro della guerra fredda, trovassero la capacità di scrivere insieme una delle pagine più significative del costituzionalismo contemporaneo.

Ciò, naturalmente, non significa che la Costituzione non possa essere modificata, nell'ovvio rispetto dei limiti che essa pone alla propria revisione. D'altra

titudinalismo frente a la globalización en el siglo XXI, in *Nomos*, 2018, 11 ss. Sulle diverse tecniche manipolative realizzate attraverso le potenzialità di *Internet*; dall'uso strumentale della consultazione *online* degli iscritti ai partiti, alla incidenza dei *social network* sui processi di formazione dei consensi elettorali (o — più in generale — delle convinzioni politiche), alla ridotta affidabilità delle piattaforme digitali, v. D'ATENA, *La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de Internet*, in *RDCE*, 2018 (n. 30); ID., *Sul cortocircuito tra democrazia illiberale ed Internet*, cit., spec. 266 ss.; ID., *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Riv.AIC*, 2/2019; BALAGUER CALLEJÓN, *Redes sociales, compañías tecnológicas y democracia*, in *RDCE*, 1919 (n. 32). Relativamente alle *fake news*, v. anche: FROSINI, T.E., *Costituzionalismo 2.0*, in *Rass. parl.*, 4/2016, 691 s., nonché, sulle condizioni prucilogioco-sociali che ne favoriscono la circolazione, BRONNER, *La démocratie des crédules*, Paris 2013, che si può ora leggere nella traduzione italiana di S Morante: BRONNER, *La democrazia dei creduloni*, Roma 2019 (mentre, sulla questione centrale da esse evocata — quella del valore della verità nello Stato costituzionale — è d'obbligo il riferimento a HÄBERLE, P., *Wahrheitsprobleme im Verfassungstaat*, Baden-Baden 1995, che può leggersi anche nella traduzione italiana di F. Fiore: HÄBERLE, *Diritto e verità*, Torino 2000). V., infine, per una tematizzazione generale del problema, di cui illumina i molteplici aspetti, BALAGUER CALLEJÓN, *La constitución de l'algoritmo*, II ed., Zaragoza 2023, *passim*, spec. 125 ss.

⁷⁰ Un'agile sintesi informativa è contenuta nel recente documento elaborato dal Servizio studi del Parlamento Europeo: ADAM, HOCQUARD, *Artificial intelligence, democracy and elections*, PE 751-458, October 2023.

⁷¹ HARARI, *21 Lessons for the 21st Century*, London 2018 (*21 lezioni per il XXI secolo*, trad. M. Piani, Firenze 2018).

⁷² Sul ruolo persistente delle Costituzioni nel mondo contemporaneo: MIRANDA (a cura di), *A Constituição no limiar do século XXI*, Lisboa 2016, *passim* e ivi ID., *Presentação*, 22 ss.

parte, dalla data della sua entrata in vigore ad oggi sono intervenute numerose modifiche, in virtù delle quali la Carta attualmente vigente è sensibilmente diversa da quella licenziata dai membri dell'Assemblea costituente nel dicembre 1947.

È, tuttavia, da auspicare che, a differenza di quanto è accaduto — con alterne vicende — nell'ultimo quarto di secolo, il legislatore costituzionale abbia la dovuta consapevolezza della delicatissima rete di equilibri che tiene insieme il disegno complessivo. Ed è anche da auspicare che, nell'affrontare i problemi dell'oggi — e la crisi da cui sono attraversate le liberal-democrazie contemporanee — ricerchi strumenti all'altezza della sfida, senza ricorrere pigramente a ricette novecentesche, che, non solo, non sfiorerebbero le cause della crisi, ma rischierebbero di accentuare le derive da essa innescate.

LA RELACIÓN ACTUAL REALIDAD-CONSTITUCIÓN: PLANTEAMIENTO INICIAL PARA DESARROLLOS POSTERIORES

CARLOS DE CABO
Universidad Complutense de Madrid

Entre las no muchas satisfacciones que tiene el «edadismo», en cualquier circunstancia pero, sin duda, en la universitaria, se encuentra, en mi caso, la de «haber llegado a tiempo» de participar en este *Liber Amicorum* dedicado al prof. Gregorio Cámara Villar. Quiero manifestar así, mi más sincero reconocimiento a su trayectoria científica y académica y también, de manera muy especial, mi agradecimiento por lo gratificante de nuestra larga relación personal e intelectual.

I. Cuestiones previas sobre la relación derecho-realidad (técnica, ciencia, historia, constitucionales)

El enunciado general hace referencia directa a una cuestión que aquí se va a tratar en aspectos concretos como es la relación existente entre Derecho y realidad, ahora especificada en el ámbito constitucional.

Esta cuestión básica y tratada de manera general, ha recibido múltiples respuestas como las del Historicismo que, en sus diferentes manifestaciones, pone el acento en los aspectos cambiantes y variables de esa relación; las Iusnaturalistas que, contrariamente, destacan los elementos de permanencia e inmutabilidad «esencial»; las que se pueden incluir en el realismo y materialismo que subrayan la complejidad de la interrelación y sus influencias recíprocas; o las positivistas (jurídicas) que, en gran medida, prescinden de ella (de la relación, aunque, después operan sobre sus resultados sin tenerla en cuenta).

Pero al plantear esa cuestión y su desarrollo, se está incidiendo en lo que es y significa la Historia en materia jurídico-constitucional y también aquí hay que

fijar una posición en cuanto tiene, igualmente, distintas aproximaciones. Aunque también las posiciones son numerosas, conviene al menos citar —para separarse de ellas en base a la concepción a la que se apunta con la idea de relación y que se completará después— las que entienden que esa Historia es fundamentalmente la de las «doctrinas» que pueden considerarse constitucionales (y se distingue entre las «antiguas» referidas a un «ideal» de orden y las «modernas» que ya se basan en los «principios» establecidos en la constitución)¹; y las que, en otro sentido, afirman las dificultades para una «Historia constitucional», en real y estricto sentido, desde la aparición del Poder Constituyente por la contradicción entre la Historia (constitucional) que es relatividad, contingencia, apertura e imprevisibilidad y el Poder Constituyente que es un absoluto, Poder, fijación de un proyecto indiscutible, por lo que solo cabría una «historia» de las Constituciones, es decir, Historia del Poder constituyente².

La temática se complica al fijar la posición que se mantiene respecto de lo que se puede considerar «la epistemología constitucional» es decir el «conocimiento» de esa posible Historia constitucional y, en concreto, sobre lo que puede en este ámbito aportar el Derecho Constitucional.

Este aspecto remite, asimismo, a una problemática general que, aunque lejana en el tiempo, aflora cuando se plantean otras más concretas y actuales como ocurre ahora. Es la que implican las expresiones que se utilizan de Técnica jurídica y Ciencia del Derecho. Como tampoco se trata de exponerlas se puede directamente partir de la que se considera más extendida y que si bien admite la peculiaridad de una «técnica» concreta en el manejo y aplicación práctica del Derecho, esta «practicidad», se considera que no puede negarse a la Ciencia del Derecho, que se configura también como tal y, además, comprende la «construcción», la interpretación, el conjunto lógico de lo que (sobre todo a partir de la Pandectística y el Positivismo) se conoce como Dogmática; y no sólo se entiende como Ciencia del Derecho a esta configuración sistemática del mismo sino que —se afirma— este es el único contenido posible de la misma; la Ciencia del Derecho tiene, pues, un contenido exclusivamente «endógeno» respecto del objeto del conocimiento al que, en cierta medida, configura; cualquier otra perspectiva se considera que forma parte del «naturalismo social», del realismo o del sociologismo, que se rechazan.

Sin replantear esta «antigua cuestión», sí cabe hacer dos observaciones para fijar la posición que se mantiene:

Una, es que, respecto del concepto de Ciencia y aun sin problematizar el que subyace en la anterior perspectiva de la Ciencia como «saber sistemático», tam-

¹ M. Fioravanti, *Constitución*, Ed. Trotta, Madrid, 2001

² G. Zagrebelsky, *Historia y Constitución*, Ed. Trotta, Madrid, 2005.

co puede desconocerse que «el conocimiento científico» como categoría también se define en base a un elemento causal, en el que se incluye —porque puede serlo— el de interrelación, cuando el objeto se integra o forma parte de un conjunto, de un «todo», en forma tal que es esa interrelación su manera de insertarse en él lo que contribuye a determinarlo, explicarlo, en definitiva, a conocerlo. Y, por tanto, esta sería la base para hacer posible de forma real una Historia Constitucional.

La otra observación es que las concepciones citadas, de las que se viene disintiendo, se refieren de manera general al Derecho sin más especificaciones. Y debe tenerse en cuenta que esa concepción surge y se conforma a partir del Derecho privado y aunque se explica y adapta después al Derecho Público sobre todo a partir de la doctrina alemana conocida precisamente así («Dogmática del Derecho público») se hace sobre esa base privatista en sus categorías fundamentales (sujeto, personalidad jurídica, relación jurídica, etc.). Y, sin embargo, es imprescindible, una exigencia ineludible epistemológica y metodológicamente, singularizar la cuestión en cuanto se trata de una especificidad diferenciada y que necesita un tratamiento igualmente diferenciado como es el del Derecho en el ámbito constitucional. Sin entrar tampoco en toda la complejidad que indudablemente comprende esta materia, lo que interesa señalar de esa especificidad es que a diferencia del Derecho subconstitucional (Privado o público) el Derecho constitucional y su objeto básico, la constitución, además de los otros aspectos de supremacía, etc. que en lo que ahora se analiza no interesan, son los componentes «frontera», «exteriores», del sistema jurídico, de manera que no es —sólo— que sean los más próximos o «contacten» con la realidad, sino que directamente se relacionan con ella porque surgen más directamente de esa realidad, de su dinámica, de la dinámica real, que no es propiamente Derecho, como ocurre con el Poder Constituyente; por consiguiente, cabe decir que, en cuanto «proviene» de esa realidad y esa realidad es un elemento causal de su objeto de conocimiento, (la Constitución), su tratamiento tiene que incluirla como una exigencia del conocimiento científico antes mencionado.

Este planteamiento es fundamental para seguir avanzando en esta temática y, en particular y a continuación, lo que puede aportar la Historia Constitucional entendida desde estos supuestos.

Porque, desde ellos, cabe considerar que esa Historia constitucional ofrece una muestra de cómo se ha ido concretando esa relación Derecho (constitucional)-realidad, de su importancia y de doble dirección —epistemológica— en cuanto no sólo permite contribuir a explicar la dinámica jurídica en conexión con la real, sino de algo que, para el objeto de que se trata, tiene interés, como es que los cambios en el Derecho (constitucional) pueden servir de indicador sobre lo ocurrido en la realidad, de manera que se considera que la Historia se «escribe» y, por tanto puede «leerse», también, en términos constitucionales. Y, en todo caso,

se admite que esa interrelación es, necesariamente, permanente, ininterrumpida y es, precisamente, de la importancia y permanencia de esa interrelación, de la que ha surgido uno de los desarrollos más destacados de la Teoría y el Derecho constitucionales como es el referente al cambio constitucional en sus diferentes formas.

II. Hipótesis de que se parte sobre el estatismo constitucional y la aceleración histórica (el acontecimiento). Supuestos causales

De lo que se trata ahora es de plantear si, en las circunstancias actuales, esos supuestos han dejado de tener vigencia y en consecuencia se verificaría la hipótesis (que las circunstancias actuales que se analizan después permiten formular) de que esa relación que históricamente se ha mantenido entre la dinámica real y la constitucional, se ha interrumpido; con una característica de la coyuntura actual que añadiría relevancia y singularidad, como es la de que se está pasando por una fase que no sólo ha desmentido, desde los hechos, las distintas tesis que, con diferentes formulaciones a veces no expresas, apuntaban a un «Fin de la historia» (que apoyaría un «Fin de la historia constitucional») sino que se asiste a la evidencia de estar en una fase de transformaciones incomparablemente más rápidas que el ritmo histórico anterior y —así se sostiene— más profundos, lo que autoriza a calificarla de «aceleración histórica» (incluso acentuada y especificada por lo que se dice a continuación.

Resultaría así, no sólo sorprendente, sino contradictorio, que mientras la realidad, en su «totalidad» y, específicamente la realidad sociopolítica, adquiere esa dinámica de rapidez y cambio, el nivel constitucional mantuviera una «estática», no correspondiente; con una peculiaridad que matiza — como se indicaba — fuertemente esta circunstancia, agravándola, como es que se produce en una aceleración histórica específica en la que están presentes elementos de nuevo tipo que hacen que el cambio y su ritmo se produzca de manera también diferente a como lo hacía en las fases anteriores: no mediante un «proceso» sino mediante «hechos» que tienen los caracteres que los convierten en «acontecimientos». Se trata de «hechos» que aparecen como imprevisibles, repentinos, pero rupturistas, con la particularidad de que en la fase actual que se contempla no tienen el carácter de excepcionalidad que podría suponerse sino que aparecen en forma sucesiva, próximos en el tiempo y con distintos contenidos que es, justamente, lo que caracteriza esta nueva forma de aceleración de la Historia. Estas circunstancias, de las que se ha dado cuenta en algún estudio anterior, se siguen confirmando así en el ámbito de la economía global; se subraya que en el último cuarto de siglo han sucedido cuatro grandes crisis globales, que son cada vez más recurrentes, y a un ritmo también cada vez más rápido y aunque esto es lo que se quiere destacar ahora,

tiene también relevancia indicar brevemente que las causas no son las coyunturales que a veces se apuntan (tales como el momento inflacionista actual o la ineficacia de las políticas puramente monetaristas) sino otras que, entendiéndolas según las categorías que aquí se utilizan, tienen su base en la nueva configuración del Capital (predominio protagonista del capital financiero y especulativo en detrimento del productivo) del Trabajo (con una notable disminución del mismo y su repercusión en la creación del valor) y en su relación con el consiguiente efecto de aumento radical de la desigualdad, y entre otras consecuencias, con su posibilidad conflictiva y su disfuncionalidad; y, puede deducirse también como efecto de lo anterior y que tiene particular interés desde los supuestos que se manejan, señalar lo que se denomina «sociedades sin contrapesos» frente a ciertos problemas y poderes estructurales³.

Parte de esta problemática de manera menos explícita y con otra finalidad se puso de manifiesto al tratar lo que se denominó «situación constitucional», caracterizada —junto a otros aspectos que ahora no interesan— por la coexistencia de una Constitución formal y una realidad que, a través de factores tanto externos como internos la contradicen o desconocen en contenidos básicos⁴. El análisis que aquí se hace es no sólo una continuación sino también una exigencia de ese anterior ya que, por una parte, en él sólo se constataban fácticamente una serie de cuestiones; ahora, por la relevancia que adquieren en este planteamiento, deben explicarse para contribuir a dar una respuesta desde el Constitucionalismo crítico que, como se ha repetido, se dirige no tanto a otros planteamientos constitucionales sino a la realidad existente; y, por otra parte, porque la situación ya no es la misma y ha generado una dinámica de la que hay que dar cuenta.

Para ello parece metodológicamente necesario y previo, conocer, identificar, los elementos más relevantes que han condicionado esa relación (Derecho-realidad) históricamente, es decir, en el espacio (sobre todo el Norte, aunque se haga referencia al Sur global como contraste) y en el Tiempo o tiempos constitucionales y ponerlo en relación con la circunstancia actual. Todo ello en el supuesto de observar su contenido exclusivamente desde el punto de vista material quiere decirse sin valoración previa en base a la cual pudieran sólo admitirse ciertos cambios y excluirse otros.

Generalizando en lo permisible para hacer una interpretación global más que una exposición empírica y partiendo como supuesto básico, tal como se indicaba, del Norte y, más en concreto de Europa y con el modo de producción capitalista como dominante, puede advertirse que los cambios constitucionales, tanto los

³ J. Torres, *Más difícil todavía*, Ed. Deusto, Barcelona, 2023

⁴ C. de Cabo, *La «Situación Constitucional» actual desde el Constitucionalismo crítico*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2023.

resultantes de procesos constituyentes como reformistas, han seguido de manera preferente una de estas dos direcciones que ya inicialmente los diferencia y hasta los contrapone: o bien el impulso y movimiento se ha originado en la sociedad y se ha proyectado «de abajo a arriba», de la sociedad a las instituciones, o, bien se ha producido y ha surgido en una dirección o sentido contrario, es decir, de las instituciones, del Poder, a la sociedad; pero es que esta distinta dirección que muestran en su desarrollo son la manifestación de hechos más profundos en los que aparece su verdadero y distinto significado y naturaleza: en el primer caso, el origen y causa decisiva estaría en un «Conflicto» (con las características e importancia que tienen en el Capitalismo) que obliga a una respuesta constitucional; y en el segundo, el origen y causa decisiva estaría en «exigencias del sistema de dominación» (igualmente, capitalista) que se pretenden garantizar y legitimar constitucionalmente.

No se desconoce y es apreciable la interrelación que, según las circunstancias, se produce entre ellos y los puede hacer concurrentes, manera variable, lo que, a su vez, matiza los procesos; pero lo significativo y claramente apreciable es el predominio y la forma en que se produce, del uno sobre el otro.

III. Verificación: el conflicto y las exigencias del sistema de dominación como alternativas constituyentes definitorias de espacios y tiempos constitucionales distintos

Conflicto y exigencias del sistema de dominación son, pues, los supuestos causales básicos de los que hay que partir y de los que derivan los caracteres distintivos de los diferentes cambios constitucionales. De manera simplemente ejemplificativa pueden señalarse (con perspectiva dialéctica) tres momentos fundamentales en el desarrollo del constitucionalismo en los que esos supuestos se manifiestan:

El primero tiene que ser también el primero en el orden histórico, con la imposición como dominante del Modo de producción capitalista que se expresa y consolida a través de la formulación constitucional correspondiente, y que supone también, en esa forma correspondiente la aparición histórica del orden constitucional. Por consiguiente, en este primer momento, son las exigencias de la nueva forma de dominación las que se imponen preferentemente. Porque si bien en Europa (y especialmente en Francia) la imposición de la forma constitucional está precedida de lo que se conoce como Revolución burguesa, ya esa misma denominación está indicando al factor burgués como determinante de la misma; es, sin duda, uno de esos supuestos y probablemente el más destacado en el que, por ser el final de esa etapa tan compleja como es la Transición al Capitalismo, se dan también en el paso al Capitalismo elementos de gran complejidad y, entre ellos,

como se decía, la concurrencia de aquellos dos hechos básicos (conflicto y exigencias del sistema de dominación) si bien aparece con la claridad que ofrece su resultado final, que el conflicto que le precede se subordina a él y tiene un carácter instrumental, como se señala, de «exigencia» para la nueva forma de dominación. En Francia aparece con más claridad como ocurre con prácticamente todos los procesos históricos (ya indicaba Marx que era el lugar adecuado para estudiarlos porque se desarrollaban de manera completa) y así ocurre en este caso con el trazo sucesivo Revolución burguesa-Declaración de derechos-Constitucionalismo; pero en otro escenario de espacio y tiempo constitucional como es el de los Estados Unidos, aunque inicialmente aparece menos claro hay que tener en cuenta, por una parte y fundamentalmente, que la Constitución de 1787 —distanciada ya del conflicto colonial que es de otra naturaleza— establece el modo de producción y la forma de dominación capitalista de manera directa y nada sofisticada como se ha puesto debidamente de manifiesto; el conflicto subsiguiente (la Guerra de secesión) tiene el significado, aunque tenga otros y sin duda inequívoco, de consolidar y generalizar la forma de dominación del capitalismo industrial del Norte frente al de plantación (esclavista) del Sur, es decir, de nuevo, una «exigencia» de ese específico sistema de dominación.

Un segundo momento puede entenderse como representativo del predominio del papel constituyente del otro elemento que se consideraba, el Conflicto. Es también el primero de esta naturaleza en cuanto plantea por primera vez el conflicto de clase, producto no ya de la imposición, como en el supuesto anterior, sino del desarrollo que ya ha tenido el modo de producción capitalista. Con la revolución industrial cristalizan las dos clases a que dio lugar ese desarrollo del capitalismo en Europa, burguesía y proletariado que, por primera vez, se enfrentan de manera directa en los movimientos que con distintas formas y efectos se extienden por Europa a partir de los que se inician en Francia en 1848. Ahora el conflicto como causa prevalente y prácticamente única, aparece con claridad, así como sus efectos, en las constituciones que ya recogen nuevos derechos más allá de los estrictamente necesarios al sistema de dominación como ocurre con la ampliación del derecho del sufragio; es lo que ha permitido considerar a esta fase constitucional como el paso de un constitucionalismo liberal a un (en el nivel histórico en que se produce) constitucionalismo democrático.

Precisamente por su carácter modélico sirvió como es conocido para verificar y desarrollar una de las más destacadas teorizaciones sobre el conflicto como fue la de Marx; también, por tanto debe admitirse esa relevancia del conflicto en el plano constitucional desde el significado constituyente que es el que ahora se contempla.

El tercer momento que se cita con ese carácter ejemplificativo que permite prescindir de la continuidad histórica, es el del Constitucionalismo y el de las

constituciones del Estado Social. Se justifica porque también representa un «modelo», si bien de otro tipo y es que responde a un proceso en el que intervienen muy definidamente y de la manera más históricamente desarrollada y completa, esos dos hechos o elementos causales de que se parte: tanto el conflicto como las exigencias del sistema de dominación; de ahí que se pueda indicar que tiene cierto carácter de «síntesis», en «perspectiva dialéctica», en el orden lógico más que real o histórico, de forma que es la expresión más completa de esa característica interrelación entre ambos que se indicaba, en su versión más intensa y, relativamente, equilibrada. De ahí que se utilice la expresión «Pacto Capital-Trabajo» para denominarlo. Aunque también finalmente aparezca uno de ellos como predominante, como son las exigencias del sistema de dominación, lo que se traducía constitucionalmente en la necesaria «concesión al Trabajo de unos ciertos derechos sociales, por otra parte, débilmente garantizados. A veces se ha citado como precedente de esta situación a la constitución de Weimar en cuanto podría aceptarse que en ella se manifiestan aunque en un grado notablemente menor, caracteres como los apuntados.

IV. La expresión diferenciada de esas alternativas en aspectos materiales y formales del modelo constitucional

A partir de lo anterior estos dos elementos o hechos causales señalados sirven para aportar especificaciones y explicaciones constitucionales en distintos aspectos:

Primero. Quizás el primero que debe señalarse es que cuando en el proceso constituyente opera como dominante el Conflicto, es decir, como se decía, cuando la dirección es de «abajo arriba», de la sociedad a las instituciones, el proceso es más democrático y participativo que cuando se trata del predominio del otro elemento y se podría también verificar contemplando las constituciones históricas que han surgido de una y otra forma. Y en esta ampliación participativa y electoral debe subrayarse que se incluye de manera señalada el reconocimiento del voto femenino.

Segundo. De acuerdo con lo que antes se decía (al referirse a la relación realidad-constitución) sobre que en la historia constitucional está también «escrita» la «historia real», pueden diferenciarse y a la vez caracterizarse los distintos espacios y tiempos constitucionales (es decir de los diferentes ámbitos según la presencia que en ellos han tenido los elementos o hechos contemplados); probablemente el ejemplo más destacado se encuentra en la contraposición que cabe establecer respecto de esta cuestión entre Francia y España. Mientras Francia, el «espacio y tiempo constitucional francés», puede considerarse caracterizado por el predominio del conflicto en prácticamente toda su historia constitucional, en España, el

espacio constitucional español, cabe entenderlo como caracterizado por el predominio, también a lo largo de todo su tiempo constitucional, del otro elemento, es decir, de las exigencias del sistema de dominación y hasta tal punto que apenas podría hablarse de «Historia» constitucional española (por eso se utilizaba antes la expresión tiempo constitucional) en términos de transformación o cambio real de paradigma. Porque aunque con alguna frecuencia se describe la supuesta historia del constitucionalismo español⁵ en términos de alternancia, incluso «pendular», lo cierto es que los criterios que se utilizan son, relativamente accesorios y superestructurales, que no afectan a la Dominación, por lo que se puede afirmar que frente al cambio lo característico es la continuidad⁶. Lo que se conoce como la «vía agraria hacia el capitalismo» seguida en España, con toda sus implicaciones en la configuración de las clases sociales en la relación centro-periferia, en el tipo de propiedad que se impone, es un factor causal decisivo.

Se podría afirmar —quizás exagerando, aunque sólo relativamente, la tesis— que este predominio de las exigencias del tipo de dominación en los cambios constitucionales en España, es tan característico, que ha permanecido hasta la actualidad. Porque si bien las distancias del tiempo histórico así como el paso de una dictadura a una democracia imponen establecer diferencias radicales en otros planos, en el que aquí se contempla y aunque tenga ya una naturaleza distinta, puede seguirse afirmando que en el proceso constituyente y la Transición de 1978 se impusieron «las exigencias del sistema de dominación». Es decir, fueron las necesidades históricas reales objetivas más que el factor subjetivo, que es el que se destaca en la versión oficial, las que requerían un sistema estructural de reproducción social diferente tanto desde el punto de vista interno como el de las relaciones exteriores. Fueron estas circunstancias las que se impusieron finalmente aunque se sitúe en primer plano y se destaque la existencia de otros ingredientes como el «consenso» entre las elites, precisamente por la coincidencia de intereses que justamente se presentaban en esas circunstancias objetivas. Un síntoma o prueba visible de este carácter se mostró en la permanencia, intocable respecto de su configuración en la Dictadura, de los factores que garantizaban la continuidad y la estabilidad en el ámbito estructural del sistema, como fueron el mantenimiento de la Monarquía, el mantener la Administración, el ejército y las fuerzas de seguridad, así como la judicatura.

Tercero. Estos dos hechos o elementos causales que se vienen considerando, se vinculan directamente a categorías y formas político constitucionales de gran relevancia. Así cuando el predominio en el cambio constitucional se produce en

⁵ J. Solé Tura, E. Aja, *Constitución y periodos constituyentes en España*, (1908-1936) Ed. Siglo XXI (España), 2009.

⁶ J. M. Jover, *Conciencia obrera y Conciencia burguesa en la España Contemporanea*, Ed. Ateneo, Madrid, 1952.

base al conflicto, el proceso constitucional se vincula, como resultado final y de manera suficientemente generalizada, a la República; cuando el predominio en este cambio constitucional corresponde a lo que se ha denominado «exigencias del sistema de dominación», el proceso y resultado final se ha vinculado históricamente y de manera más frecuente, a la Monarquía. El hecho se manifiesta también «a sensu contrario» en base a las excepciones que aparecen en los respectivos espacios constitucionales y que confirman la regla general. Los más significativos son los de España e Inglaterra respecto de la forma monárquica y la excepción republicana.

En España, los procesos constituyentes (y los correspondientes textos constitucionales del proyecto de 1873 y el de 1931) de los que proceden las excepciones republicanas de su historia constitucional derivan con claridad del Conflicto. En el primer caso, se entiende, de manera generalmente aceptada, que es resultado de la Revolución de Septiembre como se conoce a la «Gloriosa de 1868» (y así aparece incluso en el preámbulo⁷ que, a su vez, se considera que es la versión española de los movimientos revolucionarios europeos de 1848. Y, asimismo, el Proceso Constituyente de la Segunda República de 1931, es evidente que tiene lugar de «abajo a arriba», en cuanto es desde «el abajo» que representaron los resultados de las elecciones en el nivel inferior, las municipales, desde donde se inicia el proceso y se manifestó el conflicto subyacente⁸.

El caso inglés es particularmente significativo porque, justamente lo que puede considerarse su único proceso realmente constituyente que da lugar también a una única Constitución formal y del que procede la que es, igualmente, la única aparición de la República, es resultado del conflicto (de la «revolución de Cromwell») que existe en el complejo siglo xvii inglés, fruto del precoz desarrollo del capitalismo que anticipa en Inglaterra supuestos que aparecerán después en el continente europeo. El *Instrument of government* (la Constitución que establece la República) es la cristalización y expresión del mismo.

Cuarto. Finalmente y como consecuencia de todo lo anterior, se registran diferencias importantes que, en el orden formal, traducen los aspectos preferentemente materiales citados. Y así, las Constituciones que tienen un origen en el Conflicto son las que históricamente muestran una configuración formal, jurídica, más desarrollada. Inicialmente porque son necesariamente Constituciones escritas (a diferencia de lo que ocurre en el otro supuesto de Constituciones no formales que representa ejemplarmente Inglaterra). La complejidad que implica siempre el conflicto por los diversos intereses y las diversas partes que intervienen, las correspondientes confrontaciones ideológicas y políticas que implica el Republicanis-

⁷ J. Ferrando Badía, *La Primera República española*, Edit. Edicusa, Madrid, 1973.

⁸ N. Perez Serrano, *La Constitución española*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932.

mo⁹, hacen que esa multiplicidad de componentes requiera su fijación por escrito; lo que también implica tanto la pretensión de su cumplimiento (normatividad) como su vocación de permanencia.

Como una breve recapitulación en cierta manera conclusiva podría señalarse que de lo expuesto cabe ya tomar una posición acerca de los planteamientos que se hacían sobre la posibilidad del conocimiento causal del derecho según el concepto de ciencia que se mencionaba así como el contenido y carácter del Derecho constitucional y de la posibilidad de una historia constitucional con el sentido que se le daba, así como sobre aquella observación que se hacía de que también en las constituciones estaban «escritas» y podían «leerse» elementos básicos de la realidad con la que se correspondían tanto como en su estática (en el supuesto de que respondieran a las exigencias del sistema de dominación) como en su dinámica (en el supuesto siempre más expresivo como se ha visto de la que se basaban como factor predominante en las problemática del conflicto).

V. Hipótesis contraria y conclusión final

Frente a la posición aquí sostenida y expuesta sobre esa relación Derecho (Constitución)-realidad, existen otro tipo de posiciones contrarias tanto metodológica como de contenido y finalidades que es necesario tener en cuenta tanto para completar la temática como para deducir alguna conclusión de esa contraposición.

Se las puede considerar en su conjunto como funcionales, en el sentido de «función de la Constitución respecto de la realidad» y, con alguna salvedad, de carácter más propositivo que analítico y, en consecuencia más doctrinal y teórico, e, incluso, «idealista» que la aquí expuesta y hasta en contradicción con ella.

Puede entenderse que su origen se encuentra en la primera fase del Constitucionalismo, si bien todavía se discute entre los historiadores constitucionales cuando surge realmente el Constitucionalismo y si cabe hablar de Constitución en las etapas anteriores a la Revolución francesa, en su cristalización constitucional, y, por tanto se puede hablar de «Constitución antigua» y «Constitución moderna»¹⁰; y se discrepa incluso del contenido de ambos aspectos histórico culturales, el «antiguo» y el «moderno»; así, respecto del antiguo se defiende la superioridad de Roma sobre Grecia por su mayor desarrollo jurídico en relación con el Poder (y se contrapone *gubernaculum-iurisdictio*); y en la «Moderna» se discrepa igualmente porque se sostiene que la supuesta racionalidad de la modernidad político cons-

⁹ C. de Cabo Martín, *La República y el Estado Liberal*, Ed. Tucur, Madrid, 1977.

¹⁰ J. Varela Suances-Carpegna, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, sobre el libro (del mismo título) de C. H. McIlwain (traducción e introducción de J. Solozabal, (Edit. CEPS, 2016, REDC, N°110, (2017).

titucional, comienza ya cuando se describe o teoriza sobre la Soberanía (desde Bodino «perfeccionado», se afirma, por Hobbes) y se supera la fragmentación medieval y se alcanza una cierta Unidad política¹¹; y, asimismo, también se aprecian aspectos constitucionales en la Constitución histórica inglesa, especialmente desde la República de 1688 y sus resultados. No obstante, aquí la referencia que se tiene preferentemente en cuenta es la que procede ya del racionalismo explícito del siglo XVIII, es decir de la Ilustración en su ámbito primero y más desarrollado como es el francés. De acuerdo con ello el concepto de Constitución se inscribe en la confianza radical, nueva y única que se pone en la Razón como fuente e instrumento eficaz de dirigir la Historia, que, de manera continuada, camina en permanente «progreso».

Y de acuerdo con ello se entiende que frente al conflicto «poliárquico» medieval, se impone ahora la nueva legitimidad de base racional. Se va a considerar que no sólo no es admisible el dejar a las distintas fuerzas sociopolíticas que actúen separadamente sino que existe un medio para dirigir las coordinadamente que es la Razón expresada en la Constitución. La realidad, ahora, va a estar no sólo regulada sino «sometida» a las normas constitucionales. No se trata, pues, de la Normatividad que aparecerá mucho después (producto de otras circunstancias históricas) porque aquí se trata no ya de que la Constitución se cumpla sino de algo que no sólo es cuantitativamente superior sino cualitativamente: se parte de la realidad y su adecuación integral a la constitución. Esta será la «Constitución moderna» en los términos en los que —hay que volver a Madame Staël— se encuentra una base importante para la aparición del primer Republicanismo liberal¹². Más que los elementos democráticos y jurídicos, la confianza en la «Razón», que se incorpora a la norma constitucional, es la base de la nueva legitimidad.

La segunda de esas manifestaciones que comprende a su vez varias posiciones y que se sitúa también en lo que en el orden histórico, muy genéricamente, se puede considerar igualmente como funcional, es la que puede entenderse con el término habitualmente utilizado como de Integracionismo Constitucional. Como es bien conocido su origen se sitúa en R. Smend¹³ y se sitúa en el ambiente complejo sociopolítico y jurídico de la República de Weimar como se manifiesta entre otras formas en la polémica de Kelsen con Smend. Al tratarse de cuestiones ampliamente difundidas basta destacar aquí que la aportación de Smend se sitúa en la superación del Positivismo jurídico y trata de incorporar al Derecho constitu-

¹¹ M. Fioravanti, cit.

¹² G. Zagrebelsky, *Historia y Constitución* cit.; Madame de Staël, *Consideraciones sobre la Revolución Francesa*, Ed. Arpa, Barcelona, 2017

¹³ R. Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985. Sobre esa propuesta, significado e implicaciones, el libro básico es P. Lucas Verdú, *La lucha contra el Positivismo en la República de Weimar*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.

cional y al concepto de Constitución dos elementos hasta entonces ausente del mismo: el de la realidad y el de los valores. Y precisamente por ello y aunque ahora es lo que menos importa, no deja de plantear cierta confusión la vinculación entre esos elementos que pueden aparecer como contradictorios; introduce la realidad pero refiriéndola luego a una caracterización espiritual (del Estado) y lo mismo se puede decir de su apelación al «sentimiento constitucional» que si, efectivamente, puede admitirse su importancia «integradora», también parece incluir un cierto elemento de «irracionalidad» en un análisis que pretende lo contrario.

Pero lo que interesa señalar es su entendimiento del orden constitucional a través de su «función» integradora de la realidad, de manera que es a través de los distintos mecanismos que se señalan (personales, funcionales y materiales) como se logra la «integración» sociopolítica (de la que la Constitución es su expresión jurídica). Se afirma, pues, la necesaria vinculación de la Constitución con la realidad y además que esa vinculación, esa relación Constitución-realidad, es de «integración»¹⁴. Debe señalarse de nuevo que la aportación de Smend tiene lugar en el antes señalado complejo ambiente de la República de Weimar; se hace esta advertencia porque con posterioridad se le utiliza para, en otros contextos, defender ciertamente unas posiciones de carácter «integrador» pero que ya tienen otro sentido, tal ocurre cuando se hace la referencia a Smend pero, en buena medida, invirtiendo su planteamiento. Así sucede cuando en la actualidad se sostiene que la Constitución y el orden constitucional sólo caben y pueden funcionar como tales cuando se basan en una realidad ya integrada social económica política y culturalmente.

El ejemplo más característico de esta posición es el que se mantiene por importantes sectores de la doctrina constitucional actual que afirman que la dificultad o imposibilidad para la existencia de una «Constitución europea» es, justamente, la ausencia de esa «integración» o, como se dice más concretamente, la no configuración de un real «populus» europeo que le confiera identidad (Zagrebelsky) y posibilite una «ciudadanía europea».

Y sin hacer mención a Smend en concreto puede afirmarse que en gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional actuales se encuentra de forma mayoritaria y de manera más o menos expresa, el entendimiento de la relación Constitución Realidad o bien como integración o como vocación, tendencia o aspiración a que lo sea. El fondo de la cuestión que subyace en esta posición de generalización integradora se encuentra también materialmente en otra posición de amplia vigencia actual aunque de otra procedencia epistemológica como es la aplicación que se hace al ámbito jurídico constitucional de la Teoría de los sistemas.

¹⁴ J. G. Casanova, «La idea de Constitución en Karl Loewenstein», *Revista de Estudios Políticos*, nº 139, 1965.

A partir de la difusión y sobre todo de una notable vulgarización de la tesis de Luhmann, la Teoría de los sistemas se aplica más o menos explícitamente al Derecho y a la Constitución en su interacción con la realidad sociopolítica, entendiéndola como «integrada» en cuanto los distintos subsistemas diferenciados se interrelacionan a través de mecanismos de reproducción de continuos equilibrios. Y de nuevo la idea de «equilibrio» en los sistemas complejos adquiere importancia ahora¹⁵. Porque de la Teoría de los sistemas se acepta aquí que se trata de un conjunto de elementos que interaccionan pero —y esto es lo decisivo— dentro de los límites que permite «el sistema» (es decir, de nuevo, el «equilibrio») para que continúe como tal «sistema». Es decir, que, finalmente ese conjunto que aparece «diferenciado» en subsistemas, termina actuando, comportándose, decidiendo «como un todo».

Las tesis subyacentes en estas ideas de integración y sistema se han extendido hasta el punto de que aun en posiciones inicialmente distintas y aun contrarias se registra su huella. Tal ocurre con algunas de las tesis que se encuentran en autores como Habermas considerados en cierta manera antitéticos; porque si en obras anteriores mostró sus diferencias e incluso su oposición a las posturas de Luhmann, sin embargo, en obras posteriores (la más característica es «Facticidad» y «Validez») empieza a considerar algunas de las posiciones próximas a las defendidas por él en cuanto entiende el Derecho como un factor «de integración», dado que, según sostiene, esa «doble validez» del Derecho, tanto instrumental respecto de los sistemas como legitimadora respecto del «Mundo de la vida», permite relacionar ambos espacios. Porque afirma que el Derecho termina presentando la misma lógica de los sistemas, de manera que el sistema jurídico permite la «comunicación» tanto entre los sistemas entre sí (político, económico, cultural) como con el Mundo de la vida¹⁶.

Esa utilización generalizada y expansiva de la teoría de los sistemas se basa en gran medida en su nivel de abstracción, lo que vinculado a su pretensión holística hace que, aunque sea muy genéricamente, la dota de una gran capacidad inclusiva. De ahí que se haya aplicado o utilizado para la construcción de otra categoría que tiene también ese carácter holístico como es la de Modo de producción¹⁷. Se trata, sin embargo, de ámbitos tan distintos en cuanto a sus fuentes y objeto de conocimiento, metodología, contenido y «beligerancia» frente al supuesto «neu-

¹⁵ *De la Teoría general de Sistemas a las ciencias de la complejidad*, J. Navarro Cid, Tesis Doctoral, Univ. De Barcelona, 2001

¹⁶ J. Habermas, *Facticidad y validez*, Ed. Trotta, Madrid, 2010. A. Babieri Durao, «El Derecho como forma de integración social en Habermas», *Rev. Analecta Política*, V. 11 (21), 2021, U.P.B., Medellín.

¹⁷ E. Perez Touriño, «Modos de Producción, Sistema económico y análisis económico», *Cuadernos de Economía*, Vol. 11, N° 32, Univ. De S. de Compostela.

tralismo sistémico», que no cabe en una aproximación que mínimamente prescindiera de vaguedades o referencias genéricas, establecer la menor relación. Salvo que esa relación se pueda entender como contradicción, suponiendo que la contradicción tenga este carácter relacional. No obstante, la aproximación se ha hecho, hasta el punto de que, con frecuencia, se utilizan como sinónimos ambos términos (Sistema-Modo de producción) sin plantear siquiera esta cuestión; pero otras, se hace «teóricamente», planteándose la posibilidad de una aproximación entre ellas de doble dirección, de manera que la Teoría de los sistemas se convertiría en una teoría de los sistemas crítica y a su vez la Teoría crítica (en la que se podría incluir la concepción y el método del Modo de producción) se convertiría, igualmente, en una Teoría crítica de los sistemas sociales a través de sucesivas y respectivas adaptaciones¹⁸. Asimismo, aunque de menor relevancia pero que reafirma esa confusión, es la utilización relativamente generalizada del término Sistema para caracterizar a la crisis económica desencadenada a partir de 2008, en lugar de hablar de crisis del Modo de producción capitalista o simplemente del Capitalismo; y aunque sea excepcional, también muestra esa tendencia a no distinguir esos diferentes ámbitos, el que, en algún caso, se llega incluso a hablar de un enfoque «dialéctico-sistémico», aunque sea sólo para un análisis sectorial¹⁹.

Sin necesidad de exponer ahora esta problemática que ya se ha hecho en distintos trabajos anteriores²⁰ y tampoco es central ahora, bastará con señalar, respecto de lo que aquí más interesa, que si en la concepción sistémica lo fundamental es la perspectiva de la «estabilidad», de la continuidad, y, en su caso, de una dinámica intrasistema, lo que supone la exclusión por principio del Conflicto antisistema, es decir, superador y destructor del mismo, en la del Modo de producción sucede algo bien distinto y en clara antítesis; porque si bien se parte, desde un análisis de la realidad, de la interrelación y «correspondencia» entre los componentes de la misma (componentes que ya tienen una especificidad que nada tiene que ver con la que se incluye en la teoría de los sistemas como son las fuerzas productivas y las relaciones de producción con sus complejas derivaciones) se comprueba la posibilidad de «no correspondencia» y, por consiguiente, la posibilidad del conflicto antisistema, que se proyecte en una transformación del propio Modo de producción social. Se podrían añadir otros aspectos diferenciadores y también

¹⁸ R. Alvear, Ch. Haker, «Teoría de sistemas crítica y Teoría crítica de sistemas sociales», *Rev. MAD*, 42, 2020, Univ. de Chile.

¹⁹ «Enfoque dialéctico — sistémico para la Administración estratégica del conocimiento en el contexto social» (S. Cabrera, F. Josa, *Revista del Centro de investigación y estudios gerenciales-CIEG*, N° 51, Universidad de Barquisimeto, Venezuela, 2021).

²⁰ *Desde el Común* (Trotta, 2017); *Desigualdad real y Constitucionalismo crítico* (CEPC, 2021); *Pluralismo (del Norte)*, *Epistemología (del Sur)*, Aranzadi, 2022; *La «Situación Constitucional» desde el Constitucionalismo crítico*, Aranzadi, 2023.

otras consideraciones, pero se puede también afirmar que lo específico es esa «potencialidad» que se acaba de exponer a lo que conducen los distintos elementos respectivos (en uno, la autonomía de cada sistema, autopoiesis, igualdad operacional, códigos cerrados de cada uno respecto de la influencia exterior; en el otro la desigualdad, la jerarquía dominante de unos sobre otros componentes en determinadas circunstancias históricas, coexistencia contradictoria de elementos de distintos Modos de producción así como la posibilidad permanente ruptura).

Precisamente a partir de esta contraposición se puede establecer una conclusión final sobre todo lo expuesto en esta parte en el sentido de que las diferentes posiciones que se han citado como expresión de las concepciones sobre el carácter «integrador» en la relación realidad Derecho y forman la posición dominante, pueden considerarse que avalan y que se fundamentan en el factor constituyente que se denominaba «exigencias del sistema de dominación», lo que añade coherencia a todo el planteamiento que se hacía.

LIMITAZIONE DEL POTERE E LEGITTIMAZIONE DEL POTERE NELLA STORIA DEL COSTITUZIONALISMO

PAOLO RIDOLA
Sapienza Università di Roma

I. Costituzionalismo, legalismo e fondazione di una comunità politica

Nell'accezione più consueta, il termine «costituzionalismo» evoca la dottrina politica e costituzionale che preparò e fece da sfondo alle grandi rivoluzioni borghesi fra il XVII ed il XVIII secolo, affermando la priorità dei diritti individuali ed i principi della limitazione e della divisione del potere come pilastri di radicali trasformazioni degli ordinamenti politici in Europa e nell'America del nord.¹ E peraltro questa precisazione preliminare apre, a ben vedere, numerosi interrogativi. Il problema storico del costituzionalismo si colloca invero su piani differenti, a seconda che ci si riferisca all'epoca nella quale l'ideologia del costituzionalismo è stata elaborata compiutamente, o invece alla ricerca dei suoi legami anche molto risalenti con la riflessione secolare sui fondamenti dell'ordine politico, o infine alla forza di irradiazione del costituzionalismo sulle esperienze costituzionali dello stato liberale borghese nel XIX secolo e poi su quelle delle democrazie contemporanee.

Due opere recenti riaprono la discussione sulla controversia fondamentale che ha accompagnato la riflessione sul costituzionalismo: quella tra la fortunata declinazione statunitense, che dagli anni trenta del secolo scorso, si fonda sulla convinzione che l'esercizio del potere politico debba essere limitato da un complesso di regole imposte da un testo costituzionale, ed una concezione più ampia,

¹ V., per una prima sintesi, *N. Matteucci*, *Lo stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna 1997, 127 ss.; nonché *M. Fioravanti*, *Lezioni di storia costituzionale*, Torino 2021; e la ricchissima raccolta di documenti costituzionali in *G.G. Floridia—R. Orrù—L.G. Sciannella—A. Ciammariconi* (a cura di), *Lex facit regem. Rex facit legem*, Teramo 2005

radicata nella storia di una comunità politica, la quale pone al centro i principi incorporati in questa, che non derivano da un testo adottato formalmente, ma racchiudono anzitutto i diritti e le libertà che sono la linfa vitale di una «*political nation*».² E' una controversia oramai risalente nel tempo, la quale ha fatto emergere diversi punti di tensione che, aldilà degli itinerari storici del costituzionalismo, toccano nervi scoperti della riflessione sul metodo nella scienza giuridica. Il costituzionalismo si identifica soltanto in un complesso di istituti e tecniche di garanzia dei diritti e di congegni di limitazione del potere (il costituzionalismo come *garantismo*) oppure anzitutto come l'insieme dei valori che innervano una comunità politica, secondo le più recenti ricostruzioni del neocostituzionalismo (il costituzionalismo come fattore di *legittimazione* del potere politico)?³ E ancora, l'ideologia del costituzionalismo, largamente embricata nello sviluppo storico angloamericano del *common law*, ebbe il suo punto di forza in un processo di storicizzazione della tradizione giusnaturalistica, calata nell'esperienza di una comunità politica, o fu invece il varco di partenza dell'itinerario che, nel XIX secolo, condusse all'affermazione del giuspositivismo statualistico?⁴ E infine, alla fondazione del costituzionalismo moderno, furono più decisivi l'impianto del *Secondo Trattato sul governo* di Locke, o la legnosa risposta di Hobbes al *commonlawyer*, che contrapponeva la forza ordinatrice di un diritto imposto dal sovrano alla difesa della *iurisdictio* contro il *gubernaculum* di Edward Coke?⁵

Nei passaggi più recenti della controversia sul costituzionalismo sembra affiorare, in definitiva, la consapevolezza che, da un lato, declinazioni di esso troppo embricate nell'idea della costituzione scritta *superior paramount law* avrebbero prodotto, proprio nell'esperienza statunitense, vistosi e polemici arretramenti nell'originalismo ed in una tradizione riflessa staticamente nel mondo dei *Federalist Papers*; e dall'altro che concezioni troppo incentrate sul legame tra costituzionalismo e legalismo non avrebbero preservato quello dal rischio di una deriva di tipo «irenico», ma ne avrebbero sacrificato la capacità di irradiazione degli ideali del costituzionalismo negli assetti della democrazia e del governo delle società pluralistiche. Secondo queste recenti proposte ricostruttive, sono dunque i valori che scorrono sul fondo della sua storia e la costruzione di un *ethos* a rendere possibile la sopravvivenza della tradizione del costituzionalismo nel tempo delle società

² Cfr. R. Loughlin, *Against Constitutionalism*, Cambridge/Mass.—London/Engl. 2022, 3 ss.

³ Per la messa a fuoco di questo problema rinvio a P. Ridola, *Il costituzionalismo: itinerari storici e percorsi concettuali* (2005), ora in *Id.*, *Esperienza Costituzioni Storia*, Napoli 2019, 91 ss.

⁴ La questione è al centro della nostra controversia che oppone, negli anni sessanta del secolo scorso, Matteucci e Bobbio, di recente riproposta da T. Greco con una bella introduzione nel volume N. Matteucci—N. Bobbio, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Brescia 2021.

⁵ Per queste due differenti letture del costituzionalismo, sia consentito rinviare ancora a P. Ridola, op. ult. cit., ed alla risposta di M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in «Giurisprudenza costituzionale» 2006, 1643 ss.

complesse e delle interdipendenze dello stato costituzionale cooperativo⁶, ed a sorreggere ancora, nel tempo del «*democratic discontent*», che vedono affiorare concezioni dure della dinamica delle democrazie, fondate sull'esaltazione della polarizzazione *Freund/Feind*, vincitore/sconfitto, l'idea robusta di un diritto «*as a conversation among equals*».⁷

II. Gli itinerari del costituzionalismo: fra storia dei concetti e storia costituzionale comparata

L'uso della locuzione «costituzionalismo» come filo conduttore per ripercorrere un lungo itinerario di sviluppo delle esperienze costituzionali e della riflessione sui fondamenti dell'ordine politico richiede peraltro qualche precisazione metodologica. Seguendo i canoni della *Begriffsgeschichte*, il costituzionalismo non può essere annoverato, a rigore, fra i «concetti storici fondamentali», e tuttavia alla elaborazione di *Grundbegriffe* (costituzione, stato, sovranità, rappresentanza, diritti etc.) le dottrine del costituzionalismo hanno sicuramente contribuito in modo determinante. E ciò può affermarsi precisamente muovendo dall'assunto, che è tipico dell'indirizzo metodologico al quale faccio riferimento⁸, che la peculiare funzione espressiva di tali concetti vada colta in ciò, che essi collegano ed aggregano su di un piano più alto e generale concetti rappresentativi di aspetti fondamentali dell'ordine politico (territorio, cittadinanza, giurisdizione, legislazione, potere militare etc.), rispecchiando condizioni storiche, strutture economiche, articolazioni della società, caratteri culturali e religiosi differenti, e conservando peraltro nella lunga durata, e pur nello scorrere dei flussi temporali, fisionomie di significato che li rendono non sostituibili né intercambiabili, e dunque, per l'appunto, fondamentali.⁹ Essi possono essere, in breve, non soltanto un utile corredo ausiliario dello strumentario dello storico, ma chiavi di volta della interpretazione dello sviluppo storico, in quanto operano, ad un tempo, come indicatori di una realtà storica già individuata e come fattori del disvelamento di essa.¹⁰ Questo

⁶ E' la tesi di fondo di R. Loughlin, op. cit., 9 ss.

⁷ E' il filo conduttore del bel libro di R. Gargarella, *The Law as a Conversation among Equals*, Cambridge 2022

⁸ Sul quale v. almeno R. Koselleck, *Zeitschichten. Studien zur Historik*, Frankfurt a.M. 2000. spec. 287 ss. Sulla *Begriffsgeschichte*, v. almeno L. Scuccimarra, *Eventi linguistici. La Begriffsgeschichte e le sue radici intellettuali*, in ; H. U. Gumbrecht, *Dimensionen und Grenzen der Begriffsgeschichte*, München 2007.

⁹ V., per questa connotazione dei *geschichtliche Grundbegriffe*, R. Koselleck, *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprachen*, Frankfurt a.M. 2006, 99 ss.

¹⁰ In questo senso, v. R. Koselleck, op. ult. cit., 99.

spiega entro quali limiti e con quali cautele i percorsi del costituzionalismo si prestino ad essere ricostruiti secondo l'approccio storico-concettuale. E tuttavia è difficile negare che le dottrine del costituzionalismo abbiano rappresentato ad un tempo un crocevia nella elaborazione di concetti storici fondamentali ed un punto di osservazione privilegiato per seguirne nel tempo la loro evoluzione di significato. Sotto questo profilo, anche il costituzionalismo sembra appartenere a quella sfera di <neologismi che emergono di volta in volta e che reagiscono a determinate situazioni politiche o sociali, di cui cercano di registrare il carattere di novità o addirittura di provocarlo>.¹¹ E l'approccio storico-concettuale può così rivelarsi assai utile anche rispetto alle elaborazioni del costituzionalismo, per porre argine al rischio di una <inavvertita applicazione al passato di espressioni della vita costituzionale legate al presente e temporalmente condizionate> ed <alla tendenza a presentarle quali grandezze costanti>.¹² Cosicché anche gli itinerari del costituzionalismo si prestano allora ad essere ricostruiti, senza correre troppo il rischio di un travisamento dei canoni epistemologici di una *Begriffsgeschichte*, all'interno di una relazione triangolare fra linguaggio, concetto e realtà, combinando l'analisi sincronica del passato con l'articolazione diacronica del concetto per <conoscere trasformazioni strutturali di lungo periodo>, ed <i momenti della durata, del mutamento e della futuribilità> contenuti in una situazione storica concreta.¹³

Un primo e sommario inventario degli approcci definitivi al costituzionalismo sembra confermare la difficoltà della contestualizzazione storica. Da un lato, si è sostenuto con decisione che il termine <è esclusivamente moderno> e che esso <è stato inteso, per almeno un secolo e mezzo in un preciso significato garantistico>¹⁴. E si è aggiunto che il costituzionalismo indica <le dottrine, le norme e le istituzioni accolte nella maggior parte degli Stati in cui, a cominciare dagli ultimi anni del secolo XVIII, venne introdotto un governo, appunto detto costituzionale, in contrapposto a quello assoluto, fino a quell'epoca del tutto predominante>, per mezzo di <una limitazione dell'autorità governativa per mezzo del diritto, e la precisa determinazione, in apposite costituzioni scritte, dei limiti in tal modo instaurati>.¹⁵ Altri autori, pur riconoscendo che gli obiettivi fondamentali del costituzionalismo, <la limitazione dei poteri del governo attraverso il diritto> e la elaborazione di <una tecnica giuridica della libertà>, sono strettamente connessi con le origini del liberalismo nell'età moderna, si sono spinti ad indagarne le radici nelle antiche istituzioni rappresentative del Medioevo e ad approfondirne peral-

¹¹ Così R. Koselleck, *Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici* (1979), Genova 1996, 100.

¹² Cfr. ancora R. Koselleck, op. ult. cit., 98.

¹³ Cfr. ancora R. Koselleck, op. ult. cit., 95 ss.

¹⁴ Così G. Sartori, *Elementi di teoria politica*, Bologna 1987, 11.

¹⁵ Cfr. P. Biscaretti di Ruffia, voce „Costituzionalismo“, in „Enc. Diritto“, XI, Milano 1962, 130.

tro il <rapporto ambivalente> con la democrazia, derivante dall'affermazione di limiti dell'onnipotenza della sovranità popolare. Cosicché, più in generale, il costituzionalismo ha finito per indicare <la riflessione intorno ad alcuni principi giuridici che consentono a una costituzione di assicurare, nelle diverse situazioni storiche, il miglior ordine politico>.¹⁶

Questa via era stata additata soprattutto dalla dottrina costituzionalistica statunitense fra le due guerre mondiali, sotto il peso dell'insorgenza dei totalitarismi, ed invero non soltanto per rivendicare orgogliosamente le origini risalenti dei caratteri peculiari della democrazia costituzionale americana¹⁷, ritenuta il punto di arrivo più alto del processo secolare di <costituzionalizzazione> di un governo, di <istituzione> e di <mantenimento di limitazioni efficaci dell'azione politica>¹⁸, ma per ribadire con forza le ragioni del diritto su quelle della forza. Poiché oggi —scriveva C.H. Mc Ilwain nel 1940— <il mondo trema, in bilico tra le ordinate procedure del diritto, e i sistemi fondati sulla forza, che appaiono assai più rapidi ed efficienti>, è giunto il momento propizio <per un esame del *principio generale* del costituzionalismo> ripercorrendone la storia e tentando di valutarne, in un arco temporale esteso, che procedeva a ritroso fino all'antichità greco-romana, <i suoi passati successi>.¹⁹

Le controversie sull'interpretazione storiografica del costituzionalismo, come si è accennato in apertura, non si fermano qui. Anche assumendo un punto di vista storico più comprensivo, e situando peraltro solo la fase centrale e più matura della elaborazione del costituzionalismo nell'età moderna, e precisamente all'interno del processo storico che condusse al superamento delle forme tradizionali di dominio ed all'affermazione dell'idea della limitazione del potere sovrano, si profilano ulteriori interrogativi. Secondo alcuni autori, la «rivoluzione» del costituzionalismo si realizzò in Inghilterra già nel 1689, sebbene senza una costituzione scritta, e, in passaggi successivi, nel Nord America ed in Francia essa fu consegnata in documenti costituzionali che si prefissero un ordinamento globale della comunità politica.²⁰ Secondo altri autori, la «scrittura» delle costituzioni (<*the power of words engrossed on parchment*>) ha invece rappresentato il momento centrale dell'affermazione del costituzionalismo moderno, ed i conflitti costi-

¹⁶ Così N. Matteucci, op. ult. Cit., 127-128.

¹⁷ Si v., enfaticamente, E.S. Corwin, L'idea di «legge superiore» e il diritto costituzionale americano (1928), Vicenza s.d.. 128.

¹⁸ Cfr. C. J. Friedrich, L'uomo, la comunità, l'ordine politico, a cura di S. Ventura, Bologna 2002, 144, 155 s.

¹⁹ Cfr. C.H. Mc Ilwain, Costituzionalismo antico e moderno (1940), a cura di V. De Caprariis, Venezia 1956, 11.

²⁰ In tal senso v., fra gli altri, H. Vorländer, Die Verfassung. Idee und Geschichte, München 2004, 34 ss.; e ancora R. L. Blanco Valdés, La costruzione della libertà. Appunti per una storia del costituzionalismo europeo, Soveria Mannelli 2012

tuzionali inglesi del XVII secolo avrebbero soltanto preparato o contribuito ad accumulare il patrimonio di innovazione costituzionale, sulla cui base le rivoluzioni nordamericana e francese avrebbero saldamente impiantato le conquiste del costituzionalismo.²¹ E' invero difficile contestare che il passaggio ad una fase di consolidamento documentale abbia costituito una svolta storica importante negli itinerari del costituzionalismo. Anche grazie ad essa, infatti, le costituzioni cominciarono ad essere intese come *fondative* della legittimazione della sovranità: i risalenti patti fra sovrano e popolo presupponevano invece la piena legittimazione della sovranità del re, ne trasformavano puntuali manifestazioni ed operavano pertanto solo nel senso di modificarne le forme di esercizio. In secondo luogo, con le rivoluzioni nordamericana e francese le costituzioni si affermarono come ordinamento complessivo del fondamento e dell'esercizio del potere sovrano, mentre le vecchie *leges fundamentales* si proponevano di incidere solo per aspetti puntuali su un potere del sovrano che rimaneva concepito come comprensivo ed assorbente. In terzo luogo, le nuove carte costituzionali esprimevano una pretesa di validità universale nei confronti di tutti i consociati, mentre gli antichi patti di dominio, in coerenza con la natura del «contratto» che ne era il fondamento, si riferivano, in un'ottica particolaristica, ai soli *partner* dell'accordo (principe e ceti).²²

E peraltro, su queste basi non è convincente leggere la lunga stagione dei conflitti costituzionali inglesi nell'età dei Tudor e poi soprattutto in quella degli Stuart come una fase di accumulo di sommovimenti costituzionali che solo altrove avrebbero raggiunto la maturità, e come un lento e travagliato prologo dei documenti che punteggiarono le rivoluzioni del XVIII secolo. Così ragionando, si trascura che quello del costituzionalismo è un problema di storia costituzionale comparata e che a dissipare le incertezze definitorie che aleggiavano su di esso non sembrano confacenti approcci di tipo dogmatico, i quali muovano da una astratta concezione normativa della costituzione, del suo rango nella gerarchia delle fonti, delle forme attraverso le quali essa viene garantita, e procedendo attraverso la generalizzazione di apparati concettuali formati all'interno di determinate esperienze. Può essere discutibile che una frattura rivoluzionaria abbia sempre costituito il necessario presupposto dell'affermarsi di una concezione normativa della costituzione, ed è altresì riduttivo sostenere che i conflitti costituzionali inglesi non avrebbero contribuito in senso proprio all'affermarsi di questa, in quanto non avrebbero prodotto un mutamento degli assetti di potere, ma solo

²¹ Si v., per questa lettura, W.H. Hamilton, voce «Constitutionalism», in «Encyc. of social sciences», IV, New York 1931, 255.

²² V. D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte*. 1776— 1866, Frankfurt a.M. 1988, 10 ss.; H. Hofmann, *Repräsentation. Studien zur Wort— und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert* (1974), III ediz., Berlin 1998, 162 s.

l'arroccamento nella difesa delle antiche libertà inglesi.²³ Questo approccio sottovaluta che il costituzionalismo moderno produsse anzitutto concezioni sostanzialistiche della costituzione, le quali erano espressione di ideali politici affermatosi nella società, e che esso fu percorso da una tensione etica, alla quale, nel quadro di esperienze storiche differenti, la società medesima diede voce in forme e modi diversi. E' allora parziale vedere nell'affermazione della *legislative parliamentary supremacy* nella storia costituzionale inglese soltanto un impedimento al consolidarsi della preminenza della costituzione²⁴, quasi che essa abbia introdotto sul tronco degli assetti di *common law* un fattore di <gerarchizzazione> delle fonti normative, ma non anche innescato un processo di <costituzionalizzazione>.²⁵ Si trascura che il principio della sovranità del Parlamento è elemento strutturale dell'assetto costituzionale inglese, che in quello incontra anche fattori penetranti di autolimitazione, derivanti dall'osservanza di consuetudini risalenti e delle libertà «storiche» del popolo inglese, da altri principi di struttura della costituzione inglese, come il rispetto del *mandate* del corpo elettorale sul quale si fonda il rapporto di responsabilità politica, dall'applicazione di *conventions* interpretative «necessitate» dagli assetti del sistema politico sottostante. Vi è, in breve, un nucleo costituzionale che racchiude e compenetra pertanto anche il principio che pure ha rappresentato la massima conquista di un secolare travaglio politico-costituzionale.²⁶ Il fatto che i lineamenti fondamentali del sistema di governo inglese siano rimasti sostanzialmente immutati nel tempo nonostante la capacità ever-siva connaturata alla *parliamentary supremacy*, può invero trovare spiegazione solo grazie al profondo radicamento di una concezione sostanzialistica della costituzione nel tessuto sociale e nell'interpretazione delle corti giudiziarie che ad esso hanno dato voce.

Sotto questo profilo, il grande insegnamento del costituzionalismo inglese non risiede soltanto nella consapevolezza dei legami fra costituzione e tessuto sociale, nella percezione che <la stabilità di una costituzione dipende non tanto dalla sua forma quanto dalle forze economiche e sociali che le stanno dietro>, cosicché, <se la forma della costituzione corrisponde all'equilibrio fra quelle forze, il loro sostegno la conserva immutata>.²⁷ Scavando più in profondità nelle dinamiche del diritto costituzionale, tale lezione investe le basi stesse della *politeia*, che si re-

²³ E' questa la tesi sostenuta, fra gli altri, da D. Grimm, *Ursprung und Wandel der Verfassung*, in «Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland», a cura di J. Isensee e P. Kirchhof, I. Historische Grundlagen, III ediz., Heidelberg 2003, 7 s.

²⁴ Come sostiene in definitiva G. Sartori, op. cit., 11.

²⁵ Su questa distinzione v. ancora D. Grimm, op. ult. cit., 6 s.

²⁶ La questione è trattata con completezza di riferimenti, ai quali si rinvia, da A. Torre, *Interpretare la costituzione britannica. Itinerari culturali a confronto*, Torino 1997, partic. 159 ss., 523 ss.

²⁷ Così J. Bryce, *Costituzioni rigide e flessibili*, a cura di A. Pace, Milano 1998, 22 s.

gge su una costituzione che non è stata fatta, ma *si è sviluppata*, che è stata <il frutto non già di una teoria astratta>, ma di un istinto capace <di edificare istituzioni solide e durature, così come le api sanno di costruire un alveare, senza sopportare la degradazione di dover comprendere i principi sui quali fondano un edificio che appare inverosimilmente modellato in modo più raffinato di qualsiasi altra opera che sia il prodotto di un'arte consapevole>.²⁸

III. Il «problema» del costituzionalismo fra dogmatica e storia

Secondo ricostruzioni ancora diffuse, e spesso riproposte acriticamente, la limitazione del potere avrebbe costituito l'obiettivo primario dell'ideologia del costituzionalismo, la quale si è sviluppata pertanto nel solco delle grandi correnti del pensiero politico e filosofico dell'età moderna (individualismo, contrattualismo, giusnaturalismo). Il distacco del costituzionalismo moderno dai remoti antecedenti, in particolare di quelli radicati nell'ordine giuridico medievale, dovrebbe essere collocato storicamente nell'epoca nella quale un insieme di congegni di limitazione del potere (diritti individuali e divisione dei poteri in particolare, ma anche, nella elaborazione statunitense, limiti del principio di maggioranza) fu posto a fondamento di una visione radicalmente nuova, ed intrinsecamente prescrittiva, dell'ordine politico.²⁹ Occorre subito avvertire, peraltro, che questa vicenda storica ha ispirato letture differenti del costituzionalismo. Da un lato, la forte carica ideologica ed il nesso storico con mutamenti non solo radicali, ma soprattutto comprensivi, dell'ordine politico hanno fatto sì che l'espressione «costituzionalismo» sia spesso usata in un'accezione più ampia, per designare i processi che, nel corso del XX secolo, condussero all'instaurazione di assetti costituzionali ispirati ai principi della democrazia liberale ed all'abbattimento di regimi autoritari o totalitari in Europa e nell'America latina.³⁰ Dall'altro, in una prospettiva più angusta, il costituzionalismo è stato spesso ricostruito unilateralmente come il preludio dell'affermarsi di concezioni normativistiche della costituzione sviluppatasi nell'alveo del giuspositivismo statualistico³¹, ed è stato fatto coincidere con un insieme di *tecniche* di garanzia e di limitazione del potere, prescindendo dalla considerazione sia dei contenuti etici che lo hanno sostanzia-

²⁸ Cfr. A.V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*. Le basi del costituzionalismo inglese (1915), a cura di A. Torre, Bologna 2003, 4.

²⁹ In questo senso v. N. Matteucci, op. ult. cit., 128 ss.

³⁰ Si v. emblematicamente C.J. Friedrich, op. ult. cit., 155 s.; K. Loewenstein, *Verfassungslehre* (1957), Tübingen 1959, 27 ss., 67 ss.; M. Kirsch, *Monarch und Parlament*, Göttingen 1999, 40 s.

³¹ In questo senso, mi sembra, M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in «Giur.cost.» 2006, ss.

to che degli assetti del potere politico nei quali quelle tecniche e quei congegni si impiantavano.³²

La lettura degli itinerari storico-concettuali del costituzionalismo che propongo qui muove da un approccio differente. Certo è difficile mettere in discussione la tensione prescrittiva dell'ideologia del costituzionalismo moderno, in quanto essa fu portatrice di un progetto fondativo di un nuovo ordine politico. E questo carattere si coglie assai bene attraverso il confronto con gli ordinamenti politici preesistenti, che invece registravano gli assetti dei rapporti fra l'assolutismo monarchico e la struttura particolaristica della società, affermatasi nell'età moderna attraverso graduali trasformazioni degli apparati istituzionali, delle fonti del diritto, del ruolo dei tribunali e dell'interpretazione giudiziari.³³

Appare peraltro non altrettanto convincente lo sforzo teorico di espungere il profilo della legittimazione del potere dall'orizzonte storico-culturale del costituzionalismo moderno, e di ritenere tale profilo integralmente ed esclusivamente consegnato all'eredità delle esperienze costituzionali della società di massa, a cominciare dal XX secolo. Al contrario, nelle variegate espressioni dell'ideologia del costituzionalismo moderno, l'obiettivo di fondare gli assetti politici su nuove basi di legittimazione sembra ad esse non estraneo, ma piuttosto inquadrato in una cornice di «equilibri» costituzionali, che dovevano fare argine all'assolutezza del potere politico, preservando ampi spazi ad una società civile costituita su basi elitarie, ma bisognosa di liberare energie soprattutto sul terreno economico. In questo senso, limitazione e legittimazione del potere risultano, nell'ideologia del costituzionalismo, aspetti complementari e strettamente collegati piuttosto che in un antagonismo dialettico. Ciò ha fatto sì che il costituzionalismo, così come esso si sarebbe espresso attraverso i sommovimenti costituzionali del XVII e XVI-II secolo in Europa e nel Nord America, abbia rappresentato uno snodo decisivo, nel quale confluirono e vennero rielaborati temi da secoli centrali nel pensiero politico, e che avrebbe peraltro lasciato tracce durature nelle esperienze delle democrazie pluralistiche. Non appare convincente, pertanto, il tentativo di identificare il costituzionalismo nella preparazione dell'affermarsi della dimensione giuridica della statualità, della rinuncia alle pretese morali del pensiero classico e della reazione al giusnaturalismo.³⁴ Nello sforzo di collocare nel pensiero hobbesiano il nucleo duro del costituzionalismo moderno, mi sembra che vadano unilateralmente disperse le risorse dispiegate da un ben altrimenti complesso movimento di pensiero, che non fu ininterrotto e lineare preludio dell'affermazione

³² Sui contenuti etici del costituzionalismo ruotano gli indirizzi del c.d. «neocostituzionalismo»: v. *M. Carbonell—L. Garcia Jaramillo* (Ed.), *El canon neoconstitucional*, Madrid 2010

³³ Su ciò v. *P. Schiera*, *Lo stato moderno. Origini e degenerazioni*, Bologna 2004, partic. 59 ss.; *I. Birocchi*, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, 105 ss.

³⁴ Così invece *M. Luciani*, op. cit., 1643

del giuspositivismo statualistico e delle sue neutralizzazioni, e del quale l'uno e le altre rappresentarono invece solo uno degli esiti storicamente determinatisi nello *Zeitalter* dello stato liberale borghese.³⁵ Si rileva questo senza alcun intento agiografico o nostalgico nei confronti di esperienze costituzionali consegnate al passato e condizionate da un contesto politico-sociale oramai superato, e con la consapevolezza che il raffinato sistema di equilibri, su cui si reggeva il rapporto fra limitazione e legittimazione del potere, era quello espresso e sorretto da una società politica con una struttura culturale e di classe omogenea. Nè è casuale che le imponenti trasformazioni derivanti dalla democratizzazione del processo politico nella società di massa sarebbero state interpretate, nel corso nel XX secolo, come ineluttabili fattori di scardinamento degli equilibri dell'età del costituzionalismo³⁶, e che la riflessione della scienza costituzionalistica sarebbe stata divisa da due linee di tendenza fondamentali: un'attenzione assorbente per le dinamiche del potere e le situazioni di dominio da queste espresse, e la ricerca a volte ossessiva di soluzioni in chiave rigorosamente monistica del problema dell'allocazione della sovranità (lungo un crinale che da Weber e Schmitt giunge fino a Leibholz e, nella dottrina italiana, a Mortati); e, per altro verso, lo sforzo di inquadrare il pluralismo sociale nei congegni di organizzazione e di regolazione dello stato costituzionale.³⁷

IV. La propagazione del costituzionalismo

Nell'accezione qui prospettata, le basi ideologiche del costituzionalismo si sono formate in un arco temporale ampio, che va dalle prime lotte per l'affermazione del regime parlamentare in Inghilterra fino al consolidamento degli assetti dello stato liberale. Questi rapidi cenni di inquadramento del problema storico del costituzionalismo sollevano con forza gli interrogativi concernenti l'impatto di trasformazioni profonde degli ordinamenti politici, quelle determinate dalla democrazia e dal pluralismo in particolare, sul nucleo storico-concettuale del costituzionalismo. A partire dal xx secolo si è infatti dissolto progressivamente il legame che aveva unito in modo indissolubile il complesso di congegni di garanzia e di protezione *contro* il potere sovrano, i quali riflettevano l'ideologia e l'impianto teorico del costituzionalismo, alle esigenze fondative dell'ordine e dell'egemonia

³⁵ Una direzione, questa, già additata da C. Schmitt, Scritti su Thomas Hobbes, a cura di C. Galli, Milano 1986, 113 ss. (con magistrale attenzione, peraltro, alla contestualizzazione storica dell'influenza del Leviatano sulla costruzione del dogma della statualità)

³⁶ In tal senso v. G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Bari— Roma 2000, 97 ss.

³⁷ Su ciò v. P. Häberle, voce *Stato costituzionale*, I, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento 2001, 9 ss.

borghesi, da un lato, e dall'altro alla costruzione del diritto pubblico dello stato nazione. Tale processo di dissolvimento si è compiuto in due tempi. In un primo tempo, dopo la fine della prima guerra mondiale, quando la società civile, con le sue articolazioni e con le sue linee di conflittualità, fece il suo ingresso nello scenario delle costituzioni europee: l'ampliamento del contenuto delle costituzioni, come strumento per inquadrare o imbrigliare le complesse dinamiche delle società pluralistiche, ed insieme la democratizzazione del processo politico ed il crescente rilievo delle forme di organizzazione politica delle masse, fanno balzare in primo piano la funzione di legittimazione delle costituzioni, la quale si allinea alla componente garantistica, che esse hanno ereditato dalla tradizione del costituzionalismo moderno, ma tende talvolta ad oscurarla. In un secondo tempo, allorché la stessa istanza di limitazione del potere fuoriesce dagli orizzonti della statualità, per confrontarsi con la rete delle interdipendenze dello «stato costituzionale cooperativo»³⁸, e con fenomeni di globalizzazione che hanno investito, oltre ai mercati, il campo dei diritti, la sfera della «comunicazione pubblica», la democrazia, a causa del venir meno della coincidenza fra spazio territoriale, ambito della sovranità statuale e dimensione della comunità politica.³⁹

Di qui l'interrogativo se ed in quale misura (ed eventualmente a prezzo di quali modificazioni di senso) la categoria storico-concettuale del costituzionalismo sia ancora idonea ad inquadrare così poderosi processi di trasformazione. Un approccio *begriffsgeschichtlich*, come è quello assunto in queste pagine, deve infatti orientarsi, da un lato, alla comprensione ed alla contestualizzazione delle grandi linee ispiratrici del costituzionalismo moderno, dall'altro confidare nell'ampiezza dell'orizzonte dello storico, che ha una prospettiva larga, perché interroga criticamente il passato per illuminare il presente ed in quello cercare risposte ai problemi che questo pone ai contemporanei.⁴⁰ L'approccio che ispira questa ricostruzione degli itinerari storico-concettuali del costituzionalismo non ha, pertanto, niente a che spartire con la tendenza oggi troppo diffusa ad un uso acritico ed indiscriminato della categoria del costituzionalismo, che viene sempre più frequentemente adoperata, con esiti per lo meno problematici e spesso senza un punto d'attacco storico-concettuale unitario, per indicare genericamente le grandi scansioni storiche dell'ordinamento dei gruppi sociali organizzati o le linee di tendenza ed i ca-

³⁸ Per questa formulazione v. P. Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein 1980, 287 ss..

³⁹ Nell'ampia letteratura v. almeno M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società postnazionale*, Bologna 2000, 57 ss.; Id., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna 2002, 135 ss.; C. Galli, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna 2001, 131 ss.; A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Bari—roma 2002, 118 ss.; C. Amirante, *Costituzionalismo e costituzione nel nuovo contesto europeo*, Torino 2003, 1-31.

⁴⁰ Rinvio sul punto alle lontane ma ancora suggestive pagine di B. Croce, *La storia come pensiero e azione* (1938), Bari 1966, 179 ss.

ratteri comuni delle esperienze costituzionali in determinate aree geografiche (ad es., costituzionalismo nordafricano, spagnolo, latinoamericano etc.).⁴¹ Questa dilatazione concettuale solleva interrogativi e fa emergere la necessità di una chiarificazione, perché quel che la caratterizza non è tanto l'impiego del termine costituzionalismo su larga scala, ma un mutamento qualitativo, contraddistinto dalla prevalenza di un approccio meramente descrittivo di esperienze molto differenti, rispetto a quello che ha caratterizzato la fondazione filosofico-politica del costituzionalismo, ispirato ad una forte tensione etica nel tracciare nuove vie all'agire e all'ordine politico.⁴² Lo sforzo di delimitazione concettuale deve rifuggire dal rischio di utilizzare modelli, processi di recezione e formanti della comparazione in modo meccanico e schematico, quasi si trattasse di tasselli di un *puzzle*, e deve acquistare consapevolezza che solo la comprensione dei nodi storico-culturali può condurre alla elaborazione di concetti realmente significativi ed espressivi del divenire delle esperienze costituzionali.

Questa precisazione è necessaria per non fraintendere la direzione di senso del tentativo di ricostruire storicamente lo sviluppo del costituzionalismo in un arco temporale esteso, tentando, per un verso, di individuare antecedenti anche remoti dell'ideologia del costituzionalismo moderno nelle teorie della *costituzione mista* e del *governo temperato*, che, fin dal mondo antico, hanno accompagnato la riflessione sull'ordine politico della società.⁴³ E per altro verso, proiettando la ricostruzione storica del costituzionalismo fino ai giorni nostri, ad abbracciare le esperienze dello *stato costituzionale*, e delle sue interdipendenze dai fenomeni sempre più accentuati di comunicazione e di recezione fra esperienze costituzionali differenti.

La prospettiva ricostruttiva che ho assunto coincide pertanto solo in parte con la lettura del costituzionalismo offerta dalla cultura costituzionale statunitense a partire dagli anni Trenta del XX secolo. Essa ritenne che il fulcro del costituzionalismo sia da ravvisare nella necessità di opporre alle *passioni* che dominano il governo degli uomini il freno della *razionalità* delle leggi, e che l'esistenza di una *legge superiore* alla volontà dei governanti costituisca la ragione profonda della *legittimità* dell'assetto della comunità politica.⁴⁴ La tesi, molto diffusa nella lettera-

⁴¹ In questo senso, criticamente, A. Pace, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Dir. pubblico* 2003, 890 ss.

⁴² In questo senso v. N. Matteucci, *Alla ricerca dell'ordine politico. Da Machiavelli a Tocqueville*, Bologna 1984, 7 ss.; G. Duso, *Introduzione* in G. Duso (a cura di), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Bologna 1987, 7 ss.

⁴³ In questo senso, v. la classica opera di C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno* (1940), a cura di V. De Caprariis, Venezia 1956, *passim* e spec. 11 ss.

⁴⁴ Su questo indirizzo di pensiero v. E.S. Corwin, *L'idea di «legge superiore» e il diritto costituzionale americano* (1928), Venezia s.d., 22; nonché la messa a fuoco di P. Costa, *Democrazia politica e stato costituzionale*, Napoli 2006, 8 ss.

tura nordamericana, che il costituzionalismo si identifichi con il contenimento della espansione del ruolo dei pubblici poteri nella vita umana e che esso sintetizzi il paradigma della sfida ai totalitarismi, il male estremo della politica del XX secolo⁴⁵, si regge su questa premessa, e precisamente essa muove da un approccio che risente palesemente di una concezione razionalista della superiorità della costituzione⁴⁶, e non dà risalto adeguato alla circostanza che, nell'esperienza dello stato costituzionale di democrazia pluralistica, le capacità di prestazione ed il rendimento delle dottrine del costituzionalismo passano attraverso la loro coniugazione con le dinamiche del pluralismo. Nello stato costituzionale, invero, la riformulazione di motivi conduttori del costituzionalismo moderno si è sviluppata in un contesto segnato non solo dal distacco dalla concettualizzazione giuspositivistica, ma dall'abbandono delle premesse di tipo razionale sulle quali era stata costruita la supremazia della costituzione. Se invero le costituzioni del pluralismo hanno accolto un impianto valutativo che, sebbene racchiuso in un testo, è pienamente comprensibile solo alla luce di una concezione che non pretende di separare il diritto dai suoi fondamenti etici⁴⁷, ciò affonda radici profonde nei caratteri delle società pluralistiche, che esprimono un universo di valori composito ed articolato. Ciò ha comportato non l'*eclissi*, ma la *riscoperta* del costituzionalismo⁴⁸, a condizione di essere consapevoli che la forza normativa delle costituzioni del pluralismo non è più fondata su basi razionali, ma sulla <concordanza pratica> fra valori e identità molteplici, e dunque assiologicamente fondata, che esse riescono ad assicurare.⁴⁹

⁴⁵ Così ancora G. Sartori, *Elementi di teoria politica*, Bologna 1987, 16 ss.

⁴⁶ Si v. R. Kay, *American Constitutionalism*, in «Constitutionalism. Philosophical Foundations», a cura di L. Alexander, Cambridge—New York—Melbourne—Madrid—Cape Town 1998, 16 ss.

⁴⁷ Si v. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino 1992, 30 ss.; S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino 2001, 5 ss.; A.A. Cervati, *Percorsi di diritto costituzionale comparato*, Torino 2007, ss.

⁴⁸ Secondo l'alternativa lucidamente segnalata da N. Matteucci, op. ult. cit., 161 ss.

⁴⁹ Così K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, XX ediz., Heidelberg 1999, 20 ss.

II

EL PROFESOR. EDUCACIÓN Y UNIVERSIDAD

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LA POBLACIÓN GITANA EN ANDALUCÍA¹

FRANCISCO MIGUEL BOMBILLAR SÁENZ
Universidad de Granada

La escuela no es sólo el edificio; la escuela es fundamentalmente el maestro. Y al esfuerzo que España hace en pro de la cultura, es indispensable que corresponda una modificación esencial en la formación científica del maestro y su actuación profesional. (...) El maestro necesita tres emociones fundamentales, sin las cuales no cumple su función de educador. El maestro necesita profunda fe en la cultura, intenso amor hacia el niño y un alto sentido del respeto que se debe a la conciencia de la criatura que se le entrega. Si falla cualquiera de esas tres condiciones, ya no hay un maestro en la integridad y en la plenitud de su acepción.

FERNANDO DE LOS RÍOS, *EL SOCIALISTA*,
NÚM. 7.196, 1 DE MARZO DE 1932

I. Políticas públicas para la igualdad, inclusión y participación de la población gitana: marco estratégico para los años 2020-2030

Los gitanos constituyen la mayor minoría étnica de Europa. Aquí residen entre 10 y 12 millones de gitanos, si bien existe una gran diversidad entre todos

¹ *Sirvan estas líneas como un humilde homenaje al Prof. Gregorio Cámara Villar; de una educación —formal e informal— exquisita, Gregorio es un universitario ejemplar, un demócrata militante, un gran defensor del derecho a la educación y, por encima de todo, un buen hombre.

Contribución en el marco del Proyecto de I+D+i PID2021-126869OB-I00, «Gobernanza de la Educación (GO-Educación)», financiado por MCIN/AEI, cuya IP es la Profa. Leonor Moral Soriano. Una versión extendida de este trabajo se publicó bajo el título «Políticas públicas contra el abandono escolar temprano de la población gitana en Andalucía», en *Abandono escolar temprano: Perspectivas jurídica y comparada* (Coord. L. Moral Soriano), ThomsonReuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 93-120.

ellos². De los 650.000 gitanos que se estima —no hay registros exactos— viven en España³, la mitad (más de 300.000) lo haría en Andalucía (como mínimo, unos 12.500 sólo en la provincia de Granada), esto es, el 6% de la población⁴ de una Comunidad Autónoma integrada por más de ocho millones de personas. Estamos ante un pueblo con una media de edad muy joven, en el que un amplio porcentaje de su población son niños, menores de 16 años, que no van a la escuela con regularidad o que, de hacerlo, no finalizan sus estudios ni consiguen traspasar el umbral de la enseñanza secundaria (presentando una tasa de abandono escolar temprano que ronda el 64%).

Una población con una cultura y una lengua (el *caló*) que forman parte, desde hace más de medio milenio, del patrimonio cultural y lingüístico europeo⁵. Este pueblo nómada estaría asentado en España desde, al menos, el primer tercio del siglo xv (de 1425 data el primer documento conocido por la Historiografía que les afecta: un salvoconducto concedido por el rey aragonés Alfonso V para una peregrinación a Santiago de Compostela)⁶. Esto es, los gitanos llevarían unos seis siglos en nuestro país. Los diferentes Monarcas absolutistas de Castilla y Aragón que lidiaron con ellos durante ese tiempo se debatieron entre su expulsión o su asimilación, obligándoles a huir constantemente de sus asentamientos⁷.

Así las cosas, la presencia de esta minoría étnica a lo largo de los siglos no ha sido para nada pacífica, siendo objeto —hasta la llegada de la Democracia— de

² El término genérico «gitano» designa distintos grupos: romaníes, sintis, calés, romanichales, boyash/rudari, ashkalis, egipcios, yeniches, doms, roms y abdales, además de comunidades nómadas (gens du voyage, zíngaros, camminanti, etc.).

³ La Fundación Secretariado Gitano estimó en 1978 que podría haber en España hasta 725.000 gitanos, un 1,57% de la población. Téngase en cuenta que no se recoge la etnia en los censos de población, de modo que todas estas cifras no dejan de ser meras estimaciones.

⁴ Pese a constituir el 6% de la población andaluza, la comunidad gitana está infrarrepresentada en los medios audiovisuales de esta región. De acuerdo con un estudio difundido por el Consejo Audiovisual de Andalucía (*Informe sobre la presencia de la comunidad gitana en los informativos públicos andaluces 2010-2020*, de 21 de junio de 2021), el pueblo gitano sólo apareció en un 0,10% de las noticias.

⁵ Véase el *Romancero gitano* del universal Federico García Lorca.

⁶ Martínez Dhier, A., «Expulsión o asimilación. Esa es la cuestión». Los gitanos en Castilla durante el gobierno de la Monarquía Absoluta», *Revista de La Inquisición. Intolerancia y Derechos Humanos*, núm. 15 (2011), pp. 173-230; en las pp. 175 a 178 se relacionan los diferentes salvoconductos otorgados a lo largo del siglo xv por los Monarcas de las dos grandes Coronas (Aragón y Castilla) a estos gitanos en su condición de peregrinos del camino de Santiago de Compostela. Esta y otras contribuciones de este autor traen causa de su Tesis Doctoral: *La condición social y jurídica de los gitanos en la legislación histórica española a partir de la pragmática de los Reyes Católicos de 1499*, Universidad de Granada, Granada, 2007.

⁷ Véase Martínez Dhier, A., «La Legislación histórica contra los Gitanos a su desembarco en América», *Juristas do mundo*, Série Excelência Jurídica, volumen V, Publicação oficial do XIV Encontro Internacional de Juristas, Sevilla, 2017, pp. 29-42.

una regulación estigmatizadora, que tildaba a este pueblo de colectivo peligroso de inadaptados y delincuentes del que había que desconfiar.

Desde 2010⁸, con la aprobación de *Un marco europeo de estrategias nacionales de inclusión de los gitanos hasta 2020*⁹, las instituciones comunitarias han situado la inclusión de la población gitana en lo más alto de la agenda política europea, conscientes de la exclusión social que tradicionalmente se ha cernido sobre el pueblo gitano. Uno de los ámbitos prioritarios de actuación con respecto a la comunidad gitana que marca esta Estrategia, a implementar por los diferentes Estados miembros de la Unión a nivel nacional¹⁰, es precisamente la educación (y retención en el sistema), junto a otros ejes como son el empleo, la salud y la vivienda. Sin dejar de lado la integración socio-económica y estos concretos objetivos sectoriales, desde las instancias comunitarias se apuesta ahora¹¹, una década después, en el seno de un proceso de revisión y puesta al día de este acervo comunitario (*Marco Estratégico Europeo 2020-2030 para la Igualdad, la Inclusión y la Participación de la población gitana*), por dotar de un enfoque más holístico, transversal y ambicioso a estas políticas europeas.

Estamos ante un pueblo estigmatizado, sobre el que desde tiempo inmemorial han recaído prejuicios y recelos, siendo orillado a la exclusión social y a la marginalidad. Ahora bien, no es mi intención esbozar en estas líneas un análisis, siquiera superficial, del tratamiento discriminatorio, institucionalizado, amparado por la (entonces) legalidad vigente, del que ha sido objeto el pueblo gitano a lo largo de la Historia, dentro y fuera de nuestras fronteras¹². En España, no podemos dejar de reseñar las expulsiones ordenadas en tiempo de los Reyes Católicos o la aplicación por el Régimen de Franco de la Ley de Vagos y Maleantes¹³. Du-

⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *La integración social y económica del pueblo romaní*. COM(2010) 133 final. Bruselas, 14.4.2010.

⁹ Véase la URL de la Comisión Europea: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/roma-eu/roma-equality-inclusion-and-participation-eu_es (con acceso el 29/12/2023).

¹⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Un marco europeo de estrategias nacionales de inclusión de los gitanos hasta 2020*. COM(2011) 173 final. Bruselas, 5.4.2011.

¹¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: *Una Unión de la Igualdad. Marco estratégico de la UE para la igualdad, la inclusión y la participación de los gitanos*. COM(2020) 620 final. Bruselas, 7.10.2020.

¹² Así, entre otras atrocidades, 200.000 gitanos murieron víctimas del nazismo. Kenrick D. y Puxon, G., *Os ciganos sob o domínio da Suástica*, Secretariado Entreculturas, Ministério da Educação, Lisboa, 1995.

¹³ Véase Martínez Dhier, A., «Apuntes sobre la vagancia y su represión durante la II República española: la Ley de Vagos y Maleantes», en *Represión y Orden público durante la II República, la Guerra Civil y el Franquismo. Una visión comparada* (Coords. J. A. Pérez Juan y S. Moreno Tejada), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, pp. 59-88.

rante siglos nuestra legislación dispuso que los gitanos que no tuvieran oficio conocido fuesen azotados, amputados, castigados al destierro perpetuo o condenados a galeras. En palabras de Martínez Dhier: se les consideraba un problema de orden público, y toda la legislación se encaminó a «invitarles» «a abandonar su forma de vida errante, su lengua, su indumentaria, sus costumbres, obligándoles a avecindarse y convertirse, así, en súbditos ‘normales’»¹⁴.

No obstante, y a los fines de encuadrar mejor el estudio en curso, es evidente, y huelga decirlo, que no podemos ignorar el viraje de la discriminación y exclusión social a la inclusión que han experimentado las políticas públicas sobre esta minoría étnica, como corresponde en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho que está llamado constitucionalmente a acoger y amparar a las minorías¹⁵, removiéndolos obstáculos (como la falta de acceso a la educación) que impidan o dificulten que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE, en conexión con los arts. 1.1 y 14 CE).

El propio Estatuto de Autonomía para Andalucía, en su artículo 9.2, en conexión con los artículos 1.2 y 10.1, asigna expresamente a esta Comunidad Autónoma la función de garantizar el pleno respeto a las minorías que residan en su territorio. Precizando este Estatuto, en su artículo 10.3, que esta Comunidad Autónoma, en defensa del interés general, ejercerá sus poderes para la consecución de, entre otros, los siguientes objetivos básicos: «14.º La cohesión social, mediante un eficaz sistema de bienestar público, con especial atención a los colectivos y zonas más desfavorecidos social y económicamente, para facilitar su integración plena en la sociedad andaluza, propiciando así la superación de la exclusión social» y «21.º La promoción de las condiciones necesarias para la plena integración de las minorías y, en especial, de la comunidad gitana para su plena incorporación social». Fuera de Andalucía, el artículo 16.23 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, también contempla, entre los principios rectores de las políticas públicas: «La no discriminación y el respeto a la diversidad de los distintos colectivos étnicos, culturales y religiosos presentes en Castilla y León, con especial atención a la comunidad gitana, fomentando el entendimiento mutuo y las relaciones interculturales».

Este cambio de rumbo se ha plasmado en el impulso de un amplio abanico de medidas en el terreno del bienestar social, a nivel estatal y autonómico, ejecutadas con mejor o peor fortuna, con el punto de mira en el desarrollo y promoción

¹⁴ Martínez Dhier, A., «Expulsión o asimilación. Esa es la cuestión». Los gitanos en Castilla durante el gobierno de la Monarquía Absoluta», *op. cit.*, p. 183.

¹⁵ Se ocupan del tratamiento de las minorías en una sociedad democrática autores como García Rodríguez, I. (ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Universidad de Alcalá, 2001; o Rey Martínez, F., *Derecho antidiscriminatorio*, ThomsonReuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

integral de la población gitana, con incidencia en aspectos tales como el de la vivienda, el empleo, la salud o, claro, la educación; así como la lucha contra el antigitanismo¹⁶ y la cultura de la marginación. Todas estas iniciativas, incardinadas hoy en el seno del marco estratégico diseñado desde la Unión Europea¹⁷, se han sustentado a nivel estatal desde el año 2010 en una pléyade de planes estratégicos como el *Plan de Acción para el Desarrollo de la Población Gitana 2010-2012* o la *Estrategia Nacional para la Inclusión de la Población Gitana en España 2012-2020*¹⁸ hasta llegar a la *Estrategia Nacional para la Igualdad, Inclusión y Participación del Pueblo Gitano 2021-2030*¹⁹.

Siguiendo las directrices del Marco Europeo, la Estrategia Nacional vigente²⁰ se estructura en tres ejes (inclusión social, igualdad de oportunidades y no discriminación, y participación y empoderamiento). El primer eje (inclusión social) aborda las líneas estratégicas de educación, empleo, vivienda y servicios esenciales, salud y pobreza, exclusión social y brecha digital. El segundo eje (igualdad de oportunidades y no discriminación) corresponde a las líneas de actuación de antigitanismo y no discriminación, igualdad entre hombres y mujeres y contra la violencia hacia las mujeres, y fomento y reconocimiento de la cultura gitana. El tercer eje (participación y empoderamiento) corresponde a la participación de la población gitana y del movimiento asociativo gitano. En esta Estrategia se priorizan los siguientes perfiles: mujeres, infancia y ciudadanos y migrantes europeos en movimiento.

En línea con las directrices marcadas a nivel europeo y estatal, si bien con autonomía propia en el ejercicio de sus competencias estatutarias, en Andalucía,

¹⁶ Recientemente se ha modificado la redacción del artículo 510 del Código Penal para incluir dentro de los delitos de odio el antigitanismo.

¹⁷ Podemos hacer también mención aquí al *Plan de Acción Antirracismo de la Unión Europea (2020-2025)*, la *Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de las Víctimas 2020-2025* o la *Estrategia de la Unión Europea para la Igualdad de Género*.

¹⁸ Ya esta Estrategia se marcó como objetivos en el terreno educativo para esta población el incremento de la escolarización en Educación Infantil, la universalización de la escolarización y el aumento del éxito académico en Educación Primaria, el incremento de la finalización de la ESO y el aumento del éxito académico o el incremento del nivel educativo en la edad adulta.

¹⁹ Véase la web del Ministerio de Derechos Sociales: <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/poblacion-gitana/estrategia-nacional/futura-estrategia.htm> (con acceso el 29/12/2023).

Esta Estrategia se nutre del *Plan de Desarrollo Gitano*, dotado en 2021 con 1.502.500 €. Los proyectos dentro de este plan son promovidos y gestionados por las CCAA y las Ciudades Autónomas de Ceuta y de Melilla, las corporaciones locales y los entes públicos de carácter local sujetos a cofinanciación. Las CCAA deberán desembolsar al menos dos tercios de lo que aporta el Ministerio de Derechos Sociales.

²⁰ Se garantizará un adecuado seguimiento y evaluación de esta Estrategia a través de la elaboración de los informes anuales de implementación, de los bianuales que se envíen a la Comisión Europea y de las evaluaciones intermedia y final previstas en 2027 y 2030, respectivamente.

estas medidas se han vertebrado en los últimos años en torno al *Plan Integral para la Inclusión de la Comunidad Gitana de Andalucía para el período 2017-2020*²¹, y en la actualidad, en el *II Plan Integral para la Inclusión de la Comunidad Gitana de Andalucía*²², entre cuyos fines (el primero) se encuentra, precisamente, «Avanzar significativamente en el éxito educativo de la juventud gitana, tanto en las fases obligatoria como no obligatoria y universitaria, con especial incidencia en las jóvenes gitanas».

El fuerte, cohesionado y reivindicativo movimiento asociativo gitano ha estado presente en la gestación y desarrollo de la mayor parte de estas políticas inclusivas (sobresaliendo la labor de la Fundación Secretariado Gitano). El tejido asociativo gitano siempre ha liderado la lucha contra los estereotipos²³, la discriminación, la invisibilidad y el odio; así como trabajado de forma decidida por la inclusión social y laboral, impulsando programas de apoyo a la escolarización con miras a cerrar la brecha educativa y las altas cifras de abandono escolar temprano que afectan a la comunidad gitana. Por ello las diferentes Administraciones territoriales con competencias en el campo del Bienestar Social (en el caso de Andalucía, a la luz del art. 61.1 de su Estatuto) se han apoyado de forma decidida en estas entidades para implementar sus políticas, como ilustra la reciente creación de un órgano de interlocución como el Consejo Andaluz del Pueblo Gitano, «órgano colegiado de participación social en las políticas públicas, generales y específicas, que redunden en la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato y la inclusión de la comunidad gitana en Andalucía»²⁴.

A nivel estatal, adscrito al Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030, contamos con el Consejo Estatal del Pueblo Gitano, órgano colegiado interministerial, consultivo y asesor²⁵. Está constituido por una presidencia, dos vicepresidencias, una secretaría, veinte vocalías formadas por representantes ministeriales y otras veinte vocalías provenientes de entidades del movimiento aso-

²¹ Aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 31 de octubre de 2017.

²² Aprobado mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de mayo de 2023.

²³ A modo de muestra, es conocida la indignación de la Federación de Asociaciones de Mujeres Gitanas (FAKALI) por la emisión en Cuatro del programa *Los gipsy kings*, un producto que ellas consideran «sensacionalista y perverso que vuelve a incentivar el racismo y la discriminación al presentar al 'otro', al gitano, como un ser extravagante, estafalario, derrochador, machista e ignorante, manipulando y utilizando las diferencias culturales como mera mercancía mediática». En la URL de Fakali: <http://www.fakali.org/91-fakali/411-la-discriminacion-gitana-en-mediaset> (con acceso el 29/12/2023)

²⁴ Artículo 2.1 del Decreto 253/2021, de 16 de noviembre, por el que se crea y regula el Consejo Andaluz del Pueblo Gitano. En línea con la participación ciudadana que propugna la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (art. 14) y la propia Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía (arts. 2 y 31.1).

²⁵ Real Decreto 891/2005, de 22 de Julio, por el que se crea y regula el Consejo Estatal del Pueblo Gitano.

ciativo gitano, designadas en el seno de un proceso selectivo público²⁶. El Consejo tiene, entre otras funciones, proponer medidas para la promoción del pueblo gitano, asesorar en materia de planes de desarrollo de la población gitana, así como emitir los informes oportunos en aquellos temas que les afecten e impulsar estudios sobre proyectos y programas. Además de una Comisión Permanente, este órgano cuenta con varios grupos de trabajo, uno de los cuales, precisamente, tiene por objeto el terreno de la educación.

II. Abandono escolar temprano y población gitana: el valor liberador de la educación

En el seno de las políticas públicas que luchan contra la exclusión social y que buscan garantizar la inclusión y la igualdad de oportunidades del pueblo gitano, hemos de abordar el problema del abandono escolar temprano y la labor que a este respecto realiza la Administración de la mano del movimiento asociativo gitano, quien trabaja con tesón para revertir los envites de la brecha educativa que asola al pueblo gitano y que lo condena a empleos precarios, pobreza y marginalidad, a un horizonte sin futuro, sin expectativas de progresar social ni laboralmente.

La educación es un mecanismo de garantía de la igualdad de oportunidades y, en el caso de las minorías y de los grupos sometidos a procesos de exclusión²⁷, como es el caso de la comunidad gitana, un instrumento básico para la inclusión social y laboral, así como para la convivencia ciudadana. En consecuencia, nadie pueda quedar excluido de este derecho fundamental que garantiza el desarrollo de la personalidad²⁸ (art. 27.2 CE, en concordancia con el art. 26.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁹), razón por la que la enseñanza básica

²⁶ Tras la finalización del mandato del Consejo para el periodo 2017-2021, el 9 de febrero de 2022 se publicó la Orden DSA/79/2022, de 31 de enero, por la que se convoca el proceso selectivo para la designación de vocales para este Consejo en representación del movimiento asociativo gitano.

²⁷ Sobre el derecho a la educación de los menores ingresados en centros de protección, una población doblemente vulnerable, se pronuncia Roca Fernández-Castans, M^a L., «Aspectos jurídico administrativos de los derechos de los menores ingresados en centros de protección: una visión general desde la solución andaluza», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 54 (2029), pp. 141-179.

²⁸ Para una visión de conjunto de este derecho, reenvío a los múltiples trabajos doctrinales de G. Cámara Villar, entre otros, «El derecho a la educación», en *Comentario a la constitución socio-económica de España* (Coord. C. Molina Navarrete, J. L. Monereo Pérez y M^a N. Moreno Vida), Comares, Granada, 2002, pp. 979-1034; o «El derecho a la educación en tiempos de crisis. La LOMCE en su contexto», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 16-18, 2013-2015, pp. 205-234.

²⁹ Sobre esta vertiente internacional, véase Meix Cereceda, P., «Educational Values in Human Rights Treaties: UN, European, and African International Law», en *Human Rights Review*, núm. 21 (2020), pp. 437 a 461, en esp., pp. 442-444.

se configura en nuestra Carta Magna como obligatoria y gratuita (art. 27.4 CE), quedando bajo la responsabilidad de los Poderes Públicos (y, en particular, en nuestro Estado de las Autonomías, las CCAA³⁰) garantizar este derecho prestacional a toda la población por medio del servicio público educativo, así como la obligación de escolarizar a los menores a los que se extiende la enseñanza básica de acuerdo con las leyes educativas³¹ (tal y como ha sido interpretado, entre otras, por las SSTC 87/1985 y 133/2010).

Etimológicamente el término «enseñanza» proviene de *insignare*, que significa dar signo a alguna cosa o realidad, mostrar o exponer una cosa para que sea vista y apreciada. Hemos de ser conscientes de lo que supone la tarea profundamente moral de educar a otras personas. Ya lo apuntó Moral Soriano al tratar la escolarización obligatoria y analizar la STC 133/2010 en torno al *homeschooling*³², «la finalidad de la educación no es sólo adquirir conocimientos, sino también cultivar habilidades y actitudes que preparen a los jóvenes para el ejercicio de la ciudadanía y para la participación activa en la vida económica, social y cultural, con actitud crítica y responsable y con capacidad de adaptación a las situaciones cambiantes de la sociedad del conocimiento». El centro escolar, pues, de nuevo de acuerdo con esta autora, es «el instrumento imprescindible para que los jóvenes adquieran los conocimientos y las competencias que les permitirán desarrollar plenamente su personalidad, participar en la sociedad democrática, y acceder a un mercado laboral altamente cambiante».

Esto entronca con la obligación positiva para los poderes públicos que proclama Gregorio Cámara Villar de «promover espacios de libertad para el desarrollo integral de la personalidad de los educandos, a partir de los principios y valores constitucionales que rigen la sociedad y que ésta reconoce como suyos»; articulando un sistema educativo que brinde, como apunta este autor, «una formación o educación para la ciudadanía³³ susceptible, con independencia de su denomina-

³⁰ Este servicio público, uno de los tres pilares del Estado del Bienestar (junto con el servicio de salud y los servicios sociales), es gestionado por cada una de las respectivas CCAA (en Andalucía, véanse los artículos 21 y 52 del Estatuto de Autonomía). La incidencia de la descentralización en la prestación de este servicio público es estudiada con detalle por Meix Cereceda, P., *Descentralización de la enseñanza y derechos fundamentales. Un estudio comparado entre España y Alemania*, INAP, Madrid, 2013.

³¹ La última norma aprobada a este respecto es la LO 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Para un recorrido histórico por las normas que han vertebrado la ordenación del sistema educativo en España durante la vigencia de la Constitución, véase Meix Cereceda, P., «La ordenación de la enseñanza no universitaria en España (1970-2013)», *Revista de Administración Pública*, núm. 211 (2020), pp. 349-372.

³² Moral Soriano, L., «¿Niños educados sin escuela? La escolarización obligatoria ante el Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 161, 2014, pp. 169-192.

³³ Buena muestra de ello son los objetivos asociados a la asignatura Educación para la Ciudadanía en el Real Decreto 631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la ESO: «favorecer el desarrollo de personas libres e íntegras a través de la consoli-

ción y organización, de establecer los fundamentos comunes para la adquisición de conocimientos y el desenvolvimiento de actitudes necesarias para el análisis crítico, responsable y constructivo de la realidad social y del sistema político establecido»; ligada «al significado de la dignidad de las personas y del libre desarrollo de su personalidad, al significado del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, así como a los principios y reglas de convivencia democrática, especialmente de la tolerancia y del pluralismo positivamente entendidos». Este sería uno de los aspectos centrales y sustanciales a preservar en un deseable pacto en materia educativa entre las principales fuerzas sociales y políticas³⁴.

Más allá de las competencias, habilidades y destrezas que en ella puedan adquirirse, la educación es un lugar de cambio³⁵ y transformación social, llamada a vertebrar una nueva sociedad más solidaria, creativa y justa. No en vano, en palabras de Freire: «Nadie educa a nadie, nadie se educa a sí mismo, los hombres se educan entre sí mediatizados por el mundo»³⁶. Hacemos nuestras las palabras de Giroux: «Toda forma viable de enseñanza ha de estar animada por la pasión y la fe en la necesidad de luchar para crear un mundo mejor»³⁷. Desde las escuelas han de sentarse las bases que permitan a los menores ser en el futuro ciudadanos, críticos, libres y responsables, vacunados contra la indiferencia, capaces de comprender y cuestionar, eso sí, desde una base de formación sólida, el mundo que les ha tocado vivir.

La educación brinda futuro, progreso y oportunidades para todos, como apunta la Comisión Europea: «*School education plays a crucial role in promoting inclusive, fairer and more prosperous societies by helping all children and young people to reach their full potential. It also helps to develop knowledge, skills and attitudes necessary to flourish in life and become active, responsible, resilient and engaged individuals who continue learning throughout their lives. Ensuring access to quality and inclusive education for all and equipping children and young people with the competences they need in life helps to make societies equal and economies more prosperous*».³⁸

dación de la autoestima, la dignidad personal, la libertad y la responsabilidad y la formación de futuros ciudadanos con criterio propio, respetuosos, participativos y solidarios, que conozcan sus derechos, asuman sus deberes y desarrollen hábitos cívicos para que puedan ejercer la ciudadanía de forma eficaz y responsable». Lo que ha estudiado con detalle G. Cámara Villar, entre otros trabajos, en «El debate en España sobre la materia 'Educación para la ciudadanía y los derechos humanos' ante su proyectada supresión y cambio», en *Constitución y democracia. Ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. 2, 2012, pp. 2401-2424.

³⁴ Cámara Villar, G., «Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España», *Revista de Educación*, n. 344, septiembre-diciembre 2007, pp. 61-82, en esp., pp. 75-76.

³⁵ Véase Freire, P., *Educação e mudança*, Paz e Terra, São Paulo, 2002.

³⁶ Freire, P., *Pedagogía del oprimido*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1970.

³⁷ Giroux, H., *Teoría y resistencia en educación*, S. XXI, Madrid, 1992, p. 49.

³⁸ Véase la URL de la Comisión Europea: <https://education.ec.europa.eu/education-levels/school-education/school-education-initiatives/pathways-to-school-success> (con acceso el 29/12/2023).

No es objeto de esta contribución entrar en un análisis exhaustivo del fenómeno del abandono escolar temprano (AET)³⁹, pero sí es inevitable su abordaje, aunque sea de un modo somero, a los fines de nuestro estudio. El AET hace referencia a los jóvenes que no han terminado la Educación Secundaria Obligatoria o que, habiéndola acabado, no siguen estudios postobligatorios o no siguen ningún tipo de formación. Los jóvenes que salen del sistema educativo tendrán serias dificultades para acceder al mercado de trabajo, más en un escenario de crisis económica como el actual, dada su falta de cualificación. Estamos ante un reto social que pone en jaque el futuro de nuestra sociedad, la cohesión social y un modelo de crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

Desgraciadamente, el AET está ampliamente instaurado en España (si bien se ha reducido porcentualmente de manera significativa del 26,3% en 2011 al 13,9% en 2022⁴⁰) y, más aún, en Andalucía (del 23,5% en 2017 al 15,3% en 2022, aún por encima de la media estatal, a pesar de que esta es la cifra más baja de la serie histórica). Pese a todo, el AET no es, ni mucho menos, una problemática patria, ajena a otras latitudes; de ahí que sea notable la implicación a este respecto de la Unión Europea, pues estas cifras están muy por encima de los objetivos y estándares marcados por ella en este terreno.

La *Estrategia Educación y Formación 2020*, aprobada en 2009⁴¹, fijó el objetivo del 10% de AET en el Espacio Europeo de Educación; objetivo que, de un modo aún más ambicioso, la Comisión posteriormente (2020) ha invitado a rebajar⁴² (la Comisión contempla en sus borradores para 2030 la cifra del 9%). Hoy la media europea de jóvenes que abandonan prematuramente la educación y la formación entre los 18 y los 24 años se sitúa en el 10,2% (11,9% hombres, 8,4% mujeres⁴³; 22,2% nacidos en el extranjero, 8,9% nacidos en el país). Esto es, sólo el 84,3% de los jóvenes entre 20 y 24 años finaliza los estudios de educación secundaria.

Pese a haber mejorado significativamente su tasa de AET, España forma parte junto a Malta (16,7%), Rumanía (15,6%), Italia (13,1%), Bulgaria (12,8%),

³⁹ Reenvío a Moral Soriano, L., «El abandono escolar temprano en España», en *Abandono escolar temprano: Perspectivas jurídica y comparada*, op. cit., pp. 17-32.

⁴⁰ Véase el comunicado de La Moncloa, de 27 de enero de 2023, «La tasa de abandono educativo temprano se mantiene estable con un 13,9% en 2022», en la URL: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/educacion/Paginas/2023/270123-tasa-abandono-educativo-temprano-estable.aspx> (con acceso el 29/12/2023).

⁴¹ Conclusiones del Consejo de 12 de mayo de 2009 sobre un marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación («ET 2020»).

⁴² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Consecución del Espacio Europeo de Educación de aquí a 2025*. COM(2020) 625 final. Bruselas, 30.9.2020.

⁴³ En España, la diferencia por sexo sigue siendo muy significativa: 16,7% en hombres y 9,7% en mujeres, respectivamente. Esto es, el AET masculino es un 72% superior al de las mujeres. Esta es una de las mayores brechas de género de la Unión Europea.

Hungría (12,1%), Chipre (11,5%) y Alemania (10,1%) del grupo de Estados Miembros que no lograron alcanzar el objetivo comunitario del 10% de AET en 2020. A diferencia de Portugal, que lo ha rebajado drásticamente llegando en 2021 a un AET del 5,9%⁴⁴, España sigue siendo uno de los países con peores tasas de AET de la UE, disputándose los primeros puestos con Malta desde hace una década. Es significativa la comparativa con el país luso, pues Malta y Portugal eran los únicos Estados que en 2002 tenían peores cifras de AET que las españolas (53% y 45%, respectivamente, frente al 31% de España). Veinte años después, Portugal sí ha sabido revertir con éxito estas cifras, mientras que en España esta transformación, existiendo, no ha sido tan significativa.

Ahora bien, sin desconocer el contexto global en el que se enmarca esta investigación, he de recordar que mi contribución en esta sede busca abordar cómo incide el abandono escolar temprano, en particular, en la comunidad gitana. Y ello porque un 63,7% del alumnado, entre 16 y 24 años, perteneciente a esta minoría étnica ampliamente asentada en Andalucía, no concluye sus estudios obligatorios, esto es, seis de cada diez dejan la escuela o el instituto; lo que comporta que la tasa de AET en la comunidad gitana sea significativamente más alta que la media estatal y/o regional andaluza. Desgraciadamente, el absentismo escolar y el abandono escolar temprano son dos realidades ligadas a la comunidad gitana, dentro y fuera de nuestras fronteras.

El primer gran instrumento comunitario en el que la —hoy— Unión Europea adopta una posición más activa y comprometida con esta causa por lo que a la escolarización del pueblo gitano se refiere, es la Resolución del Consejo y de los ministros de educación reunidos en el seno del Consejo de 22 de mayo de 1989 relativa a la escolarización de los niños gitanos e itinerantes. Esta resolución parte de la base de la Resolución del Consejo y de los Ministros de Educación reunidos en el Consejo de 9 de febrero de 1976 que contiene un Programa de acción en el ámbito de la educación, así como de la Resolución que el Parlamento Europeo adoptó el 24 de mayo de 1984 sobre la situación de los gitanos en la Comunidad.

Ya a finales de los ochenta, y partiendo de los datos que aporta un magnífico estudio liderado por Liégeois⁴⁵ ampliamente referenciado, la Unión era plenamente consciente de la grave situación a la que se enfrentaba esta minoría

⁴⁴ Portugal ha conseguido pasar del 14% de 2016 al 8,9% de 2020, llegando al 5,9% en 2021.

⁴⁵ Me remito al completo estudio de Liégeois, J.-P., *Minoría e escolarização: o rumo cigano*, Centre de recherches tsiganes, Secretariado Entreculturas, Ministério da Educação, Lisboa, 2001. [Traducción del francés al portugués de la obra publicada originalmente por este autor en 1986: *La scolarisation des enfants tsiganes et voyageurs*]. Liégeois fue responsable del *Centre de recherches tsiganes* de la Universidad René Descartes de París y colaborador habitual de la Comisión Europea y del Consejo de Europa en esta materia.

étnica (la resolución utiliza la terminología de niños gitanos e itinerantes⁴⁶) en el plano educativo (no mucho peor, salvando las distancias, de la que existe hoy, más de treinta años después), a saber: «tan sólo del 30 al 40 % de los niños gitanos e itinerantes van a la escuela con cierta regularidad; que la mitad de ellos no llega nunca a ser escolarizado; que un porcentaje muy reducido alcanza y tras-pasa el umbral de la enseñanza secundaria; que los resultados, en particular la práctica corriente de la lectura y la escritura, no guardan relación con la presunta duración de la escolarización; que el índice de analfabetismo entre los adultos sobrepasa a menudo el 50 % y llega a ser, en determinados lugares, del 80 % y más».

Esta resolución apuesta por apoyar a los centros escolares, dándoles las facilidades necesarias para que puedan acoger a estos escolares y sus familias; por una pedagogía y un material didáctico que se ajuste más a las necesidades del nomadismo y que tenga en consideración la historia, la cultura y la lengua de esta comunidad (experimentación de la enseñanza a distancia, los medios electrónicos o el vídeo; desarrollo de formas de seguimiento pedagógico; o paso de la escuela a la educación/formación permanente); la contratación y la formación inicial y continua del profesorado que trabaje con estos niños, dando cabida a profesorado de origen gitano cuando sea posible; la información y la investigación sobre esta comunidad; o la concertación y la coordinación (designación de personal formado con funciones de coordinación; creación de grupos de enlace que reúnan a los padres, profesores, representantes de los poderes locales y de la Administración escolar; o designación, si fuere necesario, de organismos estatales para la escolarización de los niños gitanos); sin descartar otras medias a impulsar a escala comunitaria (como las del Fondo Social Europeo) o internacional (Consejo de Europa).

Así las cosas, en estas líneas vamos a pasar revista a la innegable brecha educativa que se cierne aún hoy sobre el colectivo gitano y que ilustra la alta tasa de abandono escolar temprano que éste experimenta, analizando las políticas públicas (en particular, en el plano autonómico andaluz, por lo que al absentismo escolar se refiere), así como la labor del Tercer Sector Social, del propio movimiento asociativo gitano, para hacer frente a este devastador escenario que coloca en una situación de desamparo y de falta de expectativas a dos tercios de la comunidad gitana, condenándola a empleos precarios, pobreza y marginalidad.

Este escenario es consecuencia, entre otros condicionantes, de la tardía incorporación del pueblo gitano al sistema educativo. No podemos soslayar que la escolarización de los menores gitanos se promueve desde las instituciones y la peda-

⁴⁶ Un colectivo de alumnos itinerantes muy significativo es el ligado a los espectáculos circenses, destinatario del Programa de Aulas Itinerantes del Ministerio de Educación.

gogía católica⁴⁷, en particular, a partir la década de los sesenta⁴⁸, cuando desde los Secretariados Gitanos y Cáritas se solicita al Ministerio de Educación la creación de escuelas a través de un Patronato⁴⁹. Los esfuerzos de estas instituciones propiciaron que estas poco operativas aulas unitarias, con alumnos de todas las edades y niveles académicos, se transformaran con la entrada en Democracia, entre 1978 y 1986, en un nuevo tipo de escuela segregada: las *escuelas puente* (antesala a las escuelas normalizadas públicas).

A partir de 1983, se inicia un nuevo rumbo en las políticas que buscan favorecer la incorporación del alumnado gitano al sistema educativo: la educación compensatoria⁵⁰. Con mayor amplitud de miras, abandonando la óptica de la segregación que había imperado desde los sesenta, se empiezan a impulsar acciones tendentes a paliar las desventajas de todo tipo que puedan impedir a nuestros menores, gitanos o no, acceder o permanecer en el Sistema Educativo en razón de su capacidad económica, nivel social o lugar de residencia, apostando por medidas de discriminación positiva, por la compensación⁵¹, para garantizar la igualdad de oportunidades en la educación.

En esta línea hemos de ubicar, desde el año 2005, el *Plan PROA (Plan de Refuerzo, Orientación y Apoyo)*, luego denominado, con un enfoque más amplio, *#PROA+ (Programa para la orientación, avance y enriquecimiento educativo en centros de especial complejidad educativa)*⁵², un programa de cooperación territorial

⁴⁷ Es muy ilustrativo el recorrido histórico que construye Salinas Catalá, J., «Un viaje a través de la historia de la escolarización de las gitanas y gitanos españoles», en *Anales de Historia Contemporánea*, núm. 25, 2009, pp. 165-188. Aquí se destaca que las Escuelas del Patronato de Suburbios, impulsadas por el Ministerio de Educación Nacional en 1942, realmente no buscaban hacer frente a las necesidades de escolarización del pueblo gitano, fueron pensadas para acoger a la población rural que en la posguerra recaló en el extrarradio de las grandes capitales.

⁴⁸ En Granada somos conocedores de experiencias previas en el tiempo como las Escuelas del Ave María que el Padre Manjón funda en 1899 en el barrio del Sacromonte, de población mayoritariamente gitana. Véase Canes Garrido, F., «Las Escuelas del Ave María. Una institución renovadora de finales del siglo XIX en España», *Revista Complutense de Educación*, vol. 10, núm. 2, 1999, pp. 149-166.

⁴⁹ Orden de 23 de enero de 1967 por la que se aprueba el Reglamento de Escuelas Nacionales de Enseñanza Primaria en régimen de Patronato Escolar.

⁵⁰ Con instrumentos como el Real Decreto 1174/1983 sobre Educación Compensatoria, la Ley Orgánica del Derecho a la Educación (LODE) de 1983 y, más adelante, recogiendo todo este acervo, la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) de 1990.

⁵¹ Para Meix Cereceda, «Este modelo, con ser importante, no agota todas las posibilidades que las Administraciones públicas tienen a su alcance para promover la equidad. La compensación adopta, en este sentido, un enfoque prioritariamente centrado en el individuo que presenta una diferencia más o menos significativa con el promedio y trata de realizar ajustes para facilitar su integración (art. 37 [LOGSE]) más que su inclusión». Meix Cereceda, P., «La ordenación de la enseñanza no universitaria en España (1970-2013)», *op. cit.*, p. 363.

⁵² Véase la URL del Ministerio de Educación: <https://www.educacionyfp.gob.es/mc/sgctie/cooperacion-territorial/programas-cooperacion/proa/historico.html> (con acceso el 29/12/2023)

entre el Ministerio de Educación y las CCAA que busca apoyar a los centros educativos públicos (de Educación Infantil, Primaria y Secundaria)⁵³ que atienden a un número significativo de estudiantes (al menos un 30%) en situación de desventaja socioeducativa (por un rico abanico de circunstancias, no sólo aquellas de índole socio-económica⁵⁴).

A nivel autonómico andaluz, podemos sacar a colación iniciativas como el *Plan Chipe Cali* impulsado desde el Equipo Técnico Provincial para la Orientación Educativa y Profesional de Granada de la Junta de Andalucía. Este es un programa de intervención con alumnado de etnia gitana en centros de la provincia de Granada (como Montefrío, Iznalloz, Guadahortuna y Pinos Puente), desde el que se propugna un trabajo integral y global, a nivel individual y grupal (profesorado y familia), para que el alumnado en riesgo de abandono, permanezca en el sistema educativo, mejore los rendimientos y promocióne.

Ahora bien, pese a estos innegables esfuerzos, económicos y humanos, la triste realidad es que en Secundaria (ESO) un 63,7% del alumnado gitano de entre 16 y 24 años no concluye sus estudios⁵⁵. Esto es, 6 de cada 10 gitanos no completan sus estudios obligatorios. De los 15 a los 16 años hay un gran descenso en la escolarización. Mientras que a los 15 años el 86,3% del alumnado gitano se encuentra escolarizado, a los 16 esta cifra desciende a un 55,5%. El contexto de la emergencia sanitaria y la digitalización del proceso educativo que la misma exigió no ayudó a revertir estos datos. La brecha digital ha supuesto una barrera más para el alumnado gitano, carente por regla general de los medios técnicos y de las competencias digitales necesarias (aunque la Unión Europea en su Resolución de 22 de mayo de 1989 apostara por la teleformación como la forma más atractiva y práctica de vehiculizar la educación de este colectivo nómada).

El abandono de la formación reglada es el resultado de un cúmulo de factores socio-económicos, unidos también a la propia idiosincrasia de la comunidad gitana, en cuya escala de valores su deseo de preservar sus tradiciones, aislándose en sus propios grupos de pares, está muy por encima de las instituciones educativas, a las que se incorporaron hace muy pocos años. No podemos negar, a mayor abundamiento, aunque desde una perspectiva homogeneizadora bastante simplis-

⁵³ Este Plan contó para 2022 con una inversión de 120 millones de euros para su implantación en 2.500 centros, y llevó aparejada una inversión de otros 39 para la creación de, al menos, mil unidades de acompañamiento y orientación personal y familiar de alumnado vulnerable.

⁵⁴ Sea por necesidades asistenciales básicas no cubiertas (como alimentación o vivienda), necesidades escolares (clima familiar que no aliente al estudio, brecha digital o falta de material escolar), necesidades socioeducativas, necesidades educativas especiales, dificultades específicas de aprendizaje o incorporación tardía en el sistema educativo, entre otros factores.

⁵⁵ Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y Fundación Secretariado Gitano, *El alumnado gitano en secundaria. Un estudio comparado*, Madrid, 2013.

ta que sería oportuno matizar, que estamos, además, ante un pueblo con un modo de vida muy tradicional, dominado por los hombres, que ha relegado a la mujer al hogar⁵⁶, confiándole las tareas domésticas y el cuidado de los hijos, que aboca a los menores varones a una pronta actividad laboral dentro del entorno sociofamiliar o al que le es muy difícil adaptarse a una cultura dominada por los horarios; elementos, todos ellos, que casan mal con una regular asistencia a clase y que conducen al pronto abandono del sistema educativo.

Parra Toro, Álvarez-Roldán y Gamella, apuntan a la desconexión del modelo educativo con las ofertas de la propia familia y comunidad (destacando, en las mujeres, el matrimonio temprano y, en los hombres, el acceso a trabajos familiares como los puestos de venta ambulante). Pero también se refieren al desfase en el aprendizaje y la segregación como causas del fracaso escolar⁵⁷ que conduce al abandono. Segregación interescolar, que genera escuelas *ghetto* donde se concentran de forma desproporcionada alumnos de familias inmigrantes y calé; y segregación intraescolar, como un efecto colateral de los programas de apoyo y compensación al alumnado en desventaja⁵⁸.

De ahí que afrontar la incidencia del AET en Andalucía pase también por examinar, entre otros, los aspectos territoriales de la educación y su relación con técnicas relacionadas con la admisión de estudiantes en colegios de la red pública y de la red concertada⁵⁹: diseño de áreas de influencia de los centros, el papel del domicilio en la admisión en los centros⁶⁰, y la distribución de estudiantes con necesidades específicas de apoyo educativo y en riesgo de AET.

⁵⁶ Resulta particularmente llamativo que un grupo de mujeres gitanas, presas en la cárcel portuguesa de Santa Cruz do Bispo (Matosinhos), indicaran al diario *Público* que se sentían más «libres» dentro de prisión, al poder aquí estudiar y labrarse un futuro, al caer la censura interna, la resistencia del grupo de pertenencia. En palabras de Bruno Gonçalves, de la *Associação Letras Nómadas*: «Estando lá dentro, tudo se justifica. Se está presa, ao menos que se distraia». Véase el reportaje «Ser 'livre' para estudar e trabalhar dentro de uma cadeia», *Público*, edición de 7 de mayo de 2022, pp. 22 a 25.

⁵⁷ De acuerdo con la Fundación Secretariado Gitano (2023), la tasa de fracaso escolar en la comunidad gitana (jóvenes entre 16 y 24 años que no se gradúan en la ESO) sigue siendo muy superior (62,8%) a la de la población general (4%).

⁵⁸ Véase Parra Toro, I., Álvarez-Roldán, A. y Gamella, J.F., «Un conflicto silenciado: Procesos de segregación, retraso curricular y abandono escolar de los adolescentes gitanos», *Revista de Paz y Conflictos*, vol. 10, núm. 1, 2017, pp. 35-60. Exponen aquí las evidencias obtenidas en el marco de un estudio participativo en tres centros educativos de un municipio de una provincia andaluza con una de las proporciones de población calé más altas de España.

⁵⁹ En línea con la investigación desarrollada por Ponce Solè, J., *Segregación escolar e inmigración contra los guetos escolares: Derecho y políticas públicas urbanas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

⁶⁰ Reenvío al completo estudio de Sánchez-Mesa Martínez, L.J., «Criterios y procedimiento de admisión del alumnado en las enseñanzas obligatorias. Aproximación a concretos indicadores en el marco de los modelos autonómicos en la lucha contra la segregación escolar», en *Abandono escolar temprano: Perspectivas jurídica y comparada*, op. cit., pp. 121-154.

A todo ello hay que sumar, en otro orden de cosas, que nos encontramos ante una cultura ágrafa perpetuada oralmente sin tradición de registros históricos, carente de materiales educativos que reflejen, sin estereotipos ni prejuicios, la realidad de este pueblo, su Historia y su Cultura. Algo que ha reivindicado la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de julio de 2020 sobre la integración de la historia de los gitanos en los programas escolares y los materiales pedagógicos. En España, han venido a paliar recientemente este déficit los materiales educativos impulsados desde el Ministerio de Educación⁶¹ y el Grupo de Educación del Consejo Estatal del Pueblo Gitano, con la colaboración del Instituto de Cultura Gitana.

Ahora bien, este contexto de partida no ha impedido que, pese a los estigmas, desconfianza y prejuicios propios de la cultura de la marginación que aún impera con respecto a este colectivo y que en 2023 un 87,4% de los hogares gitanos vivan por debajo del umbral de la pobreza, sea cada día más notable la presencia de jóvenes gitanos y gitanas en estudios postobligatorios, así como que se pueda apreciar una creciente inquietud de las personas adultas gitanas por cubrir una de sus principales desventajas: la carencia de formación académica (fuera porque abandonaron prematuramente los estudios o porque nunca llegaron a cursarlos). Son necesarios referentes con formación media o superior, así como con empleos cualificados (más allá del mundo del flamenco⁶², por ejemplo, donde siempre ha destacado su arte), que impulsen la promoción educativa de toda la comunidad gitana en todos los niveles y a todas las edades⁶³.

⁶¹ *Materiales didácticos sobre Historia y Cultura del pueblo gitano para Educación Secundaria. Educación frente al Antigitanismo* de los que da cuenta la nota de prensa lanzada el 3 de febrero de 2022 desde la Moncloa: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/educacion/Paginas/2022/030222-pueblo-gitano.aspx> (con acceso el 29/12/2023).

⁶² Apunta el artículo 1 del Anteproyecto de Ley Andaluza del Flamenco, con un reconocimiento expreso al pueblo gitano, que es objeto de la misma: «establecer el régimen jurídico del Flamenco con el fin de garantizar su salvaguarda adoptando medidas para su protección, conservación, difusión e investigación y la promoción del conocimiento del Flamenco y de la importante contribución que ha realizado el pueblo gitano y la influencia histórica de otras culturas, para su uso como bien social y como patrimonio cultural inmaterial de Andalucía, asegurando su transmisión a las generaciones futuras». Véanse a este respecto los trabajos de Durán Ruiz, F.J. y Navarro Ortega, A., «La protección jurídica del patrimonio cultural inmaterial universal de España y sus autonomías. Especial consideración al flamenco», *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 4, 2011, pp. 139-164; o Torres López, M^a A., «Manifestaciones sonoras, música danzas y bailes tradicionales: El flamenco: patrimonio inmaterial de la humanidad», en *Patrimonio cultural inmaterial: De los Castells al Camino de Santiago* (Coords. M^a T. Carballeira Rivera, M. Taín Guzmán y J. R. Fuentes i Gasó), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 317-338.

⁶³ Sobre este particular, resulta de gran interés la consulta de la publicación *50 estudiantes gitanas y gitanos en la sociedad española*, editada por la Fundación Secretariado Gitano y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el marco del Programa para Favorecer el Acceso y la Continuidad en los Estudios Medios y Superiores de Jóvenes Estudiantes Gitanos. Puede consultarse en la URL de la

III. El absentismo escolar como principal indicio de un riesgo de abandono escolar temprano en la comunidad gitana

El primer y principal indicio de que un menor gitano está en riesgo de abandono de sus estudios es que comience a no asistir a clase, además de la repetición de curso o los bajos rendimientos académicos. En consecuencia, aunque absentismo escolar y AET son dos escenarios distintos, estas dos problemáticas están interrelacionadas, de modo que luchar contra el AET implica también, en particular por lo que a la casuística en torno a la comunidad gitana se refiere, luchar contra el absentismo escolar.

En España, la enseñanza básica (Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria) comprende diez años de escolaridad, es obligatoria y gratuita y se desarrolla entre los seis y los dieciséis años de edad (art. 27.4 CE y art. 4.2 Ley de Educación⁶⁴). Es más, dentro de los deberes de asistencia al menor ligados a la *patria potestad* del artículo 154 del Código Civil, se recoge el deber de los padres de «educar y procurar una formación integral a sus hijos», lo que incluye asegurar la asistencia de éstos a los centros educativos. De hecho, la ausencia de escolarización habitual del menor⁶⁵ es uno de los supuestos de desamparo que contempla la normativa de protección del menor⁶⁶. A mayor abundamiento, el propio Código Penal proclama, en su artículo 226, que «el que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad [...] será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses».

Se entiende por absentismo escolar la falta de asistencia regular y continuada a clase del alumnado en edad de escolaridad obligatoria, incumpliendo el deber de estudiar⁶⁷, sin motivo que lo justifique, cinco días lectivos en un mes en Educa-

Fundación Secretariado Gitano: <https://www.gitanos.org/publicaciones/50estudiantes/> (con acceso el 29/12/2023)

⁶⁴ Así lo dispone en la actualidad la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en la redacción dada por el artículo Tres de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre.

⁶⁵ Artículo 23.1.b) de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía.

⁶⁶ A estos efectos, por lo que a la perspectiva andaluza se refiere, pueden consultarse obras como la de Barranco Vela, R. (Dir.) y Durán Ruiz, F. J. (Coord.), *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes. Estudios, documentos y selección normativa, con atención especial a la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Comares, Granada, 2009.

⁶⁷ Así proclamado en el artículo 21 del Decreto 85/1999, de 6 de abril, por el que se regulan los Derechos y Deberes del Alumnado y las correspondientes normas de convivencia en los centros docentes públicos y privados concertados no universitarios de Andalucía, aún vigente tras la aprobación del Decreto 19/2007, de 23 de enero, por el que se adoptan medidas para la promoción de la cultura de paz y la mejora de la convivencia en los centros educativos sostenidos con fondos públicos. Este deber implica, entre otras, la obligación de «asistir a clase con puntualidad y participar en las actividades orientadas al desarrollo de currículos de las diferentes áreas y materias» [letra a)],

ción Primaria, y veinticinco horas de clase o más del 25% de días lectivos o de horas de clase respectivamente en Educación Secundaria⁶⁸. Este absentismo puede ser esporádico, intermitente, de temporada, hasta llegar a ser crónico o materializarse en la desescolarización. El AET vendría a ser el colofón de esta cadena, conduciendo la falta de asistencia regular y continuada a clase, en último término, al abandono del sistema educativo. La desmotivación y demás circunstancias (familiares, laborales, sociales...) que inicialmente llevaron a una asistencia irregular al centro, pueden finalmente materializarse en un abandono definitivo del mismo.

El alumnado gitano muestra por regla general una asistencia irregular a los centros escolares que en muchos casos desemboca en un AET que limita su desarrollo pleno y que comporta que no adquiera la formación necesaria para una futura incorporación a la vida laboral. La especial incidencia de esta problemática en la comunidad gitana viene a ser reconocida, en Andalucía, por la propia Orden de 19 de septiembre de 2005, por la que se desarrollan determinados aspectos del Plan Integral para la Prevención, Seguimiento y Control del Absentismo Escolar (aprobado por Acuerdo de 25 de noviembre de 2003 del Consejo de Gobierno andaluz), que indica que sus medidas se dirigen, particularmente, aunque no sólo, a los escolares absentistas pertenecientes a la Comunidad Gitana (en el art. 3, así como en las cláusulas Novena del Anexo I y Décima del Anexo II). Es más, la persona titular de la Secretaría para la Comunidad Gitana de la Consejería de Inclusión Social de la Junta de Andalucía formará parte de la Comisión Interdepartamental de Absentismo Escolar [art. 12.1.i)].

Este absentismo viene motivado⁶⁹ por un conjunto amplio de factores ligados a la familia (aquí podemos englobar desde la despreocupación o dejadez de las familias por considerar que la institución escolar es poco importante o relevante para sus aspiraciones y necesidades al ejercicio por parte del menor de una actividad laboral consentida o impuesta por las condiciones de vida de su entorno sociofamiliar), la propia institución escolar (en muchas ocasiones es la nula adaptación de la enseñanza y de la organización escolar a las necesidades y características de este tipo de alumnado la que puede propiciar la inadaptación escolar y acrecen-

así como «cumplir y respetar los horarios aprobados para el desarrollo de las actividades del Centro» [letra b)].

⁶⁸ Artículo 5.2 de la Orden de 19 de septiembre de 2005, por la que se desarrollan determinados aspectos del Plan Integral para la Prevención, Seguimiento y Control del Absentismo Escolar.

⁶⁹ Véase el *Plan provincial para la prevención, seguimiento y control del absentismo escolar en la provincia de Granada*, Comisión Provincial de Absentismo de Granada, Consejería de Educación, Junta de Andalucía, 2008. Plan provincial en el marco del Acuerdo de 25 de noviembre de 2003, del Consejo de Gobierno andaluz, por el que se aprueba el Plan Integral para la prevención, seguimiento y control del absentismo escolar y de la Orden de 19 de septiembre de 2005, por la que se desarrollan determinados aspectos del Plan Integral para la Prevención, Seguimiento y Control del Absentismo Escolar.

tar su desinterés por las tareas escolares), así como la influencia negativa de su entorno social más cercano (círculo de amigos, barrio...), que puede constreñir al menor a emprender malos derroteros.

Para atajar el problema del absentismo escolar en la comunidad gitana resulta de vital importancia la implicación tanto del plano educativo como del plano sociofamiliar, como defiende sin ambages la Ley del Menor andaluza⁷⁰. No podemos perder de vista que estamos tratando con una población vulnerable, en exclusión social. Por ello, están llamados a actuar aquí los servicios sociales comunitarios o municipales (nivel primario de los servicios sociales en mano de las Entidades Locales de cada territorio, sea de ámbito municipal que supramunicipal⁷¹), las instituciones con competencias en materia de protección del menor y, desde la primera señal de alarma, los centros educativos (equipos directivos, de apoyo y orientación educativa); así como también, cuando la situación lo requiera, las Autoridades Judiciales o el Ministerio Fiscal⁷².

Tutores, orientadores, educadores sociales⁷³ o trabajadores sociales, entre otros profesionales que aquí se congregan, han de ir de la mano para, atendiendo a las circunstancias de cada caso, desplegar una batería de medidas que pongan el foco en las familias (impulsando su participación en la vida escolar y su compromiso en la escolarización de sus hijos), las propias instituciones educativas (ofreciendo una enseñanza más atractiva y motivadora, que potencie la integración y adaptación articulando medidas de compensación educativa⁷⁴) o el entorno social

⁷⁰ Entre otros, en Andalucía, véase el artículo 11, apartados 4 y 5, de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía; así como los artículos 4.2, 19 (en particular, por lo que se refiere al alumnado procedente de familias que se dediquen a tareas agrícolas de temporada o que ejerzan profesiones itinerantes) y 24 de la Ley 9/1999, de 18 de noviembre, de Solidaridad en la Educación.

⁷¹ Los servicios sociales comunitarios se configuran como el primer nivel de referencia para la valoración de las necesidades, la planificación, la intervención, el tratamiento, el seguimiento, la evaluación de la atención y la coordinación con otros agentes institucionales del Sistema Público de Servicios Sociales. En Andalucía, véanse los artículos 26 y 27 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales.

⁷² Esbozo la organización administrativa en Andalucía para la prevención y control del absentismo, así como los diferentes niveles de actuación del Protocolo de Absentismo Escolar en Andalucía, en mi trabajo, previamente referenciado, «Políticas públicas contra el abandono escolar temprano de la población gitana en Andalucía».

⁷³ Sobre la intervención socio-educativa en relación con la comunidad gitana, y en particular por lo que a Granada se refiere, véase el trabajo de G. Carmona Orantes, «Los gitanos en Granada (distrito norte): justificación para un análisis de necesidades de esta población», en *Estudios sobre cultura gitana: aspectos históricos, sociológicos, educativos y folklórico-musicales* (Coords. M^a A. Ortiz Molina y A. Ocaña Fernández), J. Labayen, Almería, 2005, pp. 25-30.

⁷⁴ En Andalucía, podemos aquí hacer mención a la Orden de 21 de julio de 2006, por la que se regula el procedimiento para la elaboración, solicitud, aprobación, aplicación, seguimiento y evaluación de los planes y proyectos educativos que puedan desarrollar los Centros Docentes sostenidos con

que ejerza una mala influencia sobre el menor (brindando al mismo vías de escape de su efecto nocivo, así como desarrollando actuaciones integrales tendentes a mejorar las condiciones sociales, sanitarias, laborales y educativas de estas zonas con una especial problemática).

IV. Papel del tercer sector de acción social: la fundación secretariado gitano

1. EL MOVIMIENTO ASOCIATIVO GITANO

El fuerte, cohesionado y reivindicativo movimiento asociativo gitano está detrás de la gestación y desarrollo de la mayor parte de las políticas inclusivas impulsadas desde las diferentes Administraciones públicas a favor del pueblo gitano. También lo están, claro, otras entidades del campo de la Acción Social que trabajan con este colectivo, aunque no se dirijan en exclusividad a la comunidad gitana. Sobresale en este terreno⁷⁵ la labor de la Fundación Secretariado Gitano, junto con otras entidades de ámbito local⁷⁶, como la Unión Romaní o Anaquerando. El tejido asociativo gitano siempre ha liderado la lucha contra los estereotipos, la discriminación, la invisibilidad y el odio; así como trabajado de forma decidida por la inclusión social y laboral, impulsando programas de apoyo a la escolarización con miras a cerrar la brecha educativa y las altas cifras de AET.

Al Secretariado Gitano le debemos las Escuelas Puente o el Programa Promociona en sus múltiples modalidades, del que daremos cuenta en el próximo epígrafe con carácter monográfico. Los Secretariados Gitanos nacen en la década de los sesenta, al socaire del Concilio Vaticano II y de la Comisión Episcopal de Migraciones, con vocación de ofrecer a las personas gitanas asistencia religiosa y social, si bien en su seno hay religiosos y seglares, como hay payos y gitanos. La voluntad de disociar el trabajo social y el trabajo pastoral con la comunidad gitana es una de las principales razones que lleva a la creación, en 1982, de la Asociación Secretariado General Gitano como entidad civil sin ánimo de lucro y desvinculada jurídicamente de la Iglesia, en cuyos órganos de gobierno (Asamblea y Junta Directi-

fondos públicos y que precisen de aprobación por la Administración Educativa; así como al Acuerdo de 1 de agosto de 2014, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Programa de Refuerzo, Orientación y Apoyo en los centros docentes públicos de Andalucía (PROA Andalucía).

⁷⁵ El Registro de Asociaciones de la Junta de Andalucía recoge más de cuarenta entidades ligadas a la comunidad gitana sólo en la provincia de Granada.

⁷⁶ Esta línea de trabajo me conecta, una vez más, con las organizaciones del Tercer Sector de Acción Social, objeto de la obra colectiva *Régimen jurídico del voluntariado y de la cooperación al desarrollo* (Dir. F. L. López Bustos; Coord. F. M. Bombillar Sáenz), Comares, Granada, 2018.

va) se congregan payos y gitanos, procedentes normalmente de Secretariados y asociaciones gitanas. En 2001, la Asociación se transforma en Fundación⁷⁷ y empieza a gestionar directamente fondos europeos con programas pioneros como *Acceder*, puerta al mercado laboral para la comunidad gitana, bebiendo de los Fondos Estructurales. Hoy la Fundación Secretariado Gitano gestiona más de 500 programas al año, alcanzando con su labor a más de 100.000 personas.

En la provincia de Granada, a nivel local, podemos destacar la labor de la Asociación Anaquerando⁷⁸, entidad sin ánimo de lucro creada en 1990 a iniciativa de un grupo de vecinos del barrio del Almanjáyar de la ciudad de Granada con el fin de poner en marcha proyectos de desarrollo social. Esta entidad despliega en el Distrito Norte de esta ciudad trabajos específicos de intervención educativa con jóvenes, programas de seguimiento lúdico-educativo con la infancia, de prevención del absentismo escolar (potenciando la mediación familia-escuela y el seguimiento escolar), de Educación de Adultos y/o de atención social en pisos puente con familias de etnia gitana.

ONGs como las que aquí he sacado a colación juegan en este terreno un papel crucial, ayudando a mantener en pie el maltrecho Estado del Bienestar. No en vano, es en el campo del Bienestar Social, del Tercer Sector de Acción Social⁷⁹, donde éstas ejercen un mayor protagonismo, aunque también es destacada su presencia en otros ámbitos de la vida social⁸⁰. Por no hablar de su incidencia política, de su capacidad de poner sobre la mesa del legislador los problemas que atañen al reconocimiento y al ejercicio de los derechos civiles, así como de los derechos económicos, sociales o culturales de las personas y grupos que sufren condiciones de vulnerabilidad o que se encuentran en riesgo de exclusión social (*ex art. 2 Ley del Tercer Sector de Acción Social*).

Entidades como la Fundación Secretariado Gitano, organizaciones de carácter privado, surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades, que responden a criterios de solidaridad y de participación social, con fines de

⁷⁷ Véase la URL de la Fundación: https://www.gitanos.org/quienes_somos/historia_de_la_fsg.html (con acceso el 29/12/2023).

⁷⁸ Véase la URL de la Asociación: <http://www.anaquerando.com/que-hacemos/area-educativa-3/> (con acceso el 29/12/2023).

⁷⁹ Objeto de la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social.

⁸⁰ Valgan algunas cifras para poner este fenómeno de manifiesto en todo su esplendor. Se contabilizan 30.000 entidades sociales en España. Su actividad representa el 2% del PIB y da trabajo a 636.000 personas. En nuestro país contamos con seis millones de voluntarios (el 15% de la población), lo que convierte a España en el sexto país de la Unión Europea en número de personas que ejercen labores de voluntariado. Estos datos han sido extraídos de la memoria económica que aportó el Gobierno al presentar el Anteproyecto de Ley del Voluntariado, el 23 de enero de 2015. Véase la nota de prensa publicada en la siguiente URL: <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/msssi/Paginas/2015/011015-tercersector.aspx> (con acceso el 29/12/2023).

interés general y ausencia de ánimo de lucro, son tenidas en cuenta y valoradas por todos los Gobiernos, independientemente de su tendencia ideológica. En nuestra sociedad actual estas entidades han asumido un papel crucial, insustituible, en la prestación de buena parte de los servicios públicos que corresponde atender al Estado, también por lo que a las políticas de inclusión del pueblo gitano se refiere. De ahí que al describir las funciones de las estructuras administrativas ligadas al Bienestar Social se haga expresa mención a la colaboración de la Administración con estos colectivos⁸¹.

El problema del abandono escolar temprano no iba a ser una excepción a esta dinámica global. De ahí que las diversas entidades que aglutinan a la comunidad gitana (siendo la Fundación Secretariado Gitano la más destacada, junto con otras de ámbito local) trabajen con tesón, en el marco de programas de voluntariado, para revertir los envites de la brecha educativa que asola al pueblo gitano y que lo condena a empleos precarios, pobreza y marginalidad, a un horizonte sin futuro, sin expectativas de progresar social ni laboralmente; con miras a mejorar las condiciones sociales, sanitarias, laborales y educativas de la comunidad gitana, pues sólo desde un enfoque holístico y participativo, que cuente con las sinergias de los propios afectados y su entorno, se podrá dar una adecuada respuesta a un problema con tantas aristas.

2. LOS PROGRAMAS DE LA FUNDACIÓN SECRETARIADO GITANO *PROMOCIONA*, *PROMOCIONAT* Y *PROMOCIONA+*

A lo largo de su historia, desde las Escuelas Puente de la década de los ochenta, la Fundación Secretariado Gitano ha auspiciado múltiples iniciativas para tratar de contribuir a cerrar esta brecha educativa, impulsado programas de apoyo a la escolarización en todas las etapas educativas⁸², pues sólo incidiendo en el plano educativo se podrán mejorar las condiciones de acceso al mercado laboral y promover la igualdad de oportunidades de la población gitana. De ahí que, más allá de las becas, estudios y publicaciones, desde la Fundación se haya brindado formación y asesoramiento técnico a profesionales del ámbito educativo y socioedu-

⁸¹ Véase, a modo de muestra, el aún vigente artículo 4, apartado f), del Real Decreto 485/2017, de 12 de mayo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, por lo que a la Dirección General de Servicios para la Familia y la Infancia se refiere: «El fomento de la cooperación con las organizaciones no gubernamentales en los ámbitos relativos a programas de acción social, inclusión social, población gitana, de familias y de infancia».

⁸² En 2020, el 21,98% del presupuesto de la Fundación vino a sufragar sus programas en el campo de la Educación, frente al 56,39% dedicado a empleo y el 16,57% a inclusión social.

cativo, así como apostado por campañas de sensibilización y acciones dirigidas a favorecer la implicación de las familias gitanas en el proceso educativo de sus hijos, con el fin de revalorizar entre la población gitana la importancia de la educación y la formación para lograr el acceso al mercado laboral⁸³.

Fue en 2009 cuando la Fundación Secretariado Gitano puso en marcha el programa *Promociona*, derivado del programa *Acceder* hasta entonces dedicado exclusivamente a acciones de inserción laboral⁸⁴, bajo la financiación del Fondo Social Europeo y los fondos resultantes de marcar la casilla destinada a «fines sociales» del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Este programa tiene por objeto que los alumnos y alumnas gitanos consigan el título de Graduado en ESO (Educación Secundaria Obligatoria) y continúen estudios pos-obligatorios⁸⁵.

En estrecha colaboración con los centros educativos, la acción central del programa *Promociona* es la orientación educativa individualizada, es decir, la acción directa con el estudiantado y con sus familias, que se complementa con acciones a nivel grupal y socio-comunitario, destacando las Aulas Promociona, como espacios de apoyo y refuerzo escolar. La orientación educativa es particularmente necesaria aquí ante la falta de referentes en el entorno de estos alumnos de personas que hayan estudiado (buena parte de sus familiares, de hecho, son analfabetos). Esta orientación educativa, este apoyo escolar, pretende revertir la falta de estímulos positivos que refuercen una apuesta por el estudio, así como disipar el desconocimiento y desconfianza ante lo que atañe al ámbito educativo que estos menores y sus familias tradicionalmente suelen presentar.

Junto a *Promociona*, la Fundación Secretariado Gitano ha puesto en marcha dos programas más: *PromocionaT* y *Promociona+*. *PromocionaT* busca prevenir el fracaso escolar y el abandono escolar temprano ya desde la Educación Infantil. A través de este programa se dota a los escolares gitanos de un refuerzo escolar, junto con la oportuna orientación educativa, que mitigue el desfase curricular que tra-

⁸³ En el curso 2019/2020, sus programas se aplicaron a 3.423 alumnos y 2.823 familias, en 796 centros educativos de 54 localidades. Todos los datos que se aportan en este epígrafe han sido extraídos del *Informe Anual 2020* de la Fundación Secretariado Gitano, en la URL: https://www.gitanos.org/centro_documentacion/publicaciones/informes_anuales.html.es (con acceso el 29/12/2023). Obviamente, los números que se barajan en los programas que ofrece esta Fundación distan mucho de englobar al conjunto de la población gitana que aquí podría ser atendida, es el crudo escenario al que abocan los escasos recursos de los que esta entidad dispone para financiar estos programas.

⁸⁴ En 2021, el Programa *Acceder*, impulsado por el Secretariado Gitano en colaboración con el Ayuntamiento de Granada y el Fondo Social Europeo, ofreció asesoramiento e inserción laboral a 523 personas de etnia gitana de la ciudad de Granada, de las que 143 consiguieron un trabajo en el último año.

⁸⁵ En el curso 2019/2020, participaron 1.434 alumnos, 1.275 familias y 494 centros educativos. Se pusieron en marcha 82 Aulas Promociona. 185 alumnos del programa *Promociona* obtuvieron el título de Graduado en ESO. El 88% del alumnado del programa *Promociona* en 4º de la ESO se consiguió graduar (el 93% de ellos, además, se matriculó posteriormente en estudios post-obligatorios).

dicionalmente les afecta para que puedan finalizar sus estudios con éxito⁸⁶. Mientras que el programa *Promociona+* apoya e impulsa al alumnado gitano en estudios post-obligatorios⁸⁷, incluidos los universitarios, por medio de la orientación educativa individual y las Aulas de Estudio Asistido; así como la concesión de becas de estudios⁸⁸.

V. Colofón

A lo largo de estas líneas se ha pasado revista a la innegable brecha educativa (marcada por factores socio-económicos propios de una cultura de la marginalidad) que se cierne aún hoy sobre el colectivo gitano y que ilustra la alta tasa de abandono escolar temprano que éste experimenta (63,7%), analizando las políticas públicas (en particular, en el plano autonómico andaluz, por lo que al absentismo escolar se refiere), así como la labor del Tercer Sector Social, del propio movimiento asociativo gitano (con iniciativas como el Programa *Promociona* de la Fundación Secretariado Gitano), para hacer frente a este devastador —o, acudiendo al *caló*: «chungo»— escenario que coloca en una situación de desamparo y de falta de expectativas a dos tercios de la comunidad gitana, condenándola a empleos precarios, pobreza y marginalidad.

⁸⁶ En el curso 2019/2020, 1.676 menores (49% niñas) participaron en *PromocionaT*: 34 de Educación Infantil, 1.266 de Educación Primaria, 346 de la ESO y 30 de Formación Profesional Básica. El 95% del alumnado en Educación Primaria y el 75% del alumnado en ESO, respectivamente, superó el curso.

⁸⁷ En el curso 2019-2020, participaron 313 alumnos (59% chicas): 68 en Bachillerato, 80 en estudios universitarios, 130 en ciclos formativos de Grado Medio y 35 en ciclos formativos de Grado Superior. El 84% de los participantes en el último curso de sus estudios se logró titular. 96 jóvenes obtuvieron una titulación en estudios postobligatorios. El 93% del alumnado del programa se mantuvo en estudios postobligatorios o se tituló.

⁸⁸ En el curso 2019/2020, la Fundación Secretariado Gitano otorgó 30 becas para cursar el Diploma Universitario en Intervención Social con la Comunidad Gitana impartido con la Universidad Pública de Navarra; y 4 becas Fundación Secretariado Gitano-Luis Sáez para mujeres gitanas en estudios de postgrado, en colaboración con la Fundación Universidades y Enseñanzas Superiores de Castilla y León (FUESCYL), la Fundación Villalar y la Dirección General de la Mujer-Servicios Sociales de Castilla y León.

LAS «SEÑAS DE IDENTIDAD DE NUESTRA DISCIPLINA» A LA LUZ DE LA OBRA DEL PROFESOR GREGORIO CÁMARA VILLAR. LA MACROECONOMÍA Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL, HOY

DANIELA DOBRE
Universidad de Granada

I. Premisa. La renovada necesidad de debatir sobre «las señas de identidad de nuestra disciplina»¹

Hace dos décadas, el Profesor Gregorio Cámara Villar publicaba uno de sus trabajos capitales (a la luz del objeto de estudio y su consiguiente carácter intemporal, incluso intergeneracional), «Reflexiones sobre el Derecho Constitucional como Derecho Político»², en el cual perfilaba las características metodológicas del Derecho Constitucional español, avisando sobre su innegable consolidación como disciplina autónoma³. Advertía, en este sentido, con Capelletti, que en «la eterna cuestión de los métodos», «el jurista debe partir siempre de una premisa de «humildad metodológica»⁴. En las páginas que siguen pretendo reflexionar, desde aquella exigencia de humildad, sobre el potencial alcance metodológico del

¹ G. CÁMARA VILLAR, «Reflexiones sobre el Derecho Constitucional como Derecho Político», en J. A. PORTERO MOLINA, *Conocimiento y realidad: estudios en homenaje a Jorge Riezu Martínez*, Editorial San Esteban, Salamanca, 2004, pp. 353-394, p. 353.

² Véase *supra* n.1.

³ Expresaba el autor, rotundamente, que «[e]l considerable desarrollo experimentado en estos casi dos decenios y medio por el Derecho Constitucional en su triple dimensión normativa, jurisprudencial y doctrinal, ha significado la plena normalización como disciplina jurídica, según el proceso paralelamente seguido al asentamiento efectivo de la Constitución como fundamento y núcleo de todas las ramas del ordenamiento jurídico español» (*Ibidem*, p. 354). Es imprescindible remitir a un trabajo posterior del autor, que tiene por objeto de estudio el Derecho Constitucional Europeo: G. CÁMARA VILLAR, «Perfiles históricos del Derecho Constitucional Europeo», *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 11, 2009 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Peter Häberle (I)), pp. 209-230.

⁴ G. CÁMARA VILLAR, «Reflexiones sobre el Derecho Constitucional como Derecho Político», *cit.*, p. 370.

Derecho Constitucional en relación con los temas macroeconómicos⁵. Tras exponer los caracteres esenciales que, a la luz de la obra del Profesor Cámara Villar y desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978, aportaron densidad científica al Derecho Constitucional español y contribuyeron a su identificación como disciplina jurídica autónoma, se esbozarán algunos ejemplos que persiguen dar cuenta de la relevancia constitucional de los instrumentos macroeconómicos para la reproducción de los sistemas políticos de posguerra—y, por extensión, para la efectividad misma de la Constitución «normativa».

Ciertamente, la Constitución normativa es el objeto que justifica la propia identificación del Derecho Constitucional español como disciplina autónoma a partir de 1978. Hoy, no cabe duda de que «[este] ha de partir del reconocimiento de su objeto, la norma constitucional, como derecho positivo jurisdiccionalmente garantizado [...] [asumiendo] la «juridicidad» de [aquella]; esto es, partir de la toma de conciencia de su carácter de ciencia de normas»⁶. Pero ¿cómo aprehender la realidad sociopolítica desde un enfoque esencialmente «normológico»?⁷

Es posible agrupar las soluciones teóricas que el Profesor Cámara Villar formula en el texto aquí referido en cuatro vías que permitirían integrar dicha realidad en el estudio objetivo (aunque no por ello formalista) de la norma constitucional. Sin embargo, detengámonos primero en la justificación de esta premisa metodológica, referida a la interconexión vital de la realidad política con la realidad jurídica. En particular, «en la Constitución [...] se anudan de forma inescindible y dialéctica diversas esferas de la realidad [...] es de toda evidencia que la afirmación como «jurídica» de la ciencia del Derecho Constitucional español no entra de ningún modo en contradicción con su dimensión política, sino que toma a la realidad tal cual es, enriquecida»⁸. Se deriva de lo anterior que «[e]l Derecho Constitucional es [...] incontestablemente, Derecho «político» (lo uno presupone lo otro, no lo disocia), y por esta razón esta característica es predicable en los mismos términos de la ciencia del Derecho Constitucional, que ha de estar atenta a estas realidades»⁹.

Por tanto, es esa continua interacción (y tensión) entre la norma y la realidad la que requiere no solo un apoyo auxiliar del Derecho Constitucional en los «he-

⁵ Véase en relación con este tema, de forma pionera en España, M. GARCÍA-PELAYO, «Las transformaciones del Estado contemporáneo», en *Obras Completas*, vol. II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; más recientemente sobre la relación entre la macroeconomía y el Derecho Público, J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, «La regulación de la política macroeconómica: un desafío para el Derecho Público», *Revista de Derecho Público: Teoría y método*, núm. 2, 2020, pp. 125-160.

⁶ G. CÁMARA VILLAR, «Reflexiones sobre el Derecho Constitucional como Derecho Político», *cit.*, p. 368.

⁷ *Ibidem*, *passim*.

⁸ *Ibidem*, p. 364.

⁹ *Ibidem*, p. 365.

chos», sino la misma integración sustantiva de las perspectivas política y social en la comprensión y la categorización de las normas constitucionales que —subraya el autor— «están en la realidad»¹⁰. La primera fórmula (clásica) que persigue conjugar las distintas perspectivas en el estudio de la norma fundacional, permitiendo a esta última actualizarse según las exigencias materiales de la realidad sociopolítica, sería la interpretación «abierta, progresiva, teleológica y aún proyectiva en determinadas materias» del Derecho Constitucional positivo—lo que a su vez reafirma el atributo de «normativo» de la Constitución, al encontrarse esta jurisdiccionalmente garantizada. Con todo, advierte el autor que el intérprete de la norma constitucional deberá aplicar al mismo tiempo un «sano *self-restraint* consistente en saber detenerse ante sus límites y dejar que los bienes inciertos sean perseguidos por la política, que es la que puede ir más allá mejorando lo jurídico»¹¹. La segunda vía se refiere al propio método («normológico») empleado para comprender la norma constitucional, que a su vez habrá de dar cabida a otros métodos (p.ej., el histórico o el comparado), aunque siempre de manera «convenientemente controlad[a] y especificad[a]»¹².

La tercera vía que permitiría la adecuación de la norma a la realidad y fomentaría la compleja relación dialéctica de las dos se debe buscar en el diálogo crítico entre la jurisprudencia constitucional y la Universidad, resultando especialmente beneficiosa, en este sentido, la figura de los votos particulares del Tribunal Constitucional¹³, por un lado, y la consolidada tradición realista e integradora de nuestra doctrina científico-constitucional, por otro. Dicho diálogo ocuparía un lugar destacado teniendo en cuenta que el Derecho Constitucional está «especialmente llamad[o] [en cuanto que disciplina autónoma] a su desarrollo comunitario y coparticipado por el conjunto de los juristas»¹⁴. Un lugar no menos destacado, según el Profesor Cámara Villar, ocuparía la teoría constitucional en el desarrollo del Derecho Constitucional como disciplina científica; es más, su «cultivo resulta[ría] imprescindible para mantener la solidez y la fortaleza teórico-práctica de un Derecho Constitucional particular»¹⁵. En su conjunto, tal modo «dinámico» de comprender las normas y las instituciones constitucionales del ordenamiento jurídico español, es decir, en el sentido de elementos «dotad[o]s de una historia y proyectad[o]s hacia el futuro», desvelaría no solo el potencial prescriptivo de nuestra disciplina sino también su función social: «[e]l Derecho Constitucional contribuye no solamente a defender, sino también a promover a la persona y su

¹⁰ *Ibidem*, p. 368.

¹¹ *Ibidem*, p. 374.

¹² *Ibidem*, p. 368.

¹³ *Ibidem*, p. 380-381.

¹⁴ *Ibidem*, p. 385.

¹⁵ *Ibidem*, p. 376.

dignidad, y es mucho lo que en este aspecto puede hacer la ciencia jurídico-constitucional»¹⁶.

A la luz estas consideraciones capilares que permiten identificar al Derecho Constitucional español como disciplina jurídica autónoma, en el presente trabajo me centraré en la indudable relevancia político-constitucional que la macroeconomía presenta en relación con las posibilidades de (reproducción y) garantía de la legitimidad del Estado contemporáneo. Lo dicho exige volver a preocuparse, por encima de todo, por el «contenido, método y didáctica de nuestra disciplina»¹⁷, so pena de un conflicto clásico que afecta potencialmente al Derecho Constitucional español en un doble sentido. En concreto, y de manera análoga a la relación dialéctica entre lo político-social y lo jurídico, según lo señalado por el Profesor Cámara Villar, se podría afirmar que también en lo que respecta a la macroeconomía, «un excesivo «realismo» sería tan dañoso como un abstracto y vacío «dogmatismo»»¹⁸.

Partiendo de la premisa de que la realidad económica se encuentra en permanente intersección —aunque no en plena identidad— con la realidad (sociopolítica) ordenada por la norma constitutiva de la comunidad, ante el tratamiento de los temas macroeconómicos desde el Derecho Constitucional se plantean dos perspectivas básicas que requerirían una precisa medición metodológica. En este sentido, las consideraciones desarrolladas en la obra del Profesor Cámara Villar adquieren una renovada relevancia hoy:

«El reconocimiento del Derecho Constitucional como disciplina jurídica no está en contradicción, en consecuencia, con el reconocimiento de que, en tanto que ciencia humana y social [...], ha de tener constantemente en cuenta esta condición de su objeto para poder estudiar su contenido en toda su complejidad y en sus múltiples determinaciones y proyecciones [...] [N]o hay contradicción objetiva, sino relaciones de complementariedad, entre el llamado método jurídico y un método sociológico-político. Se trata más bien de un problema de proporciones al ser utilizados de forma conjunta en un concreto análisis. Cuando se exagera la perspectiva jurídica, se acaba deformando la realidad jurídico-constitucional, al producir pura descripción o simple taxonomía de normas. Cuando se exagera la perspectiva sociológico-política, el Derecho Constitucional acaba oscureciéndose, diluyéndose y hasta esfumándose por completo en el estudio de la realidad social»¹⁹.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 377-379.

¹⁷ *Ibidem*, p. 354.

¹⁸ *Ibidem*, p. 368.

¹⁹ *Ibidem*, p. 369.

En otras palabras, ante el fenómeno de comprensión de la llamada «Constitución económica», las proporciones exactas que el jurista puede razonablemente emplear vienen exigidas en gran medida por el propio objeto de estudio²⁰. En este caso, si se exagera el elemento jurídico, la Constitución económica adquiriría un sentido meramente descriptivo o formal (i.e., como la totalidad de disposiciones jurídicas destinadas a regular el comportamiento económico en un determinado ámbito territorial²¹), desde el cual difícilmente sería posible comprender la relevancia de los instrumentos macroeconómicos para la realidad político-constitucional del Estado. Con todo, no sería erróneo sostener que, a pesar de plantear una dificultad considerable para extraer el contenido de la Constitución económica (i.e., el enfoque preciso en la ordenación y regulación de la materia económica), una definición en sentido formal permitiría garantizar el principio de neutralidad ideológica en la esfera económica, es decir, la deferencia constitucionalizada hacia el legislador democrático en la organización de la economía²².

²⁰ *Ibidem*, p. 370. En cuanto al debate doctrinal en España, en el contexto inmediatamente posterior a la Transición: defendiéndose la variedad de modelos económicos posibles dentro del marco general diseñado en la Constitución española cfr. M. GARCÍA PELAYO, «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en M. RAMÍREZ JIMÉNEZ (dir.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979, p. 46. Acerca de la relación de la Constitución económica española con los principios rectores del Estado social, A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «Constitución, sistema económico y Derecho mercantil», *Hacienda Pública Española*, núm. 94, 1985. Definiendo la Constitución económica como el conjunto de principios ordenadores de la actividad económica de los poderes públicos y agentes privados, S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, tomo I, La Ley, Madrid, 1991. Más recientemente, sobre la ausencia de un modelo económico constitucional, conllevando a una definición de Constitución económica «formal y abierta»: E. ALBERTÍ ROVIRA, «La Constitución Económica de 1978. Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-agosto, 2004, pp. 123-159, p. 125. Véanse, también, acerca del concepto aquí referido: L.I. GORDILLO PÉREZ, «Constitución económica, ordoliberalismo y Unión Europea. De un derecho económico nacional a uno europeo», *Revista de Derecho UNED*, núm. 23, 2018, pp. 249-283; G. MORENO GONZÁLEZ, «Más allá de la Regla de Oro: las otras restricciones constitucionales al poder fiscal y presupuestario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, 2019, pp. 205-22.

²¹ Véanse, por ejemplo, A. HATJE, «The Economic Constitution within the Internal Market», en A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oregon, 2010, p. 591; T. PROSSER, *The Economic Constitution*, Oxford University Press, New York, 2014, pp. 7-8; M. E. STREIT, W. MUSSLER, «The Economic Constitution of the European Community: From 'Rome' to 'Maastricht'», *European Law Journal*, vol. 1, núm. 1, marzo 1995, pp. 5-30.

²² Al menos hasta la reforma constitucional del art. 135 [BOE, núm. 233, de 27 de septiembre de 2011, pp. 101931 a 101941; BOE-A-2011-15210], esta ha sido la interpretación sostenida por Tribunal Constitucional español. En realidad, la mención explícita del término «Constitución económica» se ha empleado por primera vez en la jurisprudencia española en el Voto Particular formulado por el Magistrado don Luis Díez-Picazo, a la STC 37/1981, de 16 de noviembre (BOE, núm. 285, de 28 de noviembre de 1981), en el que se introduce con claridad el principio fundamental de neutralidad ideológica.

Por otro lado, si se exagera la perspectiva económica (por contraposición a la perspectiva jurídica), la Constitución económica podría llegar a vaciar la propia dimensión política de la norma fundacional de la comunidad. Se produciría, de este modo, un desplazamiento del método político de toma de decisiones (articulado, como es sabido, en torno al voto del elector y al Parlamento y su pluralismo y alternancia intrínsecas²³) y, correlativamente, la prevalencia de la racionalidad económica en la vida institucional del Estado constitucional contemporáneo²⁴. En este sentido, es indudable que el nítido origen económico de las premisas (neo y ordoliberales) que dan cimiento intelectual a los Tratados fundacionales de la Unión Europea (en lo que a la regulación de la economía se refiere) han vaciado la dimensión política de la Unión Económica y Monetaria (UEM), con consecuencias significativas sobre las Constituciones normativas de los Estados miembros del euro. Tal situación se ha visto agravada por las sucesivas crisis de la Unión desde el 2008 hasta hoy²⁵.

Ciertamente, si en la posguerra temprana el Estado constitucional había descubierto el uso (político-constitucional) de las herramientas macroeconómicas para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos y garantizar, de este modo, el principio constitucional del Estado social²⁶, la creación de una unión monetaria a nivel europeo implicó, sobre todo, la renuncia a una de las vías económicas clásicas del Estado para (re)posicionarse en el comercio internacional. En efecto,

²³ Cfr., por todos, F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, CEPC, Madrid, 2023 [1991]; M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado», en M. Á. PRESNO LINERA (coord.), *La metamorfosis del Estado y del Derecho*, Fundamentos núm. 8, Junta General del Principado de Asturias, 2014, pp. 255-288; *Idem*, «Alternancia y reconstrucción de la constitución económica: Crónica política y legislativa del año 2011», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 32, núm. 94, 2012, pp. 183-208; *Idem*, «Constitución del pluralismo y método jurídico», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, 2008, pp. 447-459.

²⁴ Recuérdese, por ejemplo, la caracterización del capitalismo como «Némesis» de «lo humano», «por su indiferencia, cuando no hostilidad» (F. DE LOS RÍOS, *El sentido humanista del socialismo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006, p. 116). Indispensable, al respecto, es el trabajo del Profesor Cámara Villar, «Fernando de Los Ríos», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 553-571.

²⁵ Véase, por todos, F. BALAGUER CALLEJÓN, «El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del derecho constitucional nacional», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. II, Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 99-121.

²⁶ Es imprescindible remitir, en este punto, a la densa contribución científica del Profesor Gregorio Cámara Villar que versa sobre el principio del Estado social y su encaje en la Constitución económica española. Recuérdense solo «Los derechos sociales y la fundamentalidad en el Estado constitucional de derecho», en R. TUR AUSINA (dir.), *Problemas actuales de derecho constitucional en un contexto de crisis*, Comares, Granada, 2015, pp. 69-92; *Idem*, «Los derechos sociales en la Constitución Española», *Tiempo de paz*, núm. 129, 2018, pp. 27-35; M.L. BALAGUER CALLEJÓN, G. CÁMARA VILLAR, «Constitución económica y derechos sociales», en F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Manual de derecho constitucional*, Vol. 2. *Derechos y libertades fundamentales. Deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales*, Tecnos, Madrid, 2022, pp. 351-393.

la transferencia del tipo de cambio como mecanismo de estabilización (política) de la economía nacional redujo irremediablemente la capacidad del Estado continental de la eurozona de cumplir con su función constitucional de integración social a través de la redistribución del producto nacional; una función, recordemos, que había asegurado justamente la reconstrucción y reproducción de los sistemas políticos europeos de posguerra.

Por otro lado, es un hecho comúnmente conocido desde la crisis de la eurozona que las reglas jurídicas de la UEM imponen la disciplina fiscal y prohíben la corresponsabilidad financiera entre los Estados miembros así como la financiación de sus deudas soberanas por el Banco Central Europeo. Este diseño originario de la UEM ha sido superado por sus propias contradicciones internas, configurándose en la actualidad como un área monetaria que no consigue actualizarse a fin de dar cabida política a instrumentos estabilización económica. Ante esta realidad político-constitucional, ¿qué herramientas tiene el Derecho para responder —si es que debe hacerlo— a los desequilibrios económicos de la UEM?

A continuación se dará cuenta de la relevancia de la macroeconomía en la reconstrucción de la legitimidad del Estado social de posguerra (II.1) y del significado constitucional de una herramienta macroeconómica determinada (el tipo de cambio, punto II.2). En el punto III se esbozarán las premisas de una corriente intelectual que puede dar lugar a una absorción de la realidad político-constitucional misma en el objeto de estudio de la ciencia económica (la Escuela de la Elección Pública). El último epígrafe (IV) expone algunas consideraciones finales relacionadas con la dimensión constitucional de los temas macroeconómicos y plantea la pregunta sobre la necesidad —derivada de una realidad político-constitucional cada vez más compleja— de ampliar los contornos metodológicos de nuestra disciplina.

II. La macroeconomía como herramienta esencial del Estado Constitucional contemporáneo

1. EL LUGAR DE LA MACROECONOMÍA EN EL MODELO DEL ESTADO SOCIAL

Siguiendo los términos propios del pensamiento en sistemas, el Estado social —como concepto no plenamente identificable con el Estado de bienestar, puesto que el primero supera los confines estrictamente políticos del bienestar social²⁷— definiría el intento del sistema político industrial y postindustrial de adecuarse a

²⁷ M. GARCÍA-PELAYO, *op. cit.*, pp. 1593-1594.

la creciente complejidad de su ambiente²⁸. Entre las causas históricas de conformación teórica del Estado social, es preciso destacar la inminente «reforma o revolución social»²⁹ del Estado liberal burgués a causa del desarrollo tecnológico y la democracia de masas, así como la necesidad de integrar al factor trabajo en la vida estatal; esta vez, sin embargo, no por medio de una solución totalitaria temporal, sino por la vía constitucional-democrática. En efecto, «cualquiera que sea el contenido de lo social, su actualización tiene que ir unida a un proceso democrático, más complejo [...] que el de la simple democracia política. [...] Solo mediante la vía democrática la tendencia a la estabilización de la sociedad puede ser neutralizada por un proceso de socialización del Estado»³⁰.

La constitucionalización del Estado social se produce por primera vez en la Ley Fundamental de Bonn de 1949³¹, aunque ciertamente la primera toma de conciencia del Derecho Público europeo acerca de la necesidad de superar la tajante separación entre el Estado y la sociedad se debe situar predominantemente en el período de entreguerras. Desde esta perspectiva, la Constitución de Weimar constituye un centro teórico de gravedad que señala la crisis del positivismo jurídico y de una teoría del Estado profundamente desvinculada de la realidad material sobre la que este proyectaba su fuerza decisoria. Por el contrario, el Estado social parte justamente de la intrínseca interrelación del Estado con la sociedad y la economía, desprendiéndose de esta forma de su función clásica liberal de mera corrección puntual de dichos subsistemas, «del mismo modo que se corrige de tiempo en tiempo un reloj para que, en virtud de su mecanismo, siga marchando por la sola operación de este»³².

Sin pretensión de presentar exhaustivamente las características del Estado social y las razones históricas que llevaron a su constitucionalización, baste recordar las facetas esenciales que lo conforman. Es preciso mencionar, sobre todo, la función social integradora que le corresponde, siendo vital para este fin la redistribución del producto nacional a través de transferencias fiscales, predominantemente en la forma de prestaciones sociales. En este sentido, la política social se distingue de otras fórmulas de regulación por su orientación universal y sistémica, buscándose la garantía de unas condiciones mínimas de existencia para cada uno de los ciudadanos (la llamada «procura existencial» criticada por Ernst Forsthoff)³³.

²⁸ *Ibid.*, p. 1726.

²⁹ L. VON STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung* [1850], Munich, 1921, cit. en M. GARCÍA-Pelayo, «Las transformaciones del Estado contemporáneo», *cit.*, p. 1594.

³⁰ M. GARCÍA-Pelayo, *op. cit.*, p. 1621.

³¹ *Ibidem*, p. 1594.

³² *Ibidem*, p. 1598.

³³ *Ibidem*, pp. 1603 y ss. Según Forsthoff, el principio del Estado social sería incompatible con el concepto de Constitución, ya que lo fundamental para la libertad es la certeza garantizada por el Estado de Derecho, y no los «meros adornos» (en referencia a los valores). En definitiva, la Constitu-

Ligado a lo anterior, el Estado social es, además, con García Pelayo, un Estado «*manager*», que se percata de su rol fundamental en la economía nacional y lo ejerce activamente, no solo mediante la orientación del proceso económico hacia el crecimiento de la producción, del consumo y la garantía del pleno empleo, sino también a través de la reorganización de su sistema de fuentes jurídicas, en el cual la ley abandona su centralidad clásica a favor de la eficiencia y especificidad de las normas provenientes del Gobierno³⁴. Lejos de apartarse metodológicamente de la ciencia económica, el Estado social hace uso de la macroeconomía³⁵ para ejercer su función de redistribución del producto nacional y garantizar las precondiciones de su legitimidad en el contexto de la sociedad postindustrial. A continuación se dará cuenta de la relevancia político-constitucional de un mecanismo macroeconómico específico, el tipo de cambio.

2. LA RELEVANCIA DEL TIPO DE CAMBIO PARA LA ECONOMÍA NACIONAL

Es bien sabido que la creación de la Unión Monetaria europea (UM) supuso para sus Estados miembros la renuncia al tipo de cambio como instrumento de la política macroeconómica nacional. En consecuencia, la creación de la UEM afectó directamente la capacidad de los Estados miembros de la eurozona de (re)posicionarse en el comercio internacional según las necesidades de sus balanzas de pago y según los criterios internos de oportunidad coyuntural. Además, los responsables políticos de la entonces Comunidad Europea no introdujeron mecanismos compensatorios para garantizar la sostenibilidad a largo plazo del euro y de las economías de los Estados participantes.

El tipo de cambio es el mecanismo capitalista que enlaza el sistema de producción del Estado con el tráfico internacional, respondiendo fundamentalmente a las necesidades de la balanza de pagos por cuenta corriente del país³⁶. En con-

ción «no es un supermercado donde se puedan satisfacer todos los deseos [...]; desde el momento en que [los valores del Estado social] transforman la Constitución en una masa de arcilla a disposición de los ideólogos, constituyen el final de la certeza de la libertad en el marco de la ley» y abren la puerta al Estado totalitario (E. FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. J. Nicolás Muñoz y L. López Guerra, CEPC, Madrid, 2013, pp. 51, 54-55).

³⁴ M. GARCÍA-PELAYO, *op. cit.*, pp. 1611-1615, 1636 y ss.

³⁵ J. M. KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money* [1936], Palgrave Macmillan, London, 2018.

³⁶ La balanza de pagos es «un registro de transacciones donde los pagos son ingresos para el receptor»; la balanza de pagos por cuenta corriente del Estado «incluye el comercio de bienes, el comercio de servicios, los pagos de las rentas de los factores productivos (dividendos, intereses y remesas de giradas desde el extranjero a los residentes) y las transferencias internacionales sin contraprestación, es decir, las donaciones» (N. HASHIMZADE, G. MYLES, J. BLACK, «Current account», en N. HASHIMZADE, G. MYLES, J. BLACK, *A Dictionary of Economics*, Oxford University Press, Oxford, 2017).

creto, la política cambiaria se orienta a la determinación o garantía del valor de la moneda nacional frente a las divisas extranjeras, siendo este un componente vital para la interacción económica que pretenda superar o atravesar las fronteras estatales (en particular porque la moneda se configura, entre otras, como medio de intercambio)³⁷. En este sentido, la existencia histórica de dos modelos principales de régimen cambiario es un hecho sobradamente conocido.

En el primero de ellos (el régimen de tipo fijo o estable), el valor de la moneda nacional se establecía bien con referencia a un bien escaso, de indudable valor intrínseco (el llamado «patrón oro», vigente a nivel internacional desde el 1880 hasta el 1914) bien con referencia al valor de otra divisa, a su vez, evaluada en función del oro³⁸. En el sistema del patrón oro, cada Estado garantizaba la libre conversión de su moneda en oro, a un precio fijo. La paridad de los tipos de cam-

³⁷ P. A. SAMUELSON, W. D. NORDHAUS, *Macroeconomía*, 18ª ed., McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid, 2006. Para una sucinta explicación de las distintas funciones del dinero y la concreta transición de cada una al terreno jurídico, convergiendo predominantemente en una teoría jurídica estatista del dinero, cfr. R. M. LASTRA, *International Financial and Monetary Law*, Oxford University Press, Oxford, 2ª ed., 2015, pp. 15-12. La «State theory of money» reside en una concepción nominalista del dinero, obteniendo tal caracterización solo el medio de intercambio o de deuda finalmente respaldado jurídicamente por el Estado como dinero de curso legal. Esta teoría se opone a un entendimiento social o institucionalista del dinero, según el cual la atribución del carácter de «dinero» derivaría de los usos de la vida comercial y de las prácticas de la sociedad en general, independientemente de la intervención del Estado. Para un estudio exhaustivo de las distintas funciones (y teorías económicas) del dinero, véase C. DESAN, *Making money: coin, currency, and the coming of capitalism*, Oxford University Press, Oxford, 2014. En esta obra, la autora desarrolla finalmente una comprensión propia del dinero como modo material de gobernanza. Véase, por el contrario, la propuesta del dinero como «objeto posicionado socialmente», basada en una definición ontológica: T. LAWSON, «Social positioning and the nature of money», *Cambridge Journal of Economics*, vol. 40, núm. 4, 2016, pp. 961-996. Cfr., en castellano acerca de esta última propuesta, C. A. GUEVARA CASTAÑEDA, «Pensando la naturaleza de la moneda desde una perspectiva crítica posfundacional», *Panorama Económico*, vol. 27, núm. 1, 2019, pp. 208-227. Más recientemente, indagando sobre la esencia política del dinero, con una aproximación de teoría constitucional, F. LOSADA, «Towards a constitutional theory of money: opening Europe's money up to public discourse», *European Law Open*, núm. 1 («Dialogue and Debate: Symposium on Stefan Eich's the Currency of Politics»), 2023, pp. 1025-1039.

³⁸ El valor intrínseco del oro es un hecho incontestado en la economía neoclásica. Véase solo P. A. SAMUELSON, W. D. NORDHAUS, *Macroeconomía*, cit.: «[p]ara el siglo XVIII, el dinero como mercancía se limitaba casi exclusivamente a los metales como plata y oro. Esas formas de dinero tenían *valor intrínseco* [...] de manera que] no había necesidad de que los Estados garantizaran su valor, y la cantidad de dinero se regulaba por el mercado, a través de la oferta y la demanda» (p. 103). Esta asunción conecta con una «teoría del valor basado en la sustancia», en la que la propia intercambiabilidad de los bienes se asienta en una «propiedad oculta que es lógicamente anterior a [las] transacciones [comerciales] y que les da forma». Mientras que para los neoclásicos (partiendo con Léon Walras) tal propiedad sería la escasez (i.e., bien útil y limitado en cantidad), para los seguidores de Karl Marx, se trataría, en cambio, de su configuración como productos del trabajo (humano). A. ORLÉAN, *The empire of value: A new foundation for economics*, MIT Press, Cambridge, 2014, pp. 13-14.

bio se establecía en función de la cantidad que podría obtenerse de cada moneda por una cantidad determinada de oro. De esta forma, los tipos de cambio no podrían alejarse de la paridad más allá de los límites fijados por los costes de transacción del envío de oro entre los distintos países, que solía ser un porcentaje muy reducido de su valor³⁹.

En cambio, la segunda versión del régimen estable se conoce como patrón «dólar-oro» o «sistema de Bretton Woods» (1945-1971), negociado fundamentalmente entre Gran Bretaña y Estados Unidos durante la Segunda Guerra Mundial⁴⁰ con el fin de instaurar, por primera vez, un orden monetario internacional que diera respuesta a los desequilibrios comerciales, inherentes al sistema moderno de acumulación de capital:

«En lo que ambos países coincidían era en reconocer la necesidad de cooperación internacional, en particular la inversión internacional a largo plazo, [ya que] el desequilibrio en las balanzas de pagos no era únicamente responsabilidad de los países deficitarios, sino que los países con saldos persistentemente favorables, que se abstuvieran de invertir en el extranjero, podrían ser igualmente considerados responsables»⁴¹.

El sistema cambiario establecido en Bretton Woods consistía en un compromiso bidireccional: de un lado, los Estados de la comunidad internacional acce-

³⁹ N. HASHIMZADE, G. MYLES, J. BLACK, «Gold Standard», *Idem, A Dictionary of Economics, cit.* Conviene recordar que la existencia del patrón oro «puro» ha sido contestada, atribuyéndose el papel de ancla «as good as gold» a la libra esterlina. M. J. ARJONA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 40 (y la bibliografía ahí citada). La existencia efectiva de un «patrón esterlino» se justificaría mediante la posición económica privilegiada de Gran Bretaña, ligada a las profundas consecuencias de la revolución industrial sobre los medios de producción; convirtiéndose esta, desde el año 1850, en la promotora de la primera etapa de expansión capitalista, por medio de las exportaciones: «[the railway, the steamer and the telegraph] provided the basis for that gigantic export boom — in both goods, capital and men — which played so large a part in the expansion, at all events in what was still the major capitalist country, Britain. The mass consumer economy still lay in the future, except perhaps in the United States. The domestic market of the poor, in so far as it was not supplied by peasants and small craftsmen, was not yet considered a major foundation for really spectacular economic advance. [...] Between 1850 and 1870 [the world's trade] increased by 260 per cent [respecto a 1800-1840]. Anything saleable was sold, including goods which met with distinct resistance from the receiving countries». E. HOBSBAWM, *Age of Capital: 1848-1875*, Phoenix Press, London, capítulo 2 (e-book).

⁴⁰ M. J. ARJONA SÁNCHEZ, *El euro, entre la nostalgia postmoderna al oro y un supra-federalismo europeo. Un debate constitucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021; S. BABB, A. KENTIKELIS, «International Financial Institutions as Agents of Neoliberalism», en D. CAHILL, M. COOPER, M. KONINGS, D. PRIMROSE (eds.), *The SAGE Handbook of Neoliberalism*, SAGE Publications, Los Angeles / London / New Delhi / Singapore / Washington D.C. / Melbourne, 2018, pp. 16-27, p. 17.

⁴¹ M. J. ARJONA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 63.

dían al anclaje nominal de sus monedas al valor del dólar (permitiéndose una fluctuación aproximada de un 1%); de otro lado, los Estados Unidos de América se comprometían a garantizar «la completa conversión (frente a cualquiera)» del dólar al oro, al cambio fijo de treinta y cinco dólares por onza⁴². La conferencia de Bretton Woods de 1 de julio de 1944 condujo asimismo a la creación del Fondo Monetario Internacional (FMI) y del Banco Internacional para el Desarrollo y la Construcción (el Banco Mundial)⁴³. Interesa destacar aquí la misión de la primera institución, concretamente la de supervisar y apoyar el sistema de cambios fijos, a través de dos funciones esenciales: vigilando los tipos de cambio de los Estados miembros del Acuerdo y poniendo a disposición de éstos, «temporalmente» sus recursos, «con las debidas salvaguardias, a fin de permitir la corrección de los desequilibrios de la balanza de pagos»⁴⁴.

Si, antes de Bretton Woods, la fijación del tipo de cambio se consideraba un asunto exclusivo de la soberanía nacional⁴⁵, la creación del FMI y la atribución al mismo de un poder de supervisión de las políticas cambiarias nacionales supusieron el reconocimiento generalizado de la necesidad de cooperación internacional en materia monetaria, plasmando a los Estados Unidos —y a su divisa— como componente central en el nuevo diseño institucional. A partir del «Nixon Shock» de 1971 —la decisión del Presidente estadounidense Richard Nixon de suspender la convertibilidad de los dólares en oro—, el sistema monetario internacional giraría en torno a un régimen cambiario fluctuante, estableciéndose el valor de las divisas según las «leyes» del mercado (la oferta y la demanda)⁴⁶; en otras palabras, un modelo completamente fiduciario, basado en la confianza de los agentes económicos respecto del valor efectivo de la divisa en un momento determinado, condicionado a su vez por el poder (o la credibilidad) del banco central de respaldarlo⁴⁷.

No obstante, lo que interesa destacar es que tal cambio de paradigma llevó asimismo a una caída generalizada de las barreras nacionales impuestas tradicio-

⁴² *Ibidem*, p. 67.

⁴³ Se le encomendaban al Banco Mundial objetivos (a largo plazo) de desarrollo económico y de erradicación de la pobreza, a través de la financiación de los Estados y de las iniciativas privadas, cuando la financiación privada no estuviera disponible en términos razonables. «IBRD Articles of Agreement: Article I», disponible en línea: <https://www.worldbank.org/en/about/articles-of-agreement/ibrd-articles-of-agreement/article-I> (últ. consulta: 12.1.2024). Cfr. asimismo, S. BABB, A. KENTIKELLENIS, «International Financial Institutions as Agents of Neoliberalism», *cit.*, p. 17.

⁴⁴ S. BABB, A. KENTIKELLENIS, *op. cit.*, p. 17 (trad. propia).

⁴⁵ R. M. LASTRA, *International Financial and Monetary Law*, *cit.*, pp. 3-12.

⁴⁶ El abandono formal del sistema de paridades fijas (pero ajustables) se declaró en una reunión del FMI, celebrada en Kingston, Jamaica, en enero de 1976. M. W. KLEIN, J. C. SHAMBAUGH, *Exchange rate regimes in the modern era*, MIT press, Massachusetts, 2012, p. 210, n. 8.

⁴⁷ M. J. ARJONA SÁNCHEZ, *op. cit.*, *passim*.

nalmente a los flujos de capitales; acontecimiento celebrado por algunos economistas (neoliberales) de la época, al facilitarse con ello la consecución de lo que debía considerarse el «objetivo económico más básico» de un «sociedad libre»: «the achievement and maintenance of a free and prosperous world community engaging in unrestricted multilateral trade»⁴⁸. En otras palabras, se pone de manifiesto la existencia de un nexo intrínseco entre los movimientos de capitales, el régimen cambiario y la política monetaria.

La plena comprensión de tal vinculación (el denominado «trilema económico internacional»⁴⁹) está condicionada, sin embargo, a la aclaración previa de los siguientes interrogantes básicos: ¿por qué se producen desequilibrios comerciales (déficit o superávit) en un área económico capitalista?; ¿cuál ha sido el mecanismo tradicional de ajuste de dichos desequilibrios, tanto a nivel estatal como internacional? Por último, ¿qué efectos produce la concreta configuración del sistema de cambios (fijo o fiduciario) sobre el resto de los componentes del llamado «trilema económico internacional»?

La primera pregunta se vincula al funcionamiento básico de una economía de mercado, en la cual —especialmente desde la consolidación del capitalismo industrial⁵⁰— se produce una reversión de los ciclos (micro)económicos⁵¹. En concreto, se debe tener en cuenta que la comercialización de los bienes y servicios exige la realización de una secuencia de operaciones de producción y distribución que requieren, para su efectivo desarrollo, una suficiente provisión de fondos que cubra tales necesidades económicas; siendo fundamental que la financiación se encuentre disponible previamente a la obtención del rendimiento final previsto (esto es, liquidez). En otras palabras, sin que sea necesario «esperar al ahorro para completar una actividad [...] adelantaremos nuestros futuros excedentes (ganancias) para hacer frente a nuestros presentes déficits. La rueda —por decirlo así— nunca se para, solo se acelera o se frena»⁵².

⁴⁸ M. FRIEDMAN, «The Case for Flexible Exchange—Rates», en *Idem, Essays in Positive Economics*, University of Chicago Press, Chicago, 1953, p. 157.

⁴⁹ M. K. BRUNNERMEIER, H. JAMES, J.-P. LANDAU, *The Euro and the Battle of Ideas*, Princeton University Press, Princeton, 2016, p. 75.

⁵⁰ En términos históricos, tal consolidación se situaría en los años sesenta del siglo XIX: época de espectacular crecimiento económico de las naciones occidentales, acompañada de la publicación de la obra crítica más conocida del capitalismo (Karl Marx, *Das Kapital*, 1867). En palabras de Eric Hobsbawm, se trataría nada menos que de una época de «triunfo global del capitalismo»: «[i]t was the triumph of a society which believed that economic growth rested on competitive private enterprise, on success in buying everything in the cheapest market (including labour) and selling in the dearest [...] in brief a world of continuous and accelerating material and moral progress». E. HOBSBAWM, *op. cit.*, «Introduction» (*e-book*).

⁵¹ M. J. ARJONA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

⁵² *Ibidem*, p. 28.

Dicha tendencia intrínseca del sistema capitalista al desequilibrio (superávit o déficit) se proyecta también sobre áreas geográficas determinadas⁵³. En el ámbito estatal, el mecanismo de corrección de los desequilibrios reside en la política fiscal, concretamente en el principio de solidaridad territorial⁵⁴. Por contraste, el ámbito internacional carece de los mecanismos estatales clásicos destinados a garantizar la solidaridad entre los territorios. En su lugar, el sistema cambiario internacional vendría a ocupar un lugar central en el ajuste de los desequilibrios comerciales. Merece la pena reflexionar brevemente sobre la evolución del sistema monetario internacional y la concreta función del banco central en cada uno de los regímenes cambiarios (patrón oro, patrón dólar-olor, tipo de cambio fluctuante).

En el sistema del patrón oro, el mecanismo de ajuste de los desequilibrios comerciales a nivel internacional vendría configurado por el libre mercado; en particular, asumiéndose una vocación «autopoyética»⁵⁵ de este espacio vital de interacción económica, garantizada precisamente por el anclaje de las distintas divisas al oro y, por consiguiente, de las monedas entre ellas mismas. Ahora bien, a nadie se le escapa un interrogante ineludible —sin duda, irremediabilmente abstracto— en el presente hilo argumentativo: ¿de dónde irradia tal fuerza estabilizadora del oro?

A fin de perfilar una de las ficciones más significativas del Derecho Público (el metal áurico como soporte fiduciario del orden monetario internacional), Peter Bernstein nos ofrece un leguaje revelador, definiendo su «belleza inextinguible» por la inercia química, la sorprendente densidad y la ductilidad:

⁵³ *Ibid.*, p. 29.

⁵⁴ Por ejemplo, el art. 2 de la Constitución Española (CE) dispone que «[L]a Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, [...] y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas». Proyecciones concretas del principio de solidaridad territorial se encuentran, entre otros, en los artículos 138 CE (deber del Estado de garantizar un equilibrio económico entre las diversas partes del territorio español) o 158 CE (en referencia al Fondo de Compensación Interterritorial, a través del cual se financian las inversiones hacia las Comunidades Autónomas menos favorecidas). Superando un mero alcance económico, y según la doctrina del Tribunal Constitucional, «[e]l principio de solidaridad prohíbe a las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias perjudicar o perturbar la utilidad general, obligándoles antes bien a tener en cuenta la comunidad de intereses que las vincula entre sí que no puede resultar disgregada o menoscabada a consecuencia de una gestión insolidaria de los propios intereses» (STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 7).

⁵⁵ M. J. ARJONA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 36 y ss. En las ciencias sociales, la autopoyesis se refiere a la capacidad de un sistema de automantenerse y autoreproducirse según su propia lógica. En términos luhmannianos, define el carácter autónomo y autosuficiente de un subsistema social (p. ej., el derecho, la economía). Los subsistemas generan sus lógicas particulares en virtud de oposiciones binarias denominadas «códigos» (p. ej., legal-illegal) que no pueden aplicarse a subsistemas distintos. C. CALHOUN (dir.), *Dictionary of the Social Sciences*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 26-27.

«As gold's unquenchable beauty shines like the sun, people have turned to it to protect themselves against the darkness ahead. [...] Gold's most mysterious incongruity is within the metal itself. It is so malleable that you can shape it in any way you wish; [...] [G]old is imperishable. You can do anything you want with it and to it, but you cannot make it disappear. [...] Every piece of gold reflects the same qualities. [...] Despite the complex obsessions it has created, gold is wonderfully simple in its essence. Its chemical symbol AU derives from aurora, which means 'shining dawn' but despite the glamorous suggestion of AU, gold is chemically inert. That explains why its radiance is forever. The density of gold means that even very small amounts can function as money of large denominations. [...] Stubborn resistance to oxidation, unusual density, and ready malleability — these simple natural attributes explain all there is to the romance of gold»⁵⁶.

Sin embargo, la función que este metal descubriría en el comercio internacional contrasta, por su relevancia, con su simpleza intrínseca. Partiendo de la premisa de que, en el paradigma del patrón oro, los bancos centrales de cada Estado participante en el tráfico económico estarían preparados para cambiar sus monedas por oro (en función de la paridad predefinida por ley nacional), la concreta gestión de los *shocks* asimétricos se llevaría a cabo según un modelo automático denominado «de flujo precio-especie», teorizado por primera vez por el filósofo escocés David Hume en 1752⁵⁷.

De manera simplificada, en un sistema monetario internacional con respaldo en el oro, los desequilibrios comerciales se ajustarían de manera natural por medio de la inflación o la deflación, respectivamente⁵⁸. Sin embargo, tras el tumultuoso período histórico de entreguerras y la finalización de la Segunda Guerra Mundial, los Estados Unidos adquirirían un lugar central en la arquitectura monetaria internacional, al consolidarse como la «única nación acreedora del mundo» (dada la destrucción generalizada de las reservas de oro y, en definitiva, de los recursos y medios de producción de las economías europeas)⁵⁹. En el mismo sentido, el anclaje directo de las divisas al oro estaba limitando la inercia expansiva del sistema capitalista, impulsada ahora con incrementada fuerza desde el territorio norteamericano hacia Europa. En efecto, el nuevo paradigma permitía superar las limitaciones del metal áurico —incapaz de multiplicarse en cantidad más allá de sus

⁵⁶ P. L. BERNSTEIN, *The Power of Gold: The History of an Obsession*, John Wiley & Sons, New York, 2004, pp. 7-8.

⁵⁷ M. K. BRUNNERMEIER, H. JAMES, J.-P. LANDAU, *op. cit.*, p. 76. Una explicación ilustrativa de este mecanismo se puede encontrar en M. J. ARJONA SÁNCHEZ, *op. cit.*, esp. pp. 35 y ss.

⁵⁸ M. J. ARJONA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 35.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 57.

contornos orgánicos— y descubrir un «lubricante»⁶⁰ más potente para el sostenimiento y la expansión del comercio internacional: la financiación de los déficits a través de los créditos concedidos por los países excedentarios a los Estados deficitarios⁶¹.

Por lo tanto, la implementación del patrón dólar-oro se vincula necesariamente a la prevalencia del crédito como herramienta primordial de transferencia de la riqueza en el mercado global, a su vez unida a los condicionantes materiales y geopolíticos de posguerra, que consolidaron a los Estados Unidos como centro de gravedad en el «orden» mundial. Asimismo, conviene recordar que los líderes de Bretton Woods (sobre todo, el representante estadounidense Harry Dexter White, y el británico John Maynard Keynes) coincidían acerca de las lecciones aprendidas durante la Gran Depresión⁶²: tanto en la teoría como en la práctica, el sistema de ajuste basado en el «flujo precio-especie» había demostrado su insostenibilidad. De manera que los «Estados excedentarios [debían] hacer su parte»⁶³ (esto es, invertir en los Estados deficitarios); todo ello, sobre la base de un régimen cambiario internacional que garantizase, a la vez, la estabilidad de las transacciones comerciales y el dinamismo requerido por un sistema de acumulación de capital, en continua necesidad de ampliar su espacio geográfico (mediante la apertura de nuevos mercados).

Ciertamente, el patrón dólar-oro respondería simultáneamente a las exigencias mencionadas. No obstante, el «talón de Aquiles» de la nueva arquitectura monetaria residiría precisamente en la carencia de límites orgánicos del crédito (a diferencia del oro) y, por ende, en su esencial vocación especulativa. En este sentido, la amplia discrecionalidad que el diseño de Bretton Woods otorgaba a los Estados en materia de restricciones a los movimientos internacionales no comerciales de capital supuso una garantía frente a las actividades especulativas, al considerarse estas una amenaza para la propia reproducción del sistema capitalista a nivel global⁶⁴.

En resumidas cuentas, a nivel prescriptivo, un sistema de cambios fijos favorecería la estabilidad del comercio bilateral y multilateral — y muy especialmente

⁶⁰ P. A. SAMUELSON, W. D. NORDHAUS, *op. cit.*, pp. 104.

⁶¹ M. K. BRUNNERMEIER, H. JAMES, J.-P. LANDAU, *op. cit.*, p. 77.

⁶² El 29 de octubre de 1929 se produjo el colapso del mercado de valores en los Estados Unidos. Como consecuencia de la gran recesión, el comercio internacional se vio profundamente reducido. Por otro lado, el rol de la Gran Depresión como combustible para las ideologías de extrema derecha en Europa es un hecho bien conocido.

⁶³ M. K. BRUNNERMEIER, H. JAMES, J.-P. LANDAU, *op. cit.*, p. 74.

⁶⁴ M. J. ARJONA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 247. En igual sentido, véase M. K. BRUNNERMEIER, H. JAMES, J.-P. LANDAU, *op. cit.*, p. 77. Según M. J. ARJONA SÁNCHEZ, una segunda garantía habría consistido en la consolidación de la Unión Europea como área económica auxiliar del dólar, que —junto a Japón— funcionaría como «operador anticíclico» (generador de demanda) en el caso de recesiones económicas en los Estados Unidos.

las inversiones a largo plazo desde los Estados excedentarios hacia los deficitarios; como contrabalanza, las potencialidades especulativas de la economía de mercado quedarían limitadas a través de la discrecionalidad soberana en materia de control de los flujos internacionales de capital⁶⁵. Lo cierto es que, al proporcionar un ancla nominal para la economía nacional, el patrón dólar-oro mantendría un significado adicional para la función del banco central. En efecto, la mera existencia del tipo fijo de cambio desvela preeminentemente la «cara externa» del banco central, en tanto en cuanto su función primordial residiría, en este caso, en garantizar el valor de la moneda nacional, «anclada» externamente al precio del dólar (a su vez, vinculado al oro)⁶⁶.

En otras palabras, el sistema de cambios fijos presentaría un efecto disciplinario para el banco central (y por ende para la política monetaria del Estado constitucional), ya que la referencia nominal (externa) limitaría las posibilidades materiales de expansión cuantitativa del dinero, reduciéndose la discrecionalidad del órgano e incluso, potencialmente, el nivel de inflación. Ciertamente, el anclaje de la economía del Estado al precio de otra divisa estable (o directamente al metal áurico) ejercería una fuerza moderadora sobre las expectativas de inflación de los agentes económicos y, por extensión, sobre el propio nivel de inflación⁶⁷. De manera que, en el sistema de Bretton Woods, la credibilidad de las políticas monetarias del banco central dependía directamente de su capacidad para frenar las crisis cambiarias de la economía nacional⁶⁸, probando públicamente su nivel de compromiso respecto del ancla nominal (dado el conocimiento generalizado de los actores económicos de la paridad esperada de la moneda)⁶⁹.

Por último, la decisión política del Presidente estadounidense Nixon de abandonar el régimen cambiario fijo abrió, a nivel internacional, el camino a la libre

⁶⁵ M. W. KLEIN, J. C. SHAMBAUGH, *op. cit.*, p. 8.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 16.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 165-166. Sin embargo, es evidente que las bases del sistema del patrón dólar-oro eran asimétricas, al configurarse los Estados Unidos como país «central» con plena discrecionalidad para fijar el precio de su moneda respecto al oro, mientras que el resto de los participantes debían dirigir sus políticas al mantenimiento de la vinculación establecida. *Ibid.*, p. 210, n. 5.

⁶⁸ Una crisis cambiaria implica que «las reservas de divisas [del banco central] están cayendo rápidamente, o que se están manteniendo solo con un nivel de endeudamiento exterior que conlleva dificultades para obtener más préstamos. Una crisis cambiaria puede corregirse a través de la mejora la balanza de pagos por cuenta corriente (es decir, mediante las exportaciones), a través de una consolidación fiscal o, por fin, a través de una devaluación» (i.e., «una bajada temporal, oficialmente anunciada, del valor de la moneda nacional en relación con las monedas extranjeras; la devaluación hace que las exportaciones sean más baratas en el extranjero en términos de moneda extranjera, y que las importaciones sean más caras en el país en términos de moneda nacional, por lo que tiende a mejorar la balanza comercial, pero a costa de aumentar los precios de las importaciones»). N. HASHIMZADE, G. MYLES, J. BLACK, «Balance-of-payments crisis»; «Devaluation», en *Idem, A Dictionary of Economics*, cit.

⁶⁹ M. W. KLEIN, J. C. SHAMBAUGH, *op. cit.*, p. 19.

fluctuación de las monedas; de modo que la apreciación o depreciación de aquéllas pasarían a depender del criterio espontáneo del mercado de divisas: si la demanda de la moneda es alta, su valor aumentará (inversamente, si la demanda es baja, el precio de la moneda bajará). Ciertamente, en un modelo de fluctuación cambiaria pura, el valor de la moneda nacional se establece directamente en el mercado, sin intervención de los bancos centrales o de los gobiernos: el tipo de cambio de cada moneda será el que los agentes privados (especuladores) creen que debería ser⁷⁰. Es evidente, en este sentido, que la volatilidad de los tipos de cambios supone un riesgo primordial para las economías basadas en un «sistema» de cambio flexible⁷¹. De ahí que, en la actualidad —y con el fin de estabilizar la volatilidad de las monedas— la mayoría de los Estados ejerzan un grado mínimo de intervención oficial en el mercado de divisas⁷².

Lo anterior nos lleva a reflexionar sobre un segundo subtipo de cambio flotante, esta vez, «controlado». Por un lado, las autoridades monetarias intervienen en el mercado con el fin de estabilizar las fluctuaciones de las divisas, comprando la moneda del Estado correspondiente cuando su precio podría bajar o vendiéndola cuando su precio podría subir⁷³. En cuanto a los efectos de tales acciones sobre la oferta interna de dinero, se distinguen dos formas de intervención del banco central en el mercado de divisas: «esterilizada», lo que significa que, al comprar divisas, vende otros valores a fin de mantener constante la oferta nacional de dinero; o «no esterilizada», permitiendo que la oferta interna se vea alterada⁷⁴.

Por otro lado, el gobierno también puede influir en el tipo de cambio a través de las distintas medidas de política macroeconómica. En este sentido, la concreta regulación de los movimientos de capitales adquiere especial relevancia: una mayor apertura de la balanza comercial del Estado (esto es, un nivel aumentado de liberalización del mercado financiero) incrementaría las inversiones extranjeras de capital y, con ello, el valor de la moneda nacional (dada la mejora de la balanza

⁷⁰ N. HASHIMZADE, G. MYLES, J. BLACK, «Pure floating exchange rate», en *Idem, A Dictionary of Economics*, cit.

⁷¹ Centrándonos en el territorio de la UE, las objeciones presentadas por Francia en dos momentos históricos del proceso de integración europea versaban precisamente sobre la insostenibilidad de un sistema cambiario fluctuante, a la luz de su excesiva volatilidad. En la primera, en los años sesenta, Charles De Gaulle abogó por la vuelta al patrón oro puro frente a una Alemania que estaba consolidando su posición de Estado excedentario en la Comunidad Económica Europea. La segunda, por parte de Jaques Delors, en el contexto del llamado «Consenso de Washington» (los años ochenta), tras la caída del régimen de Bretton Woods. M. K. BRUNNERMEIER, H. JAMES, J.-P. LANDAU, *op. cit.*, p. 76.

⁷² N. HASHIMZADE, G. MYLES, J. BLACK, «Pure floating exchange rate», en *Idem, A Dictionary of Economics*, cit.

⁷³ *Ibid.*, «Managed floating exchange rate», en *Idem, A Dictionary of Economics*, cit.

⁷⁴ *Ibid.*, «Intervention in foreign exchange markets». Otro método a través del cual el banco central interviene en el tipo de cambio consiste en el tipo de interés, concretamente el incremento de este último.

comercial del Estado deficitario). Sin embargo, se debe tener presente que las inversiones a corto plazo contienen un notorio riesgo de huida de capital en circunstancias de *shocks* económicos en el Estado receptor (*capital flight*), retroalimentando, de esta forma, la inestabilidad económica del país. En consecuencia, los controles «selectivos» de los movimientos de capital se han configurado —especialmente en los países en desarrollo— como instrumentos macroeconómicos esenciales a fin de desplazar las inversiones a corto plazo por los flujos financieros más estables, a largo plazo (por ejemplo, favoreciendo, a través de la regulación, las inversiones extranjeras directas, o «penalizando» a través del poder fiscal la salida temprana del país del capital extranjero)⁷⁵.

En esencia, las consideraciones anteriores sacan a luz distintos ángulos de un mismo «trilema» económico: el régimen cambiario, la función del banco central y el nivel de liberalización del mercado de capitales; todos ellos, como se ha visto, intrínsecamente vinculados. El «trilema económico internacional» define, en términos abstractos, la imposibilidad del Estado de implementar, simultáneamente, un régimen cambiario fijo, una política monetaria autónoma y liberalizar, a la vez, su mercado de capitales⁷⁶. Lo cierto es que, a pesar de las distintas objeciones referidas a la validez empírica del «trilema», su utilidad analítica es innegable, ya que permite observar las distintas configuraciones del sistema cambiario a lo largo de la historia moderna y reflexionar sobre sus consecuencias sobre los otros dos componentes⁷⁷.

Hasta aquí se ha ofrecido una explicación detallada de la función que el tipo de cambio ejerce en la economía internacional, demostrando asimismo su intrínseca relación con la política fiscal del Estado y con la política monetaria del banco central. A continuación se reflexionará sobre un modelo intelectual que, partiendo de los elementos que componen el «trilema internacional» como núcleo de la Constitución económica, se dirige potencialmente a contrarrestar la esencia política del proceso democrático de toma de decisiones, por cuanto que este se encuentra necesariamente orientado al corto plazo (la llamada *Public Choice School*).

⁷⁵ M. AYHAN KOSE, E. PRASAD, «Capital Accounts: Liberalize or Not?», *IMF Finance & Development*, 24.2.2020. Disponible en línea: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/basics/capital.htm> (últ. consulta: 12.1.2024). La relevancia de las inversiones extranjeras directas quedó plasmada recientemente en el «Consenso de Monterrey», reconociéndose que «las corrientes internacionales de capitales privados, en particular las de inversiones extranjeras directas, así como la estabilidad financiera internacional, constituyen un complemento fundamental de las actividades nacionales e internacionales de desarrollo. Las inversiones extranjeras directas contribuyen a financiar el crecimiento económico sostenido a largo plazo». NACIONES UNIDAS, Documento final de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, A/CONF.191/11, Monterrey, marzo de 2002, punto 20.

⁷⁶ M. K. BRUNNERMEIER, H. JAMES, J.-P. LANDAU, *op. cit.*, p. 75.

⁷⁷ M. W. KLEIN, J. C. SHAMBAUGH, *op. cit.*, p. 26. Para un análisis exhaustivo de las bases teóricas y empíricas del trilema, cfr. *Ibidem*, esp. pp. 133-145.

III. El desplazamiento de la política por una ciencia económica con proyección constitucional. El ejemplo de la escuela de la elección pública

La *Public Choice School* es una escuela económica de pensamiento surgida a finales de los años cincuenta en el marco de la Universidad de Virginia de los Estados Unidos. Sus líderes intelectuales son James M. Buchanan y Gordon Tullock⁷⁸, genéricamente incluidos entre los economistas de la Escuela de Chicago. En síntesis, lo que defienden los autores afiliados teóricamente a la Universidad de Chicago engloba los siguientes aspectos: el interés propio como explicación de toda acción económica, los beneficios del libre mercado, la ineficiencia de cualquier intento gubernamental de regular la economía y, por último, la relevancia de la oferta monetaria para determinar la inflación⁷⁹.

Por otra parte, se identifican tres pilares metodológicos de la Escuela de la Elección Pública: la racionalidad económica, el individualismo y la política entendida como un proceso de intercambio análogo al mercado. En particular, esta teoría persigue aplicar la racionalidad económica propia del mercado a la esfera de la política⁸⁰, con el fin de demostrar cómo la búsqueda del beneficio personal condicionaría la toma de decisiones colectivas. Según dicho programa de investigación, el comportamiento del individuo a la hora de enfrentarse a las alternativas políticas no diferiría en absoluto de su conducta en el ámbito económico. La diferencia esencial entre la elección individual y la colectiva consistiría en que la segunda requeriría más de un agente decisorio, mientras que la decisión en sí no se puede extender a más de una alternativa final. De esta forma, toda elección colectiva tendría un coste inherente, que superaría la mera suma del coste individual de cada decisión; principalmente porque a los costes naturales de toda elección individual (tiempo y energía) se añadirían el tiempo y la energía invertidos en la negociación con el resto de los agentes implicados⁸¹.

En este contexto, la alternativa «deseable» —esto es, benéfica— para el conjunto de los agentes decisivos solo se podría extraer tras un proceso de evaluación concreta de los «costes del consenso», tras una etapa previa de identificación de la

⁷⁸ Como documento programático de la Escuela de la Elección Pública, véase J. M. BUCHANAN, G. TULLOCK, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, University of Michigan Press, Indianapolis, [1962] 2ª ed., 1999. Sin embargo, los propios autores identifican su antecedente directo el pensamiento del economista escocés Duncan Black, p. 132. En particular: D. BLACK, *The Theory of Committees and Elections*, Cambridge University Press, Cambridge, 1958.

⁷⁹ N. HASHIMZADE, G. MYLES, J. BLACK, «Chicago School», en *Idem, A Dictionary of Economics*, cit.

⁸⁰ J. M. BUCHANAN, G. TULLOCK, *The Calculus of Consent*, cit., esp. pp. 16 ss.

⁸¹ *Ibid.*, p. 68.

elección individual más beneficiosa⁸². Dos consideraciones adicionales cierran el mapa teórico de la *Public Choice School*. Por un lado, los costes del acuerdo aumentarían de manera proporcional a la suma de los agentes inmersos en el proceso de elección colectiva⁸³. Por otro lado, los costes de la decisión colectiva solo se podrían eliminar por medio de la regla de la unanimidad, en los casos en los que la acción conjunta resultara óptima para modular o compensar las externalidades negativas del mercado⁸⁴. En otras palabras, «the unanimity rule for collective choice is the political analogue to freedom of exchange of partitionable goods in markets»⁸⁵.

El pensamiento de la *Public Choice School* de Buchanan fue evolucionando en las posteriores décadas hacia una «Economía Política Constitucional»⁸⁶, cuyo objetivo primordial sería el de revertir la «ignorancia constitucional»⁸⁷. Para este objetivo, los autores enfatizan la relevancia de «las reglas (jurídicas) de juego», atribuyéndoles un carácter semipermanente debido a su prolongación vital que tiende a superar la duración de las decisiones de la «política ordinaria»⁸⁸. De esta forma, la Economía Política Constitucional se propone emplear su bagaje metodológico a fin de descubrir las razones que subyacen a las reglas de juego, siendo este un paso previo indispensable para que todo actor racional sea capaz de evaluar las distintas alternativas de política ordinaria dirigidas a la regulación de la realidad económica.

El objetivo de esta propuesta se formula, según los autores, por contraste a la aproximación metodológica de los economistas samuelsonianos del momento⁸⁹, presuntamente comprometidos con la realización exclusiva de propuestas normativas. A diferencia de la Economía del Bienestar⁹⁰ —construida fundamentalmente sobre la premisa de que ciertos fallos del mercado exigirían la intervención estatal para su corrección—, el programa analítico de Buchanan se propone demostrar cómo un marco epistémico de la política análogo al *homo oeconomicus* transformaría los resultados de las decisiones colectivas ordinarias. Asumiendo que el proceso político de toma de decisiones se articula según la lógica del intercambio para

⁸² *Ibid.*, pp. 96-98.

⁸³ *Ibid.*, p. 68.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 85 y ss.

⁸⁵ J. M. BUCHANAN, «The Constitution of Economic Policy», *Science*, vol. 236, 1987, pp. 1433-1436, p. 1435.

⁸⁶ G. BRENNAN, J. M. BUCHANAN, *The reason of rules. Constitutional political economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.

⁸⁷ G. BRENNAN, J. M. BUCHANAN, *The reason of rules, cit.*, p. xi.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 29.

⁸⁹ *Ibid.*, p. xi-xii.

⁹⁰ P.A. SAMUELSON, *Foundations of Economic Analysis*, Harvard Economic Studies, vol. LXXX, Cambridge, 1947.

asegurar el beneficio propio de los agentes, la Economía Política Constitucional derribaría las premisas de la Economía del Bienestar referidas a una capacidad intrínseca de los actores políticos de responder a los supuestos fallos del mercado y reorientarlo hacia una situación de equilibrio competitivo general. De esta forma, se pasa de un paradigma basado en el «*market-failure*» al «*government failure*»⁹¹: «there is no necessary presumption that simply because markets are imperfect, political processes will work better»⁹².

El rechazo de una concepción orgánica en el proceso de toma decisiones (que llevaría, en los términos de la Economía del Bienestar, a la búsqueda del resultado distributivo más óptimo a nivel de la sociedad, esto es, el bien común o utilidad social) y la atención hacia el diseño del «entorno constitucional» en el cual se materializan las preferencias individuales plantean un interrogante esencial para la Economía Política Constitucional: ¿por qué deciden los actores económicos implementar «reglas de juego» y autolimitar, de esta forma, su comportamiento futuro? Fundamentalmente, porque, según los autores, en el nivel de acuerdo sobre las normas constitutivas existiría una predisposición del individuo para apartarse del cálculo racional empleado en el nivel de la política ordinaria⁹³.

Por otro lado, según los postulados de la Escuela de Virginia, la cuestión monetaria representaría un pilar esencial para la coordinación social eficiente, elaborándose una defensa a favor de las reglas constitutivas claras que vinculen a los responsables de la política monetaria. Se aboga, al respecto, por la necesidad de una «constitución monetaria», aunque ciertamente no una constitución monetaria específica. En lugar de acudir al término comúnmente empleado de «estabilidad monetaria», Buchanan se refiere a la «previsibilidad monetaria», definiéndola como un «equilibrio monetario continuo» que tendría como finalidad asegurar el igual poder adquisitivo de una unidad monetaria y permitir a los agentes económicos coordinar con mayor éxito sus actividades de intercambio⁹⁴. Indudablemente, el sentido atribuido a la previsibilidad monetaria en la visión buchanaiana supera las fronteras estrictas de la vida económica, adquiriendo un significado fundacional para la misma realidad jurídico-política: la seguridad futura respecto del valor estable del dinero supondría un requisito indispensable para la propia existencia del intercambio económico y para el orden político en su conjunto. En

⁹¹ R. A. CANDELA, «Public Choice: The Virginia School», en A. MARCIANO, G. B. RAMELLO (eds.), *Encyclopedia of Law & Economics* (eds.), Springer, New York 2018, pp. 1712-1719, p. 1716.

⁹² G. BRENNAN, J. M. BUCHANAN, *The reason of rules. Constitutional political economy*, cit., p. 116.

⁹³ J. M. BUCHANAN, «The Constitution of Economic Policy», *Science*, vol. 236, 1987, pp. 1433-1436, p. 1434.

⁹⁴ J. M. BUCHANAN, «Chapter VI. Predictability: The Criterion of Monetary Constitutions», en L. B. YEAGER, *In Search of a Monetary Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, MA and London, England, [1962] 2013, pp. 155-183, p. 161.

este sentido, la proyección constitucional de los postulados intelectuales bucharianos es evidente.

IV. Consideraciones finales. La dimensión constitucional de los temas macroeconómicos

En este trabajo se ha pretendido reflexionar sobre una pregunta pendiente de nuestra disciplina, en particular, sobre cómo debería situarse el Derecho Constitucional ante el fenómeno de comprensión y ordenación de la realidad económica—una realidad, recordemos, que se encuentra en una compleja relación dialéctica con la realidad política y que, a fin de cuentas, se integra en aquella realidad material normada por la Norma Fundamental (política). En el caso concreto español, desde el mismo momento constituyente se ha hecho patente que «nuestra Constitución económica está llena de imperfecciones»⁹⁵. Por otro lado, su principio de neutralidad que vino acompañado de una declarada «imperfección técnica, coste político y esterilidad jurídica»⁹⁶ ha quedado modulado, con el paso del tiempo, por las innumerables normas de la Unión que le han atribuido un sentido diferente⁹⁷ (de orientación marcadamente neoliberal). Ante este paradigma, es preciso abogar, con el Profesor Gregorio Cámara Villar, por el «el mantenimiento ineludible de la dimensión realista en el estudio de las normas y de los temas constitucionales»⁹⁸, en cuyos contornos materiales se sitúan hoy, inexorablemente, los temas (y los instrumentos) macroeconómicos.

Más allá de los concretos modos y posibilidades de comprensión del fenómeno económico desde la perspectiva constitucional, quizás la seña de identidad esencial de la disciplina jurídico-constitucional, capaz de mantenerse inalterada ante el paso de los tiempos y de las generaciones, es su innegable fuerza integradora. Una fuerza que se proyecta, sobre todo, en la enseñanza del Derecho Constitucional—a su vez, una preocupación destacada y recurrente en la contribución intelectual y docente del Profesor Cámara Villar:

«Se trata con ello de perseguir, sobre todo, la formación de juristas de amplias miras, sin provincianismos mentales, comprometidos en el estudio

⁹⁵ M. HERRERO DE MIÑÓN, «La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, núm. 57, septiembre-diciembre, 1999, pp. 11-32, p. 32.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 11.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 25.

⁹⁸ G. CÁMARA VILLAR, «Reflexiones sobre el Derecho Constitucional como Derecho Político», p. 354.

y el diálogo, ejercitados en la crítica y en la tolerancia [...] Por este camino es mucho lo que puede hacerse para alcanzar integración y efectividad para nuestro texto constitucional. [...] Pero la enseñanza general del Derecho Constitucional debe contribuir también a desarrollar en puros términos de realismo una creencia auténtica y razonada en la carta democrática común [...] Esto (patriotismo constitucional lo llama la doctrina alemana) supera en importancia a cualquier cosa [...] y merece la pena todo el esfuerzo que se le dedique»⁹⁹.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 388-390. Véanse asimismo, entre otros trabajos, «El derecho a la educación en tiempos de crisis. La LOMCE en su contexto», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 16-18, 2013-2015, pp. 205-234; «La autonomía universitaria en España hoy: entre el mito y la realidad», *Revista catalana de dret públic*, núm. 44, 2012 (Ejemplar dedicado a: *Canvi de model a la Universitat?*), pp. 67-109; «Educación para la Ciudadanía y promoción de los Derechos Humanos», *Temas para el debate*, núm. 149, abril, 2007 (Ejemplar dedicado a: *Educación para la ciudadanía*), pp. 39-41; «Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España», *Revista de educación*, núm. 344, 2007 (Ejemplar dedicado a: *Consenso y disenso: ¿es posible el pacto social en educación?*), pp. 61-82.

LA EDUCACIÓN COMO CONDICIÓN DE POSIBILIDAD DEL PROYECTO CONSTITUCIONAL EN LA SOCIEDAD DIGITAL. ^{1*}

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ
Universidad de Granada

«Solo uno de cada diez estudiantes procedentes de los países de la OCDE parece saber distinguir entre hecho y opinión»².

I. El compromiso constitucional

Los que nos dedicamos a esto que se llama Derecho constitucional no solo integramos nuestro trabajo docente e investigador dentro de una de las áreas temáticas que se describen en la normativa para poder organizar burocráticamente la disciplina, sino que compartimos los valores con los que el constitucionalismo se identifica desde el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: la garantía de los derechos de las personas y el control del poder.

El impresionante poso —la densidad filosófica, política...— de estas ideas condiciona de manera singular al profesor que organiza la docencia en torno a ellas. El Derecho constitucional, como todo ámbito científico, forma un sistema en el que los conflictos que se presentan se resuelven en última instancia a partir de una serie de premisas que no cuestionamos. Los problemas, relativos al sistema

¹ * Además de al homenajeado estas páginas van dedicadas a la memoria de mi tío Juan José Martínez Marín. Lejos de ser un formalismo esta dedicatoria es obligada porque él era un maestro bueno, que reconocía e impulsaba la sed de conocimiento y satisfacía la necesidad de información. Ha querido el destino que falleciera mientras yo emprendía esta especie de glosa del proceso educativo que es a su vez un elogio melancólico de la estirpe de los maestros cabales.

² Informe Pisa 2018 (Informe en español), p. 10. https://www.libreria.educacion.gob.es/libro/pisa-2018-programa-para-la-evaluacion-internacional-de-los-estudiantes-informe-espanol_182792/edicion/pdf-173777/

de fuentes, de cuál sea en última instancia aquella que reduzca a unidad el sistema no están enteramente cerrados pero sí que cualquiera que sea tiene que asumir como postulados fundantes los dos manejados. El tiempo solo los ha actualizado para introducir nuevos elementos de fortalecimiento: la dignidad humana, en especial.

Dada esta circunstancia particular, que hace de los constitucionalistas una particular cofradía laica³, resulta difícil de explicar cómo es posible que se dedique uno a esto cuando no se comparten los presupuestos⁴. Lo que es una imposibilidad científica —el constitucionalismo como disciplina no permite metodológicamente postular un estado totalitario de la misma manera que un científico no puede mantener el terraplanismo— debería ser también una imposibilidad moral, ya que los derechos fundamentales y el control del poder no son solo ideas que pertenecen al mundo del derecho. Antes bien, representan en el mundo del derecho una idea de bien.

Por ello el constitucionalismo cínico es un oxímoron especialmente estridente solo practicado por quienes no se creen los valores que deberían asumirse o aquellos que practican una defensa tan desvaída que hacen difícil su garantía. Convengamos que no estamos en los años 30 del pasado siglo y la regularidad es la de una doctrina volcada en el estudio concienzudo de los textos constitucionales (ciertamente cada vez más abierto conforme al paradigma del constitucionalismo multinivel) para perfeccionar sus posibilidades emancipatorias, tanto desde el punto de vista individual como del colectivo; una doctrina comprometida realmente en el progreso, en lo que la libertad y la igualdad pueden ofrecer al destino de la humanidad.

En este grupo de académicos que han hecho de la coherencia una virtud inquestionable se integra el Prof. Cámara. De hecho, bien podría ser una de las señas de identidad de su trayectoria en la que se ha empleado a fondo en analizar con exhaustividad aquellos problemas constitucionales que a su juicio requerían una atención específica.

Ha generado así una multitud de páginas con acercamientos rigurosos pero no formalistas. Análisis que solo han visto la luz tras pasar por una criba estricta de manera que el panorama normativo, el jurisprudencial y el doctrinal de la cuestión estudiada aparece completamente dibujado. Pero las miras de la investigación en derecho constitucional no son solo esas. El plus solo se añade cuando el objeto del trabajo se encuentra correctamente ubicado dentro del paradigma constitucio-

³ La idea de las declaraciones de derechos como un verdadero «catecismo de los ciudadanos» es recogida por S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette/Pluriel, Paris, 1988, p. 117.

⁴ Esta es una pregunta recurrente. Cfr. por ejemplo, J. BENDA, *La traición de los clérigos* (con prólogo de Norberto Bobbio), Círculo de Lectores, Barcelona, 2000.

nal que parte de los dos principios que venimos comentando. El constitucionalista Cámara —*engagé*— observa la tensión que se genera entre la normatividad constitucional y la realidad y trata de encontrar la vía dogmática para superarla. Si la doctrina crea derecho constitucional (Häberle)⁵ la del autor ha innovado para hacerlo más efectivo, para abandonar de todo punto la realidad a la que Loewenstein daba nombre: las constituciones norminales y semánticas⁶. Este es un problema (y un riesgo clarísimo) para la normatividad (y por tanto para la legitimidad de la constitución porque ninguna legitimidad puede tener una norma que sea incapaz de afirmarse y obtener reconocimiento); y nunca podremos desentendernos de él porque toda norma (especialmente aquella que tiene un grado de apertura tan considerable) siempre recibe resistencia. Hoy para volver a afirmar el proyecto constitucional se necesita educación, no en vano una de las cuestiones a las que el prof. Cámara se ha dedicado con más denuedo, con más coherencia, con más compromiso, con más rigor.

II. La educación

El proyecto constitucional solo se puede entender como un concepto cultural (Häberle⁷) y cultura y educación en muchos contextos con conceptualmente indistinguibles. La educación es fundamentalmente un proceso que comienza en la más temprana infancia con el objetivo último de alumbrar una persona libre, un ciudadano. El sujeto del constitucionalismo solo nace en este contexto cultural.

En la obra del profesor Cámara esta dimensión cobra una importancia enorme. Podemos reconstruirla en sus trabajos específicos sobre educación, tanto en los que en su etapa inicial le dedicó en el ámbito de la ciencia política⁸ como en los que posteriormente publicó sobre los diferentes perfiles del artículo 27⁹ (con

⁵ «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la constitución», *Revista de derecho constitucional europeo*, No. 38, 2022.

⁶ K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 2018, pp. 216 y ss.

⁷ *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.

⁸ *Nacional-catolicismo y escuela: la socialización política del franquismo (1936-1951)*, Jaén, Hesperia, 1984, obra con la que obtuvo un premio nacional de investigación concedidos a tesis de carácter social o político por el Centro de Investigaciones Sociológicas. O «El adoctrinamiento político en la escuela del franquismo: nacional-catolicismo y textos escolares». En J. L. L. ARANGUREN, P. CEREZO (coords) *Infancia y Sociedad en España*. Jaén, Hesperia, 1983, pp. 161-199.

⁹ De entre su ingente obra podemos destacar, «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española». En AAVV: «Introducción a los derechos fundamentales». *X Jornadas de Estudio*. Vol. III, Madrid, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1988, pp. 2161-2191; «Constitución y educación (Los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución de 1978)», en

especial atención a la enseñanza universitaria)¹⁰. Pero también cabe encontrarla en las contribuciones en las que acaba dibujando todo un perfil de la experiencia republicana a partir de su exhaustivo conocimiento de un gran reformista: Fernando de los Ríos¹¹. Y no deberían soslayarse sus trabajos sobre la necesidad de in-

GUMERSINDO TRUJILLO, LUIS LÓPEZ-GUERRA, PEDRO GONZÁLEZ TREVIJANO (Dir.): *La experiencia constitucional (1978-2000)*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 265-305; «El derecho a la educación». En J. L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE y M.N. MORENO VIDA: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Granada, Comares, 2002, págs. 979-1034; «Un problema constitucional no resuelto: el derecho garantizado en el artículo 27.3 de la Constitución española y la enseñanza de la religión y su alternativa en los centros educativos». En F. BALAGUER (Coord.): *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*. Madrid, Tecnos, 2004, págs. 439-462; «La educación en el Estado laico: el marco constitucional español en perspectiva histórica y comparada». En PATRICIO DE BLAS ZABALETA (Coord.): *Laicidad, educación y democracia*. Madrid, Biblioteca Nueva, 2005; «Educación y enseñanza». En FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN (Dir.) y LUIS ORTEGA, GREGORIO CÁMARA VILLAR, JOSÉ A. MONTILLA (Coords.): *Reformas Estatutarias y Distribución de Competencias*. Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, Consejería de Justicia y Administración Pública, 2007, págs. 513-524; «Artículo 14. Derecho a la educación». En C. MONEREO ATIENZA, J. L. MONEREO PÉREZ, (Dir. y Coord.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Granada, Comares, 2012, págs. 295-329; «Derecho a la educación. Art. 26 DUDH; art. 18.4 PIDCP; art. 13 PIDESC», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir. y Coord.), *EL sistema universal de los derechos humanos*. Editorial Comares, Granada, 2014; — «El derecho a la educación en la Unión Europea», en FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, PEDRO CRUZ VILLALÓN, PIERFRANCESCO GROSSI, PETER HÄBERLE, STELIO MANGIAMELI, GIANPIERO, MILANO, JORGE MIRANDA E DIAN SCHEFOLD, *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Giuffrè, Milano, 2015. pp. 301-342; «El derecho a la educación en tiempos de crisis. La LOMCE en su contexto». Crisis y estado de Bienestar. In Memoriam Profesor Nicolás María López Calera. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núms 16/17/18, 2013-2015, pp. 205-260.

¹⁰ Cfr. «La autonomía universitaria en España». En *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*. Congreso de los Diputados/Tribunal Constitucional/ Universidad Complutense de Madrid/Fundación Ortega y Gasset/ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, Vol. I, págs. 671-704; o «Universidades». En F. BALAGUER CALLEJÓN (Dir.) y L. ORTEGA, G. CÁMARA VILLAR, J. A. MONTILLA (coords.): *Reformas Estatutarias y Distribución de Competencias*. Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, Consejería de Justicia y Administración Pública, 2007, págs. 525-536

¹¹ Cfr. *Fernando de los Ríos. Discursos parlamentarios*. (Selección de los Discursos y Estudio Preliminar: Gregorio Cámara Villar) Congreso de los Diputados, Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General. Departamento de Publicaciones, Madrid, 1999; «Los discursos y la actividad parlamentaria de Fernando de los Ríos». En G. CÁMARA VILLAR (Ed.): *Fernando de los Ríos y su tiempo*. Granada, Editorial Universidad de Granada, 2000, pp. 175-257; «Fernando De los Ríos y la política educativa de la Segunda República». En RAÚL MORODO y PEDRO DE VEGA (Dir.): *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México/ Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Tomo I. Madrid, 2001, pp. 129-170; «Fernando de los Ríos (1879-1949). La concepción del Estado y de la democracia de un socialista humanista», en JOAQUÍN VARELA SUAREZ-CARPEGNA (ed.), *Siete maestros del Derecho Político Español*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, pp. 115-141

cluir una asignatura de educación para la ciudadanía en el currículo de la enseñanza secundaria y el bachillerato¹².

Pero la obra científica del prof Cámara sobre educación no se comprendería bien sin reparar en que traduce un compromiso efectivo de dimensión política. En este sentido no son trabajos de despacho, meras elucubraciones, sino que son reflexiones en buena medida compartidas con otras muchas personas que dedican a la docencia su vida, tanto profesional como intelectualmente. Y no solo hago referencia aquí a sus colegas universitarios, de derecho o de otras disciplinas, como pedagogía o historia, muy singularmente; sino también a la permanente interlocución con los docentes que acogen a los niños y a los adolescentes. Nuestro homenajeado no vive en una burbuja y por ello consigue transmitir que el sistema educativo debe ser (y así es sin duda concebido en el artículo 27 CE) un complejo articulado para que cada persona pueda dar de sí lo máximo; para que sus dificultades de origen puedan ser removidas y alcanzar la posición social e individual que le permitan sus capacidades y su esfuerzo. La educación se conecta así de manera indeleble con la igualdad. Para Cámara el derecho a la educación es así, cultura, libertad e igualdad.

De esta manera cabe entender también su participación activa tanto en foros, asociaciones o instituciones, algunas de las cuales me permito colocar aquí sin marcar las en otro contexto oportunas distinciones. Y lo hago porque de lo que se trata ahora es de destacar, por ejemplo, que tanto en la Fundación Cives, de la que es patrono, como en la Comisión de Educación y Deporte del Congreso de los Diputados el homenajeado ha utilizado sus conocimientos técnicos al servicio del proyecto emancipador que supone el constitucionalismo¹³ y del que forma parte esencial la educación.

Es fácil entender de este modo el papel desempeñado por la educación en la completa obra académica del prof. Cámara. En todas sus páginas hay un anhelo que da cuenta de la esencialidad del proceso educativo en la vida humana, que quiere transmitir su enorme potencia transformadora. Sus investigaciones de-

¹² «Educación para la ciudadanía y promoción de los derechos humanos». En VÍCTORINO MAYORAL CORTÉS y otros: *Educación y ciudadanía*. Madrid, Fundación Educativa y Asistencial CIVES, 2006; «El debate en España sobre la materia 'Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos' ante su proyectada supresión y cambio». *IV Jornadas de Educación para la Ciudadanía, Democracia y Derechos Humanos: los currícula y la práctica docente*. Fundación Educativa y Asistencial CIVES, 2012, págs. 111-131; «El debate en España sobre la materia 'Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos' ante su proyectada supresión y cambio». En *Constitución y Democracia: Ayer y hoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*. Universitas, 2013. Vol. 2. ; «Educar para la ciudadanía, educar para la dignidad en un marco intercultural». En X. BESALÚ, J.A. GARCÍA, R. GARCÍA y B. LÓPEZ, *Aproximación al estado de la interculturalidad*. Liga Española de la Educación y la Cultura Popular-Wolters Kluwer/Educación, Madrid, 2014; «La función de la Educación para la Ciudadanía en una sociedad democrática avanzada». *Idea La Mancha. Revista de Educación de Castilla-La Mancha*, Nº 6, 2008, págs.64-71.

¹³ C. DE CABO MARTÍN, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Trotta, Madrid, 2014.

muestran que las dictaduras pretenden controlarlo y estabular a maestros y alumnos en torno a un marco de valores incontestados, definidos unilateralmente por unos detentadores del poder no sometidos a responsabilidad¹⁴; y que a las democracias toca ampliar los horizontes: el magnífico artículo 27.2 CE lo expresa de manera difícilmente mejorable.

Admitamos, pues, que sin educación no hay futuro para el ciudadano y que sin ciudadano el proyecto constitucional se desfonda. Este es el punto de partida. Pasemos ahora a identificar las vías de agua que pueden quebrarlo; a intentar examinar la forma en la que es posible hacer fracasar el proyecto. En la coyuntura de la sociedad digital son bastantes las magnitudes que quedan expuestas a la intemperie, desguarnecidas. Comencemos por tirar del hilo que nos ofrece el concepto de información, objeto fundamental de la labor educativa.

III. Información y desinformación

Es posible encontrar ámbitos concretos de la actividad humana en la que el conocimiento y, por tanto, la verdad, son alcanzables. La Ilustración parte de ello y también el constitucionalismo como producto jurídico-político derivado. En este esquema la información representa un papel esencial ya que alumbró la verdad que se ha descubierto gracias al paradigma científico. No es una sinécdoque excesiva decir que la Ilustración es la Enciclopedia, esto es, ese esfuerzo inaudito de trasladar a través de 74.000 artículos ordenados alfabéticamente y no temáticamente¹⁵ el conocimiento de la época logrando igualmente destacar «al hacer dialogar intencionada y abiertamente artículos contradictorios (...), las inmensas incongruencias y grietas que existían en el saber de la época»¹⁶. De esta manera el paradigma se conjura para hacer accesible la verdad de las cosas, bien a partir de la misma solvencia de la afirmación, bien a partir de la igualmente evidencia fragilidad de lo que carece de posibilidades de ser demostrado lógicamente o empíricamente. Aquí toman cuerpo dos ideas fundamentales: i) información y opinión pueden y deben ser separables; y ii) la mentira debería poder demostrarse y quedar desterrada del discurso público.

¹⁴ No es poco relevante traer a colación aquí un magnífico trabajo en cuya gestación el Prof. Cámara tuvo una intervención bastante relevante y del que fue prologoista Me refiero a A. SOPEÑA MOSALVE, *El florido pensil. (Memoria de la escuela nacional-católica)*, Crítica, Barcelona, 1994.

¹⁵ Lo que suponía rechazar implícitamente, como señala Andrew S. Curran, «la antigua separación de valores monárquicos, aristocráticos y religiosos de aquellos asociados con la cultura burguesa y los oficios del país. En su *Encyclopédie*, decidieron, un artículo sobre el tema más sagrado del catolicismo podría encontrarse al lado de una intrincada discusión sobre cómo se fabricaba el latón». Cfr. A. S. CURRAN, *Diderot y el arte de pensar libremente*, Ariel, Barcelona, 2020, p. 119.

¹⁶ *Ibidem*, p. 120.

La historia posterior, sin embargo, nos obliga a plantear otros aspectos para comprender en su complejidad —fuera por tanto de su ingenuidad primigenia— la conformación actual de estas dos ideas, a cuya vigencia sigue encomendándose el constitucionalismo para asegurar su futuro.

El primero se refiere a la necesidad de observar bajo un prisma más amplio la relación entre el modelo jurídico político que llamamos constitucionalismo con el conocimiento objetivo. Con el segundo observaremos la reciente evolución que ha hecho, como sugeriremos, que las aspiraciones a separar realidad y apariencia, opinión y dato vayan por una peligrosa pendiente deslizante. Cada grado de descenso supone una nueva flaqueza que pone en jaque la verdad como ficción¹⁷ necesaria sin la que no pueden sobrevivir el progreso, la Ilustración, el procedimiento de formación de la opinión colectiva (ya sea en sus instituciones o en ámbito social); en definitiva, el constitucionalismo como instrumento de resolución pacífica de los conflictos basado en los derechos.

En efecto, por lo que se refiere al primer aspecto, sería una simplificación improcedente relacionar exclusivamente el constitucionalismo con la verdad¹⁸: vinculado como ha estado siempre a la autonomía individual ha protegido la capacidad de las personas para sostener cualquier tipo de creencias sin prejuzgar la racionalidad de las mismas¹⁹. La lectura de la Ilustración que desarrollaron los revolucionarios franceses llevó a entender que la fe contrariaba los efectos inclusivos atribuidos a la noción de ciudadanía pero esta ha sido una interpretación marginal. El consenso constitucional no descansa en esa visión negativa del pensamiento religioso; solo interviene —como con el fenómeno de las sectas— cuando considera que se produce una completa anulación de las facultades intelectivas de las personas y por tanto, resulta una supresión de la autonomía individual. No hay preocupación, en fin, en que aflore puntualmente lo irracional, el error, la falsedad.

De otro lado, no podemos dejar de apreciar que durante desde el siglo XIX la evolución del constitucionalismo ha corrido pareja con el desarrollo comercial y la universalización del sufragio con la consiguiente proliferación de canales de participación. La concreta configuración de los derechos a la propiedad privada y la libertad de empresa, por una parte, y el derecho de voto, por otra, hace que

¹⁷ E. S. MORGAN, *La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos*, Siglo XXI, 1988.

¹⁸ Sobre las relaciones entre constitucionalismo y verdad Cfr. F. BALAGUER CALLEJÓN y M. L. BALAGUER CALLEJÓN, *Verdad e interpretación en la sociedad digital*, Aranzadi, Pamplona, 2023; I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, «Verdad y Constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, No 106, págs. 149-201.

¹⁹ Es decir, a permitir la opinión incluso donde debería tener lugar solo el asentimiento, como en el caso de la selección natural de Darwin.

economía y política confluyan en el mercado como paradigma de distribución de los bienes (el mercado de las ideas, decía Holmes). Así las cosas, las transacciones comerciales y la política, en la medida en que se desarrollan en entornos competitivos que batallan por bienes escasos —en cuanto que constitucionalmente se configuran desde los presupuestos de la autonomía de los participantes propios de las libertades que protegían estas actividades— solo aseguran el éxito a quienes obtengan una ventaja sobre el competidor.

Surgen así la publicidad comercial y la propaganda política como los dos protagonistas indiscutibles del proceso comunicativo público, sobre todo, durante el siglo xx. En la esencia de ambas está la seducción, el intento de acercar la realidad al deseo de los compradores o de los votantes.

La respuesta del constitucionalismo es la integración como parte sustancial de su discurso²⁰ de ciertas ideas que se van a convertir en el marco desde el que todavía hoy observamos la consideración jurídica de los códigos con los que se venden productos o ideas.

El punto de partida es la neutralidad de los poderes públicos respecto del proceso comunicativo. La neutralidad es una continuación enteramente lógica de aquel argumento que confía en la autonomía de la voluntad de todos los participantes, vendedores, compradores, candidatos, electores. Su consecuencia ineludible es la autorregulación, la reticencia a cualquier intervención normativa que no sea realmente la de garantizar la tendencial ausencia de límites de los discursos: la libertad de empresa, la prohibición de la censura previa.

Se introduce, no obstante, un elemento de control: la diferenciación entre dato y opinión, teóricamente distinguibles en función de su correspondencia con la realidad. De esta manera reconecta el modelo constitucional con el presupuesto ilustrado del constitucionalismo, la verdad, y con la ciencia como la más elevada expresión de la voluntad humana de acercarse a ella. La separación entre las esferas de lo opinable y lo verificable debe ser profunda y en el fondo insalvable. No debería ser posible creer algo que la ciencia ha demostrado falso. No se puede estar en contra de la ley de la gravedad. Es inaceptable anunciar al consumidor una mesa que levite. Pero quedan muchas más dudas respecto de la venta de crecepelos o las engañifas electorales²¹. Estos territorios de frontera lo son por ser todavía científicamente disputados, por no ser científicamente corroborables (las promesas electorales) y también (en su aspecto más controvertido hoy) por no impedir la en última instancia respetable credulidad de quien ha tenido la oportunidad de reca-

²⁰ Esto es muy importante. Es una integración «sustancial» no accesoria o menor, prescindible...

²¹ La extraordinaria novela de Franz BAUM, *El mago de Oz*, en su juego de espejos, convierte en uno al estafador y al aventurero político. Se cita por la edición crítica y anotada de El Aleph, Barcelona, 2002.

bar información²². En el proceso comunicativo de la sociedad de masas la verdad no se ve afectada por un mensaje publicitario que muestra imágenes de un lavavajillas obrando milagros. De alguna forma, son desviaciones respecto de la consideración totémica de la verdad de la que partimos en este trabajo, desviaciones que intentan ser controladas con mecanismos regulatorios y autorregulatorios. En lo que se refiere a las actividades comerciales con la prohibición de la publicidad engañosa. Y en el ámbito político, con toda claridad y cada vez más cuando tras un debate los medios de comunicación hacen un cribado, un escrutinio supuestamente objetivo (esto es, objetivo según los presupuestos de la línea editorial del grupo informante) de las verdades y falsedades en las intervenciones de cada uno de los intervinientes.

Tal era el esquema relativamente controlado con el que estábamos habituados a trabajar quienes operábamos con el modelo comunicativo en el que se inserta la Constitución de 1978, un modelo compartido por los textos de garantía de derechos fundamentales de nuestro entorno. Con este paradigma también están acostumbrados a construir su doctrina los tribunales, que resuelven los conflictos a partir de la doctrina de la posición preferente, la distinción entre libertad de expresión e información, el entendimiento restrictivo de sus límites y la neutralidad de los poderes públicos en el proceso comunicativo.

Este contexto explica las dificultades de principio de cualquier intervención política que busque la regulación de los flujos informativos. En el fondo se trataría de actuar sobre algo que había estado plenamente integrado en nuestros modelos sociales, el engaño. Tenemos testados los efectos del «Lava mejor que ningún otro detergente» y se pueden asumir. Ciertamente han sido un elemento fundamental para hibridar las naturalezas de ciudadano y consumidor (y fueron importantes las críticas que la democracia liberal ha soportado por este motivo²³) pero el sometimiento masivo a informaciones falsas con capacidad de modificar el comportamiento electoral es una vuelta de tuerca²⁴.

²² Pensemos en el caso de Steve Jobs, uno de los grandes gurús de la información de nuestro tiempo y el uso de terapias alternativas para el tratamiento del cáncer por el que finalmente falleció. <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20111021/54234882928/steve-jobs-rechazo-una-operacion-contra-el-cancer-y-opto-por-una-dieta-macrobiotica.html>

²³ C.B. MACPHERSON, *La democracia liberal y su época*, Alianza Editorial, Madrid, 1997.

²⁴ Seguramente una actuación que permite un cierto paralelismo con la intervención contra la desinformación es la que prohíbe la publicidad subliminal. La definición de la misma se encuentra en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual en cuyo artículo 2.33 (Correspondiente a Definiciones): «Es publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida».

Cfr. igualmente el artículo 9 de la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miem-

Y no puede dejar de repararse, para contextualizar los brutales cambios epistemológicos a los que estamos sometidos en la actualidad, en que la ciencia, la última ratio, el último bastión de la verdad, el paradigma incontestado se encuentra hoy en serias dificultades para afirmar su carácter prioritario, para mantener la jerarquía que le había permitido vencer sobre la superstición y el pensamiento mágico desde que la Enciclopedia la encumbró. Hoy sufrimos una suerte de nuevo medievalismo y ciencia, pseudociencia y mera superchería compiten en número de adeptos y mantienen una disputa formalmente paritaria en programas televisivos (mientras que en Internet la batalla tiene un claro vencedor). Lejos está esto de ser una cuestión teórica. Algunos de los problemas jurídicos más importantes que se han manifestado en la reciente crisis sanitaria, como los provocados por el negacionismo, por ejemplo, o el cuestionamiento de la estrategia de vacunación no se pueden entender haciendo abstracción de la misma.

Internet está tras esta revolución y aquí junto con los conceptos de información y opinión entra el de desinformación, que no es uno más, no es un concepto que se añade, sino que transforma completamente el contenido de los anteriores. La desinformación, como «información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público»²⁵ constituye el malsano ecosistema en el que se desarrolla la sociedad digital. Fakes news, realidades paralelas, incerteza, posverdad desmontan las posibilidades de una percepción social compartida²⁶; provocan que los discursos que deberíamos construir para entendernos y solucionar pacíficamente nuestras diferencias giren en torno a un magma de opiniones y supuestos datos inverificables. De este modo, escapar de la desinformación se convierte en tan difícil como urgente.

brores relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado:

«1. Los Estados miembros velarán por que las comunicaciones comerciales audiovisuales realizadas por prestadores sujetos a su jurisdicción cumplan los siguientes requisitos:

- a) las comunicaciones comerciales audiovisuales deberán ser fácilmente reconocibles como tales; queda prohibida la comunicación comercial audiovisual encubierta;
- b) las comunicaciones comerciales audiovisuales no utilizarán técnicas subliminales;»

²⁵ Se trata de una definición básicamente consensuada. Cfr. la Declaración conjunta de 2017 sobre Libertad de Expresión y Noticias Falsas, Desinformación y Propaganda, adoptada el 3 de marzo de 2017, por la ONU, la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) y la Comisión Africana de Derechos Humanos. (<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21287&LangID=E>). La asumen la Comisión Europea y normativa interna como la Orden PCM/1030/2020, de 30 de Octubre, por la que se publica el procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional.

²⁶ F. BALAGUER CALLEJÓN, «La verdad en la sociedad digital», en F. Balaguer Callejón y M. L. Balaguer Callejón, *Verdad e interpretación en la sociedad digital*, op. cit. esp. Pp. 77 y ss.

IV. Educación y desinformación (y más)

Este panorama justifica más que de sobra y más que nunca la afirmación de que «la educación viene a situarse en el centro por el que pasan todos los hilos que conforman el sistema de derechos fundamentales (...)»²⁷. O aseguramos que las generaciones actuales y las venideras sepan interpretar la realidad o carecerán del instrumental necesario —la razón— para dominarla y transformarla. La ciudadanía corre un grave peligro en un contexto de desaparición de élites intelectuales, que es evidente a cada paso; pensemos incluso en el poco sentido que hoy se reconoce a la crítica especializada en todos los ámbitos (desde el gastronómico, al literario pasando muy especialmente por los productos de consumo de masas) cuyas opinión queda diluida entre un mar de likes y dislikes, en el que se mueven a placer actores guiados por el sentimentalismo y la irracionalidad.

Esto es, sin lugar a dudas, un fracaso educativo; un fracaso global (puesto que se trata de un fenómeno mundial) que se manifiesta en los tres sectores poblacionales que podemos implicar en el fenómeno. De un lado los propios CEOs de estas grandes compañías que desde luego habrán asumido muy bien la cultura del emprendimiento pero no toda la dimensión ética ni la formación en derechos humanos que los curricula formativos debieran incorporar²⁸.

De otro, todas aquellas personas cuya complicidad activa es totalmente necesaria para que las redes se conviertan en un espacio de polarización y conflicto permanente. La auténtica dimensión liberadora de la educación como instrumento para lograr la convivencia pacífica está ausente en quienes disfrutan y amplifican el ruido. Miles de internautas de estas características pueblan las redes; personas cuyas algaradas verbales provocan estallidos de ira con los que las compañías hacen caja. La personalidad se ha desarrollado incorrectamente en los casos en los que por mero afán de lucro, por resentimiento o una indignación no bien medida el discurso intemperante aspira a hacerse viral.

Y, por último, la educación tampoco ha permitido que las personas que no se encuentran en los grupos anteriores, esa gran minoría, deje ser silenciosa e imponga la racionalidad, que no es ni la económica, ni la de los fanáticos o crédulos. Seguramente la educación que han recibido no les ha preparado para que cada vez

²⁷ G. CÁMARA VILLAR, «Derecho a la educación, pluralismo y sociedad abierta en la era digital», en F. Balaguer Callejón e I. W. Sarlet (dir), C. L. STRAPAZZON, I. R. FILHO, A. AGUILAR CALAHORRO y A. PÉREZ MIRAS (coords), *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, Aranzadi, Pamplona, 2023, p. 494.

²⁸ En este sentido podríamos volver a recuperar una crítica con cierto sabor añejo en la que poníamos de manifiesto los defectos del modelo educativo norteamericano, extremadamente eficaz a la hora de transmitir valores como la competitividad pero no tan abierto a la hora de trabajar otras competencias menos instrumentales.

haya un número mayor de terraplanistas. Seguramente, la educación nos haya conducido a un terrible pesimismo y a la peor de sus consecuencias: la inactividad.

Procede considerar, no obstante, si el enfático fracaso de la educación que advierto en los tiempos oscuros no lo es tanto; o, en otras palabras, si el fracaso no será más bien un error conceptual compartido por todos quienes hemos creído con una candidez asombrosa en las capacidades del proceso de enseñanza-aprendizaje para que las tabulas rasas pasaran a estar bien amuebladas. Los avances de la neurociencia nos han puesto hoy en nuestro lugar. Muchos de los comportamientos individuales que creíamos posibilidades de elección condicionables, modelables (esencialmente si se educaba a las personas conforme a los valores constitucionales) se vinculan hoy a la presencia de sustancias químicas o a factores genéticos²⁹. Ello no resta un ápice a la importancia con la que debemos considerar el proceso educativo pero sí lo coloca junto con otros elementos en el conjunto de explicaciones del comportamiento humano. La educación no siempre puede erradicar el mal. Luego no todo el mal se debe a una mala educación.

En cualquier caso, el constitucionalista no se puede permitir sucumbir. Si la educación, tal y como se ha concebido, no ha funcionado o no ha logrado atemperar los bajos instintos, o inhibir los efectos de las sustancias que dificultan la realización de la función social de las personas, hay que contemplar alternativas. Esta es la pura y simple verdad. Los objetivos pueden seguir siendo los mismos (todo el conjunto que se reconoce en la normativa internacional, supranacional y estatal) pero hay que pensar en nuevas formas porque los enemigos son nuevos y enormemente poderosos. Son las grandes compañías tecnológicas, si ponemos el acento en los actores, y la desinformación, si observamos el entorno en el que nos movemos. Cómo apuntar, con ambos tenemos que lidiar para definir de nuevo el ser humano y la realidad.

¿Qué hacemos, entonces? ¿Cómo reaccionamos a la realidad de que el exceso de información puede dar lugar a desinformación? ¿De qué manera debemos actuar para que la sociedad de la desinformación creada por y para beneficio de una nueva oligarquía no termine con todo el proyecto de entendimiento colectivo que supone el constitucionalismo? ¿En qué medida la nueva sociedad digital puede dejar de ser una sociedad en la que pluralismo genere identidades basadas en la exclusión, abocadas a un conflicto ontológico sustanciado sobre términos no negociables, poniendo, en fin, en peligro la democracia como proyecto que descansa sobre el relativismo?

Creo que hay dos formas de afrontar estas preguntas. La primera remite al ejercicio de la potestad pública de resolver los conflictos sociales conforme a las

²⁹ Cfr. R. SAPOLSKY, *Compórtate. La biología que hay detrás de nuestros mejores y peores comportamientos*, Capitán Swing, Madrid, 2018.

reglas establecidas en el texto constitucional; la regulación, en definitiva, que corre importantes riesgos que en alguna otra contribución he intentado abordar³⁰.

Pero cualquier regulación es imposible (es inefectiva; es vana, en definitiva) sin que el sujeto al que va dirigida la regulación acepte los postulados básicos de lo que es objeto de la norma.

Ahí entra, de nuevo, la educación como mecanismo de perfeccionamiento moral; como proceso constante que permite adquirir a las personas autonomía de juicio³¹. Partimos de la presunción de que contar con las competencias para entender la complejidad de la realidad que vivimos es la única forma de asumir realmente la responsabilidad por lo que hacemos o decimos³². En otras palabras, deberían ser pocos los que sabiendo lo que está en juego, plenamente conscientes de las consecuencias, optan (sic) por la violencia (se pueden calificar así indiscutiblemente así muchas de las imprecaciones que se vierten en las redes sociales³³). La información tiene, desde luego, la pretensión de hacer más libres pero también más buenos. El conocimiento del dolor, bajo el que se desarrolla una gran parte de la experiencia humana, tendría que modelar el comportamiento para estimular la

³⁰ «Información, desinformación y pandemia. Un análisis contextual de la Orden de 30 de octubre de 2020 por la que publica el procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional de España», *La ciudadanía europea*, 2021, 2. Doi: 10.3280/CEU2021-002004.

³¹ Es posible de este modo entender en sus justos términos lo que significa perfeccionamiento moral sin que implique en modo alguno adoctrinamiento. El TC en la STC 34/2023 recoge la doctrina de Estrasburgo sobre el particular: «el Estado, al cumplir las funciones por él asumidas en materia de educación y enseñanza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se encuentra el límite que no debe ser sobrepasado» (sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, antes citada, § 53). FJ 7.

³² Las a veces —y a la ligera— vituperadas «competencias», que constituyen el concepto clave en torno al cual se organiza la actual normativa educativa tienen desde mi punto de vista una vinculación clara con el concepto de información, entendido, eso sí, no con el mero acopio de datos (disponibles de inmediato para quien tenga al alcance cualquier motor de búsqueda automatizada; esto es, para cualquier persona; casi podría decirse que la brecha digital es tan brutal ahora como la que excluía a los analfabetos).

³³ Obsérvese como se define la violencia en la ley LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia cuyo artículo 1.2 indica: «A los efectos de esta ley, se entiende por violencia toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital». He apuntado alguna cuestión en «Definición y redefinición del constitucionalismo en la era digital», en *La teoría constitucional frente a la transformación digital y las nuevas tecnologías*, NURIA RECHE TELLO, ROSARIO TUR AUSINA (Dir.) y FRANCISCO JAVIER SANJUÁN ANDRÉS, CRISTINA ORTEGA GIM (Coords.), Aranzadi, Thomson, Reuters, Pamplona, 2022

empatía³⁴, para poder ponernos en el lugar del otro, reconociendo así que pese a nuestras diferencias somos iguales.

La educación, la Ilustración³⁵, observada desde esta óptica es una responsabilidad pública; inequívocamente pública. Ello no supone, sin embargo, que no se reconozca la responsabilidad familiar o que las instituciones establecidas para reglar el proceso de enseñanza-aprendizaje no puedan ser privadas. Eso sí, el desarrollo normativo del derecho a la educación del artículo 27 CE considera, de un lado, que la escolarización es obligatoria³⁶ y de otro que cualquier centro educativo tendrá que cumplir con una serie de requisitos para garantizar, en definitiva y en última instancia, que no se va a enseñar el llamado diseño inteligente en vez de la selección natural de las especies de Darwin. La escuela es un lugar de información, de Ilustración.

En esta medida, la escuela —sea pública o privada— tiene que ser hoy el espacio de la educación digital. Todos los poderes públicos con competencias en la materia (la educación como tarea pública) han que trabajar conjuntamente para establecer un sistema capaz de generar personas con habilidades para informarse (ergo para ser libres, responsables y buenos/as, tal y como hemos trabado estos conceptos anteriormente) en un entorno de desinformación. Se trata de una tarea hercúlea con tres vectores principales.

De un lado estarían los propios poderes públicos a los que hemos atribuido la responsabilidad de diseñar una política educativa a la altura de los retos actuales. Este es, sin duda, el menos problemático de los aspectos, al menos por lo que se refiere al diseño de los objetivos. Otra cosa es la necesidad de ajustar la intervención de las diferentes administraciones con competencias con el objeto de determinar quién debe ser la que en última instancia tenga la función de coordinación. Y en este sentido ha llegado el momento de afirmar de nuevo la relación entre modelo educativo y modelo político, la necesidad de vincular la construcción de comunidades políticas con la escuela³⁷. Así las cosas, el objetivo de la ciudadanía europea, anunciado desde Maastricht (TUE), requiere una educación de dimen-

³⁴ En el momento de surgimiento del concepto de derechos humanos el concepto de referencia era el de compasión. Cfr. el extraordinario trabajo de L. HUNT, *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona, 2009.

³⁵ La gran contrailustración son los totalitarismos. Cfr. J. ISRAEL, *Una revolución de la mente. La Ilustración radical y los orígenes intelectuales de la democracia moderna*, Laetoli, Pamplona, 2015, p. 10.

³⁶ Considerada plenamente constitucional por la STC 133/2010 que viene a reconocer la legitimidad de la decisión legislativa que estima como valor a secundar, además de los conocimientos que se puedan adquirir, la experiencia colectiva, la socialización.

³⁷ Podríamos afirmar que una de las causas de nuestra débil conciencia nacional (si por esta nos referimos a algo más que a la expresión de sentimientos tribales que se exacerban cuando un símbolo de la nación resulta atacado) puede estar en las dificultades para crear un sistema educativo homologable al francés, por ejemplo.

sión auténticamente supranacional. Podemos incluir muchos matices en la discusión acerca de la exigencia de un pueblo europeo como condición de posibilidad de una estructura institucional que supere al Estado³⁸ pero en cualquier caso tienen que establecerse unos lazos entre los miembros de la comunidad que se representa en el Parlamento europeo. El proceso educativo es esencial para crear la vinculación precisa, no solo por lo que se enseña sino por la forma en la que se desarrolla ese proceso. En este sentido, la experiencia del programa Erasmus en la enseñanza universitaria es todo un éxito. Su lógica deber ser reproducida con los ajustes correspondientes en los otros niveles educativos. En cualquier caso, entiendo, la UE debería tener definitivamente una política educativa propia, decididamente orientada a formar a europeos que comparten otras identidades territoriales³⁹. De esta manera, la invocación que figura en el documento del Parlamento Europeo⁴⁰ para combatir la desinformación y que apela a la educación tendría un alcance menos retórico.

Pero donde se revela el auténtico carácter titánico de la tarea que hoy tiene que enfrentar la educación para lograr ciudadanos informados en la actual sociedad digital es cuando se repara en los dos protagonistas del diálogo: el docente y el discente. A ellos se les pide una auténtica labor de zapa, de deconstrucción de reglas sociales que pese a que han llegado hace apenas un decenio ya se han integrado como seña de identidad de las personas. El profesorado siempre ha tenido una distancia que salvar con los alumnos y alumnas (la brecha generacional, tan importante) pero hoy se enfrentan a nativos digitales; nacidos y crecidos en un entorno de redes sociales; socializados en un mundo y con unas reglas —incluso con un lenguaje— que no solo es desconocido por la generación inmediatamente anterior sino que resulta ajeno y en gran medida inasumible. El nativo digital es —para el profesorado que asume la educación como un proceso progresivo de adquisición de competencias que permita al estudiante formarse una opinión propia sobre el mundo y capacitarle para llevar a cabo una tarea que, siendo individualmente satisfactoria, sea también útil para la comunidad— un extraño, una suerte de bárbaro. El educador del siglo XXI tiene que llevar a cabo un trabajo ímprobo —como lo es el del sanitario en tiempos de pandemia—; tiene que innovar para controlar las dinámicas que amenazan con frustrar el sentido emanci-

³⁸ Y creo que no tenemos otra alternativa. Cfr. en este sentido J. L. REQUEJO PAGÉS, *El sueño constitucional*, KRK Ediciones, Oviedo, 2016.

³⁹ Desenfocamos de esta manera el debate sobre la política educativa de algunos territorios que algunos consideran bajo la égida del nation process building (sobre esto CÁMARA VILLAR, «Derecho a la educación, pluralismo y sociedad abierta en la era digital», op. cit., p. 521.

⁴⁰ Resolución de 25 de noviembre de 2020, sobre el refuerzo de la libertad de los medios de comunicación: protección de los periodistas en Europa, discurso del odio, desinformación y papel de las plataformas (2020/2009(INI)).

pador de la educación. Para hacer efectivo, entonces, el derecho, que no olvidemos tiene por objeto según establece el artículo 27.2. «el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales».

El cometido, pues, es complejo hasta conceptualmente —o presenta un aspecto aparentemente paradójico— porque no puede dejar de hacerse cargo de que la digitalidad es imparable; se trataría, pues, de innovar para conservar —mejorándolos— algunos de los presupuestos del modelo analógico; o de extraer las potencialidades de la red en sus primeros tiempos desactivando sus aspectos más disruptivos; en especial su capacidad para exacerbar el conflicto y generar desinformación. Volver a enjaular al Leviathan —al que muchos, por intereses o por inconsciencia, quieren ver suelto— lo que solo es posible conociendo sus modos, sus pautas de comportamiento.

Para que la innovación educativa consiga sacar a los nativos digitales de ese estado de naturaleza hobbesiano en las que las grandes compañías han convertido el ciberespacio (con el consustancial atractivo que tiene para los temperamentos en formación lo simple, lo directo, lo sentimental, las formas menos sofisticadas de defensa y ataque, el insulto y la desmedida admiración) el profesorado no puede colocarse extramuros. Ninguna interacción es posible si no media el reconocimiento⁴¹. El docente debe, pues, conocer cómo conoce el mundo el discente; incluso, en la medida de lo posible debe conocer el mundo como lo hace el alumnado. Hoy navegar por las redes que utilizan para todo es como caminar por sus mismas calles y barrios; comprar en el mismo supermercado. Goza de buena prensa académica la idea de que el maestro que comparte el contexto con el alumno tiene instrumentos para detectar sus necesidades; las experiencias comunes generan posibilidades de intervención. Los problemas y las soluciones de la sociedad digital son específicos lo que nos lleva a mantener que el docente no se puede permitir vivir en el gueto analógico, por más que le pese, por más que se contagie.

En definitiva, el problema fundamental es que no es posible liberar a la fuerza; que no se puede libertar a quien se encuentra cómodamente encadenado. Solo un formador extremadamente brillante podrá guiar los procesos de crecimiento colándose entre los intersticios del sistema.

El legislador no lo tiene fácil. Sus posibilidades son ciertamente limitadas. Por lo que se refiere al europeo ya hemos considerado cuál debería ser el planteamiento. En el ordenamiento interno la educación digital recibe su enfoque más frontal,

⁴¹ En este sentido resulta de sumo interés el primer capítulo de L. McINTYRE, *Cómo hablarle a un negacionista de la ciencia: Conversaciones con terraplanistas, negacionistas del cambio climático y otros interlocutores en contra de la razón*, Cátedra, Madrid, 2023.

sorprendentemente⁴², en el artículo 83 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁴³:

«Artículo 83. Derecho a la educación digital.

1. El sistema educativo garantizará la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un consumo responsable y un uso crítico y seguro de los medios digitales y respetuoso con la dignidad humana, la justicia social y la sostenibilidad medioambiental, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales. Las actuaciones realizadas en este ámbito tendrán carácter inclusivo, en particular en lo que respecta al alumnado con necesidades educativas especiales.

Las Administraciones educativas deberán incluir en el desarrollo del currículo la competencia digital a la que se refiere el apartado anterior, así como los elementos relacionados con las situaciones de riesgo derivadas de la inadecuada utilización de las TIC, con especial atención a las situaciones de violencia en la red.

2. El profesorado recibirá las competencias digitales y la formación necesaria para la enseñanza y transmisión de los valores y derechos referidos en el apartado anterior.

3. Los planes de estudio de los títulos universitarios, en especial, aquellos que habiliten para el desempeño profesional en la formación del alumnado, garantizarán la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet.

4. Las Administraciones Públicas incorporarán a los temarios de las pruebas de acceso a los cuerpos superiores y a aquéllos en que habitualmente se desempeñen funciones que impliquen el acceso a datos personales materias relacionadas con la garantía de los derechos digitales y en particular el de protección de datos».

V. Una última y desasosegante observación. Un último y esperanzador deseo

Desde luego la educación digital nos coloca ante grandes retos pero me temo que el artículo 83 de la Ley de Protección de Datos no llega a plantear los más

⁴² En cuanto que no se incardina en la normativa sectorial sobre educación. En el mismo sentido D. JOVE VILLARES, «El derecho a la educación digital en España. Regulación jurídica e importancia para la preservación del estado democrático de Derecho», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Vol. 25 (2021), pp. 94-110

⁴³ Cuya formulación definitiva se debe a la modificación operada por la disposición final 4 de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre.

radicales; no llega a considerar el cambio civilizatorio que se nos avecina (que ya está aquí, hoy; y que tendrá una nueva conformación mañana)⁴⁴

En efecto, puede verse en él una reivindicación correcta de un modelo humano caracterizado por la inclusión, la defensa de los valores constitucionales y la sostenibilidad y parte de que la educación estará necesariamente mediada por lo digital, como en otro tiempo lo estuvo por los libros. Se advierten de nuevos peligros, la violencia en la red, y se llama al profesorado para que aprendan nuevas destrezas (la competencia digital)⁴⁵.

A pocos años de su aprobación resaltan, sin embargo, los límites de este artículo. No es, en especial, consciente, de que la sociedad digital nos ha puesto ante la tesitura de decidir qué es el sujeto y qué la realidad. Y la información, que necesariamente debería ayudarnos es esa pesquisa, está en ese entorno viciado. Esto es, tenemos que decidir quiénes somos recurriendo a esa nueva realidad que nos ha hecho cuestionarnos quiénes somos y que nos ha puesto en duda.

El desafío de la educación digital va mucho más allá de los loables propósitos del artículo 83 de la Ley de protección de datos y no se puede cifrar en la superación de la conocida brecha digital⁴⁶. Esto alcanzaría si estuviera claro qué es hoy educar; si supiéramos qué necesidades tiene el ser humano; si el eterno interrogante sobre la identidad del ser humano no se nos hubiera presentado hoy bajo una nueva y desconcertante óptica. Las dos primeras preguntas han estado siempre detrás de cualquier teoría pedagógica pero se articulaba la respuesta a partir del

⁴⁴ La Exposición de Motivos 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 señala: «Asimismo, el uso generalizado de las tecnologías de información y comunicación en múltiples aspectos de la vida cotidiana ha acelerado cambios profundos en la comprensión de la realidad y en la manera de comprometerse y participar en ella, en las capacidades para construir la propia personalidad y aprender a lo largo de la vida, en la cultura y en la convivencia democráticas, entre otros». Este paradigma de análisis no es ciertamente incorrecto pero sí demuestra sus insuficiencias tan solo tres años después de escritas estas líneas. En efecto, no hablamos ya de un entorno digital como de un mero instrumental que condiciona nuestro entendimiento de lo fáctico, de lo objetivo, sino de algo totalmente interiorizado, algo que no es posible disociar ya plenamente de nosotros mismos.

⁴⁵ Este artículo es, sin duda, necesario pero me recuerda algo de la ingenuidad de los manuales de instrucciones que incluyen entre sus precauciones, por ejemplo, la de no introducir animales vivos en el microondas. En otras palabras, se le pide al profesorado que intente comprender las reglas de funcionamiento de lo que para los nativos digitales no es un instrumento externo sino la propia puerta del conocimiento; casi un sentido, como la vista o el oído que, como sabemos, no transmite información sobre lo que realmente existe: hay frecuencias a los que los humanos no somos sensibles y la imagen, las tres dimensiones, no es sino el producto del tratamiento cerebral de determinados estímulos.

⁴⁶ Ciertamente es importante superar la llamada brecha digital, pero ese no es el que genera más problemas ya que debería bastar con una buena inyección presupuestaria que permitiera a todo el alumnado contar con los medios y las infraestructuras necesarias para poder acceder a contenidos y plataformas.

cierto consenso con el que se abordaba la tercera. En la actualidad estamos plenamente inmersos en el proceso de unir a la condición humana la digitalidad⁴⁷ y la tercera pregunta, la radical, está en el aire. Conceptos accesorios como libertad, autonomía, derechos (trabados muy íntimamente) son sometidos a profunda revisión. El sujeto se sostiene con fundamentos mucho más inestables. Hay sujetos de derechos sin autonomía (la discapacidad como nueva categoría determinante); hay sujetos de derechos que no son sujetos (animales o ecosistemas). Y la reelaboración de todo el discurso se hace —al menos parcialmente— con la ayuda de la IA generativa. En la palabra clave del proceso educativo actual, «competencia»⁴⁸, el ser humano compite, cada vez con más dificultad, con sistemas informáticos. En efecto, el discurso ya no lo construimos solo nosotros con la ayuda de un conocimiento jerarquizado (información); ese «nosotros» del que intentamos superar su impronta subjetiva y burdamente interesada para convertirlo en el sujeto colectivo que termine por incluir a todos tiene ante sí una nueva tarea de definición. ¿Quién o qué escribirá nuestra historia? ¿Quién o qué nos dotará de sentido? Es, ahora, una elección entre pronombres.

Todas las ramas del saber tienen un cometido trascendental en este momento histórico. Al derecho, en especial al constitucional, le compete resolver los conflictos sociales controlando al poder y protegiendo los derechos de las personas. En nuestro instrumental hay una pieza clave: el sujeto, que solo alcanza las máximas posibilidades para autogobernarse (la libertad como un proceso) individual y colectivamente cuando ha recibido educación; cuando logra saber; cuando a los conocimientos ciertos (información) se le suma sensibilidad y un talante virtuoso. La educación y la información están en una situación menesterosa en esta coyuntura histórica. Por eso es necesario estudiar profundamente el trabajo ejemplar que sobre el particular ha llevado a cabo Gregorio Cámara para poder alumbrar a partir de él desarrollos coherentes con el paradigma constitucional.

⁴⁷ J. L. SUÁREZ, *La condición digital*, Trotta, Madrid, 2023

⁴⁸ Sobre el concepto de competencia cfr. J. MOYA OTERO, F. LUENGO HORCAJO (coords) *Desarrollo curricular LOMLOE. Teoría y práctica. «Experiencias LOMLOE de aula y centro: situaciones de aprendizaje y perfil de salida, programaciones y evaluación competencial con informe»*, Anaya, Madrid, 2023.

DE LA LENGUA DE ENSEÑANZA EN LA ESPAÑA DEL PLURALISMO LINGÜÍSTICO: UN APUNTE SINTÉTICO ¹

ANTONIO LÓPEZ CASTILLO
Universidad Autónoma de Madrid

I. Planteamiento: pluralismo lingüístico y políticas plurales

El pluralismo lingüístico es algo relativamente común, como en tantos otros espacios del Globo, también en solar europeo. Y lo es, en consecuencia, su incidencia en el ámbito educativo².

Variable es, en efecto, el modo de asumir los resortes y modalidades de aseguramiento convencional de un pluralismo que, desde enfoques uniformistas, podría llegar a ser visto como un riesgo para la identidad nacional. Lejos de eso, en una perspectiva pluralista integrativa, en el espacio pan europeo del Consejo de Europa, se ha desarrollado un amplio acervo de reconocimiento de esa subyacente diversidad lingüística al hilo de los compromisos asumidos en el marco de la Carta europea de lenguas minoritarias o regionales (CELRM). Reconocimiento, al que se ha contribuido desde la España constitucional del pluralismo lingüístico, constitucionalmente habilitado, mediante la asunción del más alto grado de compromiso convencional, en manifiesto contraste con lo que ha venido siendo el caso de otros Estados vecinos de parigual, si no más ancha, diversidad lingüística.

¹ Este texto, de enfoque original, replica, en el epígrafe 2., una parte del epígrafe segundo del texto del Informe «Lenguas docentes y orden constitucional» (cf. Europa y la diversidad lingüística, PE) y, en sus epígrafes 3. y 4., retoma, no sin alguna ligera modificación, unas páginas, del inicio y del final, de un trabajo, *en prensa*, «¿Qué hay de la lengua de enseñanza en España a 45 años de Constitución? Una reflexión por la *concordia lingüística en constitución*» (Revista de Estudios Políticos, número 203, enero/marzo 2024).

² Un ámbito, el educativo, al que el homenajeador en estas páginas ha dedicado su atención, desde los inicios de su larga y fructífera carrera académica (recuérdese que la tesis doctoral de G. Cámara Villar, defendida en 1980, se titulaba Educación y política en España, 1936-1951: una aproximación al estudio de la ideología nacional-católica).

El caso de Francia es particularmente ilustrativo de una política de inverso signo lingüístico, sin perjuicio de que se proyecte sobre situaciones de similar confluencia de lenguas de base territorial, de tradicional presencia en el territorio, con una lengua compartida, de uso común. Si un observador perspicaz, situado en las crestas pirenaicas girase la vista y pusiese su atención en entender esa divergencia a uno u otro lado de los Pirineos, tendría que armarse de paciencia para dar con una respuesta que no fuese la mera expresión de un argumentario consecencialista.

Para entender mejor ese tipo de contraste, antes de prestar atención al estado de la cuestión en España —a la vista, en particular, de la controversia persistente a propósito de la condición de lengua docente en el sistema público de enseñanza—, puede resultar ilustrativo considerar la distancia que, así como Francia, otros Estados europeos de constitutivo pluralismo lingüístico, de uno u otro signo (así, Bélgica o Italia, por ejemplo) siguen fiando a sus respectivos consensos internos unas políticas lingüísticas, que los estándares convencionales, antes que sostener, podrían llegar a complicar (2).

Que la superposición de políticas lingüísticas nacionales y la asunción de unos determinados compromisos convencionales, sobre propiciar situaciones paradójicas (3.), puede generar también situaciones constitucionalmente incongruentes, y de efecto no necesariamente positivo para el reforzamiento del pretendido objetivo convencional europeo, es algo sobre lo que, a la vista del estado de la cuestión, se impone reflexionar también en la España de constitutivo pluralismo lingüístico (4).

II. La pluralidad regulatoria del pluralismo lingüístico en contrastados sistemas constitucionales europeos que se mantienen al margen de los compromisos convencionales de la CELRM

a. Una breve consideración del caso de Francia. La afirmación constitucional de la lengua francesa, mediante el artículo 2 de la Constitución francesa, no podría obstar el encaje constitucional de las políticas públicas de protección y promoción (al efecto de su salvaguarda³) de unas lenguas regionales (catalán y euskera —en regiones colindantes con sus territorios en el norte de España—, alemán y luxemburgués —en las zonas de histórica disputa de Alsacia y Lorena—, occitano —una de cuyas variantes dialectales es el «aranés»—, francoprovenzal y,

³ Cf. Déc. CC nº 2001-456, de 27 de diciembre, parágr. 8; Déc. CC nº 2001-454, de 17 de enero de 2002; Déc. CC nº 2004-490, de 12 de febrero, parágr. 70.

en fin, corso y bretón), que, como expresión del patrimonio de Francia, cuentan con reconocimiento constitucional *ex* artículo 75.1 CF.

Pero, lo cierto es que toda esa complejidad del entramado lingüístico regional de la Francia europea, al margen, pues, de la singularidad lingüística de sus territorios de ultramar (una complejidad lingüística que resulta de su presencia en la Guyana francesa, en el Caribe o en el Índico, por no hablar de la Polinesia⁴), políticamente envuelta en un proceso de relativa descentralización, sigue sin tener un reflejo normativo de similar porte al español, sin perjuicio de la emergencia de un relevante debate parlamentario a propósito de la regulación de la presencia pública y, en particular, de la potencialidad docente de las lenguas regionales. Una regulación que el Consejo constitucional ha considerado inconstitucional, en línea con una jurisprudencia que viene de su conocida línea de expreso rechazo a la pretensión de ratificar la CELRM, que Francia suscribiera a finales del pasado siglo xx, con fecha 7 de mayo de 1999.

Se recordará que, mediante su Decisión nº 99-142, de 15 de junio de 1999, el Consejo constitucional ya puso en claro que en virtud del artículo 2 de la Constitución francesa (por el que se declara que el francés es la lengua de la República), en el ejercicio de las tareas de servicio público, ni las personas jurídicas ni las personas físicas podrían pretender eludir el uso del francés. Concluyendo, entonces, en la inconsecuencia constitucional de la pretendida ratificación de una convención (CELRM) que, por su reconocimiento de derechos específicos a los grupos de locutores de las lenguas regionales o minoritarias en sus territorios (lingüísticos) y por su potencial reconocimiento del derecho a su uso en la vida pública, se consideraría contraria al ya referido artículo 2 CF⁵.

Desde entonces, a semejanza de lo que ha sido el caso en algunos otros Estados concernidos (como Bélgica o Italia, entre otros)⁶, Francia sigue siendo uno de los que no ha dado el paso de ratificar la CELRM. Ello no significa que en Francia —que previamente quiso asegurar, mediante la correspondiente modificación constitucional aditiva, la referida condición ‘republicana’ del francés— no se haya abordado el debate acerca de la presencia pública de las lenguas regionales; y, en particular, de su potencial condición como lenguas docentes.

⁴ Cf., a propósito de la lengua tahitiana, Déc. CC nº 96-373, de 9 de abril de 1996.

⁵ Ibidem, considerandos 8, 10 y 11.

⁶ De la honda significación política que puede llegar a tener el reconocimiento convencional de lenguas regionales o minoritarias dan cuenta, de un modo particularmente elocuente, los silencios (léase aquí, la elusión del compromiso convencional) en algunos de los países de reciente estatuto de soberanía (como Letonia, Estonia o Lituania) que han puesto un especial acento identitario en su propia lengua (velando así la complejidad del pluralismo lingüístico presente en su territorio, sin exponerse a la publicación que, en otro contexto diferente, llevara al CC a vedar la ratificación francesa de la CELRM o que, por lo que respecta a otros Estados, como Grecia, Georgia o Albania, o Turquía, pareciera haber aconsejado no dar siquiera ese primer paso).

Es más, a la episódica secuencia de una cuestión que viene de atrás, se ha venido a sumar, recientemente, una discusión política de alcance que ha puesto en un primer plano de actualidad constitucional, un debate finalmente sancionado por el Consejo constitucional. En un episodio político inusitado, la Asamblea Nacional y el Senado franceses alcanzarían a aprobar una norma (la conocida como ley Molac, por el nombre del diputado bretón que la promoviera)⁷, relativa al reconocimiento del potencial uso público y, en particular del empleo como lenguas docentes, y ya no solo como lenguas curriculares (es decir, como asignaturas de lengua y cultura regional), ni tampoco como vehículos de complementaria condición docente junto a la lengua de la República (es decir, como una enseñanza bilingüe en lengua francesa y en lengua regional)⁸, sino en su pretendida condición de lenguas docentes y vehiculares en aquellos centros que, mediante subvención pública, adoptasen un sistema de enseñanza por inmersión en la lengua regional.

Así, mediante Decisión nº 2021-818, de 21 de mayo, el Consejo constitucional se ha pronunciado sobre la pretendida adición de una tercera modalidad, mediante un nuevo apartado al artículo L 312-10 del código de educación, de enseñanza inmersiva en la lengua regional. El máximo intérprete de la Constitución francesa, considerando que el método de inmersión previsto en el artículo 4 de la ley Molac llevaría, más allá del aprendizaje de la lengua regional, a su empleo como la lengua principal de enseñanza y como la lengua de comunicación en el seno de los centros educativos de carácter público, sanciona su inconstitucionalidad por vulneración del artículo 2 CF; como consecuencia de la elusión potencial de la lengua francesa en la relación con las administraciones y servicios públicos y de una eventual imposición a particulares del uso de la lengua regional (parágrafos 18 y 19 y fallo), en línea con una interpretación previa, mediante la ya referida Decisión CELRM, 1999, así como Decisión nº 2001-456 citada, en la que se negaba a la lengua regional la posible condición de lengua de comunicación en los centros tanto como la de lengua de enseñanza de otras materias cualesquiera distintas de la propia asignatura de lengua y cultura regional⁹.

⁷ La llamada ley Molac, relativa a la protección patrimonial y promoción de las lenguas territoriales de Francia, quedaría aprobada por la Asamblea Nacional, en los mismos términos previamente adoptados por el Senado, por 247 votos a favor y 76 votos en contra, con fecha 8 de abril de 2021.

⁸ Cf., a propósito, artículo L 312-10, del código de educación.

⁹ Interpretación de la que se había venido haciendo eco la jurisprudencia del Consejo de Estado, anulando actos reglamentarios relativos a la organización de enseñanza inmersiva de lenguas regionales (cf. CE, nº 238653, SNES y otros, y nº 248192, CNGAEP y UNSA Ed. y otros, de 29 de noviembre de 2002).

b. Un somero apunte de contraste en atención, en particular, al caso de Bélgica. Se ha de comenzar aclarando, aquí, que Bélgica no ha suscrito la CELRM, por más que se trate de un típico caso de país con constitutivo pluralismo lingüístico. Y como es bien notorio, son las comunidades lingüísticas, antes que cualquier otra referencia divisoria, lo que explica la sucesiva articulación (con)federativa de un modelo específico que, habiéndose pergeñado a propósito de la superación de conflictos ‘identitarios’ que tienen su parteaguas en la radical divisoria entre flamencos y valones, antes que como referente o ejemplo a considerar, con frecuencia, es visto como contra ejemplo.

El inexcusable reconocimiento constitucional de la respectiva base territorial de la lengua propia de unos y otros, junto con los arreglos indicados al efecto de atender aspectos relevantes de la comprensiva comunidad nacional del reino de los belgas, tales como la flexibilización del régimen lingüístico en Bruselas capital y su entorno, o el reconocimiento de la singularidad lingüística propia de los germanoparlantes, constituye un presupuesto, condicionante y limitante, de ese país.

Así las cosas, nada sustantivo podría sumar la asunción de unos compromisos convencionales que, sin perjuicio de su llamamiento a la promoción estatal del entendimiento mutuo entre los grupos lingüísticos, interpretados en consonancia con sus principios y objetivos, bien podrían llegar a generar tensiones añadidas. Acaso, complicaciones añadidas a ese principal designio de paz lingüística.

Quizás no tanto, si se tratase solo de atender una demanda de complementario reconocimiento del luxemburgués (comprensible, en suma, porque ello vendría a potenciar la riqueza cultural en el seno de una compleja comunidad de lenguas mediante reconocimiento de una modalidad lingüística expresiva de una comunidad ‘beneluxiana’ de acendrada trayectoria). Mayor sería la inconveniencia —por contrariarse con ello la ortodoxia del principio de territorialidad lingüística que sustenta el ‘modelo’ de los belgas— si al amparo de los compromisos convencionales se tratase de sustentar el derecho de locutores de lenguas nacionales mal ubicados en territorio lingüístico o incluso de hablantes de lenguas minoritarias de larga data en ese territorio.

En definitiva, la asunción de la CELRM en Bélgica podría quizás coadyuvar al reforzamiento de la posición de la modalidad lingüística luxemburguesa. Pero, sobre esto, podría propiciar la reapertura de debates lingüísticos que el sucesivo tracto del pactismo entre sus comunidades ha tratado de pacificar, y aun de superar, mediante un anclaje constitucional que, en su concreción, no escapa a la propia evolución social. El debate en torno a las lenguas docentes mira, actualmente, sobre todo, a la asimétrica asunción de la constitutiva divisoria lingüística en los currículos es— colares, en Flandes y Bruselas, donde la lengua francesa es materia obligatoria, y en Valonia, donde el neerlandés (como el alemán, o el in-

glés) solo es materia optativa (elegida por un exiguo porcentaje que no pasa del 15%.¹⁰ Y como Bélgica, con sus particularidades, otros.

c. Una (simple) referencia al caso de Italia. La república de Italia, pese a su firma, con fecha 27 de junio de 2000, tampoco ha llegado a asumir un compromiso efectivo con la CELRM.

Sin necesidad de insistir en cosas bien sabidas acerca de la protección de otras lenguas (incluido el sardo o el friulano), distintas de la italiana (indiscutible como lengua oficial, pese a la falta de explícita previsión constitucional al respecto), quizás no sea tan ocioso recordar que, de comprometerse convencionalmente, acaso se viera en la tesitura de tener que asumir la normalización de una oferta regional de líneas escolares de enseñanza inmersiva en otras lenguas de Italia (que, actualmente, solo en algunos casos, simplemente se permite enseñar); e incluso, de tener que llegar a plantearse la satisfacción de similares demandas procedentes de otras lenguas minoritarias que ni siquiera se han visto reconocidas al interno (como el véneto, el piamontés, el napolitano o el siciliano, entre otras).

Quiere ello decir que, en la articulación del sentido y alcance del estructural pluralismo lingüístico —sobre el que, desde mediados del pasado siglo xx, bien puede decirse que el estándar italiano se ha impuesto—, Italia ha querido evitar ataduras convencionales que, antes que coadyuvar a ordenar una tamaña complejidad lingüística, podrían haber propiciado cierta pulsión disgregadora.¹¹

III. A propósito del pluralismo lingüístico y de su plural regulación en España: un sintético apunte acerca de la lengua docente en un marco de cooficialidad lingüística

En la España en vías de regeneración de la transición a la democracia, la expresa voluntad de protección del pluralismo lingüístico, declarada en el Preámbulo CE, se plasmaría en una compleja cláusula (definitoria) lingüística, en su constitutivo artículo 3 CE, una previsión articulada en tres apartados sucesivos, en cuyo marco se inserta un proceso de articulación, relativamente acelerado, de re-

¹⁰ A propósito del pluralismo lingüístico de Bélgica, cf. Sébastien van Drooghenbroeck and Patricia Popelier, «The Belgian Linguistic Compromise: Between Old Battles and New Challenges» (Forum of Federations, Occasional Paper Series, 2022).

¹¹ A propósito de Italia, y del tracto sucesivo en la articulación de protección de algunas de sus muchas lenguas regionales o/y minoritarias (Italia es, sin duda, el país europeo occidental que presenta una mayor diversidad lingüística), cf. Elisabeth Alber, «Language Realities and Policies in Italy: Multifaceted, Multi— level, Asymmetric» (Forum of Federations, Occasional Paper Series, 2022).

gímenes de cooficialidad lingüística, con base en un diverso soporte estatutario, puestos en aplicación mediante un confluente proceso regulatorio legislativo y convencional. Generando notorias asimetrías al hilo de un diferenciado reconocimiento estatutario de la oficialidad (o no) de otras lenguas españolas y de una diversificada articulación de políticas lingüísticas de (pretendido) designio incluyente. Políticas de efecto variable que llegan a alcanzar su manifestación más saliente cuando se formulan como una prescripción (obligatoria) de modalizada inmersión en el marco de una sola línea escolar integrativa que, a falta de alternativa pública alguna, tiende a cuestionar la condición de lengua docente (aun si fuese mayoritaria en la CA o, en todo caso, en unas u otras zonas escolares) de la lengua oficial del Estado. Paradigmático, al efecto, está siendo el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña, al hilo de una hipertrofiada lectura (en la clave identitaria que resulta del discurso estatutariamente normativizado sobre la lengua propia) de los compromisos convencionales derivados de la CELRM.

Pues bien, como es notorio, más allá de lo variable de los compromisos convencionales voluntariamente asumidos por los Estados al ratificarla, de la CELRM no resulta, por lo que al pluralismo lingüístico se refiere, obligación ius internacional alguna que impusiese al Estado la exclusión de la condición de lengua docente de la lengua (española) oficial del Estado en su sistema público de enseñanza¹². Antes al contrario, el sistema de asunción estatal voluntaria de compromisos lingüísticos, que es característica de la CELRM, presume y parte, como su auténtico presupuesto, de que la lengua oficial del Estado no va a verse privada, por sustitución, de su estatuto propio, incluida, obviamente, su condición de lengua docente, sino que, de lo que se trata es del compromiso, voluntariamente asumido, de oferta obligatoria, de seguimiento voluntario, de una línea de enseñanza en la lengua regional de que se trate.

Una interpretación distinta solo pareciera posible mediante una reducción al absurdo consistente en proponer o sostener que las exigencias de oficialidad propias del modelo constitucional se habrían visto alteradas, mediante la suscripción de un determinado compromiso internacional. Pues tal cosa, no es constitucionalmente viable, ni siquiera en conjunción con la declaración estatutaria de oficialidad que España estableciera como punto de partida para la proyección a las lenguas regionales favorecidas del máximo nivel de compromiso convencional.

Así pues, el modelo lingüístico constitucional, del que la condición de lengua docente de las lenguas oficiales obviamente hace parte, solo podría verse alterado, más allá de modulaciones interpretativas del TC (sobre las que se volverá), mediante la apertura del correspondiente procedimiento de reforma constitucional.

¹² En este sentido, por otros, A. LÓPEZ CASTILLO y A. LÓPEZ BASAGUREN, «Minority Languages in Spain. Recognition, Promotion and some conflicts, Forum of Federations», *OPS*, nº 62, 2022.

Entre tanto, se impone paulatinamente un cierto contrasentido. Y no, porque la enseñanza se desenvuelva en una sola escuela, algo en sí mismo congruente con el designio integrativo de todo el alumnado, para no permitir el desarrollo en paralelo de dos líneas lingüísticas separadas, tratando así, no tanto de evitar dos comunidades lingüísticas (puesto que eso es un dictado extraño a la legítima autodeterminación personal), como que las dos comunidades se mantengan ignorantes la una de la lengua de la otra (lo que, con ser discutible, expresa bien el sentido político de una decisión perfectamente compatible con la CE).

Pues, el punto problemático es otro. Es el que resulta de la pretensión de excluir, previa andadura astringente, la condición de lengua docente de una de las dos lenguas cooficiales. Fuese una u otra. Otra cosa, muy distinta, aunque lógicamente debatible, es el grado de su relativa presencia curricular. Pues, una cosa sería un sistema ajustado con cuidado a su equiparable condición, y otra cosa, muy distinta de esa, será establecer una preferencia de una sobre otra. Por lo demás, también en este caso, el razonamiento admite gradualidad, de modo que, una cosa será establecer una mínima proporción en la participación efectiva como lengua docente, de una u otra lengua cooficial, y otra, muy distinta, sería la decisión de limitar a una sola de las lenguas cooficiales esa efectiva condición de lengua docente, degradando a la otra lengua oficial a la mera condición de lengua curricular, es decir, a la simple condición de asignatura, que, salvo en contextos de disparatado autoritarismo, lógicamente se habrá de impartir en esa misma lengua.

Pues bien, esa última hipótesis ha cobrado vida, en virtud de una rompedora regulación, actualmente pendiente de examen de constitucionalidad, mediante un nuevo salto normativo autonómico, el que resulta de la ley 8/2022, parcialmente modificada por ley 6/2023, y del Decreto Ley 6/2022, de la Generalidad de Cataluña.

Y, así las cosas, es imperioso preguntarse abiertamente si, en este punto de su singladura, el vigente modelo lingüístico en la enseñanza pública de la Comunidad Autónoma de Cataluña continúa manteniendo su conexión constitucional (y estatutaria) de partida con el modelo español de asimétrica conjunción lingüística, de base territorial, pergeñado en el artículo 3 CE, tal y como ha venido siendo interpretado por el TC. Y, si tal fuera el caso, habría que tratar de clarificar en qué sentido y en qué medida, se haría o no precisa una cierta modulación interpretativa de su actual contorno, convencional y legislativo, antes de plantearse, si fuese otra la conclusión, una alternativa hipótesis de reversión, mediante corrección, del rumbo de colisión que se lleva, o, porque se considerase ello valioso, de apertura de un proceso de debate tendente a la reforma del modelo lingüístico constitucional.

Se trataría de plantear una serena reflexión a propósito de la recuperación de una necesaria concordia (lingüística) en Constitución, para lo que es preciso re-

plantear el sentido de una situación con tintes políticamente discordantes y constitucionalmente sorprendentes.

Se impone una llamada al rescate de la conjunción, por emersión. Pues, no puede seguir denominándose, sino por inadvertencia, inmersión conjuntiva o conjunción inmersiva a lo que, a la luz de la nueva regulación (pendiente ante el TC), resulta ser más bien un modo inopinado de asimilación lingüística, impropio de una sociedad democrática avanzada, con un temperado modelo integrativo, en la que la identidad que realmente ha de contar es la de los escolares.

Que una realidad sociológica ineludible (y sobradamente conocida, a pesar de la opacidad estadística y la peculiar colecta de los datos oficiales disponibles), module de facto o, acaso, al amparo de algún proyecto lingüístico, en las contadas ocasiones en que ello ocurra, en nada sustancial altera el hecho notorio, si se considera ello en la perspectiva del modelo lingüístico constitucional (no en términos de hipertrofiada abstracción nacionalista, sino en la perspectiva de los hablantes, españoles o no, cuya lengua propia sea lengua oficial, una u otra, el castellano o el catalán, o ambas), puesto que esa radical política de reforzamiento de la expansiva centralidad de la «lengua propia» de Cataluña, mediante ley, comporta una descompensación de los equilibrios que ha venido sustentando la concorde interpretación jurisprudencial del modelo lingüístico constitucional.

Y, si se atiende a la autonomía e identidad personal del alumnado, al tiempo que una objetiva dificultad para su aprendizaje por parte de quienes no lo manejan en su ambiente familiar, supone el menosprecio de un derecho de educación, que, en sistemas de cooficialidad lingüística, no podría limitarse al contenido mínimo de «lengua docente comprensible» que, en todo caso, habría de operar en relación con el alumnado de lengua propia otra que las declaradas oficiales en España, como paso previo necesario para recibir la educación que presta el servicio público de enseñanza.

Es decir, el derecho a la educación del alumnado de lengua propia castellana o española, no podría quedar a expensas de su aprendizaje del catalán, más que si fuese ello el resultado de una opción voluntaria. O, en otro caso, si, tal y como ocurre en la CA de Cataluña, solo existiese una línea escolar, si la lengua castellana mantuviese en esa sola línea escolar, no consecuencia aleatoria de compromisos inciertos, sino mediante la garantía de anclaje ex lege, su carácter de carácter de lengua docente, en todo caso, si no en parigual condición, en una cierta proporción.

Si solo estuviese disponible una línea escolar en el sistema público de enseñanza y la lengua castellana solo tuviese legalmente reconocida su presencia como materia curricular, tal y como establece actualmente el legislador autonómico, ya desde 2022, entonces se haría preciso (dicho sea esto, al margen de modulaciones de facto o de modalidades ocasionales de remanencia docente de esa lengua, con-

forme a concretos proyectos lingüísticos) desentrañar el sentido y encaje en el modelo lingüístico constitucional de una situación tendente a la efectiva pérdida, ya no tanto de la centralidad del castellano como lengua docente (una interpretación que la jurisprudencia del TC validara ya en su sentencia 337/1994), cuanto de la obvia condición de lengua vehicular docente que su estatuto de oficialidad, a falta de alternativa, demanda (cf. STC 31/2010), si es que no se ha de laminar el derecho a la educación de quienes la tienen por lengua propia o de aquellos otros que, aun no teniéndola como tal, decidieran cursar la oferta disponible en esta lengua oficial.

IV. Unas referencias finales, a modo de conclusión

En un momento en el que, en la España constitucional, se avanza decididamente el reconocimiento del plurilingüismo, mediante iniciativas de diverso calado (desde el reciente empleo, mediante reflejo reglamentario, de las otras lenguas cooficiales en el Congreso de los Diputados, al proceso de reconocimiento adicional en el espacio institucional de la Unión Europea, abierto durante la presidencia española de turno en el segundo semestre de 2023, o el ya referido anuncio de una ley orgánica de garantía del plurilingüismo), resulta extraño observar la reactiva incomodidad de las autoridades autonómicas competentes en la materia, ante la visita programada por una representación de la comisión de peticiones del PE, al efecto de verificar el grado de empleo de la lengua española oficial del Estado y de uso (más) común, también en Cataluña, como la lengua docente que, conforme a la ya glosada jurisprudencia del TC, necesariamente ha de ser.

Así las cosas, se ha de plantear aquí una duda —en modo dialógico—, si el sistema de conjunción lingüística ha llegado a este grado de descomposición, la alternativa es clara. O se vuelve atrás, para emerger de esta pretendida modalidad inmersiva, de la que resulta un ahogamiento de la docencia en lengua castellana, en el sistema de enseñanza pública, o se considera la alternativa de dar un paso adelante, en realidad, un salto, hacia la configuración de un nuevo modelo constitucional, de aparente objetivo monolingüe.

Esto último sería, sin duda, la constatación de un fracaso constitucional, en la medida en que quedaría acreditada la falsedad de un discurso acerca del pluralismo lingüístico que, en realidad, no habría sido sino un señuelo discursivo al efecto de transitar, de modo velado o, con posterioridad, de modo ya desafiante, hacia un modelo de monolingüismo, marcadamente nacionalista, negador de la efectiva realidad plurilingüe, por lo que ahora importa, en Cataluña.

En otro sentido, constitucionalmente congruente, si se asumiese seriamente una llamada a la convivencia lingüística en constitución, entonces, se habría de

imponer la búsqueda de un compromiso consensuado al efecto de asegurar seriamente las bases constitucionales, hasta ahora, afirmadas solo en parte y reiteradamente negadas a propósito de un rasgo inherente a nuestro modelo constitucional. Se trata de una libertad de elección, inexcusable en un marco de cooficialidad lingüística.

Pero, como es notorio, en el marco de una sola escuela pública para todos, esa libertad de elección no podría traducirse en un derecho a recibir la docencia en una sola lengua cooficial, fuese ello por propia voluntad o por prescripción administrativa. Pero sí tendría que plasmarse, en todo caso, en un alternativo derecho a recibir la enseñanza en ambas lenguas cooficiales, sin perjuicio de que, en procesos de normalización compensatoria, se pudiera hacer primar a una en relación con la otra.

Se trataría, entonces, de clarificar que no se trata tanto de políticas de un solo sentido, ni de carácter irreversible, como de políticas transitorias y de posible aplicación indistinta, según las necesidades de reforzamiento de una u otra lengua cooficial, en las diversas zonas escolares.

Una seria negociación, en el marco de una conferencia sectorial, al efecto de establecer métodos claros tendentes a la mejora de la enseñanza, con base en la colecta transparente de datos estadísticos, y la articulación de una agencia independiente, de verificación del funcionamiento real del sistema, serían una sólida base para tratar de dar satisfacción a la previsión constitucional de garantía de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

El efecto astringente que la oferta de una sola línea de enseñanza con una sola lengua vehicular (dicho sea, sin perjuicio de matices en los que no es posible ahondar aquí) lleva a dudar en la actualidad —cuando el estatuto de lengua docente del catalán es incuestionable parte del acervo constitucional de la España multilingüe— del sentido integrativo constitucional de una conjunción (adversativa, por no decir copulativa inversa) que, desde la alteración del estado normativo previo de la cuestión, mediante la cuestionada normativa de 2022, no parece el instrumento más útil al efecto de enriquecer el pluralismo lingüístico en Cataluña (ni en ninguna otra CA que se viniese a dotar de semejante modalidad de excluyente / incluyente oferta lingüística).

A partir de eso, habiéndose producido un amplio desarrollado legislativo, como se ha producido y se está produciendo, de las cláusulas lingüísticas estatutarias, en la España multilingüe sería el momento, no de abandonar o desentender (como es el caso, con todas sus diferencias, en Francia, Bélgica o Italia) , sino de replantear, la proyección de los compromisos convencionales CELRM a otras lenguas españolas. Unas lenguas minoritarias que, estatutariamente declaradas oficiales o no, objetivamente precisasen de una efectiva política de promoción. Y, lo

cierto es que, si un planteamiento semejante se agendase políticamente en España, ese consciente multilingüismo podría llevar a potenciar la promoción de lenguas regionales minoritarias, de variable presencia en el territorio autonómico (tales como el asturiano o bable, o el aragonés, por ej.), sin necesidad de adicionales declaraciones estatutarias de oficialidad, en la medida en que, a los respectivos programas legislativos, se sumase una complementaria proyección de los estándares de la CELRM, previa la reformulación de tales compromisos convencionales por parte del reino de España.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

RICARDO MARTÍN MORALES

Universidad de Granada

Obviamente no voy a tener el atrevimiento de explicar aquí, ni siquiera desde una prudentísima aspiración, cómo debe o no impartirse una clase de Derecho constitucional. Simplemente pretendo comentar, pero de la manera más sincera posible, cómo ha sido mi experiencia en el aula a lo largo de una dilatada vida como profesor en la que Gregorio Cámara Villar siempre fue para mí un referente. Algunos de los siguientes contenidos se corresponden con la ponencia que pronuncié en el marco del VI Congreso Internacional Ítalo-Español en el Paraninfo de la Universidad de Granada el 7 de octubre de 2022.

I

Cuando en 1990 empecé a impartir clases en la Universidad, fui preguntando previamente a compañeros y estudiantes quiénes eran para ellos los mejores docentes. Destacaban tres. Uno de ellos seguía el método tradicional de la lección magistral. Su brillantez como comunicador era tan exuberante que las razones de su éxito corrían el riesgo de convertirse en las de mi fracaso, por lo que lo descarté. Los otros dos sí que compartían métodos similares, lo que interpreté como una especie de señal para mí, dada la buena acogida que ambos tenían con sus métodos entre los estudiantes. Los dos profesores explicaban los contenidos de la asignatura a través de casos prácticos. Opté por ese método, que sigue siendo a día de hoy el mío, o parte de él.

Pronto aparecieron, no obstante, los primeros problemas. El método funcionaba, pero no igual de bien para todos los contenidos del programa. Iba mejor, por ejemplo, para explicar los derechos fundamentales que para el sistema de

fuentes, y no era esa la única dificultad. El método no me permitía avanzar en el temario al ritmo que necesitaba. Opté entonces por sustituir los largos casos por breves hipótesis prácticas, descritas sucintamente y mucho más numerosas, y finalmente por abrirme a la posibilidad de un sistema mixto, dependiendo de las características de la materia a explicar en cada clase, a la que yo debería llegar con todo muy bien organizado. Me sirvió esta decisión para comprobar que a veces no hay nada más práctico que una buena teoría. Dependiendo de sus características, cada tema se dejaba explicar, mejor o peor, por un método que no necesariamente debía ser igual para todos los temas.

La casuística lleva al estudiante a la dogmática y luego esta le devuelve el favor capacitándolo para resolver mejor los casos prácticos. He ido comprobando que el número de casos prácticos resueltos por cualquier jurista lo dice casi todo de él, lo mismo que sucede con el número de horas de vuelo de un aviador. Atisbo un futuro en que las enseñanzas jurídicas no solo estarán estructuradas en cursos, sino también en casos, un futuro donde el estudiante no solo conteste al ser preguntado «estoy en cuarto curso», sino también «voy por el caso número 1.721».

II

Paralelamente me fui dando cuenta de que en la naturaleza de nuestra disciplina existían aspectos metodológicos igual o más importantes que los comentados. Por ejemplo, eran tiempos en que la progresiva tecnificación de nuestro trabajo como constitucionalistas estaba dando alas ciertamente al Derecho constitucional, pero también quitándole a veces vuelo. Algunos de los contenidos más importantes del Derecho constitucional tienen más que ver con una experiencia social abierta que hay que *comprender* que con unos conocimientos cerrados que haya que *aprender*. Las grandes cuestiones sobre el profundo sentido de la dignidad, la democracia o la libertad no se enseñan, se aprenden, no siendo posible explicarlas adecuadamente encerradas en definiciones y clasificaciones. Más que pedirnos respuestas, estos principios y valores constitucionales nos convocan. En cuanto el estudiante los comprende ya los está respondiendo.

Llegaba entonces a detener la clase, cuando nadie lo esperaba, para hacer breves reflexiones sobre el profundo sentido de algún valor constitucional o sobre nuestro compromiso con él. Lo sigo haciendo a día de hoy, es como salir a respirar, como los delfines. Y es que los constitucionalistas somos científicos, pero somos algo más que científicos; sin contradicción, con equilibrio, porque cada parte de nosotros —la científica y la menos científica— nos identifica, y de alguna manera también nos protege, frente a la otra. Dicho sea todo esto en la convicción de que

durante la clase de Derecho constitucional todos somos constitucionalistas, no solo el profesor.

III

Era evidente, por otra parte, que no podría explicar a mis alumnos el principio de seguridad jurídica si luego yo incumplía los criterios de evaluación de la guía docente. (No quiero dejar de llamar a los estudiantes alumnos, porque estudiantes somos todos, también los profesores). Y de poco serviría, por caso, que les enseñase el contenido constitucional del derecho al honor si no me dirigía a ellos con respeto, o si les permitía que se dirigiesen a mí irrespetuosamente. Mejor no hablarles de la libertad de cátedra, si luego veían mis ojos acobardados o mi boca acallada por lo más mínimo. Si me saltaba aunque solo fuese una clase, tendría dificultades para explicar el principio de responsabilidad de los poderes públicos; si corregía caprichosamente, el de interdicción de la arbitrariedad.... Los profesores no enseñamos lo que sabemos, sino lo que somos.

IV

Durante mucho tiempo estuve haciendo de la crítica científica el principal vehículo de mi argumentación jurídica en clase. Ser crítico estaba muy bien considerado en el mundo del Derecho y lo sigue estando. Hoy día pienso de manera muy diferente. La crítica no aporta a la investigación jurídica tanto como se cree. No trae realmente nueva argumentación, sino un simple vuelco del énfasis. El argumento y el contraargumento forman parte, en cierto sentido, del mismo enfoque. Así que me fui acercando al género de la reflexión jurídica, como me gusta llamarlo. El destino de una reflexión no se encuentra fuera de ella, como en la crítica. Una reflexión no se hace *para* decir o contradecir algo, sino *porque* hay algo que decir. Los grandes maestros no lo han sido por sus críticas, sino por sus reflexiones, es decir, por tener capacidad para sugerir.

V

Probablemente casi todas las formas de impartir docencia sean buenas. El profesor más crítico apoyará sus clases en su crítica científica, el más intuitivo en la originalidad de sus aportaciones, el gran orador en su elegancia expositiva, incluso el más provocador en sus invitaciones punzantes a despertar. A ve-

ces los profesores preguntamos a los estudiantes para que nos den una respuesta, pero otras veces lo hacemos simplemente para observar sus reacciones ante esa pregunta; lanzamos al aire preguntas para ver si estas acaban en un lugar interesante.

Todos estos tipos de profesor se convierten en uno si comparten lo básico: el discurso jurídico debe estar siempre construido en positivo, de lo contrario terminará arrastrándonos a todos. El Derecho no debe ser visto por los ciudadanos, y mucho menos por nuestros alumnos, como algo artificioso que la sociedad no tiene más remedio que soportar, sino como algo fiable.

VI

Es cierto que el Derecho no se puede enseñar con dibujos animados y que enseñar Derecho no es enseñar historia del arte o los orígenes del universo, por más que queramos. Pero el Derecho también tiene su belleza. Casi todas las grandes teorías científicas comparten este aspecto de la belleza. También las teorías jurídicas, empezando por la teoría pura del Derecho. Muchos de nuestros contenidos constitucionales disfrutan de este aspecto de la belleza: la belleza altiva de la cúspide normativa, la belleza profunda de los espacios multinivel, la belleza interior de los poderosos fundamentos, la belleza clásica de la increíble historia que envuelve al movimiento constitucional, la belleza sumisa de la *derrotabilidad* de las normas, la belleza vacilante de la interpretación jurídica, la belleza mágica de los sistemas de integración normativa, etc.

VII

Nunca se irán las Constituciones, porque la democracia es una idea ganadora. Por eso, no hay que llevarla a empujones a nadie, y menos a los estudiantes. Va sola. Consiste la democracia en utilizar los juicios de valor de la mayoría como medio para proteger a las minorías de los juicios la mayoría (ELY, J. H.: *Democracia y desconfianza*). Una idea como esta siempre gana, aunque no sean perfectas nuestras adormecidas democracias. De hecho, la democracia plena no se alcanza, a cambio tampoco se pierde plenamente una democracia. Sigue sobrevolando a ese pueblo, buscando cómo posarse de nuevo. El Derecho constitucional es para tiempos difíciles.

VIII

Y hablando de lo difícil. Lo difícil del Derecho es verlo y explicarlo fácil. No debe aparecer el Derecho constitucional ante nuestros alumnos como algo demasiado intrincado y complejo. Deben ellos saber que en ocasiones los profesores enfocamos nuestras intervenciones en clase hacia la transmisión de conocimientos, pero otras, en cambio, las dirigimos, como indicaba antes, a provocar una determinada reacción en ellos. No son dos métodos distintos, pertenecen al mismo. Y todo ello dentro de un marco como el del llamado Plan Bolonia que nos permite como ninguno ir pasando, dentro de una misma hora de clase, de la asimilación a la crítica, de la reflexión a la puesta en común, de la teoría a la práctica, de la casuística a la dogmática, de la audición atenta del relato del profesor al trabajo personal o en grupo, etc. Ahora, además, contamos con magníficas plataformas docentes digitales, que aumentan nuestras posibilidades y nos convierten a los profesores en seres visibles e invisibles a la vez.

IX

No quiero terminar sin referirme a lo que me gusta denominar «la soledad del profesor». Ese momento en que compruebas que las respuestas de tus alumnos en el examen de ayer quedaron por debajo de tus expectativas. Antes o después tenemos que aprender a convivir con nuestras pequeñas frustraciones docentes. Ayuda a esto último darle un sentido a nuestro trabajo. No hay nada más gratificante en la docencia que vivirla con un propósito. Ese «algo» dignificante será diferente para cada profesor, pero tiene que haber un «algo».

X

Fui comprendiendo, además, que el proceso de aprender no siempre coincide con el tiempo de enseñar, que la relación entre el estudiante y el profesor no la controla el profesor, sino el tiempo. Cuando el alumno esté preparado —dice el adagio— aparecerá el maestro. Lo que sí debe controlar el profesor es el momento en que se encuentra el estudiante dentro de su largo proceso de maduración. Por eso los estudiantes no deben esperar de sus profesores las mismas respuestas a las mismas preguntas. El profesor hablará de distinta forma a sus alumnos de primero que a sus alumnos de máster. Por ejemplo, a sus alumnos de primero les dirá que no existen los derechos fundamentales absolutos y a sus alumnos de máster les explicará por qué no es exactamente así.

XI

La educación, en definitiva, —sigo a Zuleta, E., *Educación y democracia, un campo de combate*, Bogotá— es el arte de formar hombres libres, de crear ámbitos donde vivir sea pensar, de concebir la existencia como un flujo de pensamiento reflexivo, de darnos cuenta de lo universal de las cosas, de conseguir que nuestros alumnos sean capaces de comprender la sociedad en la que se integran. De igual forma que el parlamento es el templo de la democracia representativa, el oráculo de la democracia, y que la calle es el templo de la democracia participativa, el aula es el templo de la democracia social y también la incubadora de la ética pública.

XII

Pero la educación en el aula necesita un poco de pausa. Cuánta prisa hay por acelerar los ritmos de comprensión del Derecho en nuestras facultades de Derecho. Los grados son cada vez más cortos. Si siguen acortándose así, un día van a desaparecer. Nuestros alumnos llegan antes a nuestras certezas que a sus propias dudas. Alguien nos ha convencido de que sólo es posible avanzar si lo hacemos aceleradamente. La imagen de un profesor dando clase a sus alumnos, sin más pretensión que hacer bien su trabajo y de acompañarlos en su maduración intelectual, es cada vez más difícil de ver.

XIII

Concluyendo, una buena ley nunca hará justicia con un mal juez, pero un buen juez siempre tendrá alguna oportunidad de hacer justicia a pesar de una mala ley. De igual forma, una docencia bien estructurada por la ley y bien organizada administrativamente nada consigue con profesores desinteresados y el hecho de que no suceda exactamente igual al revés demuestra lo poderoso, o pernicioso, que puede llegar a ser en el aula un profesor.

RETOS DE LA EDUCACIÓN EN EL SIGLO XXI¹

LUIS FERNANDO MARTÍNEZ QUEVEDO²
Universidad de Granada

I. Introducción

Decía Nelson Mandela que la «educación es el arma más poderosa que puedes usar para cambiar el mundo», una afirmación tajante y digna de tener presente en una actualidad en la que, a diario, recibimos noticias estremecedoras sobre conflictos bélicos, catástrofes o situaciones de necesidad. Podría pensarse que si figuras de la relevancia de Mandela, junto a otras como Séneca, Cicerón, Aristóteles, Roosevelt o Víctor Hugo han concedido tanta importancia a un ámbito como el educativo a lo largo de toda la historia es porque realmente se trata de una materia merecedora de ello. Sin embargo, por diferentes razones, casi todas seguramente con una base loable que las sustente², en España se han ido sucediendo en las últimas tres décadas numerosas leyes que han ido tratando de mejorar nuestro sistema educativo, desde diferentes perspectivas, afrontando distintos obstáculos, pero todas con un denominador común: el descenso del rendimiento académ-

¹ Sirvan estas páginas para demostrar mi sincera admiración por el profesor Gregorio Cámara Villar, a quien tengo la suerte de tener que estudiar en profundidad con motivo de la realización de mi tesis doctoral, la cual, entre otros aspectos, trata el derecho a la educación. Junto a esto, no puedo olvidar el excelente trato que nos brinda siempre y su atenta predisposición y acogida, a los que, como yo y el resto de compañeros investigadores, estamos empezando nuestra carrera académica. Gracias.

² No es éste el contexto adecuado para analizar en profundidad nuestras últimas leyes educativas, desde la LOGSE hasta la LOMLOE, estudio que, sin ningún género de dudas, daría como fruto un extenso trabajo. No obstante, desde nuestro punto de vista, cada una de estas leyes, promulgada por mayorías parlamentarias de distinto signo, responde a un intento de mejorar la educación en nuestro país, a pesar de que los resultados hayan sido más o menos exitosos o, incluso, sus elaboraciones hayan contado con mayor o menor presencia de diferentes actores pertenecientes al contexto escolar: alumnado, profesorado, representación de padres y madres, etc.

mico del alumnado, la creciente desmotivación del profesorado y, en general, una actitud en cierto modo cada vez más apática por parte de la sociedad en su conjunto, aun siendo cierto que distintos sectores, a uno y otro lado de nuestro espectro ideológico, hayan alzado la voz para posicionarse en contra.

No es fácil diseñar un sistema educativo eficaz, menos aún si no se cuenta con una financiación generosa. Tampoco convierte en más sencilla la labor el hecho de ser parte de un sistema jurídico multinivel, debiendo dar cabida en el mismo diseño a los mandatos supranacionales y a las pulsiones, en nuestro caso, autonómicas. Lo cierto es que «el arma más poderosa», en las ya citadas palabras de Mandela, que constituye la educación, despierta el interés del poder político (en un Estado autonómico debemos referirnos al interés de los poderes políticos, en plural), hasta el punto de que cada Gobierno, nacional y/o autonómico, emanado de las urnas ha querido dejar su sello en el sistema educativo, sufriendo el alumnado y el profesorado ciertos vaivenes consecuencia de las distintas reformas que se han ido sucediendo.

Así las cosas, se antoja necesario realizar, de forma inicial, un análisis de cuáles son, dejando aparte la evidente necesidad de superar este juego pendular entre las principales fuerzas políticas de nuestro Estado (a lo que dedicaremos el apartado final del presente trabajo), otros desafíos que debemos afrontar, bien entrado ya el siglo xxi, en la educación de los y las menores. Ése es el objetivo previsto para las próximas páginas, agrupando en dos categorías los aspectos que, desde nuestra perspectiva, se deben abordar: en primer lugar, los relativos a cómo vehicular de un modo más exitoso el ejercicio de los derechos dimanantes del art. 27 CE por parte de los educandos, a través de la concreción de la calidad educativa; posteriormente, aquéllos en conexión con la fulgurante y poderosa digitalización que hemos experimentado como sociedad, la cual afecta a nuestros y nuestras menores y adolescentes y que, además de importantes beneficios, trae consigo algunos peligros. A cada uno de estos ejes temáticos vamos a dedicar los siguientes apartados, con el propósito de aportar una visión de los males que aquejan la educación de nuestro Estado, que sirva de punto de partida para la propuesta de soluciones en futuros trabajos.

II. Breves apuntes sobre la conveniencia de revisar el concepto de calidad educativa

Un reto de dificultad considerable pero, a todas luces necesario, es el de mejorar, en general, nuestro sistema educativo. Desde que se produjo la universalización de la educación para dar cumplimiento a las exigencias derivadas del contenido de la primera parte del art. 27.1 CE, esto es, asegurar que «Todos tienen derecho a la

educación», se han producido notables cambios, no ya respecto a la configuración de la instrucción durante la Dictadura, sino también, y especialmente, entre las distintas Leyes educativas que hemos promulgado durante la etapa democrática actual. Hemos visto cómo, con la llegada de la LO 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (en adelante, LOGSE), la escolarización crecía exponencialmente, dando cumplimiento a uno de los principales objetivos en la materia: que existieran plazas suficientes para cubrir la demanda de formación dentro del sistema educativo oficial configurado legalmente. La educación, sobre cuya naturaleza (como libertad o como derecho de prestación) la doctrina ha debatido bastante³, es también un deber, para cuyo ejercicio y cumplimiento respectivamente, el Estado debe articular los instrumentos necesarios, de ahí que la gratuidad de la enseñanza básica, recogida asimismo en distintos catálogos de derechos⁴, forme parte de su contenido esencial⁵. Esta democratización del acceso al sistema educativo no es el único proceso dificultoso por el que hemos transitado como sociedad. En este sentido, en los últimos años, hemos comenzado a experimentar un verdadero cambio de paradigma, con la transición de la educación por contenidos a la educación por competencias. El mundo avanza, nuestras sociedades progresan y el modo en el que funcionamos evoluciona. Hoy en día el saber memorístico, lo que tradicionalmente hemos conocido como «cultura general», está en crisis, pues las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC), con Internet al alcance de prácticamente todos, nos permiten acceder a cualquier contenido en breves segundos. Ya no es únicamente importante «saber», sino que, además de eso, lo es también «saber hacer» y «saber ser».

³ Véanse, en este sentido, CÁMARA VILLAR, G., «Constitución y Educación. (Los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución Española de 1978)», en TRUJILLO ÁLVAREZ, G., LÓPEZ GUERRA, L. M., GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J., (Coords), *La experiencia constitucional: 1978-2000*, Madrid, CEPC, 2000, pp. 265-306; y SALGUERO SALGUERO, M., «El derecho a la educación», en BETEGÓN CARRILLO, J., LAPORTA SAN MIGUEL, F. J., PRIETO SANCHÍS, L., y DE PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Presidencia del Gobierno (Secretaría General Técnica), 2004, pp. 795-818 (pág. 805).

⁴ Por ejemplo, entre otros, el art. 27.4 CE dispone que la «enseñanza básica es obligatoria y gratuita»; el art. 26.1 DUDH dice que toda «persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental (...)»; el art. 13.2 PIDESC establece que «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita»; y, finalmente, el art. 14.2 CDFUE refiere que el derecho a la educación «incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria».

⁵ Véanse, en este sentido, DÍAZ REVORIO, F. J., «El derecho a la educación», en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 2 (1998), pp. 267-305 (pág. 286); y MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. M., *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Madrid, Dykinson, 2003 (pág. 143).

Estos dos aspectos, a saber, el aumento exponencial del alumnado respecto de la educación durante el Franquismo, junto al profundo cambio de paradigma pedagógico, con nuevas técnicas para canalizar el proceso de enseñanza-aprendizaje consecuencia de la innovación e investigación en disciplinas como la pedagogía y/o la psicología, han traído consigo la aparición de un concepto, al que sin duda habremos de dirigir nuestra atención y, seguramente, trabajos a él específicamente dedicados, cuya relevancia es incuestionable pero, paradójicamente, cuyo contenido es necesario precisar desde una perspectiva constitucional: nos referimos a la «calidad» de/en la educación. Desde nuestro punto de vista, sería conveniente realizar un análisis exhaustivo y una propuesta juiciosa de conceptualización en tanto que nos encontramos ante un recurso bastante habitual en la legislación educativa sin que se haya procedido a definir jurídicamente qué es la calidad de la educación. Dicho de otro modo, se alude a esta idea con profusión en textos de distintos ámbitos (normativos, con todas las Leyes educativas a la cabeza, y, entre la doctrina, en textos pertenecientes a la esfera jurídica, a la pedagógica o a la psicológica), sin que encontremos una definición de qué se debe entender por «calidad», apareciendo en su lugar una enumeración, a veces descriptiva, de factores que tienden a su consecución o mejora.

No obstante, a pesar de no haber dotado de un contenido específico la calidad de la enseñanza, lo cierto es que no podemos poner en duda su relevancia. Tanto es así, que el Objetivo de Desarrollo Sostenible 4 de Naciones Unidas se denomina «Educación de calidad». En la explicación oficial, la atención se centra en la necesidad de conseguir una competencia mínima en lectura, escritura y aritmética básicas, objetivos que, como es lógico, debemos poner en relación con la globalidad de la institución. En España, en principio, resultaría insuficiente aspirar a esto, aun cuando sabemos que los últimos resultados del Informe PISA alertan sobre un descenso en estas destrezas.

Por otra parte, y sin perder de vista los puntos resaltados hasta el momento sobre este aspecto, lo cierto es que la calidad de la enseñanza ha sido abordada profusamente en nuestras Leyes educativas más recientes, partiendo desde la LOGSE⁶. En esta primera Ley, ya en el Preámbulo se establece «la mejora de la calidad de la enseñanza» como uno de sus objetivos fundamentales, manifestando que asegurarla es uno de los principales retos del futuro. Encontramos, ya en esta parte, algunas pinceladas interesantes sobre qué podría incidir en la calidad del

⁶ También encontramos dos alusiones a la calidad de la enseñanza en la ya derogada LO 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares; no obstante, la revisión del término está realizada respecto de su aparición en leyes que se centran en el desarrollo del derecho a la educación, principalmente en lo relativo a la configuración del sistema educativo.

sistema educativo⁷, resultando como primera conclusión que ésta parece el resultado de la suma de una serie de elementos, en esta Ley principalmente dirigidos a la modernización de la educación en general. Ejemplo de esto es su Título IV, cuya rúbrica es, precisamente, «De la calidad de la enseñanza». En el art. 55 observamos que, en opinión de aquel legislador, en «especial» el «conjunto de factores que favorecen la calidad y mejora de la enseñanza» son a) la cualificación y formación del profesorado; b) la programación docente; c) los recursos educativos y la función directiva; d) la innovación y la investigación educativa; e) la orientación educativa y profesional; f) la inspección educativa; y g) la evaluación del sistema educativo.

A continuación, la calidad no fue abordada en un Título de la siguiente Ley educativa, sino que dio nombre a todo el texto. Así, encontramos la LO 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE). Observamos aquí que el «logro de una educación de calidad para todos, que es el objetivo esencial de la presente Ley, es un fin cuyas raíces se encuentran en los valores humanistas propios de nuestra tradición cultural europea». Muy interesante resulta la lectura del art. 1 LOCE, dedicado a los «principios de calidad» del sistema educativo, destacando entre ellos la equidad, la transmisión de valores como la libertad personal, la responsabilidad y la cohesión sociales o la igualdad de derechos entre los sexos, la compensación de las desigualdades socioeconómicas, la cultura del esfuerzo o el reconocimiento de la dignidad de la función docente, entre otros. Hay que precisar, no obstante, que esta Ley no llegó a aplicarse.

El cambio de Gobierno en 2004 supuso la paralización del calendario de aplicación previsto para la LOCE, que finalmente fue derogada con la promulgación de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE). De la lectura de su Preámbulo podemos resaltar, sin ningún género de dudas, el resumen histórico de los desafíos y logros que, en materia educativa, hemos ido logrando en nuestro país desde el siglo XIX. Respecto de la calidad, se continua la senda iniciada por la anterior norma, considerándola como un principio del sistema educativo: «Tres son los principios fundamentales que presiden esta Ley. El primero consiste en la exigencia de proporcionar una educación de calidad a todos los ciudadanos de ambos sexos, en todos los niveles del sistema educativo». Este principio se pone en relación reiteradamente con el de la equidad, siendo el objetivo de la Ley tratar «de mejorar el nivel educativo en todo el alumnado, conciliando la calidad

⁷ «La consecución de dicha calidad resulta, en buena medida, de múltiples elementos sociales y compromete a la vez a los distintos protagonistas directos de la educación. La modernización de los centros educativos, incorporando los avances que se producen en su entorno, la consideración social de la importancia de la función docente, la valoración y atención a su cuidado, la participación activa de todos los sujetos de la comunidad educativa, la relación fructífera con su medio natural y comunitario, son, entre otros, elementos que coadyuvan a mejorar esa calidad».

de la educación con la equidad de su reparto». Tanto es así que, en el art. 1 LOE, dedicado a los principios, encontramos que el primero de ellos, recogido en el apartado a), es la «calidad de la educación para todo el alumnado, independientemente de sus condiciones y circunstancias», y el segundo, en el apartado b), es la «equidad, que garantice la igualdad de oportunidades, la inclusión educativa y la no discriminación y actúe como elemento compensador de las desigualdades personales, culturales, económicas y sociales, con especial atención a las que deriven de discapacidad».

Posteriormente, con la LO 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), encontramos de nuevo la calidad como objeto directo de otra nueva Ley reguladora de la enseñanza. Resulta interesante, en el apartado III del Preámbulo, la idea de que «la mejora de la calidad democrática de una comunidad pasa inexorablemente por la mejora de la calidad de su sistema educativo». Además, se incide especialmente en el hecho de que las altas tasas de abandono escolar temprano son el ejemplo que de forma más gráfica evidencian la necesidad de buscar una mejora en la calidad educativa. A juicio del legislador, una de las principales medidas encaminadas a conseguir este objetivo era la realización de evaluaciones externas de fin de etapa, aunque no se llevaron a cabo con la intensidad prevista.

Finalmente, nos encontramos actualmente inmersos en la aplicación de las reformas operadas por la LO 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE), esto es, hemos vuelto a la LOE, pero con los cambios introducidos en el pasado reciente. Llama la atención que es, de todas las leyes educativas, la que más veces menciona la calidad, a pesar de que, como hemos visto, dos de ellas la incluían en su propia denominación. Otro aspecto interesante es, nuevamente, la insistencia en imbricar la calidad y la equidad: «Desde esos años [principios del siglo XXI, con la promulgación de la LOCE], la sociedad española ha asumido de modo decidido que es necesario mejorar la calidad de la educación, pero también que la calidad y la equidad son dos principios indisociables, como han señalado las más importantes evaluaciones internacionales». También observamos que el objetivo de la LOMLOE es «establecer un renovado ordenamiento legal que aumente las oportunidades educativas y formativas de toda la población, que contribuya a la mejora de los resultados educativos del alumnado, y satisfaga la demanda generalizada en la sociedad española de una educación de calidad para todos».

En esta última Ley se señala un elenco considerable de factores importantes para la consecución de un sistema educativo de calidad. Así, se introduce un apartado a bis) en el art. 1 LOE, dedicado a los principios, en que se destaca que uno de éstos es la «calidad de la educación para todo el alumnado, sin que exista discriminación alguna por razón de nacimiento, sexo, origen racial, étnico o geográ-

fico, discapacidad, edad, enfermedad, religión o creencias, orientación sexual o identidad sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Además de la interdicción de la discriminación, directamente dimanante del art. 14 CE, es fundamental la nueva redacción del art. 2.2 LOE⁸, en el que se apunta a la cualificación y formación del profesorado, la dotación de recursos educativos, humanos y materiales o la investigación, experimentación y renovación educativa como resortes para la mejora de la calidad de nuestro sistema educativo.

Una vez realizada una breve visión sobre la inclusión, en las distintas Leyes educativas nacionales, de la calidad educativa, podemos afirmar que en éstas es considerada un principio (salvo en la LOGSE) del sistema educativo. No obstante, debemos resaltar que este aspecto no está del todo claro. Así, el término aparece como un aspecto definidor de uno de los derechos de los padres, madres o tutores en relación a la educación de sus hijos en el art. 4.1 a)⁹ de la LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE), sin que sea sencillo inferir la naturaleza del concepto. Entre la doctrina, observamos que, por ejemplo, VIDAL PRADO la incluye dentro de la categoría de los valores¹⁰, aunque es cierto que de forma indirecta.

Mención aparte, aunque conectada con las posibilidades apuntadas de considerar la calidad como valor o como principio, es la conveniencia o no de incluir este concepto como parte del contenido esencial del derecho reconocido en el art. 27 CE. Aunque es cierto que el TC, en su STC 5/1981, de 13 de febrero, realiza una mínima alusión en el FJ 27¹¹ para mencionar que la educación debe propor-

⁸ «Los poderes públicos prestarán una atención prioritaria al conjunto de factores que favorecen la calidad de la enseñanza y, en especial, la cualificación y formación del profesorado, su trabajo en equipo, la dotación de recursos educativos, humanos y materiales, las condiciones ambientales y de salud del centro escolar y su entorno, la investigación, la experimentación y la renovación educativa, el fomento de la lectura y el uso de bibliotecas, la autonomía pedagógica, organizativa y de gestión, la función directiva, la orientación educativa y profesional, la inspección educativa y la evaluación».

⁹ «Los padres, madres o tutores, en relación con la educación de sus hijos e hijas o pupilos y pupilas, tienen los siguientes derechos:

a) A que reciban una educación, con la máxima garantía de calidad, conforme con los fines establecidos en la Constitución, en el correspondiente Estatuto de Autonomía y en las leyes educativas».

¹⁰ El autor afirma que la «idea de que la educación es un ‘servicio público’ debe ser matizada. Sin renunciar a los valores de fondo (universalidad, continuidad, calidad...) con que debe satisfacerse a todos el ejercicio de este derecho fundamental y la responsabilidad pública última (...)», en VIDAL PRADO, C., «El derecho a la educación», en TEROL BECERRA, M. J., (Dir.), *El Estado social y sus exigencias constitucionales*, 2010, pp. 185-204, (pág. 190).

¹¹ «b) Art. 12. Afecta de forma directa y principal al derecho fundamental que ‘todos tienen... a la educación’ (art. 27.1 de la C.E.), derecho que para no estar vacío de contenido debe cumplirse con unas garantías mínimas de calidad, a las que se refiere el art. 12 de que ahora tratamos. Su inclusión en la L.O.E.C.E., lejos de ser inconstitucional, es un imprescindible desarrollo del derecho a la educación.

cionarse con unas garantías mínimas de calidad, lo cierto es que, desde una perspectiva doctrinal, este extremo no parece tan claro. Así, MARTÍNEZ DE PISÓN entiende que «los elementos que conforman el contenido esencial del derecho a la educación como derecho de prestación» son el derecho al acceso a la enseñanza reglada y reglamentada, el derecho a la permanencia en los centros educativos oficiales donde se esté cursando la enseñanza reglada y el derecho a una enseñanza básica gratuita, sosteniendo, respecto de la inclusión de la calidad como parte del contenido esencial, que su exigencia «no deja de ser un bien deseable que no aparece recogido claramente en el texto constitucional y que resultaría difícilmente exigible en amparo»¹². DÍAZ REVORIO, por su parte, considera que el contenido esencial del derecho a la educación está formado por el acceso a las enseñanzas regladas que integran el sistema educativo, la permanencia en los centros de enseñanza que imparten las enseñanzas regladas, el derecho a la valoración objetiva del rendimiento escolar, el derecho a recibir la educación en una lengua comprensible para quien se incorpora al sistema educativo y la gratuidad de las enseñanzas básicas; la calidad, en cambio, al hablar de aquellos aspectos que deben ser desarrollados legalmente, no la incluye entre los que forman parte del contenido esencial¹³. Asimismo, encontramos voces autorizadas, como SALGUERO¹⁴ o VIDAL PRADO¹⁵, que sí defienden que no es posible entender el derecho a la educación sin un um-

Como, por otra parte, esos requisitos garantizan una mínima calidad de la enseñanza deben ser iguales para todos los españoles (art. 149.1.1º de la C.E.), no podrán ser modificados por las Comunidades Autónomas».

¹² MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. M., *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 142 y ss.

¹³ «Ahora interesa señalar que la legislación de desarrollo que hemos mencionado regula, además de algunas de las manifestaciones que forman parte del contenido esencial del derecho a la educación —y a las que nos hemos referido— otras que completan el mismo. Así, se recogen manifestaciones que forman parte de otros derechos fundamentales, pero que se exteriorizan también en el ámbito de la educación, así como normas tendentes a favorecer una formación más adecuada y con un cierto nivel de calidad». En DÍAZ REVORIO, F. J., «El derecho a la educación», *op. cit.* (pág. 291).

¹⁴ «La efectividad del contenido del derecho a la educación no puede agotarse en el solo hecho del acceso de todos a las enseñanzas, en la gratuidad de los niveles básicos y en el acceso en igualdad de condiciones a los otros niveles educativos. Un estado social de derecho ha de incorporar la calidad como elemento exigible de la prestación de la educación. Es, sin duda, una cuestión compleja lo que pueda entenderse por calidad en una materia tan escurridiza como la es la educación, pero el artículo 27.2 suministra un fundamento jurídico-pedagógico de esta exigencia de calidad: el pleno desarrollo de la personalidad humana». En SALGUERO SALGUERO, M., «El derecho a la educación», *op. cit.* (pág. 811).

¹⁵ En este caso, podemos intuir que la calidad está incluida en la siguiente afirmación del autor: «Lo que el modelo constitucional vigente exige del Estado es que establezca los cauces para que la oferta educativa sea lo más amplia posible y que, en todo caso, todos tengan acceso a la educación. Su función en este ámbito es, según se desprende de la propia Carta Magna, la de garantizar que todos reciban una educación que cumpla con unos mínimos requisitos de calidad». En VIDAL PRADO, C., *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Madrid, Marcial Pons, 2017 (pág. 45).

bral mínimo de calidad, circunstancia que la haría formar parte del contenido esencial del mismo.

Más allá de la confusión que genera la naturaleza jurídica de la calidad educativa, resulta evidente que se trata de un elemento central en la materia para prácticamente cualquier institución autonómica¹⁶, nacional, supranacional¹⁷ o internacional, que la aborde. Una vez superados los primeros objetivos marcados en cuanto a la educación en nuestro Estado tras la recuperación de la democracia, entre los que destaca asegurar una oferta de plazas suficiente para cubrir la demanda de acceso al sistema educativo oficial, como consecuencia de la universalización de la educación, a principios del siglo XXI se dio un paso adelante, marcando los distintos legisladores una nueva meta: la consecución de una educación (universal) de calidad. Sea o no parte del contenido esencial, se trate de un valor o de un principio u otras circunstancias relativas a su naturaleza jurídica, se desprende de una lectura comparativa de todas las Leyes educativas de nuestro siglo que su consecución sigue siendo aún un reto para nuestra sociedad, pues así lo justifica su total inclusión en cada una de ellas y la reiteración con la que se alude al concepto.

En este sentido, y siendo totalmente conscientes de que definir qué se entiende por calidad educativa o qué factores deben potenciarse con mayor esfuerzo sería materia para un estudio profundo y extenso, nos parece conveniente, en primer lugar, hacer referencia a la necesidad de proteger y valorar el componente humano básico esencial que permite que el sistema educativo funcione: el profesorado¹⁸.

¹⁶ Es un buen ejemplo el Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007, que resalta como objetivo básico 2º, recogido en el art. 10.3, el «acceso de todos los andaluces a una educación permanente y de calidad que les permita su realización personal y social». En el art. 52, sobre las competencias en Educación, se establece que corresponde «a la Comunidad Autónoma en materia de enseñanza no universitaria, en relación con las enseñanzas obligatorias y no obligatorias que conducen a la obtención de un título académico o profesional con validez en todo el Estado, incluidas las enseñanzas de educación infantil, la competencia exclusiva, que incluye la programación y creación de centros públicos, su organización, régimen e inspección, el régimen de becas y ayudas con fondos propios, la evaluación, la garantía de calidad del sistema educativo, la formación del personal docente, (...)». En cambio, aunque hubiera resultado interesante, no aparece en el art. 21.1, en el que se «garantiza, mediante un sistema educativo público, el derecho constitucional de todos a una educación permanente y de carácter compensatorio».

¹⁷ Así, el Espacio Europeo de Educación, que «fomenta la colaboración entre los países de la UE en el ámbito de la educación», afirma que según «el pilar europeo de derechos sociales, toda persona tiene derecho a una educación, una formación y un aprendizaje permanente inclusivos y de calidad a fin de mantener y adquirir capacidades que le permitan participar plenamente en la sociedad y realizar unas transiciones satisfactorias en el mercado laboral» (información extraída de su propia página web, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/education-area/>).

¹⁸ Es evidente que dotar de mayor calidad a nuestro sistema educativo requiere modificaciones en más ámbitos. Nos centramos hoy en el profesorado, pero no podemos olvidar la necesidad de destinar más financiación para educación, con el objetivo de contar con más capital humano que permita, en primer lugar, bajar la ratio profesor/alumno de nuestras aulas. También sería importante, como veremos

Se antoja cada vez más urgente revisar la labor de los profesores y profesoras de las enseñanzas, obligatorias y no obligatorias, pre-universitarias, especialmente la relativa a la Educación Primaria y la Educación Secundaria. Nos encontramos ante un colectivo que ha sufrido una patente pérdida de consideración social, con el viraje experimentado por la sociedad actual, la cual, por diferentes motivos, ha dejado de considerar al profesor como una autoridad. Esto ha traído como principal consecuencia que el alumnado muestre una actitud menos respetuosa, e incluso desafiante, con quienes están encargados de guiar su formación, una formación que, por otra parte, resulta esencial para su futuro académico, profesional y personal, y para la cual se sienten cada vez menos motivados¹⁹. Esto, unido a la excesiva burocratización de su trabajo, trae consigo una consecuencia peligrosa y, evidentemente, perjudicial para la calidad de la enseñanza: el *burnout* o síndrome de desgaste profesional²⁰. Entre sus síntomas podemos destacar el agotamiento físico, psicológico y emocional, la pérdida de energía, falta de interés, despersonalización en el trabajo, malos hábitos de sueño o el estrés crónico. Todo esto, como parece lógico, tiene consecuencias negativas en el desempeño de su labor, aspecto fundamental para cumplir el objetivo de dotar de calidad a nuestro sistema educativo²¹.

posteriormente, destinar más fondos para dotar de recursos, especialmente digitales, al profesorado y al alumnado. Y, finalmente, entendemos conveniente implementar políticas de investigación y renovación educativa. Estos tres aspectos, cruciales desde nuestro punto de vista, están recogidos en el art. 2.2 LOE, de modo que, partiendo del mismo, el progreso dependerá principalmente de los fondos.

¹⁹ «De otro lado, se registra la motivación de los alumnos como la segunda de las dificultades enunciadas por los docentes en orden de importancia [detrás de la sobrecarga de trabajo], y es interesante que otros estudios realizados recientemente (...) verifiquen el tema de la motivación de los alumnos y alumnas como un asunto considerado problemático para los docentes». En RUBIO HERNÁNDEZ, F. J., y OLIVO FRANCO, J. L., «Dificultades del profesorado en sus funciones docentes y posibles soluciones. Un estudio descriptivo actualizado», en *Ciencia y Educación*, vol. 4, núm. 2 (2020), pp. 7-25 (pág. 19).

²⁰ «Una de las afecciones que se observa que emerge relacionada con una vivencia negativa de la práctica laboral es el síndrome del ‘burnout’ o síndrome del agotamiento (...), que emerge como el paso final de una exposición extensa y prolongada al estrés y a las presiones laborales. La OMS lo ha incluido recientemente en la nueva Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE-11), que entró en vigor en enero de 2022». En RUEDA, M., GONZÁLEZ PEÑO, A., FRANCO ÁLVAREZ, E., y COTERÓN LÓPEZ, J., «La percepción del profesorado sobre la situación de la docencia en Educación Física en educación secundaria: un estudio cualitativo», en *Retos: nuevas tendencias en educación física, deporte y recreación*, núm. 51 (2024), pp. 912-922 (pág. 918).

²¹ «En relación a los docentes, el desarrollo de niveles elevados de burnout conlleva consecuencias negativas tanto a nivel personal como profesional (...). En este sentido, la calidad de la enseñanza disminuye a la par que la capacidad de empatía hacia los alumnos, aumentando a su vez los niveles de absentismo laboral, impaciencia e irritabilidad en estos profesionales». En PINEL MARTÍNEZ, C., PÉREZ FUENTES, M. C., y CARRIÓN MARTÍNEZ, J. J., «Investigación sobre el ‘burnout’ en docentes españoles: una revisión sobre factores asociados e instrumentos de evaluación», en *Bordón. Revista de Pedagogía*, vol. 71, núm. 1, (2019), pp. 115-131 (pág. 116).

Entre las causas de este síndrome de agotamiento o, cuando no se llega a tal extremo, de la pérdida de la vocación docente, además del poco reconocimiento social a su labor, que se puede traducir en algunas circunstancias en enfrentamientos entre familia y profesorado, amenazas o agresiones, podemos mencionar otras que no son tan mediáticas, pero que sí están presentes de forma generalizada en la labor del profesor. La primera de ellas, ya comentada aquí anteriormente, parte de los excesivos cambios operados en la legislación educativa, sin tiempo apenas para consolidar un sistema educativo, que supone una revisión constante del proceso de enseñanza-aprendizaje. Aunque pueda parecer que, a menudo, los cambios son simplemente terminológicos²², la realidad es que aspectos esenciales como la programación didáctica o la evaluación han cambiado en múltiples ocasiones en los últimos años. Por ejemplo, respecto a la evaluación objetiva, parte del contenido esencial del derecho a la educación, podemos afirmar que se ha ido complicando con la introducción de distintos matices, como representan los criterios de evaluación o la evaluación por competencias²³, que implican una concreción casi al detalle de aspectos puntuales del currículo de una materia.

Otra causa, comúnmente manifestada por el profesorado, es la excesiva burocratización de su labor. Se trata de una queja constante, dirigida a evidenciar cómo la exigencia de informes, elaboración de distintos tipos de programaciones²⁴ para la misma materia, actas, etc.²⁵, consumen tiempo, atención y

²² Ya hemos mencionado que se ha producido una transición desde la educación basada en conocimientos hacia la educación basada en competencias. Antes el proceso enseñanza-aprendizaje culminaba con la adquisición de conocimientos, conocimientos cuya realización concreta se traducía en contenidos. Posteriormente el sistema introdujo dos elementos más: los procedimientos y las actitudes. Actualmente la lógica gira en torno al «saber», al «saber hacer» y al «saber ser», conceptos que nos recuerdan bastante, respectivamente, a los conocimientos, procedimientos y actitudes, recién mencionados, de Leyes anteriores.

²³ «El profesorado —a priori— tiene problemas para identificar contenidos susceptibles de ser transformados en competencias a través de actividades o tareas que impliquen la aplicación de esa habilidad o destreza en un contexto social, académico o personal del alumnado. Asimismo, se detectan problemas a la hora de anotar, calificar y evaluar esas actividades o tareas y relacionarlas con los criterios de evaluación». En VÁZQUEZ CANO, E., «Dificultades del profesorado para planificar, coordinar y evaluar competencias claves. Un análisis desde la Inspección de Educación», en *Revista complutense de educación*, vol. 27, núm. 3 (2016), pp. 1061-1083 (pág. 1075).

²⁴ Una misma materia puede tener una programación didáctica, unidades didácticas, programación general anual, programación docente, programación de aula, proyecto curricular...

²⁵ «Leyendo el informe 'Tareas de gestión docente: Propuestas de reducción de la burocracia en los centros educativos' descubro, con pasmo, que el profesorado español se enfrenta hasta a 81 tareas burocráticas que lastran nuestra labor. Visto así, no es difícil comprender a qué se debe el desgaste psicológico y físico que vengo padeciendo en los últimos años en mi profesión y que ahora, gracias al teletrabajo, está alcanzando cotas elevadísimas. El incremento de la burocratización que he ido experimentando a lo largo de estos años me va anulando, mermando mis energías y anulando unas fuerzas

energías, en detrimento de otros aspectos, a juicio de estos profesionales, más necesarios y fructíferos para el éxito del proceso de enseñanza-aprendizaje, como la elaboración de materiales docentes, atención a la diversidad y a alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo, comunicación con las familias²⁶, etc.

En conclusión, y como vimos anteriormente, el art. 2.2 LOE hace referencia a la necesidad de que los poderes públicos centren su atención prioritaria en los factores que favorecen la calidad de la enseñanza, reseñando en primer lugar «la cualificación y formación del profesorado». No podemos más que estar de acuerdo con la exigencia de formación para quienes deben protagonizar, junto a los discentes, el proceso de enseñanza-aprendizaje. No obstante, no deja de sorprender que se haga énfasis en el requisito de cualificación, cuando para desempeñar la profesión es, precisamente, *conditio sine qua non* la posesión de alguna de las titulaciones que capacitan para enseñar cada materia, en lugar de dirigir los esfuerzos a conseguir las circunstancias propicias para el mejor desempeño de la labor docente. Desde nuestro punto de vista, el precepto debería pretender que se preste la mencionada atención prioritaria a «la consecución de las circunstancias óptimas para el desarrollo de la función docente», con una mayor dignificación de la figura que representa el profesorado, una simplificación de los trámites burocráticos que envuelven su día a día y, en la medida de lo posible, escuchando el análisis acerca de la situación que se vive en las aulas de primaria y secundaria actualmente a quienes realmente están presentes en ellas²⁷. Éste se antoja, sin ningún género de dudas, como un aspecto esencial

que tendrían que ir dedicadas a preparar mis clases e investigar sobre el modo de mejorar mi práctica pedagógica». En GONZÁLEZ CALVO, G., «Vivo y enseñando, pero... ¿por cuánto tiempo? Cuando las circunstancias sociales y los tiempos de pandemia convierten la pasión por la enseñanza en duda y desánimo», en *Márgenes. Revista de Educación de la Universidad de Málaga*, vol. 1, núm. 3 (2020), pp. 110-132 (pág. 119).

²⁶ «En cuarto orden de valoración, los docentes apuntaron al trabajo burocrático como otra de las dificultades que deben lidiar (...). Así pues, este aumento de los modos burocráticos manifestado por los contrastes y conflictos entre políticas y su implementación, y entre estas y las demandas de adecuar la enseñanza a las individualidades y estilos de aprendizaje, constituyen sin duda, como lo han reafirmado estos docentes, un verdadero óbice en la labor del profesorado actual. Por otro lado, se sugiere una relación entre este aumento del trabajo burocrático y la sobrecarga laboral, puesto que, como se revisó anteriormente, la burocracia implica y demanda nuevas tareas». En RUBIO HERNÁNDEZ, F. J., y OLIVO FRANCO, J. L., «Dificultades del profesorado en sus funciones docentes y posibles soluciones. Un estudio descriptivo actualizado», *op. cit.*, (pág. 20).

²⁷ «Nuestra realidad (el aula, el alumnado, la enseñanza) se aleja de la supuesta verdad (la firma en un elegante despacho por parte de unas personas que van a cambiar las condiciones materiales y simbólicas de nuestra profesión). Este distanciamiento entre nuestra realidad y la verdad alejada de la práctica no parece encontrar, en general, resistencia ni alarma alguna en el pensamiento colectivo (...). También de manera paradójica los recortes y requerimientos burocráticos preceptivos se diseñan en cómodos despachos alejados de las aulas, por personal que desconoce por completo la vida escolar y,

para conseguir, ahora sí de verdad, la tan ansiada calidad educativa que buscamos desde hace ya más de dos décadas.

III. La necesidad de una verdadera educación digital

Es innegable que las TIC, los *smartphones* y la conexión permanente a Internet por parte de prácticamente todos, incluyendo los menores, son una realidad. En teoría, la edad mínima para prestar un consentimiento válido para crear un perfil y, por tanto, ser usuario de una red social en España es de 14 años; en cambio, basta con realizar una simple consulta al Instituto Nacional de Estadística para comprobar que, a pesar de esto, cada vez más menores tienen un dispositivo propio con este tipo de aplicaciones y, además, cada vez lo tienen antes. Dicho esto, no es menos cierto que detrás de la posesión de un móvil por parte de un menor, en la mayoría de los casos, hay un padre o madre (o ambos) que se lo entrega. Este acto debería, y albergamos dudas de que así sea, venir acompañado de una educación sobre su uso responsable, de una explicación comprensible de qué debe y no debe hacerse con este tipo de dispositivos y, también, de una alerta clara y efectiva acerca de cuáles son los riesgos a los que nos exponemos todos, y los y las menores especialmente, en Internet.

Se insiste mucho en poner el acento en los problemas que se les pueden plantear a los menores en las redes sociales, dentro de la «tecnopreocupación» que, en ocasiones, nos domina. Pero la realidad es que las consecuencias que, llegados a cierto punto, se tienen que afrontar, aconsejan ser cautelosos y previosores. Podemos destacar, entre estas cuestiones, el *grooming*²⁸, consistente en que un mayor de edad, principalmente valiéndose de los nulos controles que existen por parte de los prestadores de servicios de redes sociales, finge ser menor a través de la creación de un perfil falso para entablar contacto con otro menor, del que pretenderá obtener algún tipo de beneficio sexual. En segundo lugar, cabe mencionar el hostigamiento o (*ciber*)*stalking*, que supone un acoso psicológico, a través de un conjunto de actos dirigido reiteradamente contra un individuo concreto, actos que le suponen un miedo o preocupación por ser intrusivos y no

por tanto, con efectos nocivos para la educación. De nuevo, esa brecha entre realidad y verdad». En GONZÁLEZ CALVO, G., «Vivo y enseñando, pero... ¿por cuánto tiempo? Cuando las circunstancias sociales y los tiempos de pandemia convierten la pasión por la enseñanza en duda y desánimo», *op. cit.*, (pág. 117)

²⁸ El *grooming* es «el acoso ejercido por un adulto y que se refiere a las acciones realizadas deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre el menor con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del mismo». En MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, (pág. 99).

deseados²⁹. Junto a éstos, y con un evidente componente de género, encontramos el *sexting*³⁰ y la violencia de género digital entre adolescentes³¹.

Otro problema añadido es el (ciber)acoso escolar. Nos encontramos ante un fenómeno que, a diferencia de los anteriores, no está tipificado como delito y cuya conceptualización es compleja. Estas circunstancias, junto al hecho relevante de que víctima y victimario comparten espacio educativo, justifican que le otorguemos un tratamiento específico, aparte de los anteriores. Por si esto no fuera suficiente, en nuestra lógica jurídico-constitucional, es preciso plantear (tal y como estamos haciendo en otros estudios) su incidencia respecto del derecho a la educación y no únicamente respecto de otros derechos fundamentales como la integridad física o moral, aspecto que sí ha sido tratado ya, aunque puntualmente, en la doctrina.

El fenómeno del acoso y del ciberacoso escolar ha venido siendo abordado tradicionalmente por otras disciplinas, como la pedagogía y la psicología, más propias del ámbito educativo. Precisamente, es a un psicólogo, el sueco-noruego Dan Olweus, al que debemos la primera definición de acoso escolar³². En España,

²⁹ SÁNCHEZ VILANOVA, M., «El delito de stalking tres años después de su entrada en vigor», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 29 (2018).

³⁰ El *sexting* consiste en «la difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías o vídeos) de tipo sexual, producidos por el propio remitente, utilizando para ello el teléfono móvil o cualquier otro dispositivo tecnológico». En INTECO, *Guía sobre adolescencia y sexting, qué es y cómo prevenirlo*, 2011, (pág. 4). Son interesantes las aportaciones sobre el delito de sexting realizadas por MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, op. cit., (pág. 170); y por PÉREZ CONCHILLO, E., *Intimidad y difusión de sexting no consentido*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

³¹ «El uso masivo e intensivo de dispositivos móviles, Internet y Redes Sociales (RRSS), a pesar de sus ventajas, se han convertido en un instrumento cada vez más utilizado para que proliferen conductas de ciberacoso y violencia de género, al objeto de controlar, acosar, humillar y chantajear a las chicas (...). Preocupación con importantes repercusiones y de la que se hace eco la presidenta del Observatorio de Violencia de género, al constatar que persisten todavía actitudes de violencia machista en los jóvenes, cuando debieran ejemplificar, mejor que cualquier otro grupo de edad, los valores de igualdad, respeto y libertad». En PÉREZ VALLEJO, A. M., «Violencia de género digital en adolescentes. Previsiones legislativas y estrategias europeas para su abordaje y prevención», en TOMÁS MARTÍNEZ, G., y VIDU AFLOAREI, A., (Coords.), *Mujer como motor de innovación jurídica y social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 597-618 (pág. 598).

³² «Fue el propio Olweus [en *Bullying at schools. What we know and what we can do*] quien definió el maltrato entre alumnos y alumnas cuando se produce en el contexto escolar como una 'conducta de persecución física o psicológica que realiza el alumno o alumna contra otro, al que elige como víctima de repetidos ataques. Esta acción, negativa e intencionada, sitúa a las víctimas en posiciones de las que difícilmente pueden salir por sus propios medios. La continuidad de estas relaciones provoca en las víctimas efectos claramente negativos: disminución de su autoestima, estados de ansiedad e incluso cuadros depresivos, lo que hace difícil su integración en el medio escolar y el desarrollo normal de los aprendizajes». En MERINO GONZÁLEZ, J., «El acoso escolar-bullying. Una propuesta de estudio desde el análisis de redes sociales (ARS)», en ICEV. *Revista d'Estudis de la violència*, núm. 4 (2008).

se le comenzó a prestar más atención a principios del siglo XXI, aunque lo cierto es que no contamos con una definición legal clara de qué debemos entender por tal concepto, entre otros motivos porque, como consecuencia del reparto competencial en materia educativa, cada Comunidad Autónoma aborda este problema como cree conveniente. No obstante, sus notas definitorias, cuestión pacífica en los estudios sobre la materia, son la prolongación en el tiempo de algún tipo de conducta (o la combinación de varias), como agresiones físicas, vejaciones, insultos, amenazas, coacciones o aislamiento social, acciones que sitúan a la víctima en una espiral de vulnerabilidad que no puede afrontar. Sus consecuencias pueden ser devastadoras: un 94% de los afectados sufre algún problema psicológico derivado de la situación de acoso; entre las consideradas graves, el 2,4% de los afectados presenta autolisis, un 4,6% ideas suicidas, y el 1,2% ha intentado suicidarse³³. Respecto del ciberacoso³⁴, parece lógico entenderlo en la mayoría de los casos como una prolongación del acoso sufrido en el centro educativo, siendo la principal consecuencia de este hecho que las víctimas, que hace tiempo estaban expuestas a esta situación durante el periodo lectivo, actualmente lo estén casi permanentemente³⁵.

Para que nuestros y nuestras menores asimilen la verdadera magnitud de estos riesgos, la relevancia de los derechos que pueden serles conculcados y puedan desarrollar las destrezas necesarias, mediante instrumentos adecuados, para afrontar cualquier tipo de situación dañosa, es necesario implementar una edu-

³³ Fundación ANAR, *III Estudio sobre acoso escolar y cyberbullying según los afectados*, 2018. Disponible en <https://www.anar.org/wp-content/uploads/2018/09/III-Estudio-sobre-acoso-escolar-y-ciberbullying-según-los-afectados.pdf>

³⁴ Sobre sus elementos característicos, MENDOZA CALDERÓN destaca lo siguiente: «La existencia de una situación de acoso dilatada en el tiempo, descartándose acciones puntuales; se daría una situación de acoso que no cuenta con elementos de índole sexual; las víctimas y acosadores serían de edades similares y tendrían relación o contacto con el mundo físico; y finalmente, que el medio utilizado para llevar a cabo el acoso sería tecnológico, pudiendo tratarse de Internet o cualquiera de sus servicios asociados, como telefonía móvil, redes sociales o plataformas de difusión de contenidos. En otros medios también se han destacado el uso de videoconsolas con conexión on line». En MENDOZA CALDERÓN, S., *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*, op. cit., (pág. 83).

³⁵ «El perjuicio del menor, esto es la victimización de la que se hace objeto al menor adolescente en los ilícitos derivados de las TIC, es doble, e incluso se puede hablar de polivictimización, como señalamos anteriormente, porque el medio empleado en las redes sociales —caso tuenti— para vejar y hostigar a un menor, es reiterativo ya que permite la permanente difusión del perverso contenido ofensivo al menor o imagen del mensaje, provocando una victimización plural, ya que aunque la acción ilícita fuera solo una, sus efectos permanecen con la progresiva difusión de aquéllas y con ellas, el sufrimiento de la víctima (...) y la afectación de la dignidad e integridad moral del menor». En GARCÍA-ATANCE GARCÍA DE MORA, M. V., «Diversas manifestaciones de riesgo social y moral del menor en el ámbito de Técnicas de Información y Comunicación (TIC), en *Revista de Derecho Político*, núm. 100 (2017), pp. 1271-1308 (pág. 1304).

cación digital real, de calidad. Nos encontramos ante un punto de partida paradójico: los niños y niñas del siglo XXI son capaces de manejar con muchísima intuición y habilidad prácticamente cualquier nueva tecnología digital, pero este dominio no viene acompañado de una madurez suficiente para responder ante sus riesgos³⁶. Asimismo, esto supondría, desde nuestro punto de vista, una tranquilidad importante para afrontar el uso de las nuevas tecnologías de un modo responsable desde la perspectiva contraria, esto es, extraer y aprovechar todo el potencial que estos avances nos pueden prestar, tal y como destaca el profesor Gregorio Cámara³⁷.

Encontramos en nuestra normativa estatal dos alusiones directas al derecho a la educación digital. Por un lado, el art. 83 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDG-DD), establece, en su apartado 1, que el «sistema educativo garantizará la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un consumo responsable y un uso crítico y seguro de los medios digitales y respetuoso con la dignidad humana, la justicia social y la sostenibilidad medioambiental, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales». En el párrafo segundo se establece la inclusión en el currículo educativo de «la

³⁶ Debemos distinguir entre «ser capaz de manejar las TIC» y «ser competente para manejar las TIC», del mismo modo que, por ejemplo (y salvando las distancias), no es lo mismo ser capaz de conducir un vehículo que ser competente para circular con un vehículo. En palabras de Jove Villares: «Por tanto, la enseñanza de competencias digitales se presenta como la clave de bóveda del derecho a la educación digital. Pudiera pensarse que, en la era digital, y para los nativos digitales, la adquisición de tal competencia se produciría, como quien dice, por defecto. Pero, lo cierto es que la natividad digital es un mito; ‘el nativo digital no nace, se hace, no nace con criterios y habilidades para la selección y filtro de la[s] búsqueda[s] ni [para] el procesamiento de la información, no nace entendiendo el uso ético y seguro de las tecnologías. [...] La mera habilidad tecnológica queda lejos de la exigida competencia digital». En JOVE VILLARES, D., «El derecho a la educación digital en España. Regulación jurídica e importancia para la preservación del Estado democrático de Derecho», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 25 (2021), pp. 94-110, (pág. 104).

³⁷ «Internet, las nuevas tecnologías de la comunicación y la información y la inteligencia artificial, están revolucionando el mundo y se proyectan hacia el futuro exponencialmente y sin vuelta atrás. Este nuevo escenario y su impacto sobre la educación no puede verse, como a veces se hace, solo desde una perspectiva negativa que agiganta los riesgos y realza los peligros, porque las transformaciones que produce y las potencialidades que alberga también presentan la cara positiva que suponen las nuevas oportunidades de vida y convivencia, de cambio y desarrollo en todos los terrenos, así como ofrecen numerosas posibilidades abiertas para el aprovechamiento masivo de infinidad de recursos educativos en un proceso de aprendizaje permanente, también autónomo, con independencia de las distancias territoriales, sin fronteras y con plena flexibilidad temporal». En CÁMARA VILLAR, G., «Derecho a la educación, pluralismo y sociedad abierta en la era digital», en BALAGUER CALLEJÓN, F., SARLET, I. W. (Dirs.), *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 493-524, (pág. 498).

competencia digital a la que se refiere el apartado anterior³⁸, así como los elementos relacionados con las situaciones de riesgo derivadas de la inadecuada utilización de las TIC, con especial atención a las situaciones de violencia en la red». Otro aspecto interesante, en directa conexión con el epígrafe anterior del presente trabajo, es el contenido en el art. 83.2 LOPDGDD, que dispone que el «profesorado recibirá las competencias digitales y la formación necesaria para la enseñanza y la transmisión de los valores y derechos referidos en el apartado anterior».

Respecto de la presente Ley el profesor Cámara afirma que «constituye una particular novedad y un avance de especial importancia la inclusión de la garantía de los derechos digitales, a los que la Ley dedica su Título X y entre los que se encuentra precisamente el ‘derecho a la educación digital’», destacando, tras su análisis de los aspectos más destacados, que de «manera congenial con los objetivos marcados por la UE en este ámbito, se trata del establecimiento de un conjunto de obligaciones a los poderes públicos para hacer posible que el sistema educativo (...) ‘garantice un manejo satisfactorio y suficiente de las herramientas digitales en el sistema educativo y un uso de los mismos presidido por el escrupuloso respeto a los derechos y libertades propios y del resto de la ciudadanía’»³⁹, citando a Rallo Lombarte⁴⁰.

En cuanto a la segunda alusión a la educación digital que queremos presentar, la encontramos en el apartado XVII de la Carta de Derechos Digitales (CDD), que está dedicado a esta materia. Podemos destacar que, en parecidos términos a los ya vistos del art. 83.1 LOPDGDD, establece que el «sistema educativo debe tender a la plena inserción de la comunidad educativa en la sociedad digital y un aprendizaje del uso de los medios digitales dirigido a una transformación digital de la sociedad centrada en el ser humano». A pesar de que no despliega ningún efecto vinculante, tal y como se declara en el propio apartado de «Consideraciones previas»⁴¹, es interesante cómo se vuelve a centrar la atención en el ser humano, aspecto crucial en opinión de nuestro autor⁴². Aún en la CDD, observamos que

³⁸ Entendemos que aquí, en realidad, en lugar de al apartado anterior, quiere aludir al párrafo anterior.

³⁹ En CÁMARA VILLAR, G., «Derecho a la educación, pluralismo y sociedad abierta en la era digital», *op. cit.*, (pp. 514 y ss).

⁴⁰ RALLO LOMBARTE, A., «Del derecho a la protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales», en RALLO LOMBARTE, A., (Dir.), *Tratado de protección de datos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019 (pág. 32).

⁴¹ «El objetivo de la Carta es descriptivo, prospectivo y asertivo (...). La Carta no tiene carácter normativo, sino que su objetivo es reconocer los novísimos retos de aplicación e interpretación que la adaptación de los derechos al entorno digital plantea, así como sugerir principios y políticas referidas a ellos en el citado contexto».

⁴² Así lo vemos cuando, analizando el Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, dirigido al Consejo de Derechos Humanos en su 32º periodo de sesiones, destaca que Kishore Singh «alienta la necesidad de fomentar la ‘misión humanista de la educación’ y enmarcar en ella el

se plantea la necesidad de incluir entre los fines de la educación, el de fortalecer «el desarrollo de un pensamiento crítico que ayude a distinguir hechos objetivos de meras opiniones sin evidencias, así como a identificar noticias falsas y desinformación y a rechazar estereotipos de género y discriminatorios, discursos de odio o el ciber acoso, prestando especial atención al ciber acoso sexual», dirigiendo la mirada hacia aspectos trascendentales para el éxito del Estado democrático.

Es preciso conectar estas previsiones con el art. 27.2 CE⁴³, mediante el que se dispone que la «educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». El libre desarrollo de la personalidad, en íntima conexión con la dignidad humana, es uno de los elementos esenciales sobre los que se suele apoyar la construcción dogmática del derecho a la educación. Y, más recientemente, también es considerado por el profesor Cámara un aspecto nuclear cuando ha hecho lo propio con el derecho a la educación digital. No perdamos de vista que los adolescentes del siglo XXI, nativos digitales, construyen su personalidad e identidad también en el mundo virtual⁴⁴, viven, se forman y se relacionan a través de Internet. Esta característica plenamente definidora debe ser

indudable potencial positivo de las tecnologías digitales, subrayando el objetivo primordial de la educación: el desarrollo pleno de la personalidad humana que se asienta sobre cuatro pilares: aprender a conocer, aprender a hacer, aprender a vivir juntos y aprender a ser'. En CÁMARA VILLAR, G., «Derecho a la educación, pluralismo y sociedad abierta en la era digital», *op. cit.*, (pág. 500).

⁴³ «En este precepto, formulado como una norma directriz del entero sistema constitucional en la materia, cabe encontrar la máxima expresión del consenso básico sobre la educación, a la cual define asignándole un objeto (el pleno desarrollo de la personalidad humana), unos objetivos acordes con ella y con su papel institucional en un Estado democrático (el respeto a sus principios y a los derechos y libertades fundamentales y, por tanto, la orientación positiva de fortalecer el respeto por la dignidad de la persona y los derechos humanos, capacitar para la participación libre y responsable, favorecer la tolerancia, la paz y el pluralismo ideológico, religioso y político) y unos límites (el mismo respeto a los indicados principios, definidores del orden constitucional como un todo). Precisamente por todo ello, (...) este precepto no sólo no nos parece una mera declaración (porque no puede serlo en una Constitución normativa), sino, antes al contrario, consideramos que debe valorarse como la construcción medular a partir de la cual es preciso interpretar las demás normas contenidas en el artículo 27, a las que enmarca y, eventualmente, limita». En CÁMARA VILLAR, G., «Los derechos y libertades del ámbito educativo», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (COORD), CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, J. F., BALAGUER CALLEJÓN, M. L., y MONTILLA MARTOS, J. A., *Manual de Derecho Constitucional*, vol. II, Madrid, Tecnos, 2022, pp. 394-430, (pág. 400).

⁴⁴ Dice el profesor Cámara que «Internet, por su ubicuidad, nos envuelve y condiciona en nuestra cotidianeidad. Internet es un 'entorno omnipresente y omnilocuente'. La alfabetización digital, en correspondencia, ha de promoverse con especial empeño, pues la exclusión social y económica que conlleva el analfabetismo digital afecta de la manera más negativa y limitante a la dignidad de la persona, a su libre desarrollo y a la misma posibilidad de disfrute de un 'derecho a vivir' dignamente mediante el que pueda ejercer y disfrutar en plenitud los derechos fundamentales de los que toda persona es titular e ineludiblemente debe serlo en condiciones de igualdad». En CÁMARA VILLAR, G., «Derecho a la educación, pluralismo y sociedad abierta en la era digital», *op. cit.*, (pág. 511).

tenida en cuenta por las instituciones, principalmente aquellas que abordan la materia educativa, para llevar a cabo las iniciativas necesarias que tengan por objeto la denominada «alfabetización digital», así como mejorar los valores relativos al uso responsable de las nuevas tecnologías, especialmente en conexión con la protección de datos y los riesgos anteriormente comentados. Todo ello, además, siempre a la luz de un aprendizaje humanista, basado en valores democráticos y que tenga en el centro de su interés el pleno desarrollo de la personalidad⁴⁵.

Qué duda cabe de que, sin necesidad de profundizar apenas en este aspecto, la sociedad ha experimentado en las últimas dos décadas un progreso en el ámbito tecnológico bastante evidente. Junto a esta idea, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que este avance va a continuar produciéndose exponencialmente en un futuro inmediato, sobre todo con la explosión de la Inteligencia Artificial. En definitiva, se erige como una necesidad social adquirir las competencias y habilidades necesarias para adaptarnos a estas novedades, recibirlas del modo más respetuoso con los derechos fundamentales de los usuarios y, no olvidemos, tratar de sacarles el máximo partido. La conveniencia de esta formación implica, en opinión del profesor Cámara⁴⁶, una interpretación evolutiva que incluya la educación digital como parte del contenido esencial del derecho a la educación, idea con la que no podemos más que estar de acuerdo, en el entendimiento de que nos

⁴⁵ En palabras del profesor Gregorio Cámara: «el derecho a la educación incluye necesariamente en su contenido, como dimensión prestacional, la formación digital, que se constituye en nueva tarea y obligación ineludible de los poderes públicos para poder satisfacer adecuadamente los fines del derecho a la educación en la dimensión humanista en la que es concebido por el Derecho de los derechos humanos. No es solo una garantía más de carácter institucional sino de una dimensión del derecho a la educación inserta en él, que lo envuelve y permea en nuestros días, toda vez que es en entornos presenciales y virtuales, sin solución de continuidad, donde los discentes, de manera que puede decirse ‘natural’, van a ir desarrollando su personalidad y su identidad en las distintas etapas por las que va pasando su experiencia vital». En CÁMARA VILLAR, G., «Derecho a la educación, pluralismo y sociedad abierta en la era digital», *op. cit.*, (pág. 510).

⁴⁶ «Como es posible apreciar, el paradigma normativo existente en el plano internacional, supranacional y de los Estados de Europa sobre el derecho a la educación no se refiere expresa y específicamente a la educación digital, quizás por razones relacionadas con el tiempo en el que estas normas fueron elaboradas; pero la configuración normativa del derecho y sus garantías la abarcan, a mi entender, en plenitud, en tanto que se trata de aspectos modales para llevar a cabo la educación en régimen de concurrencia e interacción con la formación presencial; esto es, ambas son formas que crean y gestionan entornos, utilizan medios e instrumentos confluyentes y desarrollan contenidos a través de los cuales han de cumplirse los fines y objetivos con todas las garantías, por lo que han de estar orientadas al libre desarrollo de la personalidad, dentro del marco de los valores y principios democráticos y del respeto a la dignidad de la persona y a los derechos y libertades fundamentales. Cabe precisar por todo ello que, debido a la eclosión de lo digital en el mundo y a que esta dimensión impregna ya la vida cotidiana de las personas, la educación propiamente digital adquiere un carácter decisivo y se integra con plena naturalidad, como una de sus facetas, en el contenido esencial del derecho fundamental a la educación». En CÁMARA VILLAR, G., «Derecho a la educación, pluralismo y sociedad abierta en la era digital», *op. cit.*, (pág. 509).

encontramos ante un elemento que afecta de forma transversal a la vida cotidiana (escolar, académica, laboral y personal) de la práctica totalidad de la población (y, en los casos en que existe, es necesario también acabar con la brecha digital que impide a núcleos poblacionales más desfavorecidos tener acceso a estas tecnologías), incluidos como no, los y las menores.

IV. *Para que pueda surgir lo posible es preciso intentar una y otra vez lo imposible: ¿un pacto por la educación en España?*

Hemos destacado en estas páginas dos aspectos importantes para seguir mejorando en materia educativa a corto plazo. El primero de ellos, la necesaria revisión de nuestro sistema educativo con el objetivo de ir aportándole cada vez una mayor calidad, exige que precisemos los aspectos de este principio, conceptualizarlo y dotarlo de contenido. No obstante, es evidente que algunos elementos, los que han sido señalados históricamente en la normativa educativa reiteradamente, parecen claros: la formación del profesorado, la innovación y la experimentación educativa, la inspección, la función directiva, etc., han aparecido en las últimas décadas en las distintas Leyes educativas españolas. Nos hemos centrado en la necesidad de mejorar las condiciones del profesorado, es preciso desburocratizar la función docente, dignificarla y colocarla donde socialmente se merece, algo que por otra parte ya sucedía en España en tiempos precedentes. Junto a esta iniciativa, habría que abordar la posibilidad de adoptar otras, entre las que hemos destacado la reducción de la ratio de alumnado por aula, en el entendimiento de que conforme a los vientos que soplan actualmente respecto de las teorías que tratan el proceso enseñanza-aprendizaje, la atención personalizada ha cobrado especial relevancia: cada persona tiene un modo específico de aprender, y el profesorado debe detectarlo y adaptarse. Obviamente, esta labor es mucho más sencilla, provechosa y, en definitiva, contará con más posibilidades de éxito si un profesor o una profesora debe atender a 15 alumnos en lugar de a 30.

El segundo aspecto al que hemos hecho referencia es la necesidad de implantar en el sistema educativo una educación digital real y de calidad. Los y las menores del siglo XXI viven inmersos en las TIC y ello requiere una formación específica, tanto para afrontar las posibles situaciones negativas a las que se vean abocados, como para la posibilidad de obtener el máximo rendimiento de la multiplicidad de recursos que tienen a su alcance y que, en resumidas cuentas, pueden serles de gran utilidad para distintos ámbitos de sus vidas, como el escolar, el laboral o el personal, entre otros. En este sentido, se antoja indispensable proporcionar a los centros educativos los dispositivos y recursos necesarios para que el aprendizaje sea idóneo, práctico y realista. No se puede, al menos no de forma integral, aprender

a desenvolverse de un modo efectivo, pero responsable, en el mundo virtual únicamente teorizando y experimentando en el mundo analógico; además de esto, es preciso formar de modo específico en esta materia al profesorado, a todo él, no únicamente a los que se dedican a esta rama de conocimiento.

Ambas exigencias tienen algunos aspectos en común. El primero de ellos es el relativo a sus respectivas incidencias en el contenido esencial del derecho recogido en el art. 27 CE. El objetivo de la educación es el pleno desarrollo de la personalidad y para su éxito es fundamental que el alumnado forme parte de un sistema educativo de calidad, con un profesorado motivado que pueda ejercer sus funciones en un contexto adecuado para dar lo mejor de sí mismos; asimismo, es igualmente conveniente incluir en el currículo saberes que traten «lo digital» de una forma integral. No basta con utilizar los recursos que serán de mayor utilidad en la vida laboral del alumnado, tales como procesadores de textos, programas para la creación de presentaciones o páginas web, etc. Es necesario abordar el fenómeno digital pensando en la vida, a secas, del alumnado: estudio de redes sociales, lectura y comprensión de términos de uso de los distintos servicios, posibles peligros que puedan afectarles gravemente o el abordaje de los aspectos positivos y negativos de la Inteligencia Artificial como herramienta de trabajo son algunos de los puntos que, en nuestra opinión y sin pretensión de exhaustividad, deberían ser tratados en nuestro sistema educativo. No tiene sentido, desde esta perspectiva, seguir explicando cómo se realiza una presentación o cómo utilizar las redes sociales para publicitar una empresa, algo que quizás puede serle útil al alumnado en un futuro, cuando no saben cómo afrontar un problema sufrido a través de Instagram o Facebook, algo que seguro ya le es útil en el presente.

Así las cosas, podría constituir una buena oportunidad en la actualidad abordar estos temas y tratar de trazar unas líneas de actuación que tuvieran por objetivo un progreso serio, medido, de nuestro sistema educativo. Pero es una cuestión compleja por distintas circunstancias, algunas de las cuales han sido apuntadas aquí, aunque brevemente: la educación ha sido motivo de controversia política desde el propio proceso constituyente y tiene visos de seguir siéndolo en el futuro a corto y medio plazo. Prueba de ello es, sin ningún género de dudas, el interés de cada una de las mayorías parlamentarias emanadas de las urnas por realizar cambios en nuestro sistema educativo, sucediéndose en las últimas dos décadas cuatro Leyes educativas. No parece éste el mejor modo de abordar la regulación de una materia tan fundamental en un Estado democrático como es la formación integral de las personas y el pleno desarrollo de su personalidad.

Es aquí donde cobra sentido el título del presente epígrafe, el cual, a modo de conclusión, pretende señalar la imposibilidad y, simultáneamente, la necesidad de llegar a un consenso en materia educativa, que cristalice en un pacto de las distintas fuerzas políticas y sociales, anhelo perseguido, desde hace bastante tiempo ya,

por las principales figuras que han abordado el estudio de la educación en España, entre las que destaca, de forma prominente, nuestro profesor Gregorio Cámara Villar⁴⁷. Como sociedad parece lógico que debiéramos querer tener el mejor sistema educativo posible, ajeno a los vaivenes políticos, adaptado a las necesidades de nuestro alumnado y continuamente renovado en función del progreso que vayamos experimentando. La realización con éxito de esta compleja tarea implica, ineludiblemente, partir de un consenso y, no olvidemos, del compromiso de mantenerlo de forma duradera en el tiempo, protegiendo la educación siempre de la controversia política y sin caer en la trampa fácil de utilizarla como arma contra el adversario. Hoy, más que nunca, es necesario adecuar nuestro sistema educativo al progreso digital y dotarlo de robustez y recursos para enfrentar con garantías los desafíos a corto y medio plazo: potenciación de la calidad de la enseñanza, nuevas tecnologías, Inteligencia Artificial, mejora de resultados académicos o integración europea, entre otros. Todo ello, además, teniendo siempre presente la cuestión, inaplazable por otro lado, de que muchos de estos aspectos necesitan indispensablemente una financiación adecuada, destinada a aumentar el profesorado y su formación, a conseguir la ya mencionada desburocratización y a la dotación de más espacios y recursos para los centros educativos, entre otras medidas.

Para que este consenso pueda surgir, parafraseando a Hermann Hesse, es preciso intentarlo una y otra vez hasta lograrlo. Y para que la empresa sea exitosa es altamente recomendable leer y escuchar a quien ha demostrado sobradamente que domina la materia, figuras entre las cuales el profesor Gregorio Cámara Villar es un indispensable.

⁴⁷ Como afirma el profesor Cámara, respecto a este pacto de Estado: «Para ello [para el establecimiento y el mantenimiento renovado de un sistema educativo de calidad adecuado a nuestras necesidades] el punto de partida es, obviamente, el consenso fundamental que sobre esta materia se plasmó normativamente en la Constitución. Pero es igualmente necesario, para proporcionarle en cada momento la concreción adecuada y el mantenimiento regular del funcionamiento del sistema educativo como un todo, que exista también un acuerdo sustancial entre las principales fuerzas sociales y políticas sobre el desarrollo de las políticas educativas en el marco de ese consenso básico o fundamental cuyo objeto ha de ser todo aquello que sea estructural para el sistema educativo y pueda mantenerlo alejado de vaivenes, bandazos y tensiones que pudieran impedir su estabilidad, asegurando igualmente su eficacia y su adaptabilidad a los cambios y al surgimiento de nuevas necesidades o complejidades, así como su sincronización con los niveles de calidad alcanzados por los países más desarrollados de nuestro entorno». En CÁMARA VILLAR, G., «Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España», en *Revista de educación*, núm. 344 (2007), pp. 61-82, (pág. 63).

LA LIBERTAD DE CÁTEDRA: EXÉGESIS CONSTITUCIONAL Y LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS¹

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA
Universidad de Valladolid

I. Intenciones

Nuestra Constitución reconoce el derecho a la libertad de cátedra (art. 20.1.c) y garantiza la autonomía universitaria en los términos que la Ley establezca (art. 27.10). Es tradicional afirmar que la autonomía universitaria es la «dimensión institucional de la libertad académica que garantiza y completa su dimensión individual, constituida por la libertad de cátedra», tal y como ha reiterado nuestro Tribunal Constitucional en varias Resoluciones². Esta interpretación podría hacer pensar, de un lado, que el desarrollo legal de la autonomía universitaria debería servir, en su caso, para reforzar el derecho fundamental a la libertad de cátedra y de otro que, por definición, no podría limitarla por su privilegiada posición en la Constitución.

En el segundo epígrafe del presente estudio se examinará la libertad de cátedra en clave constitucional, tratando de establecer sus elementos nucleares, como son los referidos a su titularidad, proyección y alcance. Será este el momento adecuado para

¹ Este trabajo se inscribe en el Proyecto estatal de investigación sobre *los límites de la autonomía de las Universidades Públicas* (PID2020-113929GB-I00), habiéndose publicado con el título de «La libertad de cátedra» en la obra colectiva dedicada al análisis de los límites derivados de los derechos fundamentales con un apartado final de bibliografía citada. Una versión reducida de este estudio se ha publicado, previamente, con el título «La libertad de cátedra como límite a la autonomía universitaria», en la *Revista de Derecho Político* 118 (2023), pp. 49-77, adaptada a la extensión y criterios editoriales requeridos por la publicación.

² SSTC 74/2019/4, de 22 de mayo; 141/2018/6, de 20 de diciembre; 44/2016/4, de 14 de marzo; 87/2014/4, de 29 de mayo; y 26/1987/4, de 27 de febrero y ATC 42/1992/2, de 12 de febrero. Ver, también, ATC 457/1989, de 18 de septiembre, y, en el plano doctrinal, por todos, VIDAL PRADO, Carlos: *La libertad de cátedra: un estudio comparado*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001, pp. 255-263.

examinar si la extensión del derecho fundamental es distinta cuando afecta a profesores universitarios. Analizaremos a continuación, de forma separada, en el apartado tercero, los límites que operan sobre la libertad de cátedra, centrándonos ya en los profesores que imparten sus clases en Universidades públicas.

Examinaremos después, en el cuarto epígrafe, cómo la autonomía de las universidades puede restringir indebidamente este derecho fundamental, tomando además en cuenta las actuales reformas que afectan al sistema universitario español, y que no se limitan a la reciente aprobación de la Ley Orgánica del Sistema Universitario, sino que alcanzan también a otros extremos como las áreas de conocimiento y la estructura de los Departamentos, que también se pretenden modificar.

Cerraremos el presente estudio con algunas consideraciones conclusivas.

Antes de desarrollar el esquema propuesto conviene señalar que, dada la heterogeneidad presente en la normativa emanada de las distintas Universidades públicas, se ha optado por hacer referencia a la de la Universidad de Valladolid, en la que el autor de este trabajo presta sus servicios.

II. La libertad de cátedra

La preocupación intelectual por la libertad de cátedra es multidisciplinar y esto explica que se aborde su análisis, histórico³ y vigente, desde diferentes premisas⁴. En

³ En la literatura especializada pueden encontrarse referencias a Sócrates (POZO CABRERA, Enrique Eugenio: *Libertad de cátedra*. Tesis doctoral dirigida por Juan Antonio García Amado. Universidad de León. León, 2020, pp. 7-8) o a los avances y retrocesos normativos habidos en España desde 1812 [VIDAL PRADO, Carlos: «Aproximación histórica a la regulación de la libertad de cátedra en España». *Humana Iura: Suplemento de Derechos Humanos* 7 (1997), pp. 229 ss. y *La libertad...*, cit., pp. 183 ss. Ver, también, CIPPITANI, Roberto: «La libertad de cátedra y de investigación en el ámbito de la autonomía universitaria». En BUENROSTRO CEBALLOS, Alfredo Félix (coord.): *La libertad de cátedra y de investigación en el ámbito de los derechos humanos*. Universidad Autónoma de Baja California. Mexicali, 2014, pp. 132 ss.].

⁴ En efecto, han escrito de la libertad de cátedra expertos en Educación e historia de la Educación [CÁCERES MUÑOZ, Jorge y MARTÍN SÁNCHEZ, Miguel Á.: «Análisis comparativo de la primera y segunda 'cuestión universitaria' del Siglo XIX en España desde la perspectiva de sus protagonistas». En ESPIGADO TOCINO, María Gloria (dir.): *La Constitución de Cádiz. Genealogía y desarrollo del sistema educativo liberal*. Universidad de Cádiz. Cádiz, 2013, pp. 417 ss.; MEDINA RUBIO, Rogelio: «Sobre el concepto de 'libertad de cátedra' en el actual ordenamiento constitucional». *Aula Abierta* 29 (1980), pp. 4 ss.; MONTERO PEDRERA, Ana María y HOLGADO BARROSO, Juan: «La utilización del libro de texto en la enseñanza secundaria española: aproximación histórico-legislativa desde la perspectiva de la libertad de cátedra (desde las Cortes de Cádiz hasta la Ley General de Educación de 1970)». En GÓMEZ GARCÍA, Nieves y TRIGUEROS GORDILLO, Guadalupe (coords.): *Los manuales de texto en la enseñanza secundaria (1812-1990)*. Kronos. Sevilla, 2000, pp. 67 ss.; RUBIO MAYORAL, Juan-Luis y TRIGUEROS GORDILLO, Guadalupe: «Combates contra el progreso II. El debate científico en el seno de la Universidad (1857-1902)». En ESPIGADO TOCINO, Gloria (dir.): *La Constitución de Cádiz. Genealogía y desarrollo del sistema educa-*

el presente estudio, realizado en el campo del Derecho Constitucional, partimos del examen de la libertad de cátedra como derecho fundamental consagrado en el art. 20.1.c CE (también en el art. 13 CDFUE) lo que condiciona también la meto-

tivo liberal. Universidad de Cádiz. Cádiz, 2013, pp. 543 ss.; y SALGUERO SALGUERO, Manuel: «El reconocimiento de la libertad de cátedra en la Constitución española de 1931». *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza* 24-25 (1996), y «El debate ideológico-doctrinal en torno a la libertad de cátedra en el proceso constituyente de 1931 y de 1978». En BALAGUER CALLEJÓN, Francisco y ARANA GARCÍA, Estanislao (coords.): *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*. Thomson. Cizur Menor, 2014. Vol. 1, pp. 825 ss., entre otros], Historia de la Ciencia [por todos, CASTILLO MARTOS, Manuel: «De la libertad de cátedra republicana a la depuración franquista. Los casos de Pedro de Castro Barea y María del Rosario Montoya Santamaría en la Facultad de Ciencias de la Universidad de Sevilla». En CASAS SÁNCHEZ, José Luis y DURÁN ALCALÁ, Francisco (coords.): *España ante la República: el amanecer de una nueva era, 1931*. Diputación de Córdoba. Córdoba, 2011, pp. 797 ss.], Historia del Derecho [por ejemplo, GARCÍA TROBAT, Pilar: «Libertad de cátedra y manuales en la Facultad de Derecho (1845-1868)». *CIAN: Revista de Historia de las Universidades* 2 (1999), pp. 37 ss., y PESET REIG, Mariano: «La autonomía universitaria y la libertad de cátedra: una síntesis histórica a través de los siglos XVIII, XIX y XX». *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 22-23 (1998), pp. 7 ss.], Filosofía [CENTENO PRIETO, Salvador: «Alcance y límites de la libertad de cátedra». *Eikasía: Revista de Filosofía* Extra 99 (2021), pp. 421 ss.; JARA GÓMEZ, Ana María: «La Universidad española y los límites de la libertad de cátedra». En JARA GÓMEZ, Ana María (coord.): *Ética y Universidad*. Atelier. Madrid, 2020, pp. 171 ss.; LIMA TORRADO, Jesús: «El derecho a la libertad de cátedra en la España del Siglo XIX: la tercera cuestión universitaria». *Derechos y Libertades. Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos* 11 (2002), pp. 431 ss.; LORCA NAVARRETE, José F.: *Autonomía y libertad de cátedra en Adolfo Posada*. Universidad de Málaga. Málaga, 1980; SALGUERO SALGUERO, Manuel: «Libertad de enseñanza, neutralidad y libertad de cátedra como formas de pluralismo institucionalizado». *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos* 5 (1995), pp. 543 ss.; *La libertad de cátedra en la enseñanza secundaria y primaria*. Tesis doctoral elaborada bajo la dirección de Nicolás López Calera. Universidad de Granada. Granada, 1996; y *Libertad de cátedra y derechos de los centros educativos*. Ariel. Barcelona, 1997, entre otros], ética [GALINDO LUCAS, Alfonso: «Convergentes y reticentes: libertad de cátedra e intereses capitalistas en el nuevo régimen universitario». *Filosofía, Política y Economía en el Laberinto* 29 (2009), pp. 83 ss.; RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl: «Ética y experiencia universitaria: el papel de la libertad de cátedra en el aprendizaje ético y sus amenazas». *Revista de Educación y Derecho* 20 (2019), pp. 1 ss.; y MADRID RAMÍREZ, Raúl: «El derecho a la libertad de cátedra, hoy». En PINTO FONTANILLO, José Antonio y SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel (eds.): *Los derechos humanos en el Siglo XXI*. Edisofer. Madrid, 2020. Tomo I, pp. 141 ss.], Derecho eclesiástico [CELADOR ANGÓN, Óscar: *El derecho de libertad de cátedra*. Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2007 y «La libertad de cátedra». En PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (dir), ANSUÁTEGUI ROIG, Javier y RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel (coords.): *Historia de los derechos fundamentales: el derecho positivo de los derechos humanos*. Dykinson. Madrid, 2013, pp. 833 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico: «La libertad de cátedra». *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 12 (1996), pp. 401 ss.; GONZÁLEZ DEL VALLE, José María: «Libertad de cátedra y libertad de enseñanza en la legislación española». En *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* 8 (1981), pp. 313 ss.; REGUEIRO GARCÍA, María Teresa: «La libertad de cátedra en el ordenamiento español». *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* 6 (1994), pp. 181 ss.; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio: «La libertad de cátedra en España durante el Siglo XIX». En PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (dir), ANSUÁTEGUI ROIG, Javier y RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel (coords.): *Historia de los derechos fundamentales: el derecho positivo de los derechos humanos*. Dykinson. Madrid, 2007, pp. 211; y SOUTO GALVAN, Beatriz: *La libertad de cátedra y los procesos de depuración del profesorado: desde principios del Siglo XIX hasta la Constitución de 1978*. Marcial Pons. Madrid,

dología que emplearemos en este epígrafe⁵, deteniéndonos en los elementos que lo definen.

2005—estos dos últimos en clave histórica—], Derecho Mercantil [por ejemplo, JARNE MUÑOZ, Pablo: «La libertad de cátedra y el papel de la guía docente en la Universidad derivada del Espacio Europeo de Educación Superior». *Revista Educación, Política y Sociedad* 4/2 (2019), pp. 122 ss.], Derecho administrativo [AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç: «Libertat de càtedra, organització i planificació docente en la prestació del servei públic d'ensenyament universitari: el nou context del Espai Europeu d'Educació Superior». *Revista de Educació i Dret* 2 (2010), pp. 1 ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina: «La libertad de cátedra y el profesorado universitario ante el Espacio Europeo de Educación Superior». *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa* 2 (2010), pp. 69 ss.; LLADÓ MARTÍNEZ, Albert: «El papel del profesorado universitario español ante el nuevo modelo europeo de educación superior y el despliegue tecnológico en la docencia». *IDP: Revista de Internet, Derecho y Política* 37 (2023), pp. 1 ss.; LOZANO CUTANDA, Blanca: «La libertad de cátedra en la enseñanza pública superior (a propósito de la Sentencia 217/1992, de 1 de diciembre)». *Revista de Administración Pública* 131 (1993), pp. 191 ss.; *La libertad de cátedra*. Marcial Pons. Madrid, 1995; y «La libertad de cátedra». *Revista de Educación* 308 (1995), pp. 103 ss.; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: «Libertad de cátedra y control administrativo». *Revista Española de Derecho Administrativo* 6 (1975), pp. 471 ss.; SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel: «El reto de implantar una evaluación de calidad en el marco del EEES y su posible conflicto con la libertad de cátedra». En RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Imelda (coord.): *Estrategias de innovación en el nuevo proceso de evaluación del aprendizaje*. Universidad Europea Miguel de Cervantes. Valladolid, 2009, pp. 451 ss.; entre otros], Derecho constitucional [EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: *La libertad de cátedra*. Tecnos. Madrid, 1995; y «Libertad de cátedra del profesor universitario. Contenido y amenazas en el contexto actual de reforma del modelo de universidad pública». *Revista de Educación y Derecho* 7 (2013), pp. 1 ss.; FREIXES SANJUÁN, Teresa: «Los problemas de la libertad de cátedra». *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 22-23 (1998), pp. 35 ss.; JIMENA QUESADA, Luis: «Libertad de cátedra, cultura democrática y evaluación del profesorado». *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 22-23 (1998), pp. 47 ss.; RODRÍGUEZ COARASA, Cristina: *La libertad de enseñanza*. Tecnos. Madrid, 1998; y «Libertad de cátedra y autonomía universitaria: algunas reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 94 (2000), pp. 151 ss.; y, destacadamente, VIDAL PRADO, Carlos: «Aproximación...», *cit.*; 1998; *La libertad...*, *cit.*; «Libertad de cátedra y libertad pedagógica en Alemania». *Persona y Derecho: Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* 50 (2004), pp. 373 ss.; y «La libertad de cátedra en España». En TORRES DEL MORAL, Antonio (dir.): *Libertades informativas*. Colex. A Coruña, 2009, pp. 545 ss. Hay además muchas aportaciones de gran interés publicadas por profesores de secundaria [ver, por todas, SIMÓN LÓPEZ, María Luisa y SELVA TOBARRA, Juan Andrés: «Los límites del derecho de libertad de cátedra». *Ensayos: Revista de la Facultad de Educación de Albacete* 10 (1995), pp. 119 ss.; y CENTENO PRIETO, Salvador: «Alcance...», *cit.*, pp. 421 ss.]. Especialmente sugere es SARDINA PÁRAMO, Juan Antonio: «Lernfreiheit versus Lehrfreiheit?». En VV.AA.: *Los derechos fundamentales y las libertades públicas. XII Jornadas de Estudio*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1992. Vol. 2, pp. 1335 ss., esp. pp. 1362-1363.

⁵ Carlos VIDAL PRADO recuerda que LUCÁS VERDÚ y FERNÁNDEZ-MIRANDA (en *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación: los derechos educativos en la Constitución española*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1988, pp. 128-129 y 134) defienden que estamos en presencia de una garantía institucional que organiza el sistema educativo [En «La libertad...» (2009), *cit.*, pp. 555-556]. Ignacio ALÓS MARTÍN señala que la libertad de cátedra está al servicio de conocimiento y expresión científica (en «Los límites de la libertad de cátedra». En VV.AA.: *Los derechos fundamentales y las libertades públicas. XII Jornadas de Estudio*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1992. Vol. 2, p. 1237).

Pero antes de entrar en materia conviene realizar dos consideraciones previas.

La primera es recordar que la introducción de este derecho fundamental en nuestra Constitución se explica, en buena medida, por los avatares que ha experimentado la libertad de cátedra en España en los siglos XIX y XX. No resulta preciso adentrarnos ahora en esta cuestión, a la que se han dedicado un buen número de estudios en nuestro país⁶, pero sí recordar que en todos ellos hay una constante y es que la libertad de cátedra se vincula con el desarrollo libre de la ciencia dentro de las aulas⁷, y que con tal garantía se pretende eludir el control impuesto por el poder eclesiástico y/o estatal. Si se centra la mirada en el reconocimiento constitucional de la libertad de cátedra podríamos citar aquí la Constitución Imperial alemana de 1849 (art. 152: La ciencia y su docencia son libres), que se proyectará en las Constituciones de Prusia de 1850 (art. 20) y de Weimar de 1919 (art. 142), en la española de 1931 (art. 48) y en los vigentes textos constitucionales germano (art. 5.3: «El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres») e italiano (art. 33: «El arte y la ciencia son libres, así como su enseñanza»).

La segunda consideración que debemos realizar es que, en este caso, el recurso al Derecho comparado presenta una utilidad muy limitada⁸. El motivo es que la construcción social y jurídica de la libertad de cátedra es muy distinta en los

⁶ Hay numerosos trabajos generales en la materia y otros específicos. Entre los estudios dedicados a la dimensión histórica de la libertad de cátedra destaca PESET («La autonomía...», *cit.*) y VIDAL («Aproximación...», *cit.*) en relación con nuestro país. Se ha estudiado también la libertad de cátedra en el siglo XIX (LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio: «La libertad...», *cit.*, y RUBIO MAYORAL, Juan-Luis y TRIGUEROS GORDILLO, Guadalupe: «Combates...», *cit.*), en el siglo XX [LIMA TORRADO, Jesús: «El derecho...», *cit.*; y SUÁREZ MALAGÓN, Roberto: «Vicisitudes de la libertad de cátedra en el siglo XX (1900-1970) con especial referencia a la enseñanza no universitaria». *RDUNED: Revista de Derecho UNED* 30 (2022), pp. 321 ss.]. En relación con las cuestiones universitarias del Siglo XIX, ver, en particular, CÁCERES MUÑOZ, Jorge y MARTÍN SÁNCHEZ, Miguel Á.: «Análisis comparativo...», *cit.*; y, especialmente, SOUTO GALVAN, Beatriz: *La libertad...*, *cit.*, que examina también lo ocurrido durante el franquismo (ver también CASTILLO MARTOS, Manuel: «De la libertad...», *cit.*, y PLAZA BENIMELI, Natalia: *La depuración del magisterio como forma de control social*. Tesis elaborada bajo la dirección de Iñaki RIVERA BEIRAS y Mónica ARANDA OCAÑA. Universidad de Barcelona. Barcelona, 2015; y CASTILLO MARTOS, Manuel: «De la libertad...», *cit.*, y SALGUERO SALGUERO, Manuel: «El reconocimiento...», *cit.*, y «El debate ideológico-doctrinal...», *cit.*, sobre la Constitución española de 1931). Han examinado detenidamente lo ocurrido en nuestro país EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: *La libertad...*, *cit.*, esp. pp. 27-54; y VIDAL PRADO, Carlos: «Aproximación...», *cit.* Finalmente, un enfoque interesante es examinar la utilización de libros de texto en la educación secundaria (MONTERO PEDRERA, Ana María y HOLGADO BARROSO, Juan: «La utilización...», *cit.*) y de los manuales de Derecho en el siglo XIX (GARCÍA TROBAT, Pilar: «Libertad...», *cit.*, pp. 37 ss.).

⁷ VIDAL PRADO, Carlos: *La libertad...*, *cit.*, p. 228.

⁸ Ver, sobre el espacio jurídico europeo, CIPPITANI, Roberto: «La libertad de cátedra y de investigación como estatus del espacio jurídico europeo». En MOLINA DEL POZO MARTÍN, Pablo Cristóbal (coord.): *Derecho de la Unión Europea e integración regional*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2020, pp. 663 ss.

diferentes Estados de nuestro entorno⁹. Por poner un ejemplo significativo, no hay ninguna duda de que en el ordenamiento jurídico alemán este derecho está reservado a los profesores universitarios¹⁰. Por esta razón centraremos nuestro estudio en el Derecho Constitucional español.

1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad de cátedra es una proyección de las libertades ideológica¹¹ y de expresión y que consiste «en la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de su enseñanza»¹². Entendida así, estamos ante una libertad de expresión reforzada en el ámbito educativo¹³, que beneficia a los docentes y tiene por objeto la enseñanza¹⁴ y que está al servicio del pluralismo¹⁵. FREIXES cuestiona esta vinculación entre libertad de cátedra y libertad de expresión, y considera que su objeto es la necesaria proyección pedagógica del saber científico, que con-

⁹ Ver, con carácter general, EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades en la enseñanza*. Tecnos. Madrid, 1983 y VIDAL PRADO, Carlos: *La libertad...*, cit.; y, en relación con Alemania, VIDAL PRADO, Carlos: «Libertad...» (2004), cit., pp. 373 ss. y POZO CABRERA, Enrique Eugenio: *Libertad...*, cit., pp. 107 ss.

¹⁰ KRÜGER, Hartmut: «La libertad de cátedra en Alemania». *Revista de Derecho Político* 45 (1999), p. 161 y VIDAL PRADO, Carlos: «Libertad...» (2004), cit., p. 392.

¹¹ ATC 42/1992/2 y, en el plano doctrinal, REGUEIRO GARCÍA, María Teresa: «Libertad de Cátedra». En FERNÁNDEZ CORONADO, Ana (coord.): *Integrados. Claves jurídicas: derecho a la educación, diversidad religiosa y cohesión social*. Ministerio de Justicia. Madrid, 2019, p. 153; EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: *La libertad...*, cit., p. 127; y VIDAL PRADO, Carlos: «Libertad de cátedra y organización de la docencia en el ámbito universitario». *Revista Española de Derecho Constitucional* 84 (2008), p. 72, entre otros muchos.

¹² STC 217/1992/2, de 1 de diciembre, comentada críticamente por LOZANO CUTANDA, Blanca: «La libertad...» (1993), cit., pp. 191 ss., esp. 211 ss. Ver también STC 161/2005/2, de 20 de junio.

¹³ EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades...*, cit., p. 289; CIPPITANI, Roberto: «La libertad...» (2014), cit., pp. 137 ss.; LOZANO CUTANDA, Blanca: *La libertad...*, cit., p. 101; RODRÍGUEZ COARASA, Cristina: «Libertad...», cit., p. 152; VALLE PASCUAL, Juan Manuel del: «Libertad de cátedra». *Ponencias del I Seminario sobre aspectos jurídicos de la gestión universitaria*. Universidad de Castilla-La Mancha. Ciudad Real, 1995, p. 152; SALGUERO SALGUERO, Manuel: «Libertad de cátedra y libertad de enseñanza (art. 18 DUDH; art. 18 PIDCP; art. 13.3, 13.4 PIDESC)». En MONEREO ATIENZA, Cristina; MONEREO PÉREZ, José Luis y AGUILAR CALAHORRO, Augusto: *El sistema universal de los derechos humanos: estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*. Comares. Granada, 2014, p. 286; MADRID RAMÍREZ, Raúl: «El derecho...», cit., p. 142; y POZO CABRERA, Enrique Eugenio: *Libertad...*, cit., pp. 65-67 y 69.

¹⁴ EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: *La libertad...*, cit., p. 104.

¹⁵ Ver SALGUERO SALGUERO, Manuel: «Libertad...» (1995), cit., y FERNÁNDEZ-MIRANDA y CAMPOAMOR, Alfonso: *De la libertad...*, cit., p. 136.

creta en el método docente y la evaluación de lo enseñado¹⁶. Y FERNÁNDEZ-MIRANDA indicará que si la libertad de cátedra supone una concreción de la libertad de expresión resulta «innecesaria, irrelevante y aún privilegiada»¹⁷.

Es verdad que cuando aludimos a la libertad de cátedra nuestro primer pensamiento tiene que ver con lo que ocurre en el interior de las clases. Vulneraría este derecho impedir que un/a docente explicara el temario de su asignatura de la forma que estime oportuno. GONZÁLEZ¹⁸ entiende que, aunque ésta la visión de la que se parte en el Proyecto de Ley de Autonomía Universitaria, la libertad de cátedra presenta cuatro dimensiones: (a) libertad de opinión docente; (b) la Universidad está al servicio de la ciencia, no del Estado; (c) la financiación adecuada por el Estado; (d) reservar las decisiones universitarias (nombramiento de profesores, de la investigación y de la docencia) a la mayoría absoluta de profesores cualificados (y no de forma mancomunada con estudiantes, aprendices de profesores y PAS).

Ahora bien, ¿puede invocarse la libertad de cátedra también en el ámbito científico y afectar, entonces, a otras actividades vinculadas con la investigación? ¿Podría entenderse restringido este derecho cuando se sanciona a un investigador por publicar un trabajo científico por una autoridad pública o privada que discrepe de sus contenidos? El cambio producido con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU en adelante) podría avalar esta idea. Si la derogada Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, vinculaba de manera indubitada la libertad de cátedra con la función docente de los profesores universitarios (art. 33.2: «La docencia es un derecho y un deber de los profesores de las Universidades que ejercerán con libertad de cátedra»), hoy la cuestión es más complicada. El art. 3.3 LOSU dispone que «la autonomía universitaria garantiza la libertad de cátedra del profesorado, que se manifiesta en la libertad en la docencia, la investigación y el estudio»¹⁹. Y en esta misma línea, el párrafo segundo del art. 6.1., dedicado a la función docente, señala que ésta «se ejercerá garantizando la libertad de cátedra en los términos del art. 3.3».

Podría entenderse, así, que se ha ampliado la noción de la libertad de cátedra, que pasaría a garantizar también la libertad de investigación y de estudio, como han venido defendiendo algunos autores²⁰. A la misma conclusión podría llegarse

¹⁶ En «Los problemas...», *cit.*, p. 44.

¹⁷ En *De la libertad...*, *cit.*, p. 130.

¹⁸ En GONZÁLEZ DEL VALLE, José María: «Libertad de cátedra...», *cit.*, p. 318.

¹⁹ LLADÓ («El papel...», *cit.*, p. 3, nota 1) considera que parece que la libertad de cátedra viene ahora garantizada, ¿acaso delimitada?, por la autonomía universitaria, lo que puede desembocar en un régimen más restrictivo del derecho fundamental.

²⁰ CIPPITANI, Roberto: «La libertad...» (2014), *cit.*, p. 134. SALGUERO afirmará que la dimensión objetivo-institucional de la libertad de cátedra garantiza la creación, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura [SALGUERO SALGUERO, Manuel: «Libertad...» (2014), *cit.*, p. 293].

recordando la afirmación de que la libertad de ciencia queda garantizada, en su vertiente individual, por la libertad de cátedra (SSTC 183/2011/6, de 21 de noviembre y 176/2015/4a, de 22 de julio), aunque luego se referencien como cosas distintas en la STC 26/2016/8, de 18 de febrero. Sin embargo, el vigente art. 6.1 LOSU sigue aludiendo a la libertad de cátedra vinculada a la docencia «en los términos del artículo 3.3».

La decisión de optar por una concepción amplia de la libertad de cátedra podría encontrar otras apoyaturas. Así, por ejemplo, conviene recordar que la formulación constitucional de la libertad de cátedra recogida en la Constitución de Weimar (1919) señalaba que «el arte y la ciencia, así como su enseñanza, son libres. El Estado los protege y toma parte en su desenvolvimiento» (art. 142). Asumir esta visión llevaría a integrar en la libertad de cátedra la libre creación de contenidos científicos.

Sin embargo, nuestra opinión es que la nueva Ley no cambia tanto las cosas. De un lado porque es harto probable que los excesos recogidos en el art. 3.3 LOSU guarden mayor relación con la defectuosa técnica normativa presente en muchas leyes recientes. Y de otro, y éste es el argumento decisivo, porque nuestra Constitución recoge, en otra disposición constitucional, el derecho a la libre creación científica²¹.

De hecho, en la muy relevante STEDH Ayuso Torres c. España²², en la que se plantea si cabe censurar una opinión crítica con la Constitución expresada por un militar, que es al mismo tiempo profesor de Derecho Constitucional, el Tribunal entiende que la apertura de un expediente disciplinario afecta a la libertad de cátedra cuando la declaración se produce en un debate televisivo realizado en un entorno académico en el que participaron otros profesores y en el que el recurrente subrayó repetidamente que era docente.

No se cuestiona (sería absurdo hacerlo) que existe una profunda interconexión entre la libertad académica, la libertad de cátedra y la autonomía universitaria, sin las cuales no resulta posible la creación, desarrollo, transmisión y crítica

²¹ Art. 20.1.b CE. Ver, en el plano doctrinal, SUÁREZ MALAGÓN, Roberto: «Contenido y límites de la libertad de cátedra en la enseñanza pública no universitaria». *RDUNED: Revista de Derecho UNED* 9 (2011), pp. 460-461; y MEDINA RUBIO, Rogelio: «Sobre el concepto...», *cit.*, p. 9.

²² En efecto, «los órganos jurisdiccionales internos no tuvieron debidamente en cuenta la condición de profesor de Derecho Constitucional del demandante. Reiterando que el art. 10 del Convenio también protege la forma en que se transmiten las ideas, el Tribunal considera que la presente demanda se refiere esencialmente al ejercicio del demandante de su derecho a expresar libremente sus opiniones como académico durante un programa de televisión. En opinión del Tribunal, esta cuestión afecta indiscutiblemente a su libertad de cátedra, que debe garantizar la libertad de expresión y de acción (comparar Kula contra Turquía, núm. 20233/06, ap. 38, 19 de junio de 2018, con otras referencias)» [STEDH (Sección Tercera), Ayuso Torres c. España (demanda 74729/17, ECLI:CE:ECHR:2022:1108JUD007472917), § 56]

de la ciencia, de la técnica y de la cultura²³, pero consideramos prioritario manejar una noción estricta de la libertad de cátedra, aplicable también a la educación infrauniversitaria²⁴, que vincula la libertad de cátedra con la función docente²⁵. Esta libertad conformaría, en el ámbito universitario, junto con las libertades de investigación y de estudio, la libertad académica (como indicaba, acertadamente, el hoy derogado art. 2.3 LOU).

Podría pensarse que este debate sobre el que se hemos terciado es puramente teórico, pero no es así. Si se opta por una visión amplia del derecho serían titulares todos los científicos (en sentido amplio del término, como veremos al analizar a los titulares activos del derecho fundamental), aunque no asuman tareas docentes (como ocurre con miembros de laboratorios o del Centro Superior de Investigaciones Científicas). Y, como examinaremos a continuación, es claro que estamos en presencia de una garantía que protege a los docentes, por serlo. Profundizaremos sobre esta cuestión en las siguientes líneas de esta investigación.

2. LOS TITULARES DEL DERECHO

2.1. *Activos*

Son titulares de la libertad de cátedra los docentes²⁶. Debe subrayarse ya que, a pesar de utilizar el término en plural, estamos ante el derecho a que cada con-

²³ STC 217/1992/2, de 1 de diciembre, entre otras, que recuerda el tenor literal del 1.2.1 de la derogada Ley de Reforma Universitaria. Siguen haciendo referencia a dicho precepto legal las SSTC 87/2014/4, de 29 de mayo, 44/2016/4, de 14 de marzo, y 41/2018/6, de 20 de diciembre. Hay que esperar a la STC 74/2019/4, de 22 de mayo, para que se realicen referencias expresas a la vigente LOU de 2001. Tal vinculación entre libertad de cátedra y ciencia se pone de manifiesto en un buen número de preceptos constitucionales y derechos recogidos en textos internacionales, citados en CIPPITANI, Roberto: «La libertad...» (2014), *cit.*, pp. 135-137 y en la SAN de 12 de mayo de 1989, FJ 2.

²⁴ Sobre la libertad de cátedra en el ámbito infrauniversitario, ver CADÓRNIGA DÍAZ, Yolanda: «El derecho a la educación y la libertad de cátedra en el ámbito no universitario». *Supervisión 21: Revista de Educación e Inspección* 61 (2021), pp. 1 ss.; DELGADO MORAL, Carmen: «Autonomía docente versus libertad de cátedra en la enseñanza no universitaria». *Avances en Supervisión Educativa: Revista de la Asociación de Inspectores de Educación de España* 36 (2021), pp. 85 ss.; y NANDO ROSALES, Julio y SANZ PONCE, Roberto: «La autonomía del profesorado no universitario: el derecho a la libertad de cátedra». *Profesorado: Revista de Curriculum y Formación del Profesorado* 23/3 (2019), pp. 517 ss.

²⁵ EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades...*, *cit.*, p. 289; y EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: *La libertad...*, *cit.*, p. 105.

²⁶ EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades...*, *cit.*, p. 289; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Norberto: «La libertad de cátedra hoy: entre la potestad y el control». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 76 (1990), p. 28; LORENZO VÁZQUEZ, Paloma: «Acerca de la libertad de cátedra». *Derecho y Opinión* 2 (1994), p. 259; EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: *La libertad...*, *cit.*, pp. 130-131; SALGUERO SALGUERO, Manuel: «Libertad...» (2014), *cit.*, p. 298; REGUEIRO GARCÍA, Ma-

creto discente pueda elegir la forma de transmitir sus conocimientos como estime oportuna. Estamos en presencia, pues, de un derecho individual, de cada docente²⁷.

Sin embargo, esta delimitación inicial referida a los docentes, precisa de mayor concreción.

En primer lugar, podría pensarse que la libertad de cátedra es un derecho reservado a los profesores universitarios²⁸ o que alcanza exclusivamente a los titulares de una cátedra, pero no a los restantes docentes de educación superior²⁹. O que es un derecho exclusivamente invocable por los profesores que prestan sus servicios en centros públicos, pero no en los privados³⁰. Estas lecturas restrictivas de la libertad de cátedra explican que durante la tramitación de la Constitución se presentaran enmiendas que pretendían extender este derecho a los docentes no catedráticos y de cualquier grado de enseñanza³¹.

A nuestro modesto entender, la libertad de cátedra beneficia a todo docente, con independencia del nivel educativo en el que se encuentre integrado³². Esta idea ya estaba presente en la Constitución española de 1931, que disponía que «los maestros, profesores y catedráticos de la enseñanza oficial son funcionarios públicos. La libertad de cátedra queda reconocida y garantizada» (art. 48). Y esta misma visión ha asumido tempranamente nuestro Tribunal Constitucional, al señalar que la libertad de cátedra es predicable de cualquier docente, «sea cual fuere el nivel de

ría Teresa: «Libertad...», cit., p. 155; y VIDAL PRADO, Carlos: *La libertad...*, cit., p. 227 y «La libertad...» (2009), cit., pp. 552-554.

²⁷ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: «Derechos educativos, libertad de cátedra y autonomía universitaria». En CASCAJO CASTRO, José Luis y otros (coords.): *Derechos sociales y principios rectores*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2012, p. 395. Ver también EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades...*, cit., p. 292; FERNÁNDEZ-MIRANDA y CAMPOAMOR, Alfonso: *De la libertad...*, cit., p. 133; y EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: *La libertad...*, cit., p. 81.

²⁸ FERNÁNDEZ-MIRANDA y CAMPOAMOR, Alfonso: *De la libertad...*, cit., p. 131.

²⁹ KRÜGER nos recuerda que algunos autores germanos, como HAILBRONNER, defienden que la libertad de cátedra «no excluye que, por ejemplo, un profesor universitario indique a sus colaboradores las pautas o instrucciones a seguir en la enseñanza que está a su cargo» (En «La libertad...», cit., p. 160). Aunque podría defenderse esta actuación por otras razones, no es posible justificarla, a nuestro modesto entender, por la distinta posición de los docentes en el organigrama de la Universidad.

³⁰ Ésta es la opinión de MEDINA RUBIO, Rogelio: «Sobre el concepto...», cit., p. 11.

³¹ Aludimos a las enmiendas presentadas por XIRINACS I DAMIANS y por el Grupo Parlamentario Senadores Vascos que pretendían, respectivamente, sustituir «libertad de cátedra» por «libertad de expresión docente» (porque ésta «pertenece no sólo a los docentes en cátedra») y adicionar la expresión «en todos los centros educativos». En SAINZ MORENO, Fernando: *Constitución española. Trabajos parlamentarios*. Publicaciones de las Cortes Generales. Madrid, 1980, pp. 2855-2856 y 4419.

³² Ver POZO CABRERA, Enrique Eugenio: *Libertad...*, cit., p. 66; EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: *La libertad...*, cit., p. 152; REGUEIRO GARCÍA, María Teresa: «La libertad...», cit., p. 199; SUÁREZ MALAGÓN, Roberto: «Contenido...», cit., p. 428; y, críticamente, FERNÁNDEZ-MIRANDA y CAMPOAMOR, Alfonso: *De la libertad...*, cit., pp. 137-138.

enseñanza en el que actúan y la relación que media entre su docencia y su propia labor investigadora» (STC 5/1981/9, de 13 de febrero). Dado que este derecho se vincula con la función docente, es titular de él cualquier persona que desarrolle ésta. No se reconoce por tanto a todas las personas, sino a todos los docentes, mientras desarrollen tal función o se quiera enjuiciar la que realizaron con anterioridad³³.

Consecuentemente, no es posible restringir la titularidad del derecho fundamental a los docentes que presten sus servicios en centros públicos, al contrario de lo que podría deducirse del texto constitucional de 1931. También son titulares de la libertad de cátedra los profesores que prestan sus servicios en centros privados. El Tribunal Constitucional ha señalado, de forma taxativa, que «la libertad de cátedra del profesorado de estos centros [privados] es tan plena como la de los profesores de los centros públicos» (STC 5/1981/10, de 13 de febrero).

Finalmente, es claro que, por tratarse de un derecho vinculado con la función docente es invocable por cualquier persona que tenga asignada ésta, con independencia de la categoría profesional que le corresponda. Esto supone que la misma libertad de cátedra poseen en el ámbito universitario un catedrático que un profesor asociado, aunque éste mantenga una vinculación laboral y temporal (hasta la implantación de la LOSU) con la Institución pública³⁴. O que un interino que preste sus servicios en un Instituto público tiene el mismo derecho fundamental que un catedrático del mismo Centro que sea funcionario. Es titular del derecho cualquier persona que tenga asignada una función docente³⁵.

³³ GONZÁLEZ DEL VALLE considera que no es que el Tribunal Constitucional extienda la libertad de cátedra de los profesores universitarios a todos los docentes, sino que niega «a todos la autonomía inherente a la libertad de cátedra, sustituyendo el contenido de ésta —y extendiéndolo a todos— por la noción de libertad académica (*academic freedom*) a la que se denomina libertad de cátedra» (En «Libertad de cátedra...», *cit.*, pp. 1278-1279)

³⁴ No comparte este parecer FERNÁNDEZ-MIRANDA quien gradúa el alcance de la libertad de cátedra de los profesores universitarios. Si bien todos pueden desarrollar sus explicaciones e investigaciones sin interferencias ideológicas de ningún tipo, solamente tendrán derecho a establecer su programa los profesores que hayan superado una oposición (En *De la libertad...*, *cit.*, p. 131, en relación con el derogado art. 33.2 de la Ley de Reforma Universitaria). EMBID hace notar que la extensión de esa libertad a otros profesores universitarios deriva de que se han creado nuevos tipos de vinculación entre los docentes y las estructuras universitarias (En *Las libertades...*, *cit.*, p. 286).

³⁵ Ver GALINDO LUCAS, Alfonso: «Convergentes...», *cit.*, p. 100. Somos conscientes de que esta afirmación puede conocer excepciones atendiendo a la especial naturaleza de algunos centros docentes, como ocurre, por ejemplo, con la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Es comprensible que, en estos casos, en los que se precisa apoyo docente repartido por toda la geografía nacional, sean fijados los temarios y los manuales por el grupo de profesores que coordina la asignatura. Ver la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de mayo de 1989, confirmada por STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de octubre de 1990 y el Auto TC de 8 de abril de 1991, examinados críticamente por LOZANO CUTANDA, Blanca: «La libertad...» (1993), *cit.*, p. 204 *in fine* y ss.; VALLE PASCUAL, Juan Manuel del: «Libertad...», *cit.*, p. 162; y VIDAL PRADO, Carlos: *La libertad...*, *cit.*, pp. 264-265.

Una vez establecido que todo profesor posee libertad de cátedra en el ámbito docente, surge la cuestión de cuál es el alcance que debemos dar a los términos «profesor» y «ámbito docente». Solamente nos detendremos ahora en el primero de ellos porque debe ser abordado al hilo del examen de la titularidad del derecho fundamental.

En concreto, debemos preguntarnos si la docencia protegida por la libertad de cátedra es la referida a una titulación oficial, o si cabe también invocar el derecho fundamental cuando se imparten clases en otros contextos (academia de oposiciones, cursos no reglados) y si ésta se extiende, incluso, a eventos científicos (conferencias, defensa de ponencias o comunicaciones, etc.). Tales cuestiones no son relevantes para el presente estudio, ya que éste se centra en la docencia universitaria. Es posible considerar, en todo caso, que los profesores de todo tipo de academias son titulares de la libertad de cátedra³⁶. Más difícil sería tener que pronunciarse sobre si las intervenciones realizadas en eventos científicos están amparadas por la libertad de cátedra, por la libre creación científica o por ambos derechos.

2.2. *Pasivos*

Si bien resulta evidente que este derecho fundamental opera *erga omnes*³⁷, lo cierto es que el reconocimiento legal y posteriormente constitucional de la libertad de cátedra se realizó para evitar las injerencias de los grandes poderes de la Iglesia y del Estado³⁸ en el sistema educativo. Aunque nuestro propósito es centrar nuestra mirada, precisamente, en si este derecho también supone un límite a la actuación de las propias Universidades públicas, conviene recordar que ningún profesor

Ver también la STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) 242/2003, de 12 de marzo (JUR 2004\223755) y, en el plano doctrinal, ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, Jorge: «Libertad de cátedra y organización territorial y docente de la UNED». *Revista General de Derecho Constitucional* 37 (2022), pp. 1 ss.; y, sobre la investigación, POZO CABRERA, Enrique Eugenio: *Libertad...*, cit., pp. 72 ss. y 113 ss.

³⁶ Así se presume de una docente contratada por el Instituto Tecnológico de Castilla y León en la Sentencia del Juzgado de lo Social 3 de Burgos 479/2018, de 12 de diciembre (JUR 2020\149252), FD. 3.

³⁷ VIDAL PRADO, Carlos: *La libertad...*, cit., p. 222.

³⁸ Por todos, GONZÁLEZ DEL VALLE, José María: «Libertad de cátedra...», cit., p. 317. SÁNCHEZ Y EMBID valoran críticamente la STS de 23 de enero de 1974 que confirma la sanción de traslado con cambio de residencia impuesta por el Ministerio de Educación y Ciencia a un Catedrático de Filosofía de la Escuela Normal de Magisterio de Vizcaya por haberse conducido en sus explicaciones con la más rigurosa racionalidad científica y experimental, con exclusión de toda participación divina, entre otras razones (en «Libertad...», cit., pp. 471 ss. y en *Las libertades...*, cit., pp. 291-292, respectivamente).

«debe verse obligado a impartir enseñanzas que contradigan sus conocimientos»³⁹, y que esta prohibición afecta a todos.

3. EL CONTENIDO Y ALCANCE DIFERENCIADO DEL DERECHO.

3.1. *El contenido positivo del derecho: delimitación de la libertad docente.*

Nuestro Tribunal Constitucional sostiene que la libertad de cátedra tiene un contenido positivo y otro negativo. El positivo alude al «haz de posibilidades que ofrece el ordenamiento constitucional a los enseñantes a la hora de definir por sí mismos la forma y los contenidos de sus clases»⁴⁰. El contenido negativo, que es considerado esencial o mínimo del derecho fundamental⁴¹, «habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada, es decir, cualquier orientación que implique un determinado enfoque de la realidad natural, histórica o social dentro de los que el amplio marco de los principios constitucionales hace posible» (STC 5/1981/9, de 13 de febrero).

Nos centraremos en este apartado en el examen del contenido positivo.

Se ha explicado ya que la libertad de cátedra dota al docente de libertad a la hora de enseñar. Ahora bien, como ya se ha indicado en líneas anteriores, es necesario determinar en qué consiste la actividad docente.

A nuestro juicio, tal actividad está constituida por todo lo que ocurre en el aula una vez que el profesor ha recibido un encargo docente concreto⁴² (esto es,

³⁹ Ver los párrafos 61, 62 y 65 de la Recomendación de la OIT y de la UNESCO relativa a la situación del personal docente de 5 de octubre de 1966 y 27 y 28 de la Recomendación de la UNESCO relativa a la condición de personal docente de enseñanza superior de 11 de noviembre de 1997 [Ver OIT/UNESCO (2019): *Recomendación de la OIT y la UNESCO relativa a la situación del personal docente (1966) y Recomendación de la UNESCO relativa a la condición del personal docente de la enseñanza superior (1997) con un prólogo y una guía del usuario revisados*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo y UNESCO, pp. 36-37 y 65-66]. Resulta sorprendente que se cite expresamente la evaluación de los estudiantes en la primera Recomendación y no se haga lo propio en la referida a la docencia universitaria.

⁴⁰ URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín: «La libertad de cátedra». En CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel (dirs.); BORRAJO INIESTA, Ignacio y PÉREZ MANZANO, Mercedes (coords.): *Comentarios a la Constitución española (conmemoración del XL aniversario)*. Fundación Wolters Kluwer-Boletín Oficial del Estado-Ministerio de Justicia. Las Rozas (Madrid), 2018. Tomo I, p. 629.

⁴¹ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: «Derechos...», cit., p. 397 y LOZANO CUTANDA, Blanca: *La libertad...*, cit., pp. 178-179, respectivamente.

⁴² Tarea ésta que compete al Departamento [Ver STS] Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) 821/2006, de 27 de septiembre (JUR 2008/334291), FD 3), y que es un presupuesto (y no ejercicio) del derecho a la libertad de cátedra.

la asignación de una asignatura o un grupo de una asignatura⁴³, con un horario, un descriptor y unas fechas de evaluación). A partir de tal encomienda, el docente es libre de (a) elaborar un programa de la asignatura⁴⁴, (b) establecer un calendario de impartición en el marco de las horas asignadas, (c) implementar las metodologías docentes que considere más convenientes⁴⁵, (d) utilizar los materiales (bibliográficos, prácticos, etc.) de su elección⁴⁶; y (e) evaluar la adquisición de conocimientos y competencias de sus estudiantes⁴⁷.

En el marco de la actividad de la que nos ocupamos hay decisiones muy importantes que afectan al núcleo de la libertad de cátedra. Sin ánimo exhaustivo podemos hacer referencia al establecimiento, o no, de una modalidad de evaluación continua, al orden de explicación de las materias incluidas en el descriptor de la asignatura, o al modelo de examen por el que se opte. Si se piensa bien, estas decisiones están imbricadas entre sí. No tendría sentido que una asignatura basada en la resolución de casos prácticos fuera evaluada al finalizar el curso a través de una prueba test, o que se impusieran exclusivamente pruebas evaluables individuales en un curso basado en el aprendizaje cooperativo.

Somos muy conscientes de que este entendimiento de la libertad de cátedra contraviene frontalmente la jurisprudencia constitucional en la materia. Como es bien sabido, el alto Tribunal ha realizado una lectura restrictiva de la libertad de cátedra en algunas resoluciones que resumimos de forma muy breve⁴⁸. En la STC 217/1992/3, de 1 de diciembre, se parte de una premisa errónea a nuestro juicio, de que resulta «perfectamente deslindable la labor de enseñar y la función de exa-

⁴³ La STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 28 de mayo de 1996 (recurso 2229/1995, RJCA 1996\545), considera que la negativa a otorgar un encargo docente a un profesor universitario vulnera su derecho a la libertad de cátedra (FD 5).

⁴⁴ Por «ser la redacción del programa o temario una de las funciones, sino la más genuina del Catedrático o Profesor titular encargado de la Cátedra por tener que servir de pauta en orden al desarrollo de las explicaciones que ha de dar a los alumnos y examen de éstos en su día», como se afirmara en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 30 de noviembre de 1989 (RJ 1989\7953), FD 3. Nuestra única discrepancia con este aserto es que entendemos que de ese derecho fundamental son titulares todos los profesores universitarios, y no solamente los funcionarios o algunos de ellos. Ver, también, la STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 13 de octubre de 2011 (JUR 2002\92238), FD 6.

⁴⁵ Y es que «la enseñanza universitaria debe mantenerse plural y exigente, no debe ser transformada en una enseñanza única a través de criterios pedagógicos fijos, sobre todo cuando la Pedagogía y la Didáctica están sometidas a cambios permanentes» (KRÜGER, Hartmut: «La libertad...», *cit.*, p. 176. Ver también EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: *La libertad...*, *cit.*, pp. 167-168 y «Libertad...», *cit.*, p. 8). En contra la discutible STSJ Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada, Sección 1ª) 55/2002, de 4 de febrero (JUR 2002\112744), FD. 5.

⁴⁶ EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: «Libertad...», *cit.*, p. 8.

⁴⁷ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Norberto: «La libertad...», *cit.*, p. 28.

⁴⁸ Ver MATIA PORTILLA, Francisco Javier: «Los límites de la autonomía de las universidades públicas». *Revista General de Derecho Constitucional* 37 (2022), pp. 18 ss.

minar». A nuestro entender, el diseño del examen debe resultar coherente con el diseño del programa y las opciones pedagógicas que se hayan adoptado. Examinar forma parte del proceso de aprendizaje que diseña el profesor.

Por esta razón nos parece muy desafortunado que se indique, a continuación, que «las Universidades, en uso de la autonomía que se les reconoce, pueden organizar la prestación de ese servicio y, en particular, el modo de controlar el aprovechamiento de los estudiantes de la forma que juzguen más adecuada». Y es que la imposición de un modelo de examen compromete, de forma evidente, la libertad de cátedra. Resulta indiferente a este respecto que, como resulta habitual por el momento, se suela atribuir esta tarea de fijar los temarios sobre los que deben versar los exámenes parciales y finales a los Departamentos⁴⁹. Si el examen final debe versar sobre el temario X, el profesor perderá la posibilidad de evaluar el aprendizaje de una parte del mismo a través de un modelo de evaluación continua. Si, además, ya se fija el temario del examen parcial, el profesor no podrá ordenar la materia de la asignatura anual de la forma que considere más conveniente.

Si se comparten las reflexiones realizadas hasta el momento se aceptará también con naturalidad que ninguna instancia puede imponer a un profesor la utilización de un concreto manual o material de estudio, y que éste es libre para seleccionar sus materiales siempre y cuando estos respeten el encargo docente que se le encomendó en su día.

3.2. *El alcance diferenciado del derecho*

La delimitación positiva de la libertad de cátedra que acabamos de realizar debe ser matizada de inmediato, ya que su extensión no es siempre idéntica. Hay dos factores que condicionan que el ejercicio de este derecho sea más o menos intenso en su dimensión positiva⁵⁰, afectando, en ocasiones, de forma muy significativa a alguna de las facultades que le son propias.

En primer lugar, la libertad de cátedra posee un muy distinto alcance en la educación primaria y secundaria y en la universitaria. La idea de que la extensión de la libertad de cátedra debe ser más amplia en los centros universitarios

⁴⁹ Ídem. En el mismo sentido del Tribunal Constitucional se expresa el TSJ de Andalucía en la Sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada, Sección 3ª) 377/2014, de 17 de febrero (JUR 2014\128165), considerando «claro que el referido derecho constitucional a la libertad de cátedra no habilitaba al recurrente para desconocer el programa aprobado por los órganos de la Universidad que tiene *[sic]* atribuida tales funciones» (FD 4). Ver, también, la STSJ Navarra (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) 390/2011, de 12 de septiembre (JUR 2014\43999), FD 3.

⁵⁰ Ver SUÁREZ MALAGÓN, Roberto: «Contenido...», *cit.*, pp. 431 y 435.

que en la enseñanza primaria y secundaria no es novedosa. Ya la defiende el Marqués de Condorcet en 1792, en el *Informe y proyecto de Decreto sobre la organización general de la instrucción pública*, al considerar que, mientras que cabe cierto control sobre los libros de texto de las escuelas primarias y secundarias, no se ordenarán estos a los profesores de los Liceos, que enseñaran las ciencias que llevan el nombre de los cursos que se han encargado de dar eligiendo los métodos para ello⁵¹.

El Tribunal Constitucional considera que «la libertad de cátedra tiene también un amplio contenido positivo en el nivel educativo superior [...]. En los niveles inferiores, por el contrario, y de modo, en alguna medida gradual, este contenido positivo de la libertad de enseñanza va disminuyendo puesto que, de una parte, son los planes de estudios establecidos por la autoridad competente, y no el propio profesor, los que determinan cuál haya de ser el contenido mínimo de la enseñanza, y son también estas autoridades las que establecen cuál es el elenco de medios pedagógicos entre los que puede optar el profesor (art. 27.5 y 8) y, de la otra y sobre todo, éste no puede orientar ideológicamente su enseñanza con entera libertad de la manera que juzgue más conforme con sus convicciones» (STC 5/1981/9, de 13 de febrero).

Esta modulación del derecho fundamental se explica por varios factores complementarios, como es el escaso nivel científico de los contenidos impartidos y la falta de madurez de los estudiantes en la educación primaria. Es lógico que la planificación de la docencia sea mucho más intensa en la educación infrauniversitaria⁵². Y aquí si tiene sentido que la programación de la asignatura sea común en todos los grupos⁵³. Sin embargo, la docencia universitaria, vinculada con la ciencia, es en su formulación mucho más compleja y debe estar inspirada por la transmisión del conocimiento crítico. Por esta razón tiene sentido que el docente cuente con una protección intensa de la libertad de cátedra, que además se conjuga (y el dato no es irrelevante) con que los estudiantes poseen (presunción *iuris tantum*) un mayor grado de madurez que impide su manipulación intelectual. EMBID recuerda, en similar dirección, la diferenciación realizada por TOULEMONDE entre la neutralidad-abstención, propia de la educación en niveles inferiores, y la neutralidad-confrontación, presente en la universitaria⁵⁴.

En segundo lugar, la libertad de cátedra se ve matizada cuando el centro docente es privado y cuenta con un ideario propio. Es lógico que así sea, porque re-

⁵¹ VIDAL PRADO, Carlos: «Aproximación...», *cit.*, pp. 227-228.

⁵² Ver CABELLO HERNANDORENA, Isidro: «Libertad de cátedra, derecho amenazado». *Catedra Nova* 27 (2008), pp. 49 ss.

⁵³ STSJ Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) 1137/2012, de 10 de octubre (JUR 2012\355968), FD 3, referida a asignaturas impartidas en la ESO.

⁵⁴ EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades...*, *cit.*, p. 295.

sulta necesario cohonestar la libertad de cátedra del profesor con la libertad de enseñanza de los promotores del centro privado⁵⁵.

En efecto, «en los centros públicos de cualquier grado o nivel la libertad de cátedra tiene un contenido negativo uniforme en cuanto que habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada, es decir, cualquier orientación que implique un determinado enfoque de la realidad natural, histórica o social dentro de los que el amplio marco de los principios constitucionales hacen posible⁵⁶. Libertad de cátedra es, en este sentido, noción incompatible con la existencia de una ciencia o una doctrina oficiales» (STC 5/1981/9, de 13 de febrero). Es lógico que sea así porque los centros públicos carecen de ideario propio, más allá de su vinculación con «el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»

⁵⁵ Sobre estas materias ver ODRIOZOLA IGUAL, Cristina: «El derecho a la educación como mecanismo de control en los conflictos entre ideario y libertad de cátedra». *Laicidad y Libertades: Escritos Jurídicos* 3 (2003), pp. 277 ss.; ARTIACH CAMACHO, Saioa: «La colisión entre la libertad de cátedra y el ideario del centro docente en la jurisprudencia constitucional». *Jado: Boletín de la Academia Vasca de Derecho* 9 (2006), pp. 111 ss.; PAUNER CHULVI, Cristina: «La libertad de cátedra en los centros docentes de titularidad privada». En MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis (coord.): *Historia y Derecho: estudios en homenaje al profesor Arcadio García Sanz*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1995, pp. 553 ss.; y, especialmente, VIDAL PRADO, Carlos: *La libertad...*, cit., pp. 237 ss.; HERNÁNDEZ OLIVER, Blanca: «STC 5/1981, de 13 de febrero: la libertad de cátedra y la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares». En DORREGO DE CARLOS, Alberto y MARTÍ MINGARRO, Luis (coords.): *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional: 25 sentencias fundamentales comentadas*. Global Economist & Jurist. Madrid, 2007, pp. 271 ss.; GARRIDO FALLA, Fernando: «La libertad de cátedra». *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* 64 (1987), pp. 141 ss.; CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario: hacia una interpretación armonizadora de las distintas libertades educativas*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006; RODRÍGUEZ COARASA, Cristina: *La libertad...*, cit.; y GONZALVO CIRAC, Esperanza: *El ideario o carácter propio de los centros docentes: libertad de elección en la educación y educación diferenciada*. Tesis doctoral. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 2021.

⁵⁶ Precisamente desde esta perspectiva resulta muy preocupante la inclusión del apartado g) en el art. 45.2 LOSU, que atribuye al Claustro la función de «analizar y debatir otras temáticas de especial trascendencia». Este nuevo contenido legal desconoce groseramente la impecable fundamentación de la STS (Sala de lo Contencioso, Sección 4ª) 4334/2022, de 21 de noviembre de 2022 (recurso 6426/2021, ECLI:ES:TS:2022:4334), que, en línea con lo señalado en otras resoluciones previas que en ella se citan, afirma en su FD 3 que una declaración sobre cuestiones ajenas a la Universidad —léase secesionismo catalán— no tendría cobertura en la autonomía universitaria, comprometería la neutralidad institucional y vulneraría la libertad ideológica de los miembros de la comunidad universitaria. Por tales razones, puede concluirse que el citado precepto legal, incorporado a la LOSU, «debe reputarse inconstitucional, pues limita de forma injustificada y desproporcionada los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad universitaria» (MAGALDI, Nuria: «Declaraciones políticas de las Universidades, autonomía universitaria y derechos fundamentales». *Hay Derecho* 2023. Ver también MORO ALMARAZ, Mª Jesús: «Universidad sin color político». *El Debate* 13/01/2023).

(art. 27.2 CE), de aplicación a cualquier centro educativo. De hecho, las Universidades públicas, como Administraciones que son, están obligadas a la neutralidad ideológica⁵⁷. Sin embargo, la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) posibilita que se promuevan centros privados (que podrán realizar, en su caso, conciertos con la Administración educativa competente) que cuenten con un ideario propio. Resulta evidente que este ideario impone límites a la actuación de los docentes del centro, ya que «la libertad del profesor no le faculta [...] para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, sino sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resulten contrarios a aquél» (STC 5/1981/10, de 13 de febrero).

Estos dos factores que condicionan el contenido y alcance de la libertad de cátedra pueden ser conjugados entre sí. Esto supone, por ejemplo, que poseerá una mayor extensión de libertad de cátedra en una Universidad pública que en una privada (aunque ambas compartan el mismo nivel educativo) y que la libertad de cátedra no se verá condicionada por un ideario en los centros públicos de secundaria.

III. La delimitación y los límites de la libertad de cátedra

Conviene recordar que «el derecho a la libertad de cátedra, entendido como ‘el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites del puesto docente que ocupan’ está sujeto a ‘límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador’ (STC 5/1981, fundamento jurídico 7)» (ATC 457/1989/3, de 18 de septiembre).

⁵⁷ Ver POZO CABRERA, Enrique Eugenio: *Libertad...*, cit., p. 134 ss. El Tribunal Constitucional señala, en relación con los centros infrauniversitarios, que «la neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos regulados en la L.O.E.C.E. impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico» (STC 5/1981/5, de 13 de febrero). Y DÍAZ REVORIO concluye que este principio de neutralidad limita entonces la libertad de cátedra («Derechos...», cit., p. 399). FERNÁNDEZ-MIRANDA considera que, desde una perspectiva epistemológica, la neutralidad es imposible (*De la libertad...*, cit., p. 140), y así opina también VIDAL (*La libertad...*, cit., p. 232), que defiende que la educación transmite, además de conocimientos, valores, y que debe respetarse el pluralismo interno de los centros y las ideas y personalidad de los estudiantes (*ibidem*, p. 233).

1. LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO

Conviene señalar, antes de nada, que la libertad de cátedra no cubre cualquier actuación docente del profesor⁵⁸. Bastaría con recordar, con carácter general, que no existen derechos (ni fundamentales ni de otro tipo) absolutos. Y el que nos ocupa, manifiestamente, no lo es.

En líneas anteriores hemos indicado que la libertad de cátedra parte del encargo docente, que actúa como presupuesto. Y es que los docentes deben actuar «con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan»⁵⁹. Conviene ahora profundizar en esta idea, y lo haremos pensando siempre en la docencia impartida en un centro público universitario. Veremos cómo ese concreto encargo docente presenta diversas facetas.

1. La asignación de la docencia. De la libertad de cátedra no forma parte el derecho a elegir qué grupos o asignaturas impartir cada año. Distintas autoridades universitarias (el rectorado, los centros, los comités de títulos, los departamentos) tienen competencias que afectan a la organización de la docencia⁶⁰. Interesa recordar que algunos autores, como FERNÁNDEZ, hacen notar que algunas facultades asignadas en un momento dado a la Junta de Gobierno de la Universidad —en particular, la modificación y revisión de los planes de estudio remitidos por los centros— puede resultar inconveniente e inadecuada⁶¹.

Aunque es habitual que en los Departamentos o áreas de conocimiento se realicen reuniones para el reparto de la docencia, y en éstas se priorice el interés de los docentes por grado y antigüedad, no hay un derecho fundamental a que un docente imponga su preferencia a los demás. En la asignación del encargo docen-

⁵⁸ Norberto ÁLVAREZ alude al abuso de derecho como límite intrínseco a la libertad de Cátedra (en «La libertad...», *cit.*, p. 29). Ver, también, CÁMARA VILLAR, Gregorio: «La autonomía universitaria en España hoy: entre el mito y la realidad». *Revista Catalana de Dret Públic* 44 (2012), p. 95.

⁵⁹ STC 5/1981/7, de 13 de febrero y, en el plano doctrinal, por todos, BEGUÉ CANTÓN, Gloria: «Libertad de enseñanza». En VV.AA: *Los derechos fundamentales y las libertades públicas. XII Jornadas de Estudio*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, 1992. Vol. 2, pp. 1216 ss.

⁶⁰ LOZANO CUTANDA, Blanca: *La libertad...*, *cit.*, pp. 181 ss. y «La libertad...» (1995), pp. 113 ss.; LORENZO VÁZQUEZ, Paloma: «Acerca...», *cit.*, p. 261; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina: «La libertad...» (2010), *cit.*, p. 72; SIMÓN LÓPEZ, María Luisa y SELVA TOBARRA, Juan Andrés: «Los límites...», *cit.*, pp. 121 ss.; POZO CABRERA, Enrique Eugenio: *Libertad...*, *cit.*, pp. 161-163; SUÁREZ MALAGÓN, Roberto: «Contenido...», *cit.*, pp. 440 ss.; FERNÁNDEZ VIVAS, Yolanda: «La delimitación de la libertad de cátedra ante la nueva realidad universitaria». *Rueda@: Universidad, Ética y Derechos* 3-4 (2019), pp. 83-85; y VIDAL PRADO, Carlos: *La libertad...*, *cit.*, pp. 266-269. Sobre los departamentos, ver STC 179/1996/7, de 12 de noviembre, y FERNÁNDEZ VIVAS, Yolanda: «La delimitación...», *cit.*, p. 89, que presenta una detallada tipología de problemas.

⁶¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico: «La libertad...», *cit.*, p. 421. Ver, también, REGUEIRO GARCÍA, María Teresa: «Libertad...», *cit.*, pp. 158-159.

te hay que conjugar, además, diversos factores, algunos más relevantes que otros (especialización del profesor vs. compatibilidad de horarios). Aunque resulta evidente que no es una buena idea asignar una asignatura a un profesor que no es experto en ella, y que ello redundará en un descenso de la calidad académica, no es imposible que ocurra⁶².

En el apartado 2.2.1. del presente estudio aludimos a la relevancia de las expresiones «profesor», que fue allí tratada, y «ámbito docente», que dejábamos pendiente para más adelante. Toca hacerlo ahora. Y resulta ineludible hace referencia al proyecto de Real Decreto por el que se establecen los ámbitos de conocimiento a efectos de la adscripción de los puestos de trabajo del profesorado universitario⁶³. Aunque dicho texto no fue finalmente tramitado por la reciente convocatoria electoral, dichos ámbitos de conocimiento se recogen expresamente en el art. 64.4 LOSU. Es evidente que si esta norma se desarrolla reglamentariamente se producirá, en su aplicación, un (nuevo) descenso del nivel de calidad de la educación universitaria en España, al permitir esta disposición que los nuevos profesores universitarios se adscriban al ámbito de conocimiento general de Derecho, olvidando su especialización investigadora (lo que podría comprometer la libertad de cátedra⁶⁴). En la práctica esto supone que un profesor de Derecho civil podrá ser invitado a dar clases de Derecho tributario. Es muy probable que esta medida pretenda disminuir el número de asociados y optimizar la carga docente de todo el profesorado. Pues bien, aunque se considere, razonablemente, que esta medida cuestiona la especialización que es ínsita a la Universidad rectamente entendida, el profesor afectado por la misma no podría negarse a impartir esta docencia invocando su libertad de cátedra.

No obstante, conviene recordar que el Tribunal Constitucional ha señalado que «no cabe descartar que, en ocasiones, el derecho fundamental del art. 20.1c) de la Constitución, pueda resultar vulnerado como consecuencia de decisiones arbitrarias por las que se relegue a los profesores, con plena capacidad docente e investigadora, obligándoseles injustificadamente a impartir docencia en asignaturas distintas a las que debieran de corresponderles por su nivel de formación»⁶⁵.

⁶² VIDAL PRADO, Carlos: *La libertad...*, cit., pp. 280-283.

⁶³ https://www.universidades.gob.es/20230410_aip16/. Con carácter más general, <https://www.universidades.gob.es/audiencia-e-informacion-publica-espacio-para-la-participacion/>. Se da un paso más tras la derogación del Real Decreto 1497/1987, de 27 de noviembre, por el que se establecían directrices generales comunes de los planes de estudio de los títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, que reservaba la docencia de materias troncales a profesores de la respectiva área de conocimiento (art. 7.2.3ª). Esta norma fue derogada por el Real Decreto 55/2005, de 21 de enero.

⁶⁴ Ver FERNÁNDEZ VIVAS, Yolanda: «La delimitación...», cit., p. 88, apartado f.

⁶⁵ STC 179/1996/7, de 12 de noviembre, y, en el plano doctrinal, CANDO SOMOANO, María José: «Algunos aspectos polémicos del derecho a la libertad de cátedra: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 179/1996, de 12 de noviembre». *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra*

Ojalá esta jurisprudencia se recuerde y se tome en consideración si se producen los cambios normativos a los que se ha hecho referencia y estos, en su aplicación, dan lugar a malas prácticas.

2. La asignatura o grupo de asignatura⁶⁶. La asignatura que el docente debe impartir se inscribe en un Título⁶⁷ y es lógico que el alcance de aquélla se vea condicionado por éste. Y esa vinculación delimita ya, sin ningún género de dudas, nuestra libertad de cátedra⁶⁸. Si en una titulación se justifica, por ejemplo, la impartición de una asignatura de contabilidad para que el estudiante conozca el funcionamiento práctico de las empresas, el profesor no puede utilizar esa asignatura para explicar los Presupuestos Generales del Estado.

En ocasiones, y esto es lo que ocurre con el Grado de Derecho de la Universidad de Valladolid, el Verifica va más lejos e incluye una serie de guías de las asignaturas. Y en esos casos resulta evidente, a nuestro modesto entender, que son tales contenidos los que deben ser impartidos por el profesor⁶⁹. Ahora bien, el profesor sí podrá decidir el orden y la manera de explicarlos, proyectar tal decisión en un programa y optar por el modelo de enseñanza y evaluación que estime más oportuno.

3. Temas logísticos (horarios, espacios, etc.). El profesor no puede decidir unilateralmente, como es obvio, el horario de sus clases o elegir los espacios que

Fadrique Furió Ceriol 22-23 (1998), pp. 235 ss; RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza: «La libertad de cátedra en el nuevo escenario surgido de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades». *Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela* 1 (2004), pp. 246-247; EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: *La libertad...*, cit., pp. 217-218 y «Libertad...», cit., p. 10; y VIDAL PRADO, Carlos: «Libertad...» (2008), cit., pp. 77 y 81, donde se referencian algunas Sentencias de la jurisdicción ordinaria que han ofrecido dicha tutela.

⁶⁶ Ver SUÁREZ MALAGÓN, Roberto: «Contenido...», cit., p. 442 y ROLLNERT LIERN, Göran: «Las libertades ideológico-educativas en la jurisprudencia constitucional». *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 22-23 (1998), p. 84.

⁶⁷ Ver FERNÁNDEZ VIVAS, Yolanda: «La delimitación...», cit., pp. 81-82; ALÓS MARTÍN, Ignacio de: «Los límites...», cit., pp. 1242-1243; y VALLE PASCUAL, Juan Manuel del: «Libertad...», cit., p. 165.

⁶⁸ VIDAL PRADO, Carlos: «Libertad...» (2008), cit., p. 63; EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: *La libertad...*, cit., p. 222; RODRÍGUEZ COARASA, Cristina: «Libertad...», cit., p. 155; MATEOS MASA, Vidal Luis: «La libertad de cátedra: concepto, límites y armonización con otros derechos y obligaciones». En VV.AA: *XX Encuentro Estatal de Defensores Universitarios*. CEDU. Cuenca, 2017, p. 5; y FERNÁNDEZ VIVAS, Yolanda: «La libertad de cátedra: concepto, límites y armonización con otros derechos y obligaciones». En VV.AA: *XX Encuentro Estatal de Defensores Universitarios*. CEDU. Cuenca, 2017, p. 6.

⁶⁹ Ver, en este sentido, las SSTSJ Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) 1000 y 1001/2006, de 15 de noviembre (JUR 2008\334075 y 2008\334085), FD 3 en ambos casos. Ver también la Sentencia de la misma Sección 936/2006, de 2 de noviembre (JUR 2008\334152), FD 2. Dicho con otras palabras, las manifestaciones del profesor ajenas a la disciplina que debe impartir no están amparadas por la libertad de cátedra [Ver SALGUERO SALGUERO, Manuel: *Libertad...* (1997), cit., p. 84; SUÁREZ MALAGÓN, Roberto: «Contenido...», cit., p. 434, nota 33; y DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: «Derechos...», cit., p. 399].

ocupará en cada momento. Los horarios deben ser fijados por el Comité de Título para asegurar que el seguimiento de todas las asignaturas por parte de los estudiantes sea posible. Y los espacios suelen ser gestionados por el Centro, para dar cobertura a todas las necesidades docentes y no docentes del mismo. Y en los últimos tiempos, también hay decisiones que afectan a la tecnología que los miembros de la Comunidad universitaria deberán utilizar en la docencia ordinaria, y que también se imponen al profesor⁷⁰.

Se han puesto estos dos ejemplos, pero hay otros también relevantes, como pueden ser la fijación de los periodos de matrícula, o del periodo de exámenes o el establecimiento de una fecha tope para el cierre de actas, que son decisiones que adoptan, normalmente, las autoridades universitarias centrales y que condicionan, lógicamente, la actuación del profesor. Es en el marco de alguna de estas decisiones en las que también pueden intervenir otras autoridades académicas (el comité de título y el Decanato en el calendario de exámenes de la titulación y en el reparto de espacios, respectivamente), pero todas ellas son ajenas a la libertad de cátedra.

Y ello a pesar de que cabe imaginar algún supuesto límite en el que alguna de estas premisas puede condicionar el ejercicio concreto de la libertad de cátedra. Si, por ejemplo, se fija un examen de una asignatura un día antes de cerrar las actas y el grupo de estudiantes es numeroso, es posible que el profesor se vea abocado a proponer un tipo de examen cuya corrección sea más sencilla y le permita concluir la corrección en plazo. Pero no estamos, en puridad, en presencia de una restricción de la libertad de cátedra.

Así lo ha entendido la jurisprudencia constitucional española, que ha señalado reiteradamente que la libertad de cátedra se ejerce en el marco de las decisiones organizativas adoptadas por distintas autoridades universitarias, como son los centros (ATC 457/1989/3, de 18 de septiembre) y los departamentos. Y estamos de acuerdo con esta afirmación de principio.

Además, conviene señalar que la libertad de cátedra se reconoce en un determinado contexto constitucional y normativo. Así, por ejemplo, el art. 19.3 de la vigente Constitución alemana señala, tras reconocer la libertad de cátedra, que «la libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución»⁷¹. Y en nuestra

⁷⁰ Extremo valorado críticamente en LLADÓ MARTÍNEZ, Albert: «El papel...», *cit.*, pp. 8-9.

⁷¹ ¿Debe mostrar el docente una actitud de fidelidad activa a la Constitución? VIDAL discrepa de la posición mantenida por EMBID (*Las libertades...*, *cit.*, pp. 303-307) y LOZANO (*La libertad...*, *cit.*, pp. 214-220) en este sentido, defendiendo que resulta posible la crítica científica a la Norma Fundamental [En «Libertad...» (2008), *cit.*, pp. 73-74. Ver también EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: *La libertad...*, *cit.*, pp. 219 ss.; ALÓS MARTÍN, Ignacio de: «Los límites...», *cit.*, p. 1241; y DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: «Derechos...», *cit.*, p. 402]. Resulta evidente, en todo caso, que hay límites constitucionales a la libertad de cátedra. Ver POZO CABRERA, Enrique Eugenio: *Libertad...*, *cit.*, pp. 149 ss, en relación con la Constitución de Ecuador; y KRÜGER, Hartmut: «La libertad...», *cit.*, pp. 170-172 en relación con la alemana.

Constitución resulta obligado recordar que «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»⁷², lo que también define la libertad de cátedra. Del mismo modo debe respetarse la neutralidad de los centros educativos públicos. Ahora bien, creemos que tal neutralidad supone más un deber por parte de los Centros Educativos públicos que un límite a la libertad de cátedra de sus docentes⁷³, salvo que se incurra en un descarado adoctrinamiento⁷⁴.

También deberán ser respetadas las normas estatales sobre la Universidad y materias afines (como son los títulos académicos)⁷⁵. Y lo mismo cabe decir de las normas aprobadas, en el marco de sus competencias, por el Estado⁷⁶ y las Comunidades Autónomas, que delimitan la autonomía universitaria⁷⁷ y, de manera refleja, la libertad de cátedra.

2. LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE CÁTEDRA

Examinado el contenido y alcance de la libertad de cátedra, conviene analizar también los límites que pueden restringir, de forma legítima, este derecho fundamental⁷⁸. Y es que es evidente que resulta razonable conciliar esta libertad con otros derechos, que también deben ser respetados.

Así, en el ámbito universitario, resulta claro que el derecho a la libertad de cátedra debe ser conciliado con la autonomía universitaria. Hay decisiones estra-

⁷² Art. 27.2 CE. Ver, en el plano doctrinal, FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso: *De la libertad...*, cit., p. 13; SUÁREZ MALAGÓN, Roberto: «Contenido...», cit., pp. 447-451; REGUEIRO GARCÍA, María Teresa: «Libertad...», cit., p. 157; EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: «Libertad...», cit., pp. 6-7; y, especialmente, DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: «Derechos...», cit., pp. 401-402; JIMENA QUE-SADA, Luis: «Libertad...», cit., pp. 47 ss.; y ALÁEZ CORRAL, Benito: «El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas». *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 17\1 (2011), pp. 91 ss.; y «Artículo 27: el derecho a una educación democrática, libre y plural». En PÉREZ TREMP, Pablo y SAÍZ ARNAIZ, Alejandro (dirs.) y MONTESINOS PADILLA, Carmen (coord.): *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018. Libro homenaje a Luis López Guerra*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2018. Tomo I, pp. 601 ss.].

⁷³ Como sostienen REGUEIRO GARCÍA, María Teresa: «Libertad...», cit., p. 160 y DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: «Derechos...», cit., p. 399.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 400.

⁷⁵ Ver POZO CABRERA, Enrique Eugenio: *Libertad...*, cit., p. 160 y CENTENO PRIETO, Salvador: «Alcance...», cit., p. 73.

⁷⁶ Ver LOZANO CUTANDA, Blanca: «La libertad...» (1993), cit., pp. 198-201.

⁷⁷ STC 106/1990/6-7, de 6 de junio y, en el plano doctrinal, VIDAL PRADO, Carlos: «Libertad...» (2008), cit., pp. 70-71 y 73.

⁷⁸ Ver, por todos, ALÓS MARTÍN, Ignacio de: «Los límites...», cit., pp. 1235 ss. y LOZANO CUTANDA, Blanca: *La libertad...*, cit., pp. 169 ss.

tégicas (el impulso de titulaciones, la apertura, transformación o clausura de campus, etc.) que compete adoptar a las autoridades centrales de la Universidad. Pero conviene recordar que también la libertad de cátedra limita la autonomía universitaria, y que las autoridades centrales universitarias no pueden adoptar medidas que condicionen la libertad de cátedra sin contar con una justificación adecuada, razonable y proporcionada.

También deben ser respetados, en todo caso, los derechos de los estudiantes a recibir una formación y a ser evaluados para comprobar la adquisición de conocimientos y competencias⁷⁹. Aunque somos de la opinión, ya adelantada en líneas anteriores, de que son los concretos docentes los encargados de diseñar la metodología de aprendizaje y el modelo de evaluación, es evidente que los estudiantes tienen derecho a conocer tales extremos al comenzar las clases, a que estos no sean alterados durante el curso, a que se respete el modelo de evaluación previamente acordado y, en todo caso, a poder cuestionar la calificación recibida por el profesor. Es posible defender, sin embargo, que el principio de igualdad entre los estudiantes de la misma asignatura es limitado, ya que, si bien todos ellos deben acceder a conocimientos y competencias similares, están sometidos a procesos de aprendizaje que no son idénticos, lo que explica que puedan producirse diferencias (sobre el orden de las materias a impartir o el sistema de evaluación, por ejemplo).

Estaremos de acuerdo, sin embargo, en que dos profesores universitarios de la SEK, que debieron ser readmitidos a sus puestos, no pueden declarar la nulidad de los exámenes y de las actas correspondientes al curso anterior invocando la libertad de cátedra. Es obvio que este derecho no incluye tomar decisiones que corresponde adoptar, en su caso, a la Universidad y que afectan a clases impartidas por otros docentes (ATC 423/2004/4).

Hay otros derechos fundamentales que limitan la libertad de cátedra, como pueden ser los derechos al honor o a la intimidad (art. 20.4 CE). Se puede descalificar una teoría científica con argumentos, pero no se puede descalificar a su autor. En este mismo sentido, resultaría ilegítimo apoyarse en la libertad de cátedra para injuriar a cualquier persona, o para justificar la comisión de crímenes contra la humanidad (esto es, no podría oponerse la libertad de cátedra a la eventual comisión del delito de enaltecimiento de delitos de genocidio o lesa humanidad, previsto en el art. 510.1.c de nuestro Código Penal).

La existencia de todos estos límites nos llevan a discrepar de KRÜGER cuando afirma que «los profesores universitarios [...] gozan de una posición libre de la posibilidad de recibir órdenes y dictámenes» y que, consiguientemente, «sólo es

⁷⁹ Ver STS de 10 de febrero de 1989, citada y reseñada en VIDAL PRADO, Carlos: «Libertad...» (2008), *cit.*, p. 78, y POZO CABRERA, Enrique Eugenio: *Libertad...*, *cit.*, pp. 163-165. En relación con la libertad de conciencia, LORENZO VÁZQUEZ, Paloma: «Acerca...», *cit.*, p. 258 y SUÁREZ MALAGÓN, Roberto: «Contenido...», *cit.*, pp. 439-440.

lícito el control del ‘cumplimiento externo’ de las obligaciones docentes»⁸⁰. Hay supuestos en los que un profesor puede incurrir en responsabilidad por las clases que imparta si, por ejemplo, promueve la violencia concreta, o justifica delitos contra la humanidad. Cuestión distinta es que un profesor tenga derecho a defender hipótesis que pueden ser consideradas extravagantes, pero que no comprometen derechos fundamentales ajenos.

IV. La libertad de cátedra como límite de la autonomía universitaria

Es sabido que, según el Tribunal Constitucional, «el fundamento y justificación de la autonomía universitaria que el art. 27.10 de la CE reconoce, está en el respeto a la libertad académica, es decir a la libertad de enseñanza, estudio e investigación»⁸¹. Delimita ambos derechos fundamentales (autonomía universitaria vs. libertad de cátedra) la STC 179/1996/6, de 12 de noviembre: «el derecho a la autonomía universitaria garantiza un espacio de libertad para la organización de la enseñanza universitaria frente a ingerencias [*sic*] externas, mientras que la libertad de cátedra apodera a cada docente para disfrutar de un espacio intelectual propio y resistente a presiones ideológicas, que le faculta para explicar, según su criterio científico y personal, los contenidos de aquellas enseñanzas que la Universidad asigna, disciplina y ordena»⁸². Pero es también preciso recordar que «la dimensión personal de la libertad de cátedra presupone y precisa de una organización de la docencia y de la investigación que la haga posible y la garantice, de tal manera que la conjunción de la libertad de cátedra y de la autonomía universitaria [...] hacen de la organización y funcionamiento de las Universidades la base y la garantía de la libertad de cátedra»⁸³. Organización ésta que se ha complicado por la instauración del Plan Bolonia, que, según algunos autores, ha mermado el alcance de la libertad de cátedra⁸⁴.

⁸⁰ En «La libertad...», *cit.*, p. 175.

⁸¹ STC 26/1987/4, de 27 de febrero. Idea reiterada en otras resoluciones posteriores. Esta limitación de la autonomía universitaria es criticada, por reduccionista, por LOZANO (*La libertad...*, *cit.*, p. 137).

⁸² Ver el comentario doctrinal de María José CANDO («Algunos aspectos...», *cit.*) y la STC 106/1990/6, de 6 de junio.

⁸³ STC 212/1993/4, de 28 de junio. Ver también la STC 217/1992/2, de 1 de diciembre y el ATC 42/1992/2, de 12 de febrero, y en el plano doctrinal, CELADOR ANGÓN, Óscar y TEJÓN SÁNCHEZ, Raquel: «La autonomía universitaria como dimensión institucional de la libertad de cátedra». En MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier; MESEGUER VELASCO, Silvia y PALOMINO LOZANO, Rafael (coords.): *Religión, matrimonio y Derecho ante el Siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Rafael Navarro-Valls*. Iustel. Madrid, 2013. Vol. 1, pp. 1255 ss.

⁸⁴ Ver, en relación con la ANECA y su papel de supervisión de títulos, AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç: «Libertad de cátedra...», *cit.*, p. 9. Ver, también sobre el EEES, SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel: «El reto...», *cit.*, pp. 451 ss.; ÁLVAREZ GÓNZÁLEZ, Elsa Marina (2009): «La libertad de cátedra y el

Ocorre, sin embargo, que pueda suceder que sea la propia Universidad la que condicione, negativamente, la libertad de cátedra⁸⁵, dado que la autonomía universitaria favorece a la Universidad como persona jurídica y no a cada uno de los miembros integrados en ella⁸⁶. Ante dicho peligro conviene recordar que «las normas reguladoras de los estudios y las decisiones de los órganos de las universidades deben permitir a los profesores un ámbito libre de actuación para el diseño de método y contenidos»⁸⁷, como señala la relevante STCFA de 29 de mayo de 1973. Esta Sentencia impone que las decisiones universitarias sean decididas mayoritariamente por docentes, y no a través de un sistema cuatripartito de acuerdos que integre, con esa misma intensidad, a otros colectivos de la comunidad universitaria (como son los trabajadores de administración y servicios o los estudiantes)⁸⁸. Y es que, como indicaba expresamente en nuestro país el preámbulo de la Ley de Reforma Universitaria, la libertad de cátedra actúa también como límite de la autonomía universitaria. Este es, precisamente, el objeto del presente epígrafe.

No examinaremos en estas páginas la naturaleza de la autonomía universitaria ni su régimen jurídico⁸⁹. Nos interesa centrar la mirada en las decisiones universitarias que pueden comprometer, indebidamente, la libertad de cátedra⁹⁰. Y conviene partir de una premisa, agudamente apuntada por FREIXES, y es que nuestro Tribunal Constitucional, con carácter general, en vez de ponderar los

profesorado universitario ante el Espacio Europeo de Educación Superior». *II Congreso Internacional de Formación Docente Universitaria: Calidad e Innovación ante el EEES. Derechos y Deberes de Profesores y Estudiantes*. Comares. Granada, 2009, pp. 69 ss.; LLADÓ MARTÍNEZ, Albert: «El papel...», *cit.*, pp. 5-6; y JARNE MUÑOZ, Pablo: «La libertad...», *cit.*, pp. 128 ss.; y, con carácter general, JERÓNIMO SÁNCHEZ-BEATO, Estefanía (2014): «Reflexiones sobre la libertad de cátedra en el marco del EEES». En FOMBONA CADAVIECO, Javier y CALDEVILLA DOMÍNGUEZ, David (coords.): *Nuevas formulaciones de los contenidos docentes*. McGraw Hill. Madrid, 2014, pp. 315 ss.; y CELADOR ANGÓN, Óscar: *El derecho de libertad de cátedra*. Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2007, y «La libertad de cátedra». En PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (dir), ANSUÁTEGUI ROIG, Javier y RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel (coords.): *Historia de los derechos fundamentales: el derecho positivo de los derechos humanos*. Dykinson. Madrid, 2013, pp. 833 ss.

⁸⁵ RODRÍGUEZ BOENTE («La libertad...», *cit.*, p. 245), FREIXES SANJUÁN («Los problemas...», *cit.*, p. 43) y, especialmente, LOZANO CUTANDA (*La libertad...*, *cit.*, pp. 8-9); en contra FERNÁNDEZ VIVAS, Yolanda: «La delimitación...», *cit.*, p. 79, que insiste en el contenido negativo del derecho fundamental.

⁸⁶ EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: *La libertad...*, *cit.*, p. 279.

⁸⁷ KRÜGER, Hartmut: «La libertad...», *cit.*, p. 164. Ver, también, DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: «Derechos...», *cit.*, p. 413); y GONZÁLEZ DEL VALLE, José María: «Libertad de cátedra...», *cit.*, pp. 318 y 324 ss.

⁸⁸ Ver, también, VALLE PASCUAL, Juan Manuel del: «Libertad...», *cit.*, pp. 168-170.

⁸⁹ Se ha debatido profusamente dentro y fuera del Tribunal Constitucional si estamos en presencia de un derecho fundamental o de una garantía institucional (Ver MATIA PORTILLA, Francisco Javier: «Los límites...», *cit.*, pp. 4-5 y VIDAL PRADO, Carlos: «Libertad...» (2008), *cit.*, pp. 66-67).

⁹⁰ Sobre esta materia, ver VIDAL PRADO, Carlos: «Libertad...» (2008), *cit.*, pp. 61 ss., y RODRÍGUEZ COARASA, Cristina: «Libertad...», *cit.*, pp. 151 ss.

intereses en juego en los conflictos entre libertad de cátedra y autonomía universitaria, «lejos de aplicar las reglas de la ponderación que él mismo exige a los demás conflictos entre derechos fundamentales, [...] otorga un lugar preferente a la autonomía universitaria que ha originado, subsiguientemente, la desnaturalización de la libertad de cátedra»⁹¹. No deja de ser paradójico que el Tribunal configure la autonomía universitaria como un límite a respetar por la libertad de cátedra (en expresión de ROLLNERT⁹²) cuando es aquella la que se supone que debe garantizar ésta.

Analizaremos los principales elementos que forman parte de la libertad de cátedra con más detalle.

1. LAS DECISIONES SOBRE LA PLANIFICACIÓN DE LA ASIGNATURA

En líneas anteriores hemos partido de la premisa de que la libertad de cátedra entra en juego cuando al profesor se le asigna un encargo docente concreto. Sin embargo, es habitual que las Universidades se comprometan a publicar, con carácter previo al comienzo de las clases, un documento que presenta cada una de las asignaturas que se imparten en las distintas titulaciones. A esos documentos se les suele denominar guías o proyectos docentes.

En la Universidad de Valladolid se prevé la eventual cumplimentación de dos documentos de este tipo, que pasamos a examinar.

a) En primer lugar, el art. 21 del Reglamento de Ordenación Académica determina que los Departamentos deben elaborar y publicar los proyectos docentes de las asignaturas que impartan, y que estos documentos deben «contener, como mínimo, los aspectos relativos a las competencias que la asignatura contribuye a desarrollar, los objetivos y resultados de aprendizaje esperados, los contenidos mínimos, los principios metodológicos, la tabla de dedicación del estudiante a la asignatura y el sistema y las características de la evaluación». JARNE considera que este documento debería limitarse a recoger «las competencias a desarrollar» y «todas las previsiones relativas a la evaluación»⁹³. En la práctica, esta obligación se afronta nombrando en el seno del Departamento a un responsable de la asignatura que es el docente al que se le facilita el acceso a una aplicación informática en la que debe *subir* el proyecto en el plazo indicado. Como se puede deducir, debe colgarse un documento por asignatura, aunque ésta sea impartida por diversos

⁹¹ En «Los problemas...», *cit.*, p. 43.

⁹² En «Las libertades...», *cit.*, pp. 83 ss.

⁹³ En «La libertad...», *cit.*, p. 133.

docentes en varios grupos. Los Proyectos deben aparecer publicados en la página web de la Universidad «antes del periodo de matrícula» (art. 22.2).

Resulta evidente que, aunque se anude la elaboración del documento al Departamento, su confección debe ser realizada por los docentes que dan clase en esa concreta disciplina⁹⁴. Negarle a un profesor que tiene asignada la impartición de un grupo de una asignatura la implicación en la elaboración del proyecto docente compromete claramente su libertad de cátedra. LOZANO señala que el hecho de «que los profesores tengan una ‘influencia determinante’ en la adopción de acuerdos que incidan directamente en el desarrollo de la docencia puede incluso considerarse como un correlato organizativo de la libertad de cátedra, derivado de la dimensión objetiva o institucional de este derecho»⁹⁵. Aunque este derecho fundamental es, como ya se ha indicado, de carácter individual, dado que se impone una tarea colectiva, debe preservarse su derecho a participar en la misma, ya que en el Proyecto se abordan materias sensibles para la libertad de cátedra. Podría plantearse, en el plano puramente teórico, que ocurre si un profesor quiere seguir una metodología y los restantes docentes que imparten otros grupos de la misma disciplina no quieren hacerlo. A nuestro juicio se deberían incluir ambas eventuales metodologías como posibles, ya que debe prevalecer el derecho fundamental individual frente a una decisión colectiva⁹⁶. Y esto es lo que ocurre siempre en la práctica. Es más, ha sido habitual no realizar un proyecto docente, sino tantos como profesores y grupos de alumnos existan, integrándolos en un mismo documento. A esta práctica nunca se le ha puesto por las autoridades académicas objeción alguna.

El problema que puede ocurrir, y, lamentablemente se da en la práctica, es que no esté contratado todo el personal laboral temporal cuando comienzan las clases y no puedan, entonces participar en la elaboración del proyecto docente que les afecta. Esto genera un problema evidente, porque restringe indebidamente la libertad de cátedra de éste docente el que otras personas hayan adoptado de manera unilateral decisiones que afectan manifiestamente a su derecho fundamental. En la práctica se evita el problema abriendo un plazo extraordinario para que los departamentos puedan actualizar los proyectos docentes una vez iniciado el pri-

⁹⁴ Ver POZO CABRERA, Enrique Eugenio: *Libertad...*, cit., p. 93 y JARNE MUÑOZ, Pablo: «La libertad...», cit., pp. 131-132 y con carácter general, sobre el derecho del docente a participar en los órganos universitarios, EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades...*, cit., pp. 292-294; y VIDAL PRADO, Carlos: *La libertad...*, cit., p. 274.

⁹⁵ En «La libertad» (1993), cit., p. 215.

⁹⁶ Estamos de acuerdo en este punto con la afirmación del Tribunal Supremo de que la libertad de cátedra «es una libertad individual, que podrá ejercerse colectivamente en el seno de un Departamento cuando sea fruto de un acuerdo entre los interesados libremente asumido por éstos» [STS de 29 de octubre de 1990, FJ 4, citada por VIDAL PRADO, Carlos: «Libertad...» (2008), cit., p. 85, que no comparte el parecer expresado por el Tribunal].

mer cuatrimestre. Y lo mismo ocurre en el segundo cuatrimestre. Además, es también habitual que se elaboren proyectos docentes muy abiertos en su formulación, que permitan que cada docente pueda, a la vez, respetar el proyecto y ejercer su libertad de cátedra. Así, por ejemplo, puede señalarse en el Proyecto docente que «la evaluación podrá consistir en una o varias pruebas teóricas y/o prácticas y que se podrá prever en la guía docente del grupo un modelo de evaluación continua». Con esta formulación se permite todo tipo de examen final (escrito u oral, test, preguntas cortas o temas, supuestos prácticos, etc.). Esta también ha sido una práctica habitual en nuestra área de conocimiento y nunca ha sido censurada por autoridad alguna. Es conveniente recordar que la entrada en vigor de la LOSU minimizará, parcialmente, este problema, dado que los profesores asociados pasan a ser laborales indefinidos. El problema se podrá suscitar con la contratación de profesores sustitutos que comiencen su colaboración muy cerca o después del comienzo del curso escolar.

b) En segundo lugar, además de los proyectos docentes, cada profesor que imparte un grupo en una asignatura debe elaborar su guía docente, que servirá «de apoyo y orientación al estudiante mediante el establecimiento de planes de trabajo y métodos docentes, la referencia a recursos para la enseñanza y el aprendizaje, la organización de los contenidos en bloques temáticos y la materialización de ponderaciones para el procedimiento de calificación asociado a la evaluación, entre otras cuestiones» (art. 21.4 ROA). Estas guías, que en la práctica se publican en el Campus Virtual del concreto grupo de estudiantes, «deberán estar disponibles para su consulta pública, antes del inicio de la actividad docente de dichas asignaturas» (art. 22.1 ROA). Esta es una obligación que no se controla en la Universidad de Valladolid, a pesar de ser muy relevante en la práctica. Aunque la publicación debe realizarse antes del comienzo de la actividad docente, esta exigencia resulta imposible cuando el profesor propuesto para impartir la disciplina no ha sido aún contratado. Por esta razón, hubiera sido más acertado prever una norma de apertura que añadiera un plazo razonable desde la contratación efectiva del profesorado en el caso de que ésta no se haya producido. En el área de Derecho Constitucional se solicita a los profesores que están en esta situación que elaboren su guía docente en el plazo de quince días desde su contratación.

En todo caso, pueden darse supuestos en los que el derecho a participar en la elaboración del proyecto docente de la asignatura o en la confección de la guía docente de su grupo se vea necesariamente limitado. Esto ocurre, a nuestro parecer, con los profesores que sustituyen a un profesor universitario una vez comenzada la impartición de la asignatura. Esta eventualidad, que hasta ahora se afrontaba a través de la contratación de profesores asociados y que con la LOSU se atenderá mediante la contratación de profesores sustitutos, se produce en un mo-

mento en el que los alumnos ya disponen de un proyecto docente y de una guía docente que se están aplicando. Sería perjudicial para sus intereses que el nuevo profesor pudiera modificar unilateralmente el programa, la metodología o el modelo de evaluación. Podrá hacerlo, obviamente, si su actividad docente se proyecta sobre el siguiente curso escolar, pero no puede hacer tabla rasa de los criterios concertados previamente con esos mismos alumnos para el año en curso. En todo caso, en la práctica, se suelen producir pequeños ajustes que solamente se cuestionan si perjudican gravemente los intereses de los estudiantes.

En resumen, el profesor universitario tiene derecho a que su opinión sea tenida en cuenta en la elaboración del proyecto docente, y a confeccionar su guía docente sin que esta actividad pueda ser asumida por otros órganos, salvo que contravenga el marco jurídico en el que se le confiere el encargo docente. Esto es relevante porque nuestra tesis es que ninguna autoridad (ni un vicerrectorado ni un Comité de Título⁹⁷) puede modificar un proyecto o guía académica. Estos documentos solamente pueden ser aprobados por el Departamento (con presencia de los profesores implicados) y por el o los responsables de cada grupo en particular. Si alguna autoridad considera que la misma incluye contenidos no amparados por la libertad de cátedra, deberá adoptar las medidas precisas para encauzar la situación (pudiendo incluso imponer sanciones al docente), pero no alterar el documento.

Obviamente, una vez que estos documentos han sido publicados, el profesor no puede modificarlos de forma unilateral, puesto que tal alteración comprometería el derecho de los estudiantes a que la docencia (en sentido amplio) se desarrolle de la manera previamente fijada, afectando al principio de seguridad jurídica⁹⁸.

2. LAS DECISIONES SOBRE EL PROGRAMA Y LA METODOLOGÍA DOCENTE

En líneas anteriores se ha defendido que el diseño del programa y de la metodología docente forman parte de la libertad de cátedra. Interesa ahora determinar si las autoridades académicas pueden comprometer estas tareas.

⁹⁷ Conviene recordar que en la Universidad de Valladolid se impone a los Comités de Título la función de «comprobar la adecuación de los proyectos docentes de las asignaturas a lo previsto en las correspondientes memorias de verificación» (art. 21.3 del Reglamento de Ordenación Académica). Sobre esta cuestión, y en detalle, ver MATIA PORTILLA, Francisco Javier: «Los Comités de Título». En DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. (dir) y RAMA CERBÁN, Felipe (coord.): *Los límites orgánicos internos a la autonomía de las Universidades Públicas*. Fundación Manuel Giménez Abad. Zaragoza, 2023, pp. 232 ss.

⁹⁸ GALINDO LUCAS, Alfonso: «Convergentes...», *cit.*, p. 100. Sin embargo, LLADÓ («El papel...», *cit.*, p. 7 *in fine*) considera posible la modificación de estos elementos por parte del docente.

Comenzando por el programa de la asignatura, ya hemos justificado con anterioridad nuestra discrepancia con la STC 217/1992/2, de 1 de diciembre, que avala que el Departamento pueda aprobar el temario sobre el que versarán los exámenes, por entender que tal decisión constriñe, indebidamente, la libertad de cátedra. EXPÓSITO considera que la elaboración del programa no forma parte del derecho fundamental que analizamos⁹⁹ y VALLE defiende un papel de coordinación y supervisión para los Departamentos¹⁰⁰. Otros autores subrayan la posibilidad de diferenciar el temario de examen, que debe fijar el Departamento, y el programa de la asignatura, que es la forma en la que el profesor abordará la explicación del temario¹⁰¹. Sin embargo, esta diferenciación es más teórica que real¹⁰², y su aceptación generaría mayor confusión en el alumnado que tendría distintos parámetros de explicación y de evaluación de la materia, lo que no parece que sea favorable para ellos. No supone un problema que el Departamento se limite a elaborar un programa marco, de mínimos, que permita diversos desarrollos y distintos enfoques por parte de los profesores. Si tal diseño es esquemático, se confundirá con la ficha de la asignatura incluida, en su caso, en el Verifica de la titulación.

Creemos, en efecto, que la elaboración del programa compete al profesor y no al Departamento, salvo que éste se limite a señalar un listado de contenidos genéricos o voces¹⁰³. Y esta afirmación puede comprenderse mejor si se ponen algunos ejemplos concretos, en el marco de nuestra asignatura de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Si a un profesor le compete explicar los derechos fundamentales puede optar por establecer una teoría general de los derechos fundamentales y analizar después el régimen de cada uno de ellos, o por examinar algunos derechos fundamentales civiles, sociales y políticos y realizar, al amparo de su concreto análisis, reflexiones generales sobre el modelo español. Ambas aproximaciones, y otras posibles, serían perfectamente admisibles en el título y serviría para aportar las mismas competencias o habilidades. También resulta posible, por ejemplo, trabajar exclusivamente con supuestos prácticos en los que se entremezclen varios derechos fundamentales de distinta naturaleza, y explicar los contenidos teóricos al tiempo que se resuelven. Todas estas aproximaciones se proyectan, inevitablemente, sobre el programa de la asignatura. No se

⁹⁹ EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: *La libertad...*, cit., pp. 287 ss., y «Libertad...», cit., pp. 8-9. También LOZANO (*La libertad...*, cit., p. 203), VIDAL PRADO, Carlos [«Libertad...» (2008), cit., p. 91] y FERNÁNDEZ VIVAS («La delimitación...», cit., p. 90).

¹⁰⁰ VALLE PASCUAL, Juan Manuel del: «Libertad...», cit., p. 165.

¹⁰¹ VIDAL PRADO, Carlos: *La libertad...*, cit., pp. 270 ss., esp. p. 273, y «Libertad...» (2008), cit., p. 87; y JARNE MUÑOZ, Pablo: «La libertad...», cit., p. 126.

¹⁰² LOZANO CUTANDA, Blanca: *La libertad...*, cit., pp. 200 ss. y «La libertad...» (1993), cit., p. 213.

¹⁰³ Ver EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: «Libertad...», cit., p. 11.

trata, como parece entender EXPÓSITO¹⁰⁴, de que el profesor haga un programa en base a sus afinidades científicas, puesto que éste debe responder siempre al descriptor de la asignatura. Lo que se defiende es que, en el marco del sentido de la asignatura en el título (competencias, descriptores, etc.) el profesor pueda elegir la forma de ordenar la materia y favorecer su cabal comprensión por parte de los estudiantes.

Por eso entendemos que el profesor tiene derecho a elaborar su programa, y ello con independencia de que éste deba incluirse en documentos elaborados por el Departamento. Nos remitimos, en este punto, a lo indicado en el apartado anterior de este epígrafe.

Podríamos añadir que el docente universitario no solamente tiene derecho a elaborar el programa, sino también la obligación de hacerlo (Ver ATC 457/1989/4, de 18 de septiembre). En efecto, los estudiantes tienen derecho a conocer la programación de la disciplina que van a cursar. Se puede discutir si tal obligación incluye la de facilitar una bibliografía complementaria (lo que parece razonable en el contexto universitario).

Las únicas limitaciones que pesan sobre el docente son las derivadas de la naturaleza de la asignatura y su función en el Verifica de la titulación de que se trate. Es obvio que el docente no está ejerciendo su libertad de cátedra si en una asignatura sobre Derecho tributario pretende ocuparse de la democracia o el Estado de partidos. O si desconoce la conexión de esa asignatura con el Título en que se integra, su marco temporal, o su peso específico en créditos.

También puede establecer el profesor la metodología docente que considere más adecuada para la correcta transmisión de conocimientos, competencias y habilidades¹⁰⁵, y éste es el aspecto en el que DÍAZ considera que más excesos pueden producirse por parte de las autoridades universitarias¹⁰⁶. En todo caso, la metodología adoptada por el profesor tiene que tener en cuenta y ser compatible con las competencias de otros órganos relativas al marco temporal (planificación del periodo lectivo y de exámenes por parte de las autoridades), espacial (gestión de espacios por parte del centro), y carga docente. Desde esta última perspectiva, resulta incompatible con la libertad de cátedra imponer una presencialidad al alumnado que sea mayor que la figura en el Verifica o una carga de trabajo excesiva, que sea incompatible con la atención a las restantes asignaturas.

Es justamente en este campo de la metodología en donde más fácilmente se pueden producir excesos por parte del propio profesor o de otras instancias académicas. Muchos tienen que ver con la imposición de un manual (ya sea elaborado

¹⁰⁴ EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: *La libertad...*, cit., p. 295 y «Libertad...», cit., p. 10.

¹⁰⁵ Por todos, EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades...*, cit., p. 290; FREIXES SANJUÁN, Teresa: «Los problemas...», cit., p. 44 y EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: *La libertad...*, cit., p. 165.

¹⁰⁶ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: «Derechos...», cit., p. 413.

por el profesor o editado por la propia entidad universitaria), lo que contraviene el derecho del docente a elegir los materiales de apoyo a la docencia que estime convenientes¹⁰⁷. Aunque resulta legítimo, y hasta lógico, que el profesor se remita al manual de la asignatura que ha elaborado, cualquier medida que pretenda imponer la compra del mismo (por ejemplo, profesores que se arrogan el derecho a firmar el ejemplar de cada alumno) no están amparadas por el derecho fundamental que examinamos. Tampoco resulta legítimo exigir a los estudiantes que compren materiales pedagógicos editados por los profesores que les imparten docencia (ver ATC 457/1989, de 18 de septiembre) o que cursen clases privadas de apoyo en centros concretos. Todas estas prácticas no están amparadas por la libertad de cátedra y podrían ser sancionadas por las autoridades académicas.

Por las mismas razones, no sería admisible, en principio, que una instancia académica (el Departamento, la Editorial universitaria) imponga la recomendación de determinados materiales al profesor. Decimos que en principio porque, como ya se ha indicado, es posible defender un criterio distinto en la Universidad Nacional de Educación a Distancia, por su propia singularidad¹⁰⁸.

3. LAS DECISIONES SOBRE EL MODELO DE EVALUACIÓN

Hemos defendido en líneas anteriores que el profesor puede optar entre diversos sistemas de evaluación de la docencia¹⁰⁹. Por esta razón discrepamos abiertamente de las ideas de que las Universidades pueden organizar «el modo de controlar el aprovechamiento de los estudiantes de la forma que juzguen más» adecuado (AATC 817/1985, de 20 de noviembre; y 457/1989/3, de 18 de septiembre) y de que la libertad de cátedra no comprende «la función de examinar o valorar los conocimientos adquiridos por los alumnos en la materia o disciplina sobre la que versan las enseñanzas»¹¹⁰. El Tribunal Constitucional y algunos auto-

¹⁰⁷ EMBID IRUJO, Antonio: *Las libertades...*, cit., pp. 295-296.

¹⁰⁸ Ver ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, Jorge: «Libertad...», cit., pp. 1 ss. y, en relación con el *ius examinandi*, PRADA GARCÍA, Aurelio de: «La libertad de cátedra y el *ius examinandi*: sentencias 358, 359 y 361 del Juzgado de lo Social 24 de Madrid, sentencia 328/98 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid». *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* 13 (1998), pp. 435 ss. Por esta razón, tiene sentido debatir sobre la relevante STS de 29 de octubre de 1990, que ha sido criticada por LOZANO CUTANDA, Blanca: «La libertad...» (1993), cit., p. 204 ss.

¹⁰⁹ También lo hace FREIXES SANJUÁN, Teresa: «Los problemas...», cit., p. 44.

¹¹⁰ STC 217/1992/2, de 1 de diciembre, y un mayoritario sector doctrinal: EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: *La libertad...*, cit., pp. 170 y 287; SALGUERO SALGUERO, Manuel: *Libertad...* (1997), cit., p. 89; VALLE PASCUAL, Juan Manuel del: «Libertad...», cit., pp. 166-168; RODRÍGUEZ COARASA, Cristina: «Libertad...», cit., p. 163; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier: «Derechos...», cit., p. 399; y VIDAL PRADO, Carlos: *La libertad...*, cit., pp. 275-280, entre otros.

res consideran que el profesor ejerce una facultad examinadora por una delegación implícita de las autoridades a las que corresponde, ya que verificar los conocimientos de los alumnos es una potestad de las Universidades¹¹¹.

A nuestro parecer, la libertad de cátedra también se proyecta en el modelo de evaluación diseñado por el profesor, y en la práctica se evidencia que el estudiante que no esté conforme con la calificación obtenida podrá recurrirla, pero el órgano que, en su caso, la modifique deberá hacerlo de forma motivada.

El profesor universitario es, a nuestro juicio, libre de configurar un modelo de evaluación continua, o de optar por una o varias pruebas parciales (ya sean teóricas, prácticas o teórico-prácticas), eliminatorias o no, así como de diseñar el examen de la convocatoria ordinaria y extraordinaria. Ya hemos indicado que esta libertad guarda una estrecha relación con las opciones metodológicas que, en su caso, se adopten. Si en el pasado algunos autores eran capaces de separar, nítidamente, los planos de la metodología y la evaluación era porque en los años ochenta y noventa se partía de una precomprensión de la metodología que suponía la clase magistral como principal método docente. En ese contexto, la libertad de cátedra permitía ordenar las materias que forman parte de la asignatura y concederlas mayor o menor protagonismo¹¹². Sin embargo hoy las cosas son muy distintas. En primer lugar, la clase magistral es una opción para el profesor, pero junto a ella caben otras muchas opciones metodológicas (sin ánimo exhaustivo, resolución de problemas prácticos por parte de estudiantes —de forma individual o en grupo—, instrucción por pares, aprendizaje basado en casos concretos, etc.¹¹³). Además, en segundo lugar, la enseñanza pretende ahora la transmisión de competencias y habilidades, no (al menos de manera exclusiva) de conocimientos. Y resulta complicado medir la adquisición de aquéllas sin introducir métodos y pruebas dinámicas, que inciten al estudiante a construir respuestas a problemas concretos. Y es aquí donde parece razonable que deba existir coherencia entre la metodología docente establecida por el profesor y el sistema de evaluación utilizado. Sería absurdo organizar una asignatura en torno a la resolución de problemas prácticos y que la evaluación final fuera un examen de temas teóricos. O decantarse por una metodología de exposición de temas y que el examen final fuera exclusivamente práctico. Por estas razones puede defenderse sin ambages que de la libertad de cátedra forma parte el diseño y ejecución del modelo de evaluación.

¹¹¹ RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza: «La libertad...», *cit.*, p. 251; y VALLE PASCUAL, Juan Manuel del: «Libertad...», *cit.*, p. 166.

¹¹² URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín: «La libertad...», *cit.*, p. 632 *in fine*.

¹¹³ Ver, por todos, ABADÍA VALLE, Ana Rosa; MUÑOZ GONZALVO, María Jesús; y SOTERAS ABRIL, Fernando: «¿Existen alternativas a las clases magistrales? Una experiencia en Fisiología Ocular del Grado de Óptica y Optometría». *Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura* extra 3 (2011), pp. 189 ss. y MORAGA CAMPOS, José: «Algunas alternativas a la ¿clase magistral?». *Ámbito Cívico-Social* 2017.

Obviamente, esta libertad se debe ejercer en el marco del encargo docente recibido y desarrollado por el propio docente, lo que delimita el alcance material (por el programa) y los conocimientos, competencias y habilidades que debe evaluar (por el Verifica). Y resulta también claro que la evaluación debe darse en el momento previsto para ello, sin que sea posible diseñar una prueba que, por ejemplo, dure varios días, si ello compromete el calendario de exámenes establecido.

Resulta más difícil aceptar con naturalidad que los Departamentos puedan dictar «instrucciones para homogeneizar, coordinar y unificar criterios sobre la valoración de exámenes o lleven a cabo labores de coordinación de exámenes, ya que forman parte de las funciones propias de los Departamentos reconocidas legalmente». Aunque éste sea el criterio mantenido por el Tribunal Supremo¹¹⁴, estimamos que esta afirmación impediría, por ejemplo, cualquier sistema de evaluación continua diseñado por el profesor.

Ahora bien, es también claro que los derechos de los estudiantes limitan la libertad de cátedra¹¹⁵. Si, por ejemplo, un docente confiere seis puntos a la entrega de tres prácticas durante las clases y un estudiante no las entrega, le será imposible superar la asignatura en las convocatorias ordinaria y extraordinaria. Se podría entender como legítima la primera decisión, referida a la convocatoria ordinaria, pero la inacción del estudiante no puede impedirle superar la asignatura en una convocatoria diferente, como es la extraordinaria.

Aunque la normativa interna de la Universidad de Valladolid aclara este extremo¹¹⁶, no hacía falta hacerlo, puesto que resulta evidente que el estudiante tiene el derecho a ser calificado sobre 10 puntos en cada una de las convocatorias a las que se presente, y en que la segunda solamente se puede valorar el ejercicio realizado (cuestión distinta es que en ésta se prevea una primera prueba eliminatoria).

No creemos que más allá de esta necesidad de delimitar el modelo de evaluación en el marco de la asignatura y de respetar los derechos de los estudiantes, las autoridades académicas puedan imponer a priori un modelo de examen a un profesor concreto. Sí que podrá, claro, si el profesor actúa vulnerando derechos de los estudiantes o al margen de su libertad de cátedra, abrirle un expediente sancionador *a posteriori* y anular, en su caso, los resultados de la prueba.

Lo que no ampara la autonomía universitaria es que los vicerrectores den un toque de atención a los profesores cuando se produce una baja tasa de aprobados

¹¹⁴ Sentencia 6924/1989, citada y apoyada por FERNÁNDEZ VIVAS, Yolanda: «La delimitación...», *cit.*, p. 91.

¹¹⁵ Ver FERNÁNDEZ VIVAS, Yolanda: «La delimitación...», *cit.*, pp. 91-94.

¹¹⁶ «La participación en la convocatoria extraordinaria no quedará sujeta a la asistencia a clase ni a la presencia en pruebas anteriores, salvo en los casos de prácticas externas, laboratorios u otras actividades cuya evaluación no fuera posible sin la previa realización de las mencionadas pruebas» (art. 35.4 ROA).

en una determinada convocatoria. Estas prácticas, cada vez más frecuentes, no son correctas y perturban el legítimo ejercicio de la libertad de cátedra.

V. La libertad de cátedra en un contexto hostil (algunas reflexiones conclusivas)

A lo largo de este trabajo se ha realizado un diseño racional del régimen jurídico del derecho fundamental a la libertad de cátedra, vinculado con el desarrollo de la ciencia en las aulas docentes. Se ha subrayado, en particular, que este derecho protege al más alto nivel al docente que presta sus servicios en una Universidad de titularidad pública, con independencia del tipo de vinculación que se mantenga con ésta, y que con el él se pretende asegurar el avance de la ciencia.

Sin embargo, es preciso subrayar que no corren buenos tiempos para la libertad de cátedra en el ámbito universitario. En gran medida esto se debe a que, como acertadamente ha señalado FREIXES¹¹⁷, el Tribunal Constitucional ha minusvalorado este derecho fundamental y lo ha sometido indefectiblemente a la autonomía universitaria. Pero también porque novedades recientes agravan seriamente la posición constitucional de la libertad de cátedra.

En efecto, la reciente aprobación de la LOSU, unida a otros borradores de reales decretos en la materia, aunque se haya suspendido su tramitación por la convocatoria electoral, auguran un escenario poco proclive para el reforzamiento de la libertad de cátedra, como trataremos de justificar a continuación.

Desde una perspectiva general, es evidente que la LOSU refuerza la autonomía universitaria¹¹⁸, y esto implica un aumento del poder rectoral. De un lado porque el nuevo modelo de gobernanza universitaria (que prevé un mandató único para el rector de seis años y asegura una mayoría de personas de su confianza en el Consejo de Gobierno) acaba con la existencia de contrafrenos internos al poder del Rectorado¹¹⁹. De otro lado, por el hecho de que ya no haya en la LOSU estructuras básicas docentes (como eran los departamentos) con las que el Rectorado tenga que convivir, pudiendo además impulsar organigramas tan ambiciosos como desee. Esto supone que las estructuras vinculadas con los rectorados aumen-

¹¹⁷ En «Los problemas...», *cit.*, p. 43.

¹¹⁸ Conviene recordar, en contraposición con nuestra tesis, que algunos autores, como Gregorio CÁMARA, han defendido que la autonomía universitaria debería concretarse en unas mayores capacidades normativa propia y de autoorganización (en «La autonomía...», *cit.*, pp. 73 y 85, respectivamente).

¹¹⁹ Así lo ha denunciado Ricardo RIVERO, rector de la Universidad de Salamanca, en un reciente debate sobre «El impacto de la nueva Ley orgánica del sistema universitario (LOSU) y su valoración», celebrado en la UNED y disponible en <https://canal.uned.es/video/646b14206ff5a73bbf3c25a2>, minutos 54.10 a 58.20.

tarán, incrementando el clientelismo, y generando una mayor burocracia (sí, esto siempre es posible)¹²⁰.

Si además, y como ya se ha hecho notar, la nueva regulación permite el posicionamiento ideológico del Claustro (art. 45.2.g LOSU), la posición institucional que éste adopte acabará condicionando la libertad de cátedra (también de expresión) de los docentes (y también, claro, del resto de los miembros de la comunidad universitaria: personal de administración y servicios —en la LOSU denominado personal técnico, de gestión y de administración y servicios, PT-GAS— y estudiantes).

Especialmente lesiva para la libertad de cátedra es la diferenciación entre área de conocimiento, a efectos de acreditación, y ámbito de conocimiento, a efectos de adscripción como docente. La idea de que cualquier nuevo profesor de Derecho se adscriba a esta rama del conocimiento, y no a sus materias especializadas (civil, mercantil, administrativo, etc.) no es ingenua. Permitirá que a partir de ahora las autoridades académicas puedan imponer a un profesor la obligación de impartir docencia en disciplinas ajenas a su especialidad. Éste no es un fenómeno novedoso en la Universidad en la que presto mis servicios, pero hasta ahora se ha logrado evitar, casi siempre, ese sinsentido apelando, precisamente, a la conexión entre Universidad, ciencia y docencia. Si la reforma se acaba llevando a la práctica será cada vez más habitual que un profesor imparta asignaturas ajenas a su formación y es lógico pensar que, en tal tesitura, se limitará a trasladar a los estudiantes un saber básico sobre ellas carente de todo sentido crítico, que es, precisamente, lo que promueve la libertad de cátedra en relación con el avance de la ciencia. EXPÓSITO considera, acertadamente, que «la imposición del deber de impartir otras enseñanzas distintas del área de conocimiento en la que se adscribe constituye un grave y flagrante atentado a la libertad de cátedra»¹²¹.

El último bastión en la defensa de la especialización científica y el conocimiento crítico lo constituyen, en el seno de las Universidades, los Departamentos. Tampoco es casual que el Ministerio de Universidades esté revisando los criterios de constitución de los mismos. El borrador de Real Decreto en esta materia permite a las Universidades exigir entre treinta y cincuenta profesores integrados en los mismos para que puedan sobrevivir. Aunque la tramitación de esta norma se haya suspendido por la convocatoria electoral, resulta claro que su eventual tramitación y aprobación terminará con las células especializadas en la ciencia y el conocimiento, convirtiéndolos en un conglomerado desmembrado de saberes e intereses. La eventual obligación de que los Departamentos cuenten con más miembros compromete no sólo su vinculación con la ciencia, sino también las

¹²⁰ MATIA PORTILLA, Francisco Javier: «Los límites...», *cit.*, pp. 29-30.

¹²¹ EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta: «Libertad...», *cit.*, p. 13.

posibilidades reales de actuar como un contralímite al poder rectoral que sirva para proteger, entre otras cosas, la libertad de cátedra de sus docentes.

En resumen, vamos a Universidades Públicas ideologizadas (si el Tribunal Constitucional no lo remedia), que contarán con mayores estructuras en torno al rectorado y menores en lo que atañe a los profesores, con una menor especialización de estos en el ejercicio de su función docente y con menores contralímites internos que protejan a los profesores individualmente considerados frente a las decisiones universitarias que comprometan su libertad de cátedra. Esperemos que los tribunales no flaqueen en la defensa de este derecho fundamental que resulta esencial para la pervivencia de la Universidad rectamente entendida.

LA REFORMA EDUCATIVA COMO PROYECTO POLÍTICO DE TRANSFORMACIÓN DEL PARADIGMA DE MODERNIZACIÓN LIBERAL RESTRINGIDA

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Universidad de Granada

«La función de la educación es transmitir a las nuevas generaciones un conjunto de conocimientos y de habilidades sociales y profesionales, así como de principios, valores, ideales y creencias alentados por el conjunto social. El cumplimiento de estas funciones por medio del sistema educativo junto con la actividad cruzada de otros agentes sociales (familia, grupos de iguales, medios de comunicación, etc...) permite que las personas se diferencien en su integración social, convirtiéndose precisamente en individuales, únicas. Por tanto, en una sociedad democrática, el sistema educativo debe garantizar que estas funciones se cumplen de manera abierta, no dogmática ni adoctrinadora, sino del respeto al pluralismo ideológico y cultural, valor central y sustentante del Estado constitucional, única manera de hacer realidad una formación que, además de adecuarse eficazmente a las necesidades socio-económicas, permita el libre desarrollo de la personalidad».

GREGORIO CÁMARA VILLAR¹

La educación tuvo ya un lugar importante en el pensamiento de Krause. La cuestión educativa, tuvo una especial centralidad en esta dirección de pensamiento a escala europea y desde una óptica predominantemente fröbeliana². De ahí la

¹ Cfr. CÁMARA VILLAR, G.: «El derecho a la educación (Artículo 27)», en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, MONEREO, J. L., MOLINA, C. y MORENO, M. N. (dirs.), Granada, Comares, 2002, pp. 979-980.

² Véase UREÑA, E. M.: «El krausismo como fenómeno europeo», en UREÑA, E. M. y ÁLVAREZ LÁZARO, P. (Eds.): *La actualidad del krausismo en su contexto europeo*, Madrid, Editorial Parteluz-Universidad Pontificia de Comillas, 1999, págs.15 y sigs.

constitución de instituciones educativas como la «Asociación General para la Educación» («Allgemeiner Erziehungsverein»)³.

En la tradición del liberalismo social español se enfatizó siempre el papel de la «educación republicana», de ordinario en estrecha vinculación con la solución del problema social. Por lo demás, la educación generalizada siempre tuvo una especial centralidad, dada su vinculación con la democracia y la solución del «problema social»⁴. En el ideario reformador del krauso-institucionismo presidía esa idea de la reorganización de la sociedad por la enseñanza⁵. Se trataba de un pro-

³ Véase UREÑA, E. M., y VÁZQUEZ-ROMERO, J. M.: *El krausismo alemán. Los congresos de filósofos y el krausofröbelismo*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas-Colección LK; del Instituto de Investigación sobre Liberalismo, Krausismo y Masonería, 2002, Capítulo V.

⁴ Esa centralidad en los programas de los partidos se percibe en la obra de consulta indispensable de ARTOLA, M.: *Partidos y Programas políticos, 1808-1936*, 2 volúmenes, Madrid, Alianza editorial, 1991. Una perspectiva histórica de conjunto muy completa en CAPITÁN DÍAZ, A.: *Republicanismo y educación en España (1873-1951)*, Madrid, Dykinson, 2002, págs. 17-288, y la bibliografía allí citada. En esta misma obra se dedica un capítulo IX a pedagogía y pedagogos del exilio republicano en América (*Ibid.*, págs. 289-373). No es baladí hacer notar que Alfonso Capitán Díaz falleció el 18 de junio de 2004 a los 68 años de edad, víctima de un infarto, Catedrático de Teoría e Historia de la Educación de la Universidad de Murcia y profesor con anterioridad, de esta misma área, en las Universidades de Granada y Complutense de Madrid. Su obra estuvo dedicada a la investigación de las cuestiones educativas. Véase también NUÑEZ, C. E.: *La fuente de la riqueza. Educación y desarrollo económico en la España Contemporánea*, Madrid, Alianza Editorial, 1992.

⁵ Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J. L.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos*, Barcelona, Atelier, 2023, espec., pp. 33 y ss. Se ha podido hablar de «redención nacional por la enseñanza», al hacer surgir un hombre nuevo y contribuir a mejorar las condiciones materiales de la vida humana; rememorando el mensaje de Joaquín Costa de «escuela y despensa», pero yendo más allá para afrontar las desigualdades existentes entre las clases sociales. Cfr. LÓPEZ MORILLAS, J.: *Racionalismo pragmático. El pensamiento de Francisco Giner de los Ríos*, Madrid, Alianza editorial, 1988, págs. 43 y sigs. Una de las preocupaciones de los krausistas social liberales era evitar que la escuela lejos de ser instancias de formación integral en la autonomía, se convirtieran en instrumentos de reproducción y legitimación de las desigualdades sociales e instrumentos de transmisión de las ideologías dominantes. De manera que las estructuras educativas deben evitar esa instrumentalización tanto de la política del poder como la política cultural. Esa preocupación no resultaba ajena a la constatación de una realidad marcada por la existencia de poderes públicos (formación pública de élites orientadas hacia determinadas actitudes) y privados (por ejemplo, la Iglesia Católica). En este sentido mucho después se hablaría de la reproducción de esferas de dominio y de élites captadas con un alto «capital cultural». En este sentido BOURDIEU, P. y PASSERON, J.-CL.: *La reproducción. Elementos para una teoría del sistema de enseñanza*, Barcelona, Laia, 1977; BOURDIEU, P.: *Capital cultural, escuela y espacio social*, México, Siglo XXI, 1998; BERNSTEIN, B.: *La estructura del discurso pedagógico*, Madrid, Morata, 2001. Por otra parte, Gramsci había puesto de manifiesto que la conexión entre la educación y la hegemonía política, de manera que a través del diseño del sistema educativo se podía articular una hegemonía político-cultural de una ideología determinada instituyendo nuevas formas de subordinación cultural y conformación de las mentalidades propicias para legitimar un concreto orden establecido. Véase GRAMSCI, A.: *La formación de intelectuales*, trad. Á. González Vega, edición, revisión y estudio preliminar, «El sistema educativo y la función de los intelectuales en una nueva sociedad regulada» (pp. VII-LIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2020; MONEREO PÉREZ, J.L.:

yecto sustancialmente político de renovación político social y pedagógica del krausoinstitucionismo en el largo periodo que transcurre desde el último tercio del siglo diecinueve al fatídico año de 1936 con el golpe de Estado franquista y el surgimiento de la Guerra Civil. La implantación de la Dictadura Franquista suprimió todo vestigio de ese proceso de modernización sociopolítica y pedagógica, el cual presuponía, de suyo, la existencia de un régimen de democracia constitucional pluralista.

En Giner de los Ríos⁶, como en otros autores liberales progresistas como es el caso J. Dewey y Hobhouse, y dentro de la misma corriente krausista española

«La construcción de la hegemonía en Gramsci: la política como lucha por la hegemonía», estudio preliminar a GRAMSCI, A.: *Materialismo, filosofía y política moderna*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2017, págs. IX-CL. Donde se hace explícito que las cuestiones pedagógicas se debe insertar en el conjunto del pensamiento gramsciano y señaladamente lo que es necesario es enmarcarlas de su concepción de la filosofía de la praxis (acción), la cual está vinculada a una filosofía de la acción frente a una realidad que es necesario afrontar críticamente para su continuada transformación. En este marco la educación implica dirección de pensamiento (actividad educativa dirigida), sin desconocer los elementos espontáneos que surgen inevitablemente, pero vinculada al entorno cultural y al problema de la cultura y a la hegemonía cultural (para Gramsci toda relación de hegemonía es necesariamente una relación pedagógica que trata de transformar las mentalidades y que, por tanto, toda ideología de poder incorpora un proyecto pedagógico más o menos definido). En sentido histórico, todo sistema educativo está condicionado por los marcos culturales hegemónicos preestablecidos en cada momento. Resulta, pues, inevitable que los sistemas educativos se encuentren expuestos a una lucha cultural para transformar la mentalidad en un sentido de lucha por la hegemonía (la cultura y la educación como campos de lucha de hegemonía). Y desde ahí se comprende y explica la misma filosofía, la histórica, la política y la pedagogía moderna. Asimismo, GRAMSCI, A.: *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y el Estado modernos*, traducción y notas de José Aricó revisión, edición y estudio preliminar, «El espacio de lo político en el pensamiento de Antonio Gramsci», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2018. Una perspectiva general puede encontrarse en SEMERARO, A. (a cura di): *L'educazione dell'uomo completo. Scritti in onore di Mario Alighiero Manacorda*, Firenze, La Nuova Italia, 2001; PAGANO, R.: *Il pensiero pedagogico di Antonio Gramsci*, Milano, Monduzzi, 2013.

⁶ No se puede desconocer el hecho de que la mayoría de las publicaciones de este pensador liberal progresista, y, desde luego, el centro de su actividad profesional y personal, de Giner estuvo constituido por la educación y la enseñanza. Es suficiente reparar en el lugar que ocupa esta problemática en todas sus vertientes (incluidas las reflexiones sobre las experiencias comparadas) en el conjunto de sus *Obras Completas*: el t. II («La Universidad española»), el t. V («Estudios sobre educación»), el t.X («Pedagogía universitaria»), el t. XII («Educación y Enseñanza»), los t. XVI, XVII y XVIII («Ensayos menores sobre educación y enseñanza») y el t. XIX («Informes del Comisario de Educación de los Estados Unidos»). O la recopilación de trabajos, que se habían publicado en su mayor parte en el «Boletín de la Institución Libre de Enseñanza», GINER DE LOS RÍOS, F.: *Pedagogía universitaria. Problemas y noticias*, indicando su condición de Profesor en la Universidad de Madrid y en la Institución Libre de Enseñanza, Barcelona, Sucesores de Manuel Soler-Editores, s/f. A ello hay que añadir la dimensión pedagógica que de modo horizontal o transversal se filtra en prácticamente todos sus escritos fundamentales. Por ello es un reflejo más de la condición de Giner como un «Educador» y «Pedagogo» eminente.

Adolfo Posada, la educación es uno de los pilares de la democracia, pues de lo que se trata es de formar hombres⁷ («personas» diríamos en el lenguaje inclusivo de hoy) con capacidad de decisión; de formar ciudadanos libres⁸. La educación del ciudadano en y para la democracia es una constante de la teoría de la democracia⁹ y se le ha vinculado como una condición existencial para que se puede producir un debate público en la sociedad y en el proceso de toma de decisiones en las sociedades democráticas, siendo el debate un momento dinámico que precede a la decisión en el marco de una política deliberativa¹⁰ y de la política participativa de todos los individuos (dándoles voz) a través de distintos mecanismos pluralistas creados en la sociedad civil. Para, a su vez, esa participación del hombre-ciudadano

⁷ GINER DE LOS RÍOS, F.: «El espíritu de la educación en la Institución Libre de Enseñanza», en *Obras Completas*, Tomo VII, Madrid, Espasa-Calpe, 1922, pág.30. Esa continuidad de pensamiento es significativamente continuada por Fernando de los Ríos y puesta en práctica por él después como Ministro de Instrucción Pública durante la Segunda República. Ya antes, RÍOS URRUTI, F. DE LOS: «El valor de la educación. Sentido y alcance de la socialización de la enseñanza», en RÍOS URRUTI, F. DE LOS: *El sentido humanista del socialismo*, Madrid, Javier Morata, 1926, pág. 99 (la enseñanza ha de ser socializada. La democracia lleva en sí la aspiración a ensanchar sus fronteras y por su lógica interna conduce a que se extienda a lo social, es decir, a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. La socialización de la enseñanza constituye la etapa postrera de la democracia política en la vía de la cultura generalizada). Reditada: RÍOS URRUTI, F. DE LOS: *El sentido humanista del socialismo*, estudio preliminar de E. Díaz, Madrid, Castalia, 1976. Asimismo, en la edición de las *Obras Completas de Fernando de los Ríos*, edición de T. Rodríguez de Lecea, Madrid, Anthropos-Fundación Caja de Madrid, 1997. Puede consultarse CÁMARA VILLAR, G. «Fernando de los Ríos y la política educativa de la Segunda República», en *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, 37/38 (2000), págs. 117-138; CÁMARA VILLAR, G. (ED.): *Fernando de los Ríos y su tiempo*, Granada, Universidad de Granada, 2000; ZULUETA, J. D.: «Fernando de los Ríos y la Institución Libre de Enseñanza», en *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, 37/38 (2000), págs.117-138.

⁸ La exigencia estaba en cierto modo implícita en la atención prestada por el krausismo a la ignorancia del derecho. Véase al respecto COSTA, J.: *Ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referéndum y la costumbre*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, que significativa reclama en su apoyo a MENDER, A.: *El derecho civil y los pobres*, trad. y estudio preliminar de Adolfo Posada, Madrid, 1898 [reeditada Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), con revisión y estudio preliminar de J.L.Monereo Pérez, 1998].

⁹ Es el caso, por ejemplo, de TOCQUEVILLE, A.: *La democracia en América*, Madrid, Trotta, 2010, pág. 522, indicando que no es suficiente enseñar a los individuos a leer y a escribir para convertirlos inmediatamente en ciudadanos, pues la verdadera cultura nace principalmente de la experiencia de autogobierno facilitada por una previa educación ciudadana. Por eso hay que ir más allá de la adquisición de conocimientos abstractos entrando en contacto con la realidad (*Ibid.*, págs.434-485). En análogo sentido STUART MILL, J.: *Del gobierno representativo*, Madrid, Tecnos, 2007, págs.158-160, animando a la participación en la esfera política para educarse en la ciudadanía a través de la experiencia de diálogo y debate con los conciudadanos. De manera que a través de esa participación en los asuntos públicos —y en el debate público—, el hombre-ciudadano estará en condiciones de entender que forma parte de la comunidad, y que el interés público es también el suyo como parte de ella (*Ibid.*, pág. 67).

¹⁰ Así se ha manifestado, señaladamente, HABERMAS, J.: *Facticidad y validez. Contribución a una teoría discursiva del derecho y de la democracia* (1992), Madrid, Trotta, 1998, pág. 380.

dadano activo (ciudadanía activa), exige una *voluntad formada* capaz de establecer un diálogo comunicativo en la sociedad civil y en las relaciones entre individuos, asociaciones y, sociedad civil y Estado. Es ésta un problema que persiste en nuestra época histórica, aunque sea bajo nuevas manifestaciones evitando transposiciones históricas que desnaturalicen el pensamiento de nuestros autores clásicos. Por lo demás, las cuestiones educativas han sufrido una auténtica metamorfosis, haciéndose más complejas en todos los niveles del aparato educativo.

Según Giner la educación —que defendía como un derecho universal de todos— debe estar encaminada a «la *formación general* del hombre, como hombre, no en su especialidad profesional, como abogado, como industrial, como científico, labrador, maestro, médico, etc.»¹¹. Formar ciudadanos autónomos y comprometidos, al propio tiempo, con la sociedad. Y ello en todos los ámbitos del sistema educativo, incluyendo la educación universitaria: «La Universidad, como el grado más alto de educación y de sus organismos, ofrece la unidad superior de los diversos órdenes de estudios y profesionales, diferenciados en su mayor complejidad; como la Escuela primaria los ofrece en su unidad indistinta, trayéndolos a *formar el hombre todo*, mediante su orientación en las direcciones capitales de la cultura propia de cada tiempo y el ejercicio integral de cuentas fuerzas constituyen la persona»¹². Es manifiesto que ya en Giner de los Ríos el Proyecto Educativo y de

¹¹ GINER DE LOS RÍOS, F.: «Problemas urgentes de nuestra educación nacional», en *Obras completas de Francisco Giner de los Ríos*, vol. 16, t.1, Madrid, Espasa-Calpe, 1927, pág. 91; GINER DE LOS RÍOS, F.: «Problemas de la Segunda Enseñanza» (1892), en *Obras Completas de Giner de los Ríos*, vol. XVII, t. II, págs. 140 y sigs.

¹² Añade, oportunamente, que «En cierto modo, parece que la Universidad es, o debería serlo, al menos, el coronamiento de la serie profesional entera (sin excepción alguna), llegada, en los intelectual, a cualidad científica y al más libre y enérgico aprendizaje en la práctica; y, coronamiento, juntamente, de aquel *humanismo*, cuyo germen excita en sus primeros rudimentos la Escuela. Quizá por esto no ha habido un solo progreso en la educación reflexiva que no se haya iniciado en la del niño: desde la intuición, vgr., Pestalozzi, al culto presente de la libertad, del *selfgovernment*, de nuestra concentración individual, y a la vez, e indivisiblemente, y por lo mismo, de nuestra dispersión necesaria en el mundo... Entre ambas, la Universidad y la Escuela, flota la segunda enseñanza, tan pronto enlazándose a la primaria, como término superior de una serie continua —la de la educación general— tan pronto esquivando este enlace y prefiriendo la misión propedéutica de la Edad Media, más o menos vagamente, le asignaba a la entrada de las Universidades». Destacando el papel de juego en la enseñanza. Cfr. GINER DE LOS RÍOS, F.: *Pedagogía universitaria. Problemas y noticias*, indicando su condición de Profesor en la Universidad de Madrid y en la Institución Libre de Enseñanza, Barcelona, Sucesores de Manuel Soler-Editores, s/f., págs. 7-9 y 101 y sigs. Giner insiste, por otra parte, en que la formación tiene que ser integral y que la universidad debe evitar el «especialismo exclusivo», dada la conciencia de la solidaridad entre todos los órdenes del conocimiento. Ha de buscarse un «cultura general», que no tiene por qué ser abstracta, para la «educación total del hombre» (*Ibid.*, págs. 29 y sigs.). La idea de Universidad se resuelve en combinar la dimensión humanista de escuela y vida, científica y profesional. Ha de ser un centro para formar hombres de ciencia, orientados en sus varias corrientes y capaces de dirigirlos en su caso. Dirigir la educación total humana desarrollando la personalidad individual y al mismo tiempo el sentido cívico. Prepara no sólo para las diversas profesiones sociales, y para la vida,

reforma social, que partía de una concepción organicista de la sociedad y del Estado, estaba al servicio de una proyecto político pragmático de transformación del modelo de sociedad desde una ideología liberal social que se apartaba radicalmente del liberalismo abstracto individualista que pretendida separar (al menos teóricamente) el Estado y Sociedad como instancias separadas y obedecientes a una lógica propia y distinta.

Giner pertenece a la categoría de los grandes maestros que «prenden fuego en las almas nacientes de sus discípulos, algo más escaso que los artistas virtuosos o los sabios», y dentro de un modelo de relación que favorece el intercambio de ideas. El maestro aprende del discípulo y es modificado por esa interrelación en lo que se convierte, idealmente, en un proceso de intercambio. En este sentido su vida ha sido una «lección de maestro», por decirlo con George Steiner¹³. Era la suya una visión humanista e ilustrada de la educación. Giner tenía la enseñanza como una vocación a la cual se ve llamada. De ahí también su exhortación a la responsabilidad de la enseñanza. Un espíritu abierto y pluralista, por su afán permanente de compartir saberes e inquietudes y también por su compromiso con sus alumnos (su empeño en educar hombres, y no solo instruir), con sus discípulos (despertándoles dudas, sembrando inquietudes, formándolos para la disconformidad y la crítica, abriendo caminos y permitiendo recorrerlos desde el más absoluto respecto a la libertad de cada uno, y estando siempre dispuesto a prestar el consejo y la ayuda precisa), con la Enseñanza institucional (participando activamente en la permanente y necesaria renovación de las instituciones educativas y, especialmente, desde su dedicación a la Institución Libre de Enseñanza) y compromiso, igualmente, con la sociedad de su tiempo (el formar hombres y su insis-

en su infinita complejidad y riqueza. Estimula al par, con la vocación al saber, la reflexión intelectual y la indagación de la verdad en el conocimiento, el desarrollo de la energía corporal, el impulso de la voluntad, las costumbres puras, la alegría de vivir, el carácter moral, los gustos sanos, el culto del ideal, el sentido social. De ahí que se dirige hacia un tipo de vida cada vez más completo, no el adiestramiento cerrado de una minoría. Una educación abierta a todos los horizontes del espíritu, que llegue a todas las clases e irradie hacia todos lados su acción vital, no solo de conocimiento, y no digamos de mera instrucción, sino de ennoblecimiento, de dignificación, de arte, de cultura y de goce. Esa Universidad, con extensión popular, que le da por alumnos todas las edades y las clases, la colonia rural y la urbana, la cantina, los baños, el alpinismo, la audición musical, los juegos y deportes, el periódico, el libro, la biblioteca circulante, las excursiones al campo, a la granja, al museo, a la mina, al monumento, al taller, y tantas otras vías de infiltración, ahondando en la *unidad del alma nacional*, difunda en buena hora por todos sus ámbitos *el anhelo de una sociedad y una vida cada vez más humanas* (*Ibid.*, págs. 44-46). Asimismo, GINER DE LOS RÍOS, F.: «Discurso inaugural del curso 1880-81», en *Ensayos*, Madrid, 1969, pág. 102-117; GINER DE LOS RÍOS, F.: *Ensayos menores sobre educación y enseñanza. Obras Completas. XVII, Tomo II*, Madrid, Espasa-Calpe, 1927, espec., págs. 127 y sigs., y 161-175.

Se expone así toda una concepción de la educación general como un proceso continuo, con fase entrelazadas y sin compartimentos estancos.

¹³ STEINER, G.: *Lecciones de los maestros*, Madrid, Siruela, 2004, espec., 15 y sigs.

tencia en la educación estaba pensado para la doble finalidad de favorecer la creación de hombres libres y responsables social y políticamente en el ejercicio de las tareas sociales y políticas). La educación es el arte de formar hombres libres, y en ella residiría el verdadero impulso hacia el ideal de la humanidad mediante una transformación y progreso social gradualista, pacífico y armonioso. Es, pues, la regeneración social a través de la educación humanista¹⁴, donde vivir es pensar; es registrar la existencia como un ilimitado flujo de pensamiento reflexivo y crítico. Por ello la educación tiene que ser integral, en cuanto que tiene que desplegarse en todos los aspectos físicos e intelectuales del desarrollo de la persona humana en sociedad¹⁵. En el pensamiento de Krause la educación liberadora de las limitaciones del hombre es elevada a un derecho legítimo que debe garantizarse durante toda la vida de la persona¹⁶. La defensa de una reforma educativa era un componente esencial de la más amplia reforma sociopolítica; una condición inherente y previa para la realización efectiva de un régimen democrático¹⁷. El ciudadano tiene que tener una buena instrucción para estar en condiciones de participar activamente en la vida social y en el proceso político¹⁸. Es necesaria una *pedagogía*

¹⁴ Véase, en general, PALACIO, I.: *Rafael Altamira: Un modelo de regeneracionismo educativo*, Alicante, Publicaciones de la Caja de Ahorros Provincial, 1986. Para la posición socialmente avanzada de Rafael de Altamira y Crevea, véase ALTAMIRA, R.: *Cuestiones obreras*, Valencia, Editorial Prometo, 1914 (el Prólogo de Altamira es Enero de 1914), que ya diferencia nítidamente entre «Cuestiones de Cultura» (*Ibid.*, págs. 11 y sigs.) y «Cuestiones de moral y Derecho» (*Ibid.*, págs. 159 y sigs.).

¹⁵ Posada encontró afinidades con Guyau, véase POSADA, A.: «M. Guyau», Prólogo a la obra de GUYAU, J. M.: *La educación y la herencia. Estudios sociológicos*, trad., y prólogo de A. Posada, Madrid, La España Moderna, s.a., pág. 20. Incidiría en su pensamiento precisamente en su libro *Ideas pedagógicas modernas*, Madrid, Librería Gral. De Victoriano Suárez, 1892. Para Guyau la educación debe tender a que en cada momento el individuo pueda desplegar su actividad en todos los órdenes con la mayor intensidad y expansión posibles.

¹⁶ Véase QUEROL FERNÁNDEZ, F.: *La filosofía del Derecho de K. Ch. F. Krause*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2000, págs. 394 y sigs.

¹⁷ Este enfoque de la educación para la democracia era mantenido también por Ortega, bajo la influencia de la escuela neokantiana de Marburgo y Baden. Véase ORTEGA Y GASSET, J.: «La reforma liberal» (1908), *Faro*, núm. 1, 23 de febrero de 1908, y «La Liga de Educación Política» (1913), en *Obras Completas*, t. X, Madrid, Alianza Editorial y Revista de Occidente, 1983, págs. 31 a 38, y 246 a 249. Varios años después Fernando de los Ríos, también recogiendo el impulso del neokantismo de Cohen y Natorp, defendería la trascendencia de la educación del individuo para el buen gobierno democrático. Cfr. DE LOS RÍOS, F.: *El sentido humanista del socialismo* (1926), edición anotada e introducción de Elías Díaz, Madrid, Castalia, 1976.

¹⁸ La insistencia en la educación fue muy importante en todas las grandes corrientes reformistas de su tiempo, aparte del krausismo (Giner, Azcarate, Posada, Buylla, Morote, Leopoldo Palacios Moroni, Juan Uña y Sathou, etcétera), en el que el componente educativo fue persistente. Es el caso del Solidarismo (Leon Bourgeois; Emilio Durkheim, que, como se sabe, escribió varias obras fundamentales sobre educación), el socialismo de cátedra (Schmoller; Wagner, Brentano, etc.) y el catolicismo social (Ketteler, el círculo de las Malinas, Severino Aznar, Álvaro López Nuñez, etc.). En caso de nuestro José Maluquer y Salvador, no tuvo una adscripción absoluta, sino que recibió la influencia de varias corrientes de pensamiento reformista, ya que fue un liberal republicano regeneracionista, de

nueva para la democracia y el ejercicio libre y responsable del sufragio universal. Pero, además, para ello la enseñanza en sí debe ser democrática, más horizontal y menos vertical. La educación permite hacer personas libres y dotadas de autonomía. Pero en un ámbito más amplio y colectivo es educación para la democracia, haciendo ciudadanos, y con ello uniendo todos los esfuerzos para el progreso de la humanidad¹⁹.

En este orden de ideas, decía Giner en sintonía con el pensamiento de Thi-berghien, «en una enseñanza de *laboratorio*, por decirlo así, familiar, cooperativa, socrática, aquel aislamiento es imposible. No hay modo de evitar las preguntas, observaciones y reparos con que el discípulo nos obliga a tenerlo siempre delante y a ocuparnos de sus necesidades mentales... Por fortuna, ésta es muy sencilla y puede formularse así: que el maestro sea a la vez *maestro y discípulo*»²⁰. La filosofía pedagógica de Giner de los Ríos, en cierta medida se asemejaba, en la percepción de la época y en la tradición del krausismo español desde dentro, al «método socrático» y discursivo de reflexión e interrelación entre maestros y alumnos²¹. Ya se ha indicado aquí que la pedagogía del krausismo social liberal reflejaba un proyecto cultural y de reforma estructural de dimensión política, pues lo que se pretendía era una regeneración y modernización de nuestro país estructuras fundamentales²². Ahora bien, cabe añadir que en realidad los postulados de esta filosofía pedagógica no estaba muy lejos de las corrientes más avanzadas de su tiempo, las cuales trataban de superar las rígidas estructuras educativas tradicionales de «transmisión» mecánica y dogmática de conocimientos y, por otra parte, desligadas de la considerada realidad «exterior». Los movimientos pedagógicos contemporáneos

fuerte ideario social y cristiano. Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

¹⁹ En esta dirección de pensamiento se había señalado que la educación es el método fundamental de progreso y de las reformas sociales. Cfr. DEWEY, J.: *Mi credo pedagógico*, Buenos Aires, Losada, 1967, pág. 64.

²⁰ «Un peligro de toda enseñanza» (1884), en *Educación y enseñanza*, en *Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos*, t. XII, Madrid, Espasa-Calpe, 1933, págs. 101 a 107, en particular págs. 101-102.

²¹ Véase CEREZO GALÁN, P.: «Giner de los Ríos: El «Sócrates español». De la política a la pedagogía», y GARCÍA-VELASCO, J.: «Giner y su descendencia. La Institución Libre de Enseñanza y la cultura española contemporánea», VIÑAO, A.: «Las innovaciones educativas de la Institución Libre de Enseñanza», en GARCÍA-VELASCO, J. y MORALES MOYA, A. (eds.): *La Institución Libre de Enseñanza y Francisco Giner de los Ríos: nuevas perspectivas. 2. La Institución Libre de Enseñanza y la cultura española*. Madrid, Fundación Francisco Giner de los Ríos [Institución Libre de Enseñanza] / Acción Cultural Española, 2012, págs. 29 y sigs., 97 y sigs., 421 y sigs., respectivamente; MOLERO PINTADO, A.: *La Institución Libre de Enseñanza. Una propuesta de reforma pedagógica*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000, espec., págs. 65-113.

²² Paradigmáticamente, GINER DE LOS RÍOS, F.: «Problemas urgentes de nuestra educación nacional», en *Obras completas. T. XI. Filosofía y sociología*, Madrid, La Lectura, 1925 (También la edición de Espasa-Calpe, Barcelona).

han estado vinculados a proyectos de reforma política y, en cualquier caso, llevan en su racionalidad interna inequívocos presupuestos ideológicos de carácter político, social, ético y cultural. En el caso de Giner se buscaba el ideal de una formación integral, crear hombres libres en una sociedad democrática y pluralista, lo que conduce a formar personas capaces de ser auténticos ciudadanos activos, desde su interior y respecto a la esfera pública. La formación de ese hombre interior es también indispensable para *comprender y cumplir* con el Derecho con pleno conocimiento de causa y enderezar su conducta en el sentido de la justicia. Esa es la labor de la Institución Libre de Enseñanza. Realzaba Giner que «la función última de toda escuela, por encima de su enseñanza y mediante ésta, *es servir para la elevación ideal de un pueblo*, no sólo vivificando la idea y la emoción, es decir, el sentido de la vida real, en su profundidad grave y serena (...), haciendo vivir esta vida en una expresión poderosa, que sea al mismo tiempo un medio en que el esfuerzo de cada día cree hábitos cada vez más dignos del ser humano». De manera que esta educación necesita del concurso de todo «el sistema de condiciones sociales a las que su suerte está ligada indisolublemente: desde la difusión del bienestar material hasta la del conocimiento y del pensamiento objetivo (...), de todos los intereses, en fin, sin los cuales no podrían llegar nunca a su pleno florecimiento esas esperanzas que han puesto en han puesto en la escuela los Pestalozzi, los Horacio Mann, los Pécaut. Es, pues, una quimera querer esperar *todo* de la reforma del maestro; aún mucho menos, de la reforma de la escuela». La pedagogía debe ser verdaderamente social, hacerse extensiva «a las grandes masas desheredadas, no sólo de pan, sino de luz y de verdadera humanidad. El Estado debe también a esta obra de educación social su concurso en su forma propia, la parte más eficaz de su función»²³. Por ello puede concluir que «no es, pues, tan grande la distancia entre la educación y la acción gubernamental del Estado de hoy sin dirigir una mirada ambiciosa al de mañana», que tal vez sea la propia de las concepciones éticas del Derecho y del Estado²⁴.

²³ Cfr. GINER DE LOS RÍOS, F.: *Acerca de la función de la Ley*, Madrid, 1932, págs.18-19 (En esta edición no se hace constar la editorial, pero si observa que el original está «publicado en francés en el número de Agosto-Septiembre, 1908, de la *Revue Internationale de Sociologie*, París, y ahora por primera en castellano», *Ibid.*,pág.49), págs. 43-45. Añade, de inmediato y en una visión del pluralismo jurídico-social, que en realidad «Toda comunidad de vida, familia, corporación, ciudad, es por ello una comunidad de derecho, una fuerza para realizar el derecho..., cuyos órganos específicos son llamados a estimular, depurándolas, las tendencias de la comunidad y a dar a cada una de sus necesidades el carácter de un imperativo. La Ley, y en general la acción gubernamental, no es más que la sugestión de ciertas reglas de conducta reforzada por su carácter obligatorio» (*Ibid.*, págs. 45-46).

²⁴ Cfr. GINER DE LOS RÍOS, F.: *Acerca de la función de la Ley*, Madrid, 1932, págs.18-19 (En esta edición no se hace constar la editorial, pero si observa que el original está «publicado en francés en el número de Agosto-Septiembre, 1908, de la *Revue Internationale de Sociologie*, París, y ahora por primera en castellano», *Ibid.*,pág.49), pág. 49.

En realidad, el krausismo español fue, por fin, un movimiento de renovación ética y de significación pedagógica²⁵ y que llegó a su hora, y por eso arraigó en el espíritu colectivo; un movimiento más que de escuela, de tendencia, o bien de escuela, si ésta no se traduce en la elaboración de una dogmática construida, o de unos cánones, y se limita, y se limita a ser una común orientación de pensamiento, y una manera de considerar los problemas del pensar y del vivir. Fue, especialmente en Giner, una actitud mental y ética²⁶. Su filosofía social conduciría por lógica interna hacia la relevancia de la pedagogía²⁷, en el entendimiento de que toda transformación cualitativa de la organización de la sociedad presupone una mejora de la educación y cultura de las personas. Por eso ha de ser una educación integral en el desarrollo de todas las dimensiones de la personalidad humana (intelectual, ética, estética, física, como ser social)²⁸. La instrucción es un problema de

²⁵ En opinión Giner, «El problema de la regeneración de España es pedagógico, tanto o más que económico y financiero, y requiere una transformación profunda de la educación en todos sus grados». Cfr. «El problema de la educación nacional y las clases productoras» (1900), en *Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos*, t. XII, Madrid, Espasa-Calpe, 1933, págs.237 a 295, en particular pág.244. Hay que tener en cuenta que la labor de Giner de los Ríos en materia educativa tuvo la colaboración y continuación pertinente, creativa y eficaz en Manuel Bartolomé Cossío en el marco de la Institución Libre de Enseñanza. Véase el estudio biográfico de OTERO URTAZA, E. M.: *Manuel Bartolomé Cossío. Trayectoria vital de un educador*, Madrid, Publicaciones de la Residencia de Estudiantes/Consejo Superior de Investigaciones Científicas y amigos de la Residencia de Estudiantes, 1994, espec., Capítulo VI («Expansión institucionista e influjo personal»), págs. 251 y sigs.

²⁶ POSADA, A.: *España en crisis*, Madrid, Editorial Caro Raggio, 1923, págs. 173-174.

²⁷ La misma noción de persona enlazaba ya implícitamente el Ideal pedagógico, pues según Giner, «persona» «es todo hombre, en cuanto capaz de elevarse a la racionalidad distintiva de nuestro ser. Esta racionalidad, ya queda indicado en qué consiste. Es el poder de darnos cuenta, por lo que toca al conocimiento, de lo universal de las cosas, de formar de ello conceptos, analizarlos y concertarlos en el organismo de sus relaciones, construyéndolos en sistemas de principios y aplicándolos a la vida... En suma: la racionalidad es el poder de ser y vivir, más allá de lo limitado y la hora presente, en lo ilimitado y de todas las horas; o para decirlo de una vez: el *poder de educar* hasta despertar en nuestro ser y vida en el sentido de los supremo, divino y absoluto» (GINER DE LOS RÍOS, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos*, edición crítica y estudio preliminar, «El organicismo social de Giner de los Ríos (pp. IX-XXXIX)», de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008, págs.12-13). Al mismo tiempo reacciona contra la concepción individualista de la personalidad, tanto respecto a la persona individual como respecto a las «personas sociales, esto es, de aquellos organismo constituidos, en último extremo, por un ciclo de individuos que forman una comunidad de vida, ora voluntaria, como en las corporaciones; ora involuntaria, como en la nación; sea total, como el matrimonio; sea especial y par aun fin dado, como una asociación industrial..., comienza a ponerse fuera de duda la sustantividad del ser social...» Ahora bien, advierte, con Janet, Renouvier y Huxley, contra las consecuencias que «el supuesto paralelismo de la sociedad y el organismo natural, perezca la libertad ante la absorbente dictadura de los centros nerviosos, representados por el Gobierno». La teoría de la persona social supone un correctivo a las posiciones mantenidas por el «liberalismo clásico» atomístico (*Ibid.*, págs.19-20).

²⁸ Precisamente la idea de la educación integral era uno de los objetivos fundamentales del ideario y programa educativo de la ILE. La escuela (como la misma Universidad) no debe limitarse a la instrucción, debe ir mucho más allá encaminando su tarea a formar a los individuos para que sean

democracia; políticamente, la democracia es el gobierno de la mayoría (necesita, pues, la existencia de una comunidad de pensamiento y de una opinión pública²⁹, a las cuales la escuela ha de servir de base; la instrucción cívica es esencial para la democracia; mediante la instrucción se espera poner coto a las disfuncionalidades de la democracia, de manera que la instrucción remedie las insuficiencias de la democracia), e ideológicamente, la democracia está fundada en la igualdad que supone la cultura para todos (la cultura para todos se convierte en una garantía de efectividad)³⁰. Si es una educación para una ciudadanía, ello exige de suyo que el rechazo de cualquier modelo autoritario de escuela (y en no menor medida de Universidad), pues debe primar el diálogo y no disciplina sancionadora. En definitiva: la escuela debe basarse en principios democráticos³¹. En el enfoque de la democracia republicana la educación y «la libertad de enseñanza se incardinó en las coordenadas libertad/igualdad como lugar de referencia y, a la vez, como constitutivo determinante de la libertad del hombre. La instrucción es medio y ocasión de emancipación del pueblo»³²; un pueblo integrado por individuos

capaces de pensar libremente y de gobernar su propia vida en una sociedad democrática. Para ello debería proporcional al alumnado una formación completa, integral. Cfr. LUZURIAGA, L.: *La Institución Libre de Enseñanza y la educación en España*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1957, pág. 141. Asimismo, MOLERO PINTADO, A.: «El modelo de maestro en el pensamiento de la Institución Libre de Enseñanza», en *Revista Interuniversitaria de formación del profesorado*, núm. 0 (1987), págs. 7-22; MOLERO PINTADO, A.: *La Institución Libre de Enseñanza. Un modelo de reforma pedagógica*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000. En una perspectiva más general, PUELLES BENÍTEZ, M. DE.: *Modernidad, republicanismo y democracia. Una historia de la educación en España (1898-2008)*, Valencia, Tiran lo Blanch, 2009; VIÑAO, A.: *Escuela para todos. Educación y modernidad en la España del siglo XX*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

²⁹ La problemática no era, desde luego, ajena a las inquietudes del ILE. Véase, por ejemplo, la publicación de RÖDER, C.D.A.: «Teoría de la opinión pública», en *BILE*, XV, tomo II (1891), págs. 334-336, 342-344. Y con cierta proximidad a esas inquietudes, DEWEY, J.: *La opinión pública y sus problemas*, Madrid, Morata, 2004.

³⁰ Véase al respecto TURIN, Y.: *La educación y la escuela en España (1874-1902). Liberalismo y tradición*, trad. J. Hernández Alfonso, Madrid, Aguilar, 1967, cap. II, págs. 35 y sigs. También, el excelente «Estudio preliminar» de F. J. LAPORTA a GINER DE LOS RÍOS, F.: *Antología pedagógica de Francisco Giner de los Ríos*, Madrid, Santillana Ediciones, 1977, págs. 7 y sigs.

³¹ Este enfoque aparece reiterada en el pensamiento de Giner de los Ríos. Por el ejemplo en GINER DE LOS RÍOS, F.: *Obras completas. Vol. VII. Estudios sobre educación*, Madrid, La Lectura, 1922, págs. 34-35.

³² CAPITÁN DÍAZ, A.: *Republicanismo y educación en España (1873-1951)*, Madrid, Dykinson, 2002, pág. 29. Con el análisis de los intentos y realizaciones de la reforma educativa durante la I República española, *Ibid.*, págs. 87 y sigs. También, del mismo autor, *Los humanismos pedagógicos de Giner de los Ríos y Andrés Manjón*, Granada, Universidad de Granada, 1980. El autor subraya que lo que marcó de hecho el inicio del proceso de asimilación del pensamiento pedagógico republicano por el institucionalismo pedagógico fue la creación del «Museo de Instrucción Primaria» (2 de mayo de 1882) —posteriormente, «Museo Pedagógico Nacional»— y la celebración del Congreso Nacional Pedagógico (Madrid, 28 de mayo-5 de junio de 1882). La dirección del Museo Pedagógico correspondió a Manuel Bartolomé Cossío, discípulo de Giner y miembro destacado de la ILE. Al Congreso Pedagógico Nacional asistieron

dueños de sí mismos, realizar su proyecto personal de vida en sociedad, ser capaces de construir una propia opinión fundada y de asociarse libremente para los diversos fines de la vida humana. Se trata de hacer posible un ciudadano capaz de juzgar y de pensar la sociedad en que se inserta activamente³³. La nueva imagen del hombre que se postula es la una persona socializada y dotada de capacidad de intervenir en la toma de decisiones dentro de la sociedad en que se inserta. Ello no supone que la persona no esté dotada de formación técnica profesional, pero debe primeramente facilitarse una educación general para después proceder a una libre elección de profesión. Ahora bien: la especialización técnico-profesional deberá estar unida siempre a la cultura general adaptada a las exigencias de cada fase del ciclo de vida de la persona³⁴. De ello deriva que toda política democrática debe impulsar la instrucción de la nación y debe garantizar la igualdad a través de un acceso a la cultura para todos³⁵. Toda reforma política y social de largo alcance

por la ILE, Francisco Giner de los Ríos, Rafael M^a. Labra, Joaquín Costa, José de Caso, Joaquín Sama, Gumersindo de Azcárate, Germán Florez, Manuel B. Cossío y José Lledó. Esa imbricación de la doctrina pedagógica republicana con el institucionismo favoreció a todos, pues a los republicanos les permitió encontrar en la educación e instrucción popular una vía moderna de realización de su pensamiento político y social de carácter democrático; mientras que a los institucionistas les permitió enriquecer y modernizar su visión de la educación en el escenario político real de su tiempo histórico.

Al tiempo, el pensamiento pedagógico del reformismo español (esto es, el que corresponde al republicanismo «gubernamental», propiamente dicho, y, a partir de 1912, al «Partido Reformista») sería lugar de encuentro de diversas corrientes culturales, educativas, y de diferentes tendencias, diferenciadas en el campo social y en el plano político (incluidos el liberalismo radical-solidarista de la III^a República francés y la penetrante influencia de la Escuela de Marburgo a través de la mediación de Ortega y Gasset, José Perjo, García Morente y Fernando de los Ríos, entre otros, y el reformismo inglés de corte socialista moderado, como el de la «Fabian Society»). Esas influencias son perceptibles, en gran medida, a través de la obra «becada» de Leopoldo PALACIOS MORINI sobre *Las universidades populares*, cit. En realidad, se pone de relieve cómo los postulados educativos y pedagógicos de Giner de los Ríos —dentro de su republicanismo liberal de corte ético y social— y la ILS conectaban con las grandes corrientes de renovación pedagógica de tu tiempo en todos los países desarrollados. De manera que —más allá, como es obvio, de las circunstancias específicas de nuestro país— no conviene exagerar el «particularismo» absoluto de la ILS.

Asimismo, MORENO MARTÍNEZ, P. L.: «El Museo pedagógico nacional y la modernización educativa en España (1882-1941)», en GARCÍA-VELASCO, J. y MORALES MOYA, A. (eds.): *La Institución Libre de Enseñanza y Francisco Giner de los Ríos: nuevas perspectivas. 2. La Institución Libre de Enseñanza y la cultura española*. Madrid, Fundación Francisco Giner de los Ríos [Institución Libre de Enseñanza] / Acción Cultural Española, 2012, págs. págs. 459 y sigs.

³³ Véase ZULETA, E.: *Educación y democracia, un campo de combate*, Bogotá, Corporación Tercer Milenio, 1995, pág. 101. Véase NUN, J.: *Democracia, ¿gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?*, Buenos Aires, FCE, 2000.

³⁴ Paradigmáticamente, GINER DE LOS RÍOS, F.: *Obras completas. Vol. XII. Educación y Enseñanza*, Madrid, La Lectura, 1925, pág. 163.

³⁵ Véase CÁMARA VILLAR, G.: «El derecho a la educación (artículo 27)», en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo, J. L., Molina, C. y Moreno, M^a. N. (dirs.), Granada, Comares, 2002, y la bibliografía allí citada.

debe tener como eje central la transformación del hombre, de lo cual se ha de ocupar la educación. La función del Gobierno es esencialmente educativa, existiendo una proximidad entre el papel del legislador y el del educador: «no es una aproximación accidental. La función del Gobierno (Grecia lo ha visto como tantas otras cosas) es sobre todo una *función pedagógica*. No es, hay que recordarlo, una función creadora de fuerzas, de instituciones y de formas sociales, ni siquiera de leyes; no puede más que transformar en claridad el instituto, acentuar su dirección, revelándose con toda precisión posible su contenido sustancial y estimulándolo hacia su fin. La nación es la que tiene que responder con el éxito o el fracaso. Pero este trabajo para excitar el alma y la acción de un ser vivo, ¿es otra cosas que lo que llamamos educación?». Al respecto, es necesario no confundir «esta educación, en el sentido más amplio de la palabra, realizada por el Estado, ofreciendo por medio de la ley un tipo de acción y de vida, con su intervención —menos aún su monopolio— en la escuela y la Universidad, las bibliotecas y los Museos, en el fomento de «las ciencias y las artes». Sin duda, la escuela estatista, eclesiástica, laica, social, es siempre también una institución sustantiva para ayudar a la formación íntegra del alumno, no un recurso cualquiera, un suplemento a la ignorancia o a la miseria de las familias. No es tampoco una institución puramente intelectual; la instrucción comienza a no jugar más que un papel subordinado. La Universidad misma es llamada ante todo, no a propagar doctrinas, sino a desenvolver el espíritu científico, el amor a la investigación libre, la preocupación y el respeto de la verdad, colocando en segundo plano, o dejándolo a las bibliotecas, el cuidado de exponer la situación de los conocimientos en cada época... *La función última de la toda escuela, por encima de su enseñanza y mediante ésta, es servir para la elevación ideal de un pueblo*, no sólo vivificando la idea y la emoción, es decir, el sentido de la vida real..., sino hacer *vivir* esta vida en una expresión poderosa, que sea al mismo tiempo un medio en que el esfuerzo de cada día crea hábitos cada vez más dignos del ser humano³⁶. Pero es suficiente reparar en la entidad de esta tarea para comprender «bien que esta educación no puede pedir ya su concurso a la

³⁶ GINER DE LOS RÍOS, F.: *Acerca de la función de la Ley*, Madrid, 1932, págs.18-19 (En esta edición no se hace constar la editorial, pero si observa que el original está «publicado en francés en el número de Agosto-Septiembre, 1908, de la *Revue Internationale de Sociologie*, París, y ahora por primera en castellano», Ibid., pág.49), págs.40 a 43. En otro lugar Giner había observado que «La educación es, en resumen: una acción universal, difusa y continua de la sociedad (y aun del medio todo), dentro de la cual, la acción del educador intencional, que podría decirse, desempeña la función reflexiva, definida, discreta, propia del arte en los demás órdenes de la vida, de excitar la reacción personal de cada individuo y aun de cada grupo social para su propia formación y cultivo: todo ello, mediante el educando mismo y lo que él de suyo pone para esta obra, ya lo ponga espontánea y como instintivamente, ya en forma de una colaboración también intencional». Cfr. GINER DE LOS RÍOS, F.: «Sobre la idea de la educación», en *Pedagogía universitaria. Problemas y noticias*, en *Obras completas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1924, págs.11-12.

psicología general, sola, ni aun a la psicología individual, sino a todo el sistema de las condiciones sociales a las que su suerte está ligada indisolublemente: desde la difusión del bienestar material hasta la del conocimiento y del pensamiento objetivo, de la energía del sentimiento, de la pureza del espíritu religioso, de la potencia ética, del goce de la naturaleza y del arte...» De ahí que esta pedagogía debe extenderse «a las grandes masas desheredadas, no sólo de pan, sino de luz y de verdadera humanidad. El Estado debe también aportar a esta obra de educación social su concurso en su forma propia, la parte más eficaz de su función. Toda comunidad de vida, familia, corporación, ciudad, es por ello una comunidad de derecho, una fuerza para realizar el derecho, es decir, un Estado (como lo es el individuo mismo en sus límites), cuyos órganos específicos son llamados a estimular, depurándolas, las tendencias de la comunidad y a dar a cada una de sus necesidades el carácter de un imperativo. La ley, y en general la acción gubernamental, no es más que la sugestión de ciertas reglas de conducta reforzada por su carácter obligatorio»³⁷. Y concluye indicando que «no es, pues, tan grande la distancia entre la educación y la acción gubernamental del Estado de hoy sin dirigir una mirada ambiciosa al de mañana». Es en esa dirección «por la que parece que actualmente se encaminan las concepciones éticas del derecho y del Estado»³⁸. El compromiso estatal es tanto más necesario en lo relativo a las clases trabajadores³⁹.

La educación no ha de ser exclusivamente transmisión de saber; es ante todo formación integral del individuo, para fomentar su autonomía y también como presupuesto para su participación efectiva como ciudadano activo capacitado para

³⁷ GINER DE LOS RÍOS, F.: *Acerca de la función de la Ley*, cit., págs. 43 a 46. Ello conecta significativamente con la misma idea de educación para la humanidad que tiende a atemperar el carácter coercitivo del Derecho moderno. En efecto, aunque no se puede negar que el poder coercitivo es un rasgo del derecho moderno, «si se quiere pensar más en ello «se advertirá que el poder coercitivo parece, de día en día, perder la posición especial que había tenido desde Tomasius hasta Kant, y entraña, como cualquier otro, en el sistema general de las condiciones jurídicas...; y en fin, que se ha empezado a volver los ojos hacia otras garantías más sólidas: sobre todo hacia el hombre interior, la disposición del espíritu, los motivos de la conducta, y, por tanto, hacia esa educación contemporánea» (*Ibid.*, págs. 46-47). Se comprende que para Giner de los Ríos la ILE trate de formar hombres útiles al servicio de la humanidad y del interés nacional, pues no se trata de que el Derecho se cumpla por es coercitivo, sino ante todo porque se asume su necesario cumplimiento en la condición de ciudadanía de la persona. De este modo la educación de la ciudadanía no involucra la participación activa en la esfera de la opinión pública, pero también la observancia del Derecho (las reglas de juego de la comunidad organizada) como aptitud responsable de quien ostenta una ciudadanía en una sociedad democrática.

³⁸ GINER DE LOS RÍOS, F.: *Acerca de la función de la Ley*, cit., pág. 49.

³⁹ GINER DE LOS RÍOS, F.: «El problema de la educación nacional y las clases «productoras»», en *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, Año XXIV, núm. 478, Madrid, 31 de enero de 1900, págs. 1-8; 31 de mayo de 1900, págs. 129-135; y núm. 484, Madrid, 31 de julio de 1900, págs. 193-199. Recogido después en GINER DE LOS RÍOS, F.: *Obras completas. XII. Educación y enseñanza*, Madrid, Espasa Calpe, 2ª ed., 1933, págs. 237-295.

intervenir en la esfera pública. De ahí el importante papel reformador que atribuía a la educación en todos los niveles, desde la escuela hasta la Universidad. «El pueblo, es decir, todos los ciudadanos de un Estado, considerados sea como individuo, sea como integrantes de la comunidad social y política e interviniendo de una manera inmediata y personal en la dirección de las sociedades constituidas. En este aspecto, la necesidad de ocuparse de todos los elementos de un país, de velar por su formación educativa, extendiendo, según sus medios, todos los conocimientos, todos los bienes y con ellos el aire respirable y puro del espíritu, aparece como una consecuencia natural y precisa»⁴⁰.

Para el *republicanismo cívico* del krausismo español la formación de los individuos debería permitir la autonomía y la responsabilidad como dimensión de la libertad personal y también como elemento esencial de un régimen democrático. La educación es indispensable para el buen funcionamiento de una democracia y hace posible que el ciudadano pueda hacer frente a las responsabilidades derivadas del sufragio universal. Ello desembocaba con naturalidad en un programa de reforma de las instituciones docentes, en una de la reforma de la enseñanza a todos los niveles. El derecho a la educación laica (laicismo, sinónimo de neutralidad)⁴¹ formaba parte del «contenido social» de la democracia⁴². Para la Institución Libre de Enseñanza el problema de la regeneración de España es pedagógico y requiere una transformación profunda de la educación nacional a todos los niveles⁴³. Ani-

⁴⁰ POSADA, A.: *Política y enseñanza. Política pedagógica*, Madrid, Ed. Jorro, 1904, pág.213.

⁴¹ En realidad el régimen de la laicidad es la solución dada en los países democráticos al problema institucional de las relaciones del Estado y de la religión, de la libertad de conciencia, del estatuto de las Iglesias y de los cultos. Para la comprensión de sentido de jurídico y político (y su conexión con las formas políticas) de la «laicidad» continúa siendo útil el conjunto de ensayos recogidos en LATREILLE, A., HAORIOU, A., y otros.: *La laicidad*, Madrid, Taurus Ediciones, 1963, en particular, para su vinculación con la democracia (A.Hauriou; A.Bayet), respecto a su relación con la enseñanza (G. Debiere; L. de Naurois). Para el laicismo en el marco de la Institución Libre de Enseñanza y de la enseñanza en la Segunda República española, véase MILLÁN SÁNCHEZ, F.: *La revolución laica: de la Institución Libre de Enseñanza a la Escuela de la República*, Valencia, Fernando Torres, 1983.

⁴² POSADA, A.: *Política y enseñanza*, cit.,pág.216. Pero la educación es también la base para la influencia política de las clases subalternas. Cfr. POSADA, A.: «La educación del obrero como base de su influencia política», en *BILE*, 1889, pág.305.

⁴³ La labor de la ILE tuvo su continuador natural y coherente en Manuel Bartolomé Cossío, discípulo predilecto de Giner. Cossío, al igual que su maestro, centro su atención en la respuesta educativa a la cuestión social y política de su tiempo. La influencia del krausismo y de la ILE es decisiva para explicar la evolución cultural y política de España desde la Restauración hasta la II República. Los hombres de la Institución fundamentales fueron, sin duda, Giner y Cossío, cuya actividad educadora se basa en una concepción antropológica. Véase XIRAU, J.: *Manuel B.Cossío y la educación en España*, Barcelona, Eds. Ariel, 1969. También LUZURIAGA, L.: *La Institución Libre de Enseñanza y la Educación*, Buenos Aires, Impr. de la Universidad, 1957. Joaquín Xirau fue catedrático de la Universidad de Barcelona hasta 1939, y se formó, a partir de los estudios de doctorado, junto a Cossío, a quien siempre consideró como su maestro. Un estudio más detenido y actualizado es el de OTERO URTAZA, E. M.: *Manuel Bartolomé Cossío. Trayectoria vital de un educador*, Madrid, CSIC y Amigos de la Residencia de

ceto Sela hacía notar, con Buisson, que «el profesor es un diputado que defiende tácitamente ante la democracia la causa de la ciencia. Su enseñanza lleva a comprender qué servicios prestan al mundo los tan lejanos sabios: las oposiciones se atenúan, se suspenden las hostilidades y en su lugar nace una justa estimación de lo que la ciencia hace por la humanidad, por la sociedad, no sólo por el rico y el ocioso, sino también por el pobre y el trabajador. Y ese cambio de sentimientos beneficia a la paz social»⁴⁴. En cierta medida era tal la importancia que para la Revolución septembrina de 1868 y la Iª República que a su advenimiento pudo llegar a calificarse como «República docente»⁴⁵. En realidad la penetración del pensamiento republicano en el institucionalismo fue una derivación coherente de los supuestos ideológicos de la Institución Libre de Enseñanza⁴⁶. En la crisis de fin

Estudiantes, 1994, en la cual se realiza una exposición bien documentada sobre la expansión institucionalista, su influencia y límites.

⁴⁴ SELA, N.: «Once años de Extensión Universitaria en Oviedo» (Oviedo, octubre de 1905), en *La educación nacional. Hechos e ideas*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1910, pág.278. La obra de Buisson citada por Buisson es *La educación popular de los adultos en Inglaterra*, trad. y prólogo de Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna. Es así que para Sela «nuestras Universidades necesitan quizá más que otras cualesquiera salir de casa, bajar al pueblo, educarlo, colaborar en la gran obra de la educación nacional, de un modo más activo y de resultados más inmediatos que los que pueden esperarse del cultivo de la ciencia pura, que es su fin primordial» (*Ibid.*, pág.279). En definitiva la Extensión Universitaria se percibe como un medio institucional encaminado a contribuir a la «regeneración del país» (*Ibid.*,pág.283, con referencia a Altamira). Por ello, la Extensión Universitaria de Oviedo ha considerado siempre como su labor principal y más fructífera, la de las Clases populares dedicadas a los obreros para mejorar su cultura (*Ibid.*,pág.387). Precisamente por ello, aparte del conocimiento del «Derecho usual», Historia, Geografía, ciencias, Física y Química, etcétera, las Clases populares comprenden necesariamente la materia de *Instrucción cívica*, o estudio de los derechos y deberes del ciudadanos, *para el ejercicio de su función política y de sus relaciones con el poder público* (idea de la Constitución; presupuestos y contribuciones; régimen de las Diputaciones y Ayuntamientos; reemplazos del Ejército, etc.). En relación a lo cual, la matrícula de las Clases populares es absolutamente gratuita. (*Ibid.*, págs.388-389). El enfoque de la educación como elemento para solución de la cuestión social planteada por la ignorancia del trabajador era generalizado en el krausismo reformista social. Así, por ejemplo, BUYLLA, A.: «Prólogo» a PÉREZ DÍAZ, P.: *El problema social y el socialismo. Una solución*, Madrid, Imprenta Renacimiento, 1915, págs.X-XI (Pérez Díaz fue típicamente un iussocialista), y evidentemente COSTA, J.: *El problema de la ignorancia del derecho*, Buenos Aires, EJE, 1957 (Es el Discurso de ingreso que Joaquín Costa pronunció en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en el año 1901).

⁴⁵ Véase ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *Proceso secularizador y libertad de enseñanza en el derecho histórico español*, Málaga, Universidad de Málaga, 2001, págs.119 y sigs.

⁴⁶ Basta confrontar las «Bases generales» para la fundación del la ILE (marzo de 1876) y las personas que las redactaron, y también los distintos discursos de inauguración de los cursos. Ya resultaba emblemático el de GINER DE LOS RÍOS, F.: «Discurso inaugural del curso 1880-81», en *Ensayos*, Madrid, Alianza, 1969, págs.102 a 117, en el que reflejaba el modelo del humanismo pedagógico institucionalista que se desarrollaría plenamente en los planteamientos reformistas de Melquíadez Álvarez y Adolfo Posada y el institucionalismo de carácter socialista, con Fernando de los Ríos y Julián Besteiro. Véase al respecto CAPITÁN DÍAZ, A.: *Republicanism and education in Spain (1873-1951)*, Madrid, Dykinson, 2002, págs.111 y sigs.

del siglo XIX la idea muy extendida de regeneración tenía una impronta educativa, pues en los ambientes krausistas la regeneración del país reclamaba una reforma educativa necesaria para resolver los problemas sociales⁴⁷ a través de un proceso de democratización y de reforma social. Ese «regeneracionismo educativo»⁴⁸ conduciría a la defensa encarecida de la reforma del sistema educativo como una de las exigencias principales de la modernización de España. La educación estaría al servicio de una nueva política⁴⁹. La propuesta educativa de la institución ginerina quedaría vinculada a los proyectos encadenados: la secularización y la defensa de los valores republicanos expresados en las estructuras educativas⁵⁰. La educación a

⁴⁷ Desde la pedagogía krausista se ha advertido que «la educación triunfa de la miseria, de la inmoralidad y de la ignorancia, los tres factores principales del problema social, y contribuye, por lo tanto, de un modo eficazísimo a resolverlo». Cfr. SELA, N.: *La educación nacional. Hechos e ideas*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1910, pág.13. Se guardada un gran optimismo respecto de las virtualidades de una educación integral: «La educación —decía Sela en el marco de la Extensión Universitaria— acabará con las malas pasiones, los odios internacionales, las guerras que desencadenan, y conseguirá hacer reinar la paz en la tierra, y en el corazón humano los sentimientos de solidaridad y libertad» (*Ibid.*,pág.15).

⁴⁸ La ILE y el propio Giner y Cossío no son ajenos a las diversas propuestas de regeneracionismo educativo. El regeneracionismo institucionista pretende formar hombres que impulsen el cambio en las estructuras del Estado, con intentos de aproximación al movimiento obrero a través de la «extensión universitaria», que conformaba una acción marginal de educación de adultos, que tan sólo llegaba a las capas de trabajadores más cultivados. En este sentido la postura usual entre los institucionistas es de carácter tutelar sobre la cuestión obrera, donde el elemento educativo tendría un papel determinante para conseguir la colaboración entre las clases y evitar la confrontación abierta entre las mismas. Era una aplicación consecuente del organicismo social krausista. Ello se correspondía con las orientaciones del «nuevo liberalismo». Véase OTERO URTAZA, E. M.: *Manuel Bartolomé Cossío. Trayectoria vital de un educador*, CSIC y Amigos de la Residencia de Estudiantes, 1994, espec., págs.205 y sigs. Manuel Bartolomé Cossío se adscribió al republicanismo reformista.

⁴⁹ Ortega se había referido a ello en ORTEGA Y GASSET, J.: «Vieja y nueva política» (1914), en *Obras completas*, Tomo I, Madrid, Alianza/Editorial-Revista de Occidente,1987, págs. 265 y sigs., (realiza una exposición de los objetivos de la «Liga de Educación Política Española» y la diferencia radical respecto de los partidos políticos del momento) y en su ensayo ORTEGA Y GASSET, J.: «La pedagogía social como programa político», en *BILE*, XL, tomo II (1916), págs. 257-268; ORTEGA Y GASSET, J.: «La pedagogía social como programa político» (1910), en *Obras Completas*, Tomo I, Madrid, Alianza/Editorial-Revista de Occidente,1987. Véase CACHO VIU, V.: *Los intelectuales y la política. Perfil público de Ortega y Gasset*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000. Asimismo, MENÉNDEZ ALZAMORA, M.: *La Generación del 14. Una aventura intelectual*, Madrid, Siglo veintiuno de España editores, 2006, espec., 231 y sigs.

Sobre el ambiente del fin de siglo, puede consultarse STORM, E.: *La perspectiva del progreso. Pensamiento político en la España del cambio de siglo (1890-1914)*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001; CABRERA, M. y MORENO LUZÓN, J. (Coord.): *Regeneración y reforma. España a comienzos del siglo XX*, Madrid, Fundación BBVA, 2002; FUSI, J. P. y NIÑO, A. (eds.): *Visperas del 98. Orígenes y antecedentes de la crisis del 98*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1997; SALAVERT, V. y SUÁREZ CORTINA, M. (eds.): *El regeneracionismo en España*, Valencia, Universitat de València, 2007.

⁵⁰ Véase CAPITÁN, A.: *Republicanism y educación en España, 1873-1951*, Madrid, Dykinson,2002.

todos los niveles sería para ellos el instrumento esencial de la regeneración de España⁵¹, a través de una ciudadanía activa (solo posibilidad los individuos adquieren una formación apta para intervenir en la vida pública) y un democracia pluralista vertebradas, que supere esa queja orteguiana de la realidad historia de una «España invertebrada», marcada por la fractura social y la crisis política de su tiempo⁵². La educación era un instrumento irremplazable de la política de reforma social, y su función esencial era infundir la moral de la sociedad y el sentido del deber moral. La educación ha de introducir prácticas de producción de la solidaridad orgánica y «simpatía» social (He aquí, de nuevo, la idea-fuerza de la solidaridad y su consideración como valor). Pero en la estrategia del reformismo krausista la educación ha de formar ciudadanos activos en la vida política y social. La reforma social postulada por los institucionistas se basaba en el organicismo ético y en un liberalismo social⁵³ (en la tradición del socialismo de cátedra alemán, el solidarismo francés y laborismo inglés)⁵⁴. Se presenta como una tercera vía entre

⁵¹ Aparte de la obra de Turin, puede consultarse CAPITÁN, A.: *Republicanismo y educación en España, 1873-1951*, Madrid, Dykinson, 2002; SUÁREZ CORTINA, M.: «Regeneración y Reforma. España a comienzos del siglo XX», Madrid, Fundación BBVA y Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2002, págs.197 y sigs.

⁵² ORTEGA Y GASSET, J.: *España invertebrada* (1921), Madrid, Espasa-Calpe, 2006. No se olvide que Ortega fue Vocal de la Junta de Ampliación de Estudios e Investigaciones científicas (desde 1926). También participó en la creación de la Agrupación al Servicio de la República, junto con Gregorio Maraón y Ramón Pérez de Ayala, con la finalidad de movilizar a todos los españoles de oficio (Manifiesto fundacional publicado en el periódico madrileño *El Sol* el 10 de febrero de 1931) intelectual para que formen un amplio grupo de propagandistas y defensores de la República española. Se recordará también que fue Diputado en la Cortes Republicanas por Jaén (1931) y por León (1931-1933). Cfr. ORTEGA Y GASSET, J.: «Agrupación al servicio de la República (Manifiesto)» (1931), en *Obras Completas*, Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Taurus, 2005. El manifiesto se defendía, entre otras cosas, la creación de un «Estado social». Puede consultarse, MÁRQUEZ PADORNO, M.: *La Agrupación al Servicio de la República. La acción de los intelectuales en la génesis de un nuevo Estado*, Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Biblioteca Nueva, 2003. Después llegaría su desencanto y propuesta de rectificación de la República en el sentido de un «Estado integral, superior a todo partidismo». Véase JACKSON, G.: *La República Española y la Guerra Civil, 1931-1939*, Barcelona, Crítica, 1976, págs. 66-67.

⁵³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *El pensamiento sociopolítico y pedagógico de Francisco Giner de los Ríos*, Barcelona, Atelier, 2023, espec., pp. 33 y ss., y 159 y ss.

⁵⁴ La cuestión social, lejos de una concepción economicista, tenía una dimensión polifacética y entre ellas la educativa, que estaba bastante extendida en la época, y muy especialmente entre los krausistas. Véase, a título ejemplificativo, LEGORBURU, E.: «La cuestión social», en *El Ateneo*, 30-IX-1870, págs.90-92. Se señalaba Alfredo Calderón que «Gime hoy el pueblo entre dos miserias; pobreza e ignorancia: de la primera debe emanciparle por el trabajo, de la segunda la instrucción». Cfr. CALDERÓN, A.: «Los dos principios», en *El Ateneo*, 15-X-1870, pág.99. Autores como Adolfo Posada aportaban tempranamente una visión compleja de la cuestión social. Por ello reflexiona al respecto de que «Hay en ella, en efecto, mucho que importa a la economía, mucho que importa a la moral, y algo quizá que corresponde a la lógica; pero no solo esto: como al fin y al cambio, en el fondo de los grandes dolores humanos hay una cuestión de conducta, conducta del que los sufre y conducta de quienes acaso los producen, la *cuestión social es además un problema de educación y un problema jurídico*». Cfr. POSADA, A.: «El Derecho y

el individualismo liberal y el socialismo colectivista, la vía de una democracia no menos social que liberal, que permite articular las condiciones de existencia de una sociedad de individuos socializados. Esa vocación de reforma social se manifestó tanto en el aspecto político (republicanismo democrático)⁵⁵, como social (reforma

la cuestión social», Estudio preliminar a MENER, A.: *El derecho civil y los pobres*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1898, pág.6 (reeditada, *El Derecho civil y los pobres*, con Estudio Preliminar «Reformismo social y socialismo jurídico: Antón Menger y el socialismo jurídico en España», por J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares (Colección Crítica del Derecho), 1998). Sobre la concepción de la cuestión social en Posada, me permito remitir a mi monografía *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003. El mismo Giner, más allá por supuesto de sus obras más directamente concernientes a la educación, había planteado el problema de la educación como una vertiente del problema social y al mismo tiempo como una cuestión central del proceso de democratización. Así afirmaba que «En adelante, la concepción dualista del Estado, con sus masas pasivas, desposeídas de energía, de poder, esperando de lo alto su principio de organización y de actividad, no sostendrá acaso mucho tiempo el lugar que aun conserva». Cfr. GINER DE LOS RÍOS, F.: *Acerca de la función de la Ley*, Madrid, 1932, pág.17 (En esta edición no se hace constar la editorial, pero si observa que el original está «publicado en francés en el número de Agosto-Septiembre, 1908, de la *Revue Internationale de Sociologie*, París, y ahora por primera en castellano», *Ibid.*,pág.49).

⁵⁵ En él se insertaba Giner y, en general, los krausoinstitucionistas más eminentes (Azcárate, los integrantes del Grupo de Oviedo, etcétera) el republicanismo de los solidaristas franceses (como Durkheim, Bourgeois y Gide, entre otros). Un papel especialmente importante lo tuvo la construcción y elaboración de la «economía social», que permite hacer penetrar la idea de solidaridad y de las obligaciones de morales mutuas, recíprocas, llamadas a reestablecer el vínculo social fracturado por las condiciones de miseria social (pauperismo de masas), no reconducible a las situaciones de pobreza en sentido tradicional. El pauperismo era un fenómeno vinculado específicamente a las condiciones socio-económicas creadas por el proceso de modernización capitalista, y remitía, por consiguiente, a la situación de las poblaciones obreras. La pobreza moderna vinculada al sistema industrial es la que fue determinante de la cuestión social. La pobreza estructural ligada al orden industrial *es transformada* en cuestión social, generadora de situaciones o posiciones jurídicas y morales de derecho y de deber. Véase, al respecto, GIDE, CH.: *L' Economie sociales*, 2ª ed., París, 1905; GIDE, CH.: *Tratado de Economía Política*, traducción de la 5ª ed., francesa, Prólogo por Ramón de Olasoaga, Librería de Victoriano Suárez-Librería de A. de Uribe y C.ª., 1896; GIDE, CH.: *La Solidarité économique*, Conférence à l' Ecole des hautes études sociales, Vals-les-Bains, 1902. La diferencia entre pobreza y pauperismo habían sido puestas de manifiesto, entre nosotros, por Concepción Arenal. El pauperismo representaba, así, una pobreza *devenida en «riesgo social»*, una forma específica de miseria, cuyo remedio ha de ser socializado por la acción pública y la acción social. Véase ARENAL, C.: *Obras completas*, Estudio preliminar de C. Díaz Castañón. T. I. *El visitador del pobre. La beneficencia. La filantropía y la caridad*. T.II. *La cuestión social. Cartas de un obrero. Cartas a un señor*, Madrid, Biblioteca de Autores Españoles, 1994. Aparte de la labor temprana del Grupo de Oviedo, debe destacarse la labor desplegada por Concepción Arenal, la cual denunciará las condiciones económicas en que vivían los pobres, aunque todavía su pensamiento estaba muy anclado en las coordenadas liberal-filantrópicas de la época de finales del siglo diecinueve. No obstante, su concepción del pauperismo atiende ya al hecho diferencial de la pobreza de masas vinculada al proceso de modernización industrial. En realidad, el problema dramático era la de una cuestión social vinculada al hambre muy generalizada en las poblaciones obreras y varias regiones españolas. Las agitaciones sociales, los conflictos de clases, el malestar social se estaba generalizando desde finales del siglo XIX. Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: «Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George», en *Documentación Laboral*, núm. 83 (2008), págs. 11-109.

social institucional; Comisión e Instituto de Reformas Sociales; Proyecto de instituto de Trabajo) y educativo (instituciones educativas desde la escuela a la Universidad). Ello era coherente con el enfoque finalista de la política que mantenía el krausismo, al entenderla como la «ciencia de las reformas» del orden de la sociedad⁵⁶. Su liberalismo era decididamente orgánico y encaminado a alcanzar una nueva concepción integral de la ciudadanía (comprensiva de las dimensiones civil, política y social). La regeneración pedagógica tenía bastante conexión con la idea de construcción pedagógica de la sociedad y de la política democrática⁵⁷. Esa perspectiva de educación integral para la creación de ciudadanos activos había sido defendida expresamente por Giner de los Ríos, y se trataba de «formar hombres» formados y posibles artífices de la modernización y el progreso del país⁵⁸. Lo que suponía, entre otras cosas, superar la función pasiva tradicionalmente atribuida al alumno⁵⁹. Por ello debe cultivarse el conocimiento de las distintas esferas del saber

⁵⁶ La expresión de es de TIBERGHIE, G.: «La política racional y la histórica», en *Krause y Spencer*, Librería de Fernando Fe, Madrid, 1883, págs. 145 y 149. Y no olvide, en este orden de ideas, que Nicolás Salmerón y Alonso, Presidente de la Iª República, fue uno de sus introductores en España. Así, TIBERGHIE, G.: *Ensayo teórico e histórico sobre la generación de los conocimientos humanos*, Madrid, Lib. De Fco. Góngora, 1875, con «Apéndice» de Nicolás Salmerón y Urbano González Serrano, traductores de esta obra.

⁵⁷ Véase MAYORDOMO, A.: «Regeneración y educación: la construcción pedagógica de la sociedad y la política», en SALAVERT, V. y SÚAREZ CORTINA, M. (eds.): *El regeneracionismo en España*, Valencia, Universitat de València, 2007, págs. 165 y sigs.; DEL POZO ANDRÉS, Mª. M.: *Curriculum e identidad nacional. Regeneracionismo, nacionalismo y escuela pública (1890-1939)*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000.

⁵⁸ GINER DE LOS RÍOS, F.: «El problema de la educación nacional y las clases productoras», en *BILE*, núms. 478, 482 y 494 (1900), págs. 1 a 5, 129 a 135 y 193 a 199, respectivamente; GINER DE LOS RÍOS, F.: «Problemas urgentes de nuestra educación nacional», en *Ensayos menores sobre educación y enseñanza*, vol. XVI, t.1, *Obras completas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1927, págs. 73 a 100. El objetivo de la modernización y la adaptación de la formación son realizados por POSADA, A.: «La educación y enseñanzas técnicas», en *BILE*, núm. 506 (1902), págs. 129 a 136; y la obra que tengo en préstamo... Sobre esa idea educativa en Posada, me permito remitir a mi libro *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, MTAS, 2003. También SELA, N.: *La educación nacional. Hechos e ideas*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1910, págs. 14-15.

⁵⁹ GINER, F.: «El Libro de la Universidad de Oviedo», en *BILE*, Madrid, XXVI, núm. 507, 30 de junio (1902), págs. 161 a 167. Asimismo, subrayando la formación integral en el marco de una sociedad moderna y democrática, y su conexión con las tendencias más avanzadas en Europa, véase UÑA, J.: «Discurso leído por el Ilmo. Sr. D. Juan Uña, Rector de la Institución Libre de Enseñanza, en la inauguración del actual año académico», en *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, año VI, núms. 136 y 137, Madrid, 15 y 30 de octubre de 1882, págs. 221-223 y 233-235, respectivamente, en particular págs. 221-222. Juan Uña Gómez (Maguilla, 1938, Madrid, 1909), cofundador, profesor y Rector (durante el curso 1882-1874), tuvo también un descendiente eminente en Juan Uña Sarthou (1871-1948). Véase GARCÍA CORREALES, P.: *Juan Uña Gómez. Un extremeño en la Institución Libre de Enseñanza*, Badajoz, Editora Regional de Extremadura, 2007; y para Juan Uña Sarthou MONEREO PÉREZ, J. L.: «El liberalismo social krausista-institucionista de Juan Sarthou», en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 140 (2008), págs. 795-820.

y sus interconexiones⁶⁰. Todo ello estaba enmarcado en una confianza en el progreso de la humanidad que por la mediación de Krause arrancaba de la Ilustración. La educación pedagógica debe formar el «alma nacional» y los valores de la justicia y la solidaridad⁶¹. Decía Leopoldo Alas, recogiendo la opinión de Guyau, que «lo principal en la educación del pensamiento no es el aprender por saber muchas cosas, por tener datos, y menos por sacar utilidad material, ventajas para el egoísmo, sino el *despertar la propia reflexión, la iniciativa de la investigación con un propósito desinteresado*»⁶². La «formación cívica» permite crear las condiciones más

⁶⁰ Observa Giner que ha de «evitarse el escollo del exclusivismo especialista, que desatiende todos los fines por cultivar cerradamente uno solo, al que concede única y absoluta importancia; desconociendo que, ni cabe que la actividad racional se cierre y agote sola en una esfera, ni aun es posible el cultivo del fin mismo especial, sin el concurso de todos los restantes. Así, por ejemplo, no cabe el pleno conocimiento de ninguna esfera particular sin que las demás cooperen...». Cfr. *Lecciones sumarias de Psicología*, en *Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos* (1874), t. IV, pág.262.

⁶¹ Véase GINER DE LOS RÍOS, F.: «La política y la escuela según Kelsen», en *Ensayos menores sobre educación y enseñanza*, *Obras completas*, vol. XVI, Madrid, Espasa-Calpe, 1927; «Problemas urgentes de nuestra educación nacional», en *BILE*, núm.510 (1902), pág.262.

⁶² GARCÍA ALAS Y UREÑA, L («Clarín»): *El utilitarismo en la enseñanza*, *Discurso leído en la solemne apertura del curso académico de 1891 a 1892, en la Universidad Literaria de Oviedo*, Oviedo, Establecimiento Tipográfico de Vicente Brid, 1891. En ese momento el autor era catedrático numerario de Elementos de Derecho Natural, y en su discurso realiza una crítica del utilitarismo, el cual, a su entender, nace del egoísmo. Piensa, al respecto, que es preciso «distinguir en la enseñanza los conocimientos tenidos por no utilitarios y los conocimientos inutilizables; esta distinción es capital, pues la instrucción debe elevarse muy por encima de lo utilitario, de lo usual, de lo rastroso...» Hay que educar al que ha de servir a la patria, no como un soldado, ni como un industrial, sino, ante todo, como un hombre. Y si amáis la democracia verdadera, no olvidéis que todos los hombres merecen que se les tome por *hombres del todo*; porque no hay unos que no sean cuerpo y otros alma; todos tienen esto que llamamos espíritu; todos tienen facultades que responden a necesidades nobles; y si hay que reconocer...debemos ver en cada semejante un espíritu capaz de encaminarse por los mismos senderos de perfección, que elevarían sus gustos, que ennoblecerían sus anhelos». Por tanto, estima que «como la educación del pensamiento, la enseñanza, es uno de los fines sociales, concluyamos legítimamente que, en el sentido explicado, la instrucción debe inspirarse, en general, no en el utilitarismo, sea individual o colectivo, sino en la naturaleza humana, según es, para este respecto, el de conocer la verdad; a saber, desinteresada». De este modo, la pedagogía inspirada en la idea pura del saber tiene que mirar y tratar de modo muy diferente del que aconseja el utilitarismo. Aniceto Sela no estaba lejos de este modo de pensar —aceptado, en términos generales, por los krausistas— cuando afirmaba que «no puede asignarse a la Universidad como su único fin la cultura científica: debe formar hombres antes que sabios; hombres de cuerpo sano y vigoroso, de conciencia recta, de sentimientos elevados, de gusto seguro y de la voluntad enérgica a la par que de instrucción sólida». Sobre cómo conseguir es lo que ha de versar la «educación moral». Cfr. SELA SAMPIL, A.: *La educación moral en la Universidad*, *Discurso leído en la solemne apertura del curso académico de 1892 a 1893 en la Universidad Literaria de Oviedo*, Oviedo, Establecimiento Tipográfico de Vicente Brid, 1892. El autor ostentaba en esa época la condición de catedrático numerario de Derecho Internacional Público y Privado. Buena parte de sus aportaciones en materia de educación desde una filosofía pedagógica krausista se recogen en *La educación nacional. Hechos e ideas*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1910. Sela aparece ya en este libro (dedicado, por cierto, «A D. Francisco Giner de los Ríos») como Profesor de la Institución Libre de Enseñanza y de la Universidad de Oviedo. También en *Educación del carácter*, Barcelona, Bastinos-Bi-

idóneas para la vida democrática, la paz y la tolerancia⁶³ en una sociedad orgánicamente constituida⁶⁴. Esta vinculación de la educación de la ciudadanía con la reforma social y la democratización del país condujo a impulsar una labor activa, y de implicación directa, de los krausistas en la enseñanza. El círculo krausista de la Universidad de Oviedo (con Posada, Álvarez Buylla, Sela, etcétera) acometerían una excelente labor educativa en todos los ámbitos. Dicha Universidad animó y subvencionó el estudio *in situ* de las experiencias educativas y de reforma social de los países europeos. Precisamente el 8 de noviembre de 1901 la Universidad de Oviedo concedió a Leopoldo Palacios Moroni una pensión para ampliar sus estudios en Europa. Sería el primer pensionado de dicha Universidad en el extranjero. Visitaría Francia, Bélgica, Suiza, Alemania e Italia. Los resultados de la experiencia fueron recogidos en una *Memoria* pública de forma incompleta en los «Anales» de la Universidad de Oviedo (tomo II, Oviedo, 1904, páginas 186 a 203 y 258 a 275). Los resultados de varios años de trabajo se recogen en su influyente obra, *Las Universidades Populares*⁶⁵. Estudiaría lo que se llamó la «Pedagogía Social», «Ciencia de la Educación», «Economía social», «Legislación obrera», prestando especial atención a la «cuestión pedagógica». De ella incorporaría el sentido social y de «solidaridad» aportado por la escuela solidarista francesa (León Bourgeois, Duclaux, Boutrox, Gide y Buisson, entre otros) y la experiencia de la «Escuela Social» y todo el conjunto de acciones pedagógicas institucionales dirigidas a las clases populares⁶⁶. Ello se situaba muy en la línea de un republicanismo cívico. El soli-

blioteca del Maestro, 1890; *La misión moral de la Universidad*, Madrid, Victoriano Suárez, 1893; *La educación física de la mujer*, Valencia, Vives Mora, 1888. De nuevo la idea de formar hombre en GINER DE LOS RÍOS, F.: «El espíritu de la educación en la Institución Libre de Enseñanza. Discurso inaugural del curso 1880-1881», en *Obras completas. VII. Estudios sobre educación*, Madrid, La Lectuara, 1922, pág. 30.

⁶³ Véase POSADA, A.: «Acción social de la escuela», en *BILE*, núm.560 (1906), págs.329-330; SELA, A.: «La misión moral de la Universidad», en *BILE*, núm.388 (1893), pág.106. GINER DE LOS RÍOS, F.: «La enseñanza confesional en la escuela», en *Obras completas*, Madrid, vol. VI, 1922, págs. 67-78.

⁶⁴ Como se anotó esa visión del todo social como «organismo vivo» encuentra su mejor expresión en el pensamiento de Giner, en su obra *La persona social. Estudios y fragmentos*, Madrid, Victoriano Suárez, 1899. Reeditada, en Granada, Editorial Comares (Colección Crítica del Derecho), edición y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez.

⁶⁵ PALACIOS MORINI, L.: *Las Universidades Populares*, Valencia, F. Sempere y Compañía, Editores, s/f. (1908). Está disponible una edición digital publicada en junio de 2002 con el patrocinio de la Fundación Municipal de Cultura de Gijón, cuando se celebró los veintes años de la fundación de la Universidad Popular de Gijón. Aquí se cita por la versión originaria. Sobre el pensamiento pedagógico, social y político de Leopoldo Palacios Moroni, véase MONEREO PÉREZ, J. L.: «Crítica social republicana y reformismo político-social: Leopoldo Palacios Morini (1876-1952)», en *Revista Española de Derecho del Trabajo . Civitas*, núm.134 (2007), págs.307 y sigs.

⁶⁶ PALACIOS MORINI, L.: *Las Universidades Populares*, Valencia, F. Sempere y Compañía, Editores, s/f. (1908), apartados dedicados a «Cómo se estudia en París la cuestión social», y «La educación social en Francia», págs.11 y sigs., y 30 y sigs.

darismo desde sus mismo inicios, orígenes, prestó una especial atención a las ciencias de la educación y la papel social de la educación en la pedagogía⁶⁷. Leon Bourgeois había realizado una intensa actividad al servicio de la educación, de la mutualidad y de la cooperación. En 1899 fundó, con el objetivo de propagar la idea de la solidaridad, una «Sociedad de Educación Social», la cual tendría su primer congreso en el marco de la Exposición Universal de 1900⁶⁸.

Leopoldo Palacios Morini coincidiría con Jorge Deherme en el sentido de que la democracia debía producirse con la cooperación de todas las voluntades, sin buscar la absorción de las clases, y *a través de la educación*. Se trataba de superar la enseñanza tradicional (instalada en la enseñanza pública oficial). Acometiendo el estudio de «la misión social de la escuela», observa que la nueva pedagogía *no enseña a contemplar, enseña a hacer*. La educación es una «función social», fase de un proceso de asimilación, en virtud del cual la sociedad se adapta nuevos miembros. Giner de los Ríos había realzado, en una perspectiva histórica, la función social de la educación y el influjo «exterior» político y social de las Universidades⁶⁹. La ILE en el pensamiento de los republicanos sociales (o si se quiere de los krausistas liberales sociales como de Giner de los Ríos y sus continuadores, señaladamente, Manuel Bartolomé Cossío) no se limita a la vida interior de la ILE, sino que comprendía todo un proyecto político y pedagógico de transformación de la sociedad española de su tiempo.

«La escuela —afirmaba Palacios Morini— ha de ser también solidarista. En la perennidad del organismo social, las generaciones pasadas trabajan al lado de las

⁶⁷ Véase, por ejemplo, y en fecha temprana, Buisson, F.: «Le rôle social de l'éducation dans la pédagogie», en *Revue pédagogique*, 15 décembre 1896. Es el mismo año en que León Bourgeois publica su obra BOURGEOIS, L.: *Solidarité* (1896), París, Armand Colin, 1896; reeditada en Lille, Presses universitaires du Septentrion, 1998.

⁶⁸ Sus Actas su publicarían en *Congrès international de l'Éducation sociales. Rapports et comptes rendus*, París, Alcan, 1901. Bourgeois había publicado antes un conjunto de discursos sobre la idea de la solidaridad, con particular referencia al elemento educativo. Cfr. *L'Éducation de la démocratie française*, París, E. Cornély, 1897. Autores que tanto influyendo en los krausistas españoles como Jean-Marie Guyau (1854-1888), Alfred Fouillée, Émile Durkheim y Charles Gide (1847-1932) habían sido artífices del desarrollo de la idea-fuerza de la solidaridad. Todos ellos asumían el mensaje de un rechazo por igual del liberalismo individualista y del estatismo colectivista, y postulaban fórmulas de solidaridad orgánica por contraposición a la solidaridad mecánica, como lo expresara Durkheim. Pero sobre todo lo que defendían era la educación en la solidaridad. Su proyecto pedagógico era el de socializar a la persona. Su política de reformas sociales partían del intervencionismo moderado del Estado, siendo éste el llamado a transformar las injusticias en cargas a asumir colectivamente por la comunidad. El elemento social del hombre debe ser mutualizado; se deben mutualizar los riesgos sociales. La filosofía de la solidaridad conduce la educación de los jóvenes en la solidaridad como pilar de una doctrina republicana laica. Esa educación tiene como objetivo socializar a los hombres.

⁶⁹ GINER DE LOS RÍOS, F.: *Pedagogía universitaria. Problemas y noticias*, indicando su condición de Profesor en la Universidad de Madrid y en la Institución Libre de Enseñanza, Barcelona, Sucesores de Manuel Soler-Editores, s/f., págs. 283-291.

presentes, abren caminos de luz a las venideras». Pero la pedagogía social tiene que tener una base de «economía social», como dice Bourgeois, o de «política social», según la doctrina alemana⁷⁰. Se ha de hacer una política de «extensión universitaria»⁷¹, en cuyo marco la Universidad expande su acción educativa y social fuera de su esfera oficial docente⁷². Era perceptible la influencia de la IIIª República

⁷⁰ PALACIOS MORINI, L.: *Las Universidades Populares*, cit., págs. 72 y sigs.

⁷¹ Interesa recordar que ya antes de la experiencia institucionista desde el republicanismo se habían realizados esfuerzos significativos en la extensión universitaria. Se habían creado distintos centros de instrucción popular creados al calor de las universidades. Véase CAPITÁN DÍAZ, A.: *Republicanismo y educación en España (1873-1951)*, Madrid, Dykinson, 2002, págs. 68 y sigs., quien destaca, por otra parte, que el desarrollo del método froebeliano en España permitió que la educación de párvulos ganara en calidad y en exigencias pedagógicas, de manera que fue quedando relegada paulatinamente la tradición montesiniana en educación infantil.

⁷² La importancia de la extensión universitaria y de la educación popular servía a una obra de reforma social. Véase Leopoldo Alas, *Discurso leído en la Solemne apertura del curso académico de 1901-1902*, Oviedo, Imp. La Económica, 1901. En ese momento Álvarez Buylla ostentaba la condición de Decano de la Facultad de Derecho. En este discurso deja constancia de la influencia ejercida por la experiencia inglesa de la *University extension* y su importación en nuestro país. Entiende, por lo demás, que «la Universidad popular puede decirse que está ya iniciada; porque si la vida se comienza y se mantiene y se reconoce con su importancia por las necesidades, no cabe duda de que en nuestra región se ha despertado y se aviva de día en día la necesidad de la instrucción en el pueblo y sobre todo, debemos confesarlo, en la masa obrera». Constata que todavía se estaba lejos de establecer instituciones del tipo del Ruskin Collage de Oxford con sus obreros estudiantes internos y con su enseñanza por correspondencia, o del Toynbee-Hall de Londres. Toma en consideración también la experiencia francesa de las Sociedades obreras de Montreuil y su culminación en la Universidad Popular, especialmente gracias a la labor pedagógica llevada a cabo por Deherme. Decía Aniceto Sela que la Extensión parte de un movimiento general y muy complejo en pro de la educación post-escolar. Se ha comprendido que en las sociedades modernas, en cuyo régimen tan poderosamente influye la opinión pública, soberana en definitiva cuando sabe hacer valer su voluntad, sería, sobre injusto, peligroso dejar abandonada a sus propias fuerzas, desde el momento de su salida de la escuela primaria, a una gran parte, la más numerosa de la población. Las colonias universitarias en los barrios más miserables de las grandes capitales, establecidas sobre el modelo de Toynbee-Hall; las escuelas nocturnas de adultos; las sociedades para la fundación de «Lecturas y Bibliotecas populares»; los palacios del pueblo, donde los refinamiento de la civilización se ponen al alcance de las clases desheredadas; las casas para asilos y educación de jóvenes obreras; las colonias escolares de vacaciones que, por el cuidado de los niños pobres, tanto influyen sobre los padres; las cátedras explicadas en las Universidades para el público durante el verano; las conferencias especiales para obreros; las enseñanzas organizadas en Francia por las beneméritas sociedades de Amigos de la Universidad; las clases fundadas por los Sindicatos obreros, de acuerdo con el profesorado oficial, etc.; y tantas otras instituciones de programa un poco confuso todavía, pero que todas conspiran al fin de la educación popular, constituyen, una de las características más importantes y más simpáticas de este final del siglo XIX, tan atormentado aún por las malas y bajas pasiones, presa hoy mismo de la fuerza, de la intolerancia y de la injusticia; pero, a pesar de todo, más culto, más justo, más notable y más grande que cuantos siglos le precedieron. Cfr. SELA, A.: «Once años de Extensión Universitaria en Oviedo», en SELA, N.: *La educación nacional. Hechos e ideas*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1910, págs. 275 y sigs. Subraya, igualmente, que la Extensión Universitaria «pone a las Universidades en contacto con el pueblo que las sostiene y entre el cual distribuye los resultados de su trabajo, mientras ellas, por su parte, mezclándose activamente a los

francesa (1871), con su defensa de una instrucción pública gratuita, laica y obligatoria. También, al tiempo, se reflejaría la influencia del neokantismo alemán (escuela de Marburgo y Baden). La influencia de esta escuela sería más penetrante tras la fundación del Partido Reformista, el 7 de abril de 1912. Siendo de destacar la recepción de la pedagogía social de Paul Natorp (1854-1924). Su «pedagogía social», que remite a una teoría de la formación de la voluntad orientada hacia la comunidad, se traduce algo tardíamente al castellano⁷³, pero se leyó antes en lengua germánica originaria. Entre nosotros, Ortega y Gasset, recogía la concepción de Paul Natorp, según el cual la pedagogía social significa el reconocimiento capital de que la educación está socialmente condicionada en todas sus direcciones esenciales, mientras por otra parte una organización verdaderamente humana de la vida social está condicionada por una educación conforme a ella de los individuos que la componen. Destaca Ortega que «si educación es transformación de una realidad en el sentido de cierta idea mejor que poseemos y la educación no ha de ser sino social, tendremos que la pedagogía es la *ciencia de transformar las sociedades*. Antes llamamos a esto política: he aquí, pues, que la política se ha hecho para nosotros pedagogía social y el problema español un problema pedagógico»⁷⁴.

En gran medida ello era una derivación natural del reconocimiento de la instrucción como derecho de ciudadanía, garantizando su obligatoriedad, su universalización y gratuidad⁷⁵. La extensión universitaria nacería como una de tantas cristalizaciones de la educación, «cuando la enseñanza aristocrática, privilegiada, perdía sus prestigios ante las corrientes sociales, que las vindicaciones de ciertas clases y el advenimiento a la vida pública del pueblo produjeron desde el comien-

problemas de la vida, cobran arraigo y reciben inspiración e impulso» (con cita del libro de Buisson, *La educación popular de los adultos en Inglaterra*», traducción y prólogo de Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna).

⁷³ Véase NATORP, P.: *Pedagogía social* (1899), Prólogo de Manuel García Morente, Madrid, «La Lectura», 1913. También, mucho después, NATORP, P.: *Propedéutica filosófica* (1903), México, Porrúa, 1987; NATORP, P.: *Curso de pedagogía social*, trad. de María de Maeztu y Preámbulo de Francisco Larrero, México, Porrúa, 1987. Para el autor la educación del individuo está condicionada en todos los aspectos por la comunidad y, viceversa, una formación humana de la comunidad está condicionada por una educación del individuo conforme a ella y que participa en ella (*Ibid.*,pág.119).

⁷⁴ ORTEGA Y GASSET, J.: «La pedagogía social como programa político» (1910), en *Obras Completas*, Tomo I, Madrid, Alianza Editorial-Revista de Occidente,1987, pág. 515. Reflexiona, en un sentido bastante análogo a Giner de los Ríos, que «los pobres no lo son meramente en hacienda: son también pobres de espíritu». Para él el valor ético de la pedagogía social reside en esto: si todo individuo social ha de ser trabajador en la cultura, todo trabajador tiene derecho a que se le dote de la conciencia en la cultura» (*Ibid.*,pág.518). En el fondo esa idea de la pedagogía social como programa político lo puso en práctica en la dirección reformista que se reflejó en la «Liga de Educación Política Española», como se puede comprobar en su ensayo «Vieja y Nueva Política» (1914), en la misma obra citada, págs.265 y sigs. Su concepción es esencialmente elitista: «Para nosotros es lo primero fomentar la organización de una minoría encargada de la educación de las masas» (*Ibid.*,pág.302).

⁷⁵ Véase TIBERGHIE, G.: *La enseñanza obligatoria*, Madrid, 1874.

zo del siglo. La educación empezaba a perder en las doctrinas los pujos individualistas, personales, de la Edad Media, y surgían las instituciones populares, las escuelas públicas, las conferencias para adultos, las bibliotecas de vulgarización, que realizaban sus aspiraciones ideales. No viven fuera del mundo real las universidades, y prestaron su concurso, y vertieron en la corriente cuanto estaba de su parte para la función social reflexiva de la ciencia»⁷⁶. La Extensión universitaria pretendía la difusión de la instrucción, el ejercicio de una acción educativa eficaz y generar un clima de «simpatía social». El movimiento expansivo de las universidades, es decir, el esfuerzo intentado por ellas para ponerse en contacto con las masas obreras, comunicándoles el patrimonio intelectual necesario para adquirir o recobrar el sentimiento de la dignidad humana, se concibe como un pilar esencial de la solución de la cuestión social y la democratización efectiva de la sociedad⁷⁷. El movimiento de la extensión universitaria (lo que se llama la «extensión o difusión de la Universidad»), por su índole pertenece de lleno a la obra de «infiltración universal, de elevación del espíritu público, de unificación orgánica de las diversas clases, de intimidad en el alma de la nación»⁷⁸. Se trató de combinar la experien-

⁷⁶ PALACIOS MORINI, L.: *Las Universidades Populares*, cit., apartado «La extensión universitaria», págs.125 y sigs., en particular págs.130-131. Recoge el autor la experiencia pionera de las Universidades españolas que han hecho «extensión universitaria» (Oviedo —donde la obra de la «Extensión» se reveló con más vitalidad y carácter—, Zaragoza, Barcelona y Sevilla, sobre todo).

⁷⁷ En este sentido, desde una posición próxima al socialismo de cátedra (Gustav Schmoller, Lujó Brentano, etc.), ZIEGLER, TH.: *La cuestión social es una cuestión moral*, t. I, Barcelona, Editores Henrich y Cía, 1904, págs.111 y sigs. En lo principal el enfoque no es muy distinto al mantenido por Giner y, en general, los institucionistas. Veámoslo, por ejemplo: «En el punto en que estamos, vemos la cuestión social transformarse en una cuestión de instrucción, lo cual no deja de levantar nuevas y copiosas dificultades» (*Ibid.*,pág.114). También, aunque un aspecto más singular, la crítica a la excesiva especialización que se contraponen a la idea originaria de la Universidad: «que esa cultura general que daban otras veces a sus estudiantes, esa *universidad* que caracteriza su enseñanza y a la que deben su nombre, tienden cada vez más a perderse en nuestra época de división del trabajo y de especialización creciente. Porque la instrucción especial no es otra cosa que una mediana instrucción» (*Ibid.*,pág.117). Y en la estela de Schmoller, afirma que «El antagonismo que crea el peligro social, no es un antagonismo de fortuna, sino de cultura y de educación. Toda reforma social ha de tener en cuenta este punto, debe cambiar el género de vida, el carácter, los conocimientos y la inteligencia de las clases inferiores... ya que ello nos condujo a la cuestión de la instrucción: *toda reforma social, para ser eficaz, debe estrechar las distancias, hacer que los hombres sean iguales, lo mismo en sus placeres que en las horas dedicadas al descanso; debe hacer partícipes a todos de las satisfacciones superiores del arte y de la belleza*» (*Ibid.*,pág.120). «Los hombres sin instrucción no saben usar su libertad... Es preciso, pues, *comenzar por una reforma interior* antes de soñar en medidas y reglamentos exteriores» (*Ibid.*,pág.121). Es bueno recordarlas esta similitud de perspectivas para evitar el frecuente análisis que supone un excesivo «particularismo» del krausoinstitucionismo español, sin tomar en consideración las conexiones de este movimiento social pedagógico con las experiencias en cuyo ambiente, clima, intelectual se insertaban desde su propia especificidad.

⁷⁸ GINER, F.: «Nota sobre la segunda enseñanza» (1893), en *Ensayos menores sobre educación y enseñanza* (1892),t.II, en *Ensayos menores sobre educación y enseñanza, Obras Completas de Francisco Giner de los Ríos*, t. XVII, págs.161 a 175, en particular pág.171. Esa visión más humanista de la ense-

cia inglesa sobre la «extensión universitaria» (señaladamente el modelo «Toynbee-Hall») y el ideal práctico ilustrado⁷⁹ de las «Universidades populares» francesas⁸⁰. Se pretendía contribuir a la modernización del país y entrar en la

ñanza se refleja en uno de sus más reputados discípulos, POSADA, A.: *La enseñanza del Derecho, Discurso leído en el solemne acto de la apertura del curso académico de 1884 a 1885 en la Universidad Literaria de Oviedo*, Oviedo, Imp. y Lit. de Brid y Regadera, 1884. En esa fecha Posada era catedrático numerario de Derecho Político y Administrativo Español. Retiene la preocupación de «formar los verdaderos hombres, equilibrando sus facultades, y procurando a su ser compuesto, un desarrollo armónico, en conformidad con sus altísimos fines, o si este fuere muy metafísico, con sus apremiantes necesidades».

⁷⁹ Con carácter más general, es preciso llamar la atención sobre la función relevante de la educación en el reformismo ilustrado. Precisamente el programa de reforma ilustrado de la educación es la base de una deseada y gradual reforma general del hombre y de la sociedad, situado en el centro de todo plan político de cambios. La educación que propugnan los ilustrados tiene una doble vertiente: individual y social, pero no como plausible desdoblamiento, sino como constitutiva dualidad. Pero en cualquier caso se trata de alcanzar un objetivo que se orienta, en una y otra línea, hacia un mismo fin: la felicidad, que es virtud. Los ilustrados pensaban que debían acometer una labor de abatir los obstáculos de toda clase y muy especialmente de carácter mental, a fin de seguir adelante en la campaña por una nueva forma de vida y de conocimiento. Véase la importante aportación de MARAVAL, J. A.: «Idea y función de la educación en el pensamiento ilustrado», en MARAVAL, J. A.: *Estudios de la historia del pensamiento español del s.XVIII*, Madrid, Mondadori España, 1991, págs.489 y sigs. En realidad, la función de la educación en una sociedad democrático-constitucional es la transmisión a las nuevas generaciones un conjunto de conocimientos y de capacidades sociales y profesionales, así como de principios, valores, ideales y creencias alentados por el conjunto social. El cumplimiento de estas funciones por medio del sistema educativo junto con la actividad cruzada de otros agentes sociales (familia, grupos de iguales, medios de comunicación, etc...) permite que las personas se diferencien en su integración social, convirtiéndose precisamente en individuales, únicas. Por tanto, en una sociedad democrática, el sistema educativo debe garantizar que estas funciones se cumplen de manera abierta, no dogmática ni adoctrinadora, sino del respeto al pluralismo ideológico y cultural, valor central y sustentante del Estado constitucional, única manera de hacer realidad una formación que, además de adecuarse eficazmente a las necesidades socio-económicas, cree las condiciones que permitan el libre desarrollo de la personalidad. Cfr. CÁMARA VILLAR, G.: «El derecho a la educación (Artículo 27)», en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo, J. L., Molina, C. y Moreno, M^a. N. (dirs.), Granada, Comares, 2002, pp. 979-980.

⁸⁰ Véase PALACIOS MORINI, L.: «Toynbee-Hal», en *BILE*, num.23 (1899), págs.3 a 10 (Ensayo recogido también en su libro *Las Universidades Populares*, cit.); POSADA, A.: «La Extensión Universitaria de Oviedo», en *LEM*, Marzo 1808, págs.35 y sigs. Para la experiencia comparada de la época puede consultarse, en general, MÜLLER, D. K., RINGER, F. y SIMON, B. (Comps.): *El desarrollo del sistema educativo moderno. Cambio estructural y reproducción social 1870-1920*, Madrid, MTSS, 1992. Lejos de «localismo», el análisis de la experiencia comparada de la época ya refleja en sí (y se insistirá en ello más cuando se hable de John Dewey) que era un preocupación época la búsqueda no sólo del «ideal de un hombre educado» (ello se recibía, entre otras cosas, de la filosofía social y pedagógica de la educación; basta recordar el libro *Emilio o de la educación* de Jean-Jacques Rousseau, Madrid, Alianza editorial, trad. M. Armiño, 2011) y su misma vinculación con los intentos de «reforma social». Puede repararse en la acción política e institucional emprendida por el *solidarismo en el poder* en Francia conde se pusieron en práctica medidas activistas de la «Republica Radical» en la educación secundaria y superior (especialmente bajo la penetrante influencia de León Bourgeois). Dichas medidas y las ideologías laicas y solidarias, gratuita y pública, sobre las cuales se edificaron dependían del apon electoral de amplias clases medidas y medias bajas, que bien podían estar resentidas por la posición exclusiva de los *lycées*

reestructuración educativa como espacio de la lucha por la hegemonía cultural como condición necesaria de la preservación de la estabilidad social y la búsqueda de la «inclusión» social a través del sistema educativo⁸¹. Se pensaba, en el fondo, que el problema social deviene principalmente en un problema de educación⁸²; es preciso socializar a los hombres para la democracia de masas⁸³. El republicanismo solidarista francés y el reformismo político-social (que se acentuaría más nítidamente con la acción reformista del laborismo británico) inglés, se insertaba en ese ideal programático de reformas sociales y educativas de acompañamiento a una revisión de las formas de organización postuladas por la ideología liberal y el Estado liberal clásico.

clásicos. Además se reclama el tipo de «educación moral» que pusiera a los jóvenes en el buen camino para hacer frente a las necesidades de la época, pues la enseñanza debía acomodarse a las exigencias de la vida moderna. De ahí la conexión de los planes de reforma social educativa con el proceso de «modernización» de las estructuras económicas y sociales. Al igual que sucediera respecto a los problemas generales de la cuestión social proliferaron también «Comisiones» de trabajo y de estudio o investigación para preparar la intervención directa del Estado en la *dimensión educativa o pedagógica del denominado «problema social»* (v.gr., la «Schools Inquiry Commisión (SIC)» crea en Inglaterra, que informó entre 1850 y 1870).

⁸¹ La percepción de Antonio Gramsci sobre la conexión entre la hegemonía cultural e ideológica y el control de la sociedad civil son al respecto particularmente lúcidos. Véase GRAMSCI, A.: *Prison Notebooks*, ed. y trad., Quintín Hoare y Geoffrey Novell Smith, Londres, 1971. Trad. castellana, *Cuadernos de la cárcel*, 6 vols., edición crítica del Instituto Gramsci a cargo de Valentino Gerratana, México, Nueva Era, 1999-2000. En otra perspectiva, STREET, J.: *Política y cultura popular*, Madrid, Alianza Editorial, 2000; ENTWISTLE, H.: *Antonio Gramsci, una educación conservadora para una política radical*, trad. E. Galindo Ferrández, Madrid, Akal, 2023.

⁸² Cfr. BOUGLÉ, C.: *Le Solidarisme*, París, Girad et Brière, 1907, pág.117.

⁸³ Sobre ello había insistido BOURGEOIS, L.: *L'Éducation de la démocratie française*, París, E. Cornély, 1897. Más allá de las diferencias la similitud de las iniciativas educativas de los solidaristas con los krausistas institucionalistas son evidentes: la potenciación de organismos de enseñanza (señaladamente las mutualidades escolares) encaminados a formar hombres solidarios y responsables; el favorecer el acercamiento de los intelectuales al mundo del trabajo a través del desarrollo de las Universidades Populares. Instituciones que tratan de acentuar los vínculos de interdependencia social, y la cooperación social (cfr. DURKHEIM, E.: *L'Éducation morale* (1925), París, PUF, 1963, quien realza que el objetivo de la educación es acrecentar la solidaridad orgánica y el dominio de la razón en la organización progresiva de la justicia social). En tal sentido interesa señalar que el propio Léon Bourgeois fue presidente de la Liga de Enseñanza entre 1895 y 1898; dimitiría cuando significativamente fue nombrado Ministro de Instrucción Pública. Bourgeois, junto con otros universitarios, fundaría la «Sociedad de educación social» encaminada a construir una moral nueva inspirada en la solidaridad, contribuyendo a la integración y a la cooperación social. También encontramos en el solidarismo jurídico la idea matriz de que la solidaridad no puede ser separada de la experiencia. La solidaridad constituye una exigencia de la razón y la condición de la unidad de la humanidad.

Interesa poner de relieve que la pedagogía krauso-institucionista estaba, pues, emparentada con el movimiento social más amplio de reforma educativa, que, como el francés (pero también en otros países europeos), planteaban la solución de la cuestión social a través de una regeneración integral del tejido social.

LOS DERECHOS ESTATUTARIOS DEL ÁMBITO EDUCATIVO

ANTONIO PÉREZ MIRAS
Universidad de Granada

I. A modo de introducción: el magisterio de Gregorio Cámara Villar y la justificación del tema

La primera vez que conocí al profesor Gregorio Cámara Villar fue durante mi doctorado; y como ocurre siempre en esos momentos no fue en persona sino en forma de lectura, en concreto de dos artículos importantes para el desarrollo de mi tesis como fueron los artículos publicados sobre los derechos estatutarios en la Revista española de derecho constitucional¹ y en la Revista de estudios políticos², artículos en cuyos títulos se incluía ya la denominación de derechos estatutarios y que sin duda influyeron en mi opción por usar siempre dicha denominación³. Así que como los buenos maestros el Prof. Cámara caló en mí incluso antes de que pudiera gozar de su magisterio en persona, lo cual por fortuna se fue produciendo en años posteriores, primero escuchándole como ponente en nues-

¹ G. Cámara Villar (2009). «Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)». *Revista española de derecho constitucional*, nº 85, pp. 259-298.

² G. Cámara Villar (2011). «Veste y realidad de los derechos estatutarios». *Revista de estudios políticos*, nº 151, pp. 57-107.

³ Vid. mi tesis doctoral A. Pérez Miras (2012). *L'inclusione di dichiarazioni di diritti e principi negli Statuti d'Italia e Spagna*. Tesis de investigación. Doctorado de investigación en Estado y Persona negli ordinamenti giuridici Ciclo XXV, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna. Bologna. Asimismo, me remito al capítulo A. Pérez Miras (2020). «Los derechos estatutarios autonómicos en el contexto de la tutela multinivel», en Peter Häberle, Francisco Balaguer Callejón, Ingo Wolfgang Sarlet, Carlos Luiz Strappazon, Augusto Aguilar Calahorra (coords.), *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel: libro homenaje a Jörg Luther*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 215-228.

tros comunes temas sobre federalismo, y finalmente como compañeros del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, al que tuve la fortuna de incorporarme precisamente con motivo de su elección de diputado nacional en el Congreso. Con su vuelta a la vida universitaria, he podido disfrutar aún más de su autoridad intelectual hasta el punto de disfrutar de una amistad académica de la que sin embargo me siento parte deudora por su generosidad y predisposición para participar en todas las actividades que le he propuesto en el ámbito del Seminario Ítaloespañol, de la Asociación de Federalistas de Andalucía y del Proyecto EUCONS, del que quiero resaltar la presentación que hizo en el Parlamento europeo en Bruselas de nuestro Decálogo «La Europa de los ciudadanos» junto al diputado europeo Juan Fernando López Aguilar⁴. Con admiración personal le agradezco la confianza, consejos y cercanía que me ha regalado en estos años.

Participar, pues, en este *liber amicorum* es para mí un regalo que me ha permitido recuperar uno de mis primeros trabajos para hacer una profunda actualización⁵, que guarda además una importante relación temática y personal con Gregorio Cámara. Siendo diputado participó en la elaboración del nuevo Estatuto de Canarias de 2018, que recuperaba la senda de los derechos estatutarios tras la famosa STC 31/2010 en contraste con la posición que siguió el legislador estatutario extremeño de 2011. Sin duda aquel Estatuto ha dado un nuevo vigor y nuevas visiones, por lo que se hacía necesario una revisión de los derechos estatutarios del ámbito educativo.

Además, de entre los múltiples temas que ha abordado Gregorio Cámara, me parecía que elegir el tema de la educación junto a la vertiente territorial era sin duda lo más oportuno. Conviene recordar que el Prof. Cámara tiene una importante producción sobre la educación, fruto de su tesis doctoral⁶, que después tuvo como resultado su primera monografía *Nacional-catolicismo y escuela: socialización política del franquismo, 1936-1951*⁷ y numerosos trabajos posteriores⁸, ade-

⁴ Accesible en <https://wpd.ugr.es/~eucons/wordpress/publicaciones/decalogo/> (14/1/2024).

⁵ Me refiero a la comunicación publicada en las Actas del I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI: A. Pérez Miras (2013). «La inclusión de la educación como derecho en los Estatutos de Autonomía», en F. J. Durán Ruiz (dir.), M. Reina Hidalgo, F. M. Bombillar Sáenz (eds. coords.), *Actas del I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*, Comares, Granada, pp. 669-690.

⁶ G. Cámara Villar (1980). *Educación y política en España, 1936-1951: una aproximación al estudio de la ideología nacional-católica*. Tesis doctoral dirigida por José Cazorla Pérez, Universidad de Granada.

⁷ G. Cámara Villar (1984). *Nacional-catolicismo y escuela: socialización política del franquismo, 1936-1951*, Hesperia, Jaén. Léase también el prólogo que realiza a la famosa obra *El florido pensil* (A. Sopena Monsalve, *El florido pensil. Memoria de la escuela nacionalcatólica*, Grijalbo Mondadori, 1994).

⁸ Sin ánimo de exhaustividad: G. Cámara Villar (2000), «Constitución y educación (los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución de 1978)», en G.

más de encargarse, entre otros, del tema de los derechos y libertades en el ámbito educativo en el Manual de Derecho Constitucional y en la Introducción al Derecho Constitucional⁹.

Todo ello es sólo una muestra de la solidez intelectual de este tosiriano ilustre, que ha enseñado a muchas generaciones *granatensis* un derecho constitucional moderno, conectado con el derecho constitucional europeo y los principios federales, y que ha recuperado los mejores principios políticos encarnados en Fernando de los Ríos¹⁰. Siguiendo su estela, ha mantenido un compromiso ético y político en la enseñanza universitaria y en la vida pública, procurando mediante su oficio hacer efectivo el mandato del art. 27.2. CE: una educación para el pleno desarrollo de la personalidad y el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Pero ello no sólo lo ha realizado con sus estudiantes, sino que diariamente lo mantiene con sus compañeros de Universidad, en especial con los más jóvenes, ejerciendo pues de auténtico maestro desde un profundo respeto a la institución universitaria en su sentido más puro. Quizá ello sólo es posible si eres un señor de educadas maneras y exquisita educación que escudriña siempre el mundo desde lo aprendido de manera crítica.

Trujillo, L. López Guerra, P. J. González-Trevijano Sánchez (coords.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, pp. 265-306; G. Cámara Villar (2001), «Fernando de los Ríos y la política educativa de la Segunda República», en R. Morodo Leoncio, P. de Vega García (coords.), *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Vol. 1, pp. 129-170; G. Cámara Villar (2004), «Un problema constitucional no resuelto: el derecho garantizado en el artículo 27.3 de la Constitución española y la enseñanza de la religión y su alternativa en los centros educativos», en F. Balaguer Callejón (coord.), *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle*, pp. 439-462; G. Cámara Villar (2005), «La educación en el Estado laico: el marco constitucional español en perspectiva histórica y comparada», en P. de Blas Zabaleta, *Laicidad, educación y democracia*, pp. 117-142; G. Cámara Villar (2012), «El debate en España sobre la materia «Educación para la ciudadanía y los derechos humanos» ante su proyectada supresión y cambio», en *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. 2, pp. 2401-2424; o su reciente G. Cámara Villar (2023), «Derecho a la educación, pluralismo y sociedad abierta en la era digital», en F. Balaguer Callejón, I. W. Sarlet, C. L. Strapazzon, I. N. Robl Filho, A. Aguilar Calahorro, A. Pérez Miras (coords.), *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 493-524.

⁹ Ambos manuales coordinados por F. Balaguer Callejón y publicados en Tecnos.

¹⁰ Vid. G. Cámara Villar (2000), *Fernando de los Ríos y su tiempo*, Editorial Universidad de Granada, Granada. Además, ha publicado artículos y capítulos sobre el pensamiento y la figura de Fernando de los Ríos, *ex pluribus*, G. Cámara Villar (2023), «Fernando de los Ríos», en C. Martínez López (ed.), *La Universidad de Granada. Cinco siglos de historia: tiempos, espacios y saberes*, Vol. 1, Editorial Universidad de Granada, Granada, pp. 122-127; G. Cámara Villar (2015), «Fernando de los Ríos (1879-1949). La concepción del estado y de la democracia de un socialista humanista», en Joaquín Varela Suanzes-Carpegna (coord.), *Siete maestros del derecho político español*, CEPCC, Madrid, pp. 115-142; G. Cámara Villar (2012), «Fernando de Los Ríos», *Teoría y realidad constitucional*, nº 30, pp. 553-571; G. Cámara Villar (2000), «Fernando de los Ríos y la política educativa de la Segunda República», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza (Ejemplar dedicado a homenaje a don Fernando de los Ríos)*, nº 37-38, pp. 117-138.

II. La educación: entre el derecho y la competencia, entre el Estado y las Comunidades Autónomas

Señala Gregorio Cámara que «[n]o es necesario detenerse mucho en resaltar la importancia social, ideológica, política y económica de los modelos educativos que se adopten en un concreto país, pues de ello depende no sólo el libre y pleno desarrollo de las personas y la socialización de los ciudadanos, sino también la realidad socioeconómica de ese país, en tanto que del grado de formación que tengan sus ciudadanos dependerá su potencial creativo, de innovación y de sustento permanente de un desarrollo sostenible»¹¹.

Efectivamente, la educación es un elemento central de nuestra sociedad que hace depender el grado de desarrollo de un Estado del éxito de su implementación. En España, la educación se ha ido consolidando durante la etapa democrática como uno de los pilares básicos del Estado social en que España queda constituida *ex art.* 1.1 CE, y ello ha supuesto, sin duda, un gran esfuerzo por parte de los poderes públicos, que han tenido en las Comunidades Autónomas los principales responsables de su prestación¹². Esto conlleva que la educación se pueda enfocar jurídicamente tanto desde la perspectiva del derecho fundamental del art. 27 CE como desde el ámbito competencial, que determina un reparto de tareas entre el Estado y las Comunidades Autónomas¹³.

En nuestro ordenamiento constitucional todas las Comunidades Autónomas han previsto en sus respectivos Estatutos de Autonomía la asunción de competencias sobre el ámbito educativo; competencia que tiene el carácter de compartida dado que se enmarca en el juego bases — desarrollo que marca el dictado del art. 149 CE. En concreto para la materia de educación debemos estar a lo dispuesto en la regla 30ª del apartado 1º, de cuyo tenor literal se desprende, por un lado, que compete en exclusiva al Estado central las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales; por otro, que el desarrollo del derecho fundamental de educación (art. 27 CE) es competencia básica del Estado mediante ley orgánica (art. 81 CE), con lo que se reserva a las Comunidades un amplio espacio de desarrollo normativo para realizar una política educativa

¹¹ G. Cámara Villar (2022), «Lección 14. Derechos sociales y económicos. Los principios rectores de la política social y económica», en F. Balaguer Callejón (coord.), *Introducción al Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, p. 507.

¹² Efectivamente, siguiendo al Prof. Solozábal la materialización del Estado social se ha concretado durante la democracia junto con la construcción del Estado autonómico. Vid. J.J. Solozábal Echavarría (2004), *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Biblioteca Nueva, Madrid.

¹³ Vid. P. Meix Cereceda (2013), *Descentralización de la enseñanza y derechos fundamentales: un estudio comparado entre España y Alemania*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

propia en todo aquello que no sea considerado básico para garantizar la igualdad en unos niveles esenciales.

Tradicionalmente ha sido esta última vertiente competencial la que ha interesado en la doctrina en tanto que dicho reparto atenta directamente a un derecho fundamental y, por tanto, afecta al núcleo esencial de la persona, que además en este caso su titular principal es un menor de edad, con los problemas que ello pueda plantear. Dicha asunción competencial ha producido una vasta normativa tanto legislativa como reglamentaria por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas, pero como expresamente se refiere el tenor literal del art. 149 CE, esta materia tiene a su cargo la efectiva realización del derecho fundamental previsto en el art. 27 CE, con lo que resulta imposible el tratamiento de la educación sin contar con dicho carácter subjetivo, por lo que todas las facetas previstas en el art. 27 CE condicionan sin duda el desarrollo normativo de los distintos entes territoriales en juego¹⁴.

En este juego, por tanto, no podemos perder de vista la regulación estatutaria de la educación que han realizado las Comunidades Autónomas. Hoy todos los Estatutos de Autonomía tienen asumida la competencia en educación. Sin embargo, como veremos a continuación no todos los Estatutos prevén derechos estatutarios en el ámbito educativo.

Los primeros Estatutos que asumieron la competencia plena hacían referencia a la enseñanza y se limitaban a señalar que se ejercía «sin perjuicio» del art. 27 CE y de las leyes orgánicas que lo desarrollaren (en este sentido, art. 16 EAEus; art 31 EAGal y art. 47 LORARFNA). Tras las reformas acaecidas a partir de 1994, el resto de Estatutos asumen dicha competencia «de acuerdo con» el art. 27 CE y las leyes orgánicas que lo desarrollen, compartiendo todos los Estatutos reformados un apartado con un tenor similar al siguiente: «Para garantizar una prestación homogénea y eficaz del servicio público de la educación que permita corregir las desigualdades o desequilibrios que puedan producirse, la Comunidad Autónoma facilitará a la Administración del Estado la información que ésta le solicite sobre el funcionamiento del sistema educativo en sus aspectos cualitativos y cuantitativos, y colaborará con la Administración del Estado en las actuaciones de seguimiento y evaluación del sistema educativo nacional.» Así, en este grupo entrarían el art 29 EAMad; el art 16 EAMur; el art. 10 EARio; el art. 18 EAAst; el art. 28 EACan; y el art. 37 EACLM. Sin embargo, este panorama competencial cambia

¹⁴ Como apunta Gregorio Cámara, ello va a suponer «una gran complejidad en la práctica y en consecuencia en la doctrina del Tribunal Constitucional debido a la no infrecuente regulación mediante Ley Orgánica de aspectos no inscribibles en la mencionada reserva y a un entendimiento a veces coextenso de lo dispuesto en los artículos 149.1. 30º, 27 y 81.1 CE». G. Cámara Villar (2007), «Educación y enseñanza», en F. Balaguer Callejón (dir.), *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, IAAP, Sevilla

con la última ola de reformas estatutarias, cuyos nuevos articulados van a presentar una regulación muy detallada¹⁵, en especial los arts. 131 (educación) y 172 (universidades) EACat¹⁶; arts. 52 (educación) y 53 (universidades) EAAnd y arts. 133 (educación) y 134 (universidades) EAICa; en menor medida el art. 73 EACyL; y aún con menos detalle el art. 36 EABal y el art. 73 EAARA. Se apartan de la tónica de los nuevos EEAA, el art. 10.1.4 (educación) y apdo. 5 (universidades) EAExt y, especialmente, el art. 53.1 EAVa, que mantiene la redacción de las Comunidades que asumieron las competencias plenas en los años 80 y a la que ya hemos hecho referencia.

Esta disparidad se va a ver también reflejada en la previsión de los derechos estatutarios de ámbito educativo, conforme veremos en los apartados siguientes.

III. Del Estatuto valenciano de 2006 al Estatuto canario de 2018: el contexto de los derechos estatutarios

En 2006 se abrió una nueva ola de reformas estatutarias que no ha sido uniforme ni en el tiempo ni en su intensidad, pues no ha afectado a todas las Comunidades y ha tenido lugar a lo largo de un periodo demasiado amplio que ha llegado hasta 2018 con la aprobación del, por el momento, último Estatuto de segunda generación¹⁷. Ocho son los Estatutos que se han reformado hasta el momento¹⁸, y todos ellos se han caracterizado, según la doctrina, por acercar la norma

¹⁵ Cfr. G. Cámara Villar (2007), *op. cit.*

¹⁶ Estos artículos fueron objeto de recurso de inconstitucionalidad que fue desestimado por la STC 31/2010, aunque es de resaltar que se impone una interpretación conforme de la expresión «en todo caso», según el FJ 64, pero que no es llevada al fallo de la sentencia. Véase al respecto los Votos Particulares de los Magistrados Conde Martín de Hijas y Rodríguez-Zapata.

¹⁷ Sobre las características de los Estatutos de segunda generación, vid. J.A. Montilla Martos (2015), *Reforma federal y estatutos de segunda generación*, Aranzadi, Cizur Menor. Para una valoración global de este periodo me permito remitir a mi trabajo A. Pérez Miras (2020), *op. cit.* Para una valoración general de las reformas en su primer periodo, me remito a C. Viver i Pi-Sunyer, F. Balaguer Callejón, y J. Tajadura Tejada (2005), *La reforma de los Estatutos de autonomía (Con especial referencia al caso de Cataluña)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid; G. Ruiz-Rico Ruiz (coord.) (2006), *La reforma de los estatutos de autonomía. Actas del IV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia; J.J. Solozábal Echavarría (2006), *Tiempo de reformas. El Estado autonómico en cuestión*, Biblioteca Nueva, Madrid, pp. 57-174 y 371-381; P. Cruz Villalón (2006), «La reforma del Estado de las Autonomías», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, nº 2, pp. 77-99; E. Roig Molés (2006), «La reforma del Estado de las Autonomías: ¿ruptura o consolidación del modelo constitucional de 1978? Comentario al artículo del profesor Pedro Cruz Villalón publicado en el número 2 de Revista d'Estudis Autonòmics i Federals», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, nº 3, pp. 149-185; E. Álvarez Conde (2007), *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, Iustel, Madrid.

¹⁸ Siguiendo un orden cronológico, los EEAA reformados han sido: Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, aprobado mediante Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril; Estatuto de Auto-

institucional básica a su ciudadanía¹⁹. En lo que concierne a la educación, la mayoría de estos Estatutos han ampliado el tratamiento de la educación mediante la previsión de derechos estatutarios del ámbito educativo en el modo que veremos más adelante.

Sin embargo, antes conviene traer en este punto una breve idea sobre nuestra conceptualización de los derechos estatutarios. Con esta denominación se hace referencia a su origen normativo, porque vienen recogidos en un Estatuto de Autonomía. Como ya hemos apuntado, este *nomen iuris* ha sido comúnmente aceptado en la doctrina, aunque su aparición sistemática a partir de 2006, con las aprobaciones de los Estatutos de la Comunidad Valenciana (en adelante, EAVa) y del de Cataluña (en adelante, EACat), ha causado una acalorada polémica en torno a su naturaleza y funciones dentro del sistema constitucional de derechos, lo que se agudizó con el primer tentativo que dio el Tribunal Constitucional con la STC 247/2007, de 12 de diciembre (Valencia) y especialmente tras la STC 31/2010, de 28 de junio (Cataluña)²⁰.

nomía de Cataluña, aprobado mediante Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio; Estatuto de Autonomía de Illes Balears, aprobado mediante Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero; Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado mediante Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo; Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado mediante Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril; Estatuto de Autonomía de Castilla y León, aprobado mediante Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre; Estatuto de Autonomía de Extremadura, aprobado mediante Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero; Estatuto de Autonomía de las Islas Canarias, aprobado mediante Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre.

¹⁹ Vid., entre otros, V. Ferreres Comella (2006, «Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña», en V. Ferreres Comella, P. Biglino Campos y M. Carrillo, *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 9-37; T. De La Quadra-Salcedo Janini (2008), «El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre», *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 5, pp. 1-48; y J.F. Sánchez Barrilao (2012), «La giustiziabilità dei diritti riconosciuti dagli Statuti nello Stato Autonomico spagnolo», *Quaderni Regionali*, nº 2, pp. 267-312.

²⁰ La doctrina ha sido muy abundante al respecto y merece la pena distinguirla en función del momento en que fue publicada en relación con estas sentencias mencionadas. En concreto, antes de que el Tribunal Constitucional comenzara su jurisprudencia en la materia: V. Ferreres Comella, P. Biglino Campos y M. Carrillo López (2006), *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid; Á. Garrarena Morales (2006), «El derecho de aguas ante la reforma de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 18, pp. 77-104; la discusión entre L.Mª Díez-Picazo Giménez (2006), «¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?» *Revista española derecho constitucional*, nº 78, pp. 63-75 y Caamaño (2007), «Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)», *Revista española derecho constitucional* nº 79, pp. 33-46, con posterior réplica de Díez-Picazo (2007), «De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño», *Revista española derecho constitucional*, nº 81, pp. 63-70; R. Canosa Usera (2007), «La declaración de derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía», *Teoría y realidad constitucional*, nº 20, pp. 61-115; y E. Expósito Gómez (2007), «La regulación de los derechos en los nuevos estatutos de autonomía», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, nº 5, pp. 147-202. Igualmente, sobre

Para la calificación jurídica de estos derechos estatutarios es imprescindible tener en cuenta esa jurisprudencia constitucional, puesto que el concepto que de derecho estatutario vamos a dar se basa en la construcción que de la lectura conjunta de ambas sentencias hemos podido realizar. Así, por tanto, los derechos estatutarios son mandatos, principios y directrices a los poderes públicos para que configuren los mismos de acuerdo con sus competencias sin menoscabar los derechos fundamentales de la Constitución o de los tratados internacionales. No suponen, y esto es importante, derechos subjetivos. Como se ha encargado insistentemente de repetir el Tribunal Constitucional, no se trata ni de desarrollo de derechos fundamentales consagrados en la Constitución, ni de derechos fundamentales territorializados. Para que un enunciado normativo dentro de un Estatuto pueda calificarse como derecho estatutario necesita cumplir un doble vínculo: por un lado, es un mandato a los poderes públicos autonómicos, y en especial al legislador autonómico, por otro lado, sólo vinculan materialmente de acuerdo con el ámbito de competencias asumidas en el respectivo Estatuto. Tiene, por tanto, la doble naturaleza de mandato y principio. Es

las declaraciones de derechos en los Estatutos de Autonomía deben considerarse los volúmenes colectivos de F. Balaguer Callejón, L. Ortega Álvarez, G. Cámara Villar y J. A. Montilla Martos (coords.) (2008), *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla; y M. Á. Aparicio Pérez (Ed.), J. M^a Castellà Andreu y E. Expósito Gómez (Coords.) (2008), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona. Sobre la doctrina publicada entre la sentencia valenciana y la catalana, podemos resaltar: T. De La Quadra-Salcedo Janini (2008), *op. cit.*; G. Fernández Farreres (2008), *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autonómico? (comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*, Thomson/Civitas, Cizur Menor; F. Balaguer Callejón (2008), «Derechos, principios y objetivos en los Estatutos de Autonomía reformados», *Anuario Jurídico de La Rioja*, n° 13, pp. 11-31; R. Canosa Usera (2008), «Preparando una mutación constitucional. Comentario a la STC 247/2007, de 13 de diciembre», *Teoría y realidad constitucional*, n° 22, pp. 569-583 y G. Cámara Villar (2009), *op. cit.*; F. López Menudo (2009), «Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n° 73, pp. 71-190. De entre la doctrina publicada sobre la sentencia del Estatuto de Cataluña, destacamos: R. Tur Ausina y E. Álvarez Conde (2010), *Las consecuencias jurídicas de la sentencia 31/2010, de 28 de junio del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña. La sentencia de la perfecta libertad*, Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor; M. Carrillo López (2011), «Los derechos estatutarios y sus garantías en la sentencia 31/2010, de 28 de junio, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista española de derecho constitucional*, n° 92, pp. 331-354. Para una reflexión conjunta de ambas sentencias, G. Cámara Villar (2011), *op. cit.*; E. Expósito Gómez (2011), «Declaraciones estatutarias ¿de derechos? Un análisis a la luz de las SSTC 247/2007 y 31/2010», *Teoría y realidad constitucional*, n° 27, pp. 481-502; I. Villaverde Menéndez (2011), «Estatutos, declaraciones de derechos y derechos estatutarios», *Revista General de Derecho Constitucional*, n° 13, pp. 1-27; J. Tudela Aranda, (2011), «La ideología en el Estatuto de Autonomía de Extremadura. Derechos y principios. La reacción frente a la emulación», en J.J. Solozábal Echavarría (coord.), *El nuevo Estatuto de Extremadura*, Marcial Pons, Madrid, pp. 149-191; J.F. Sánchez Barrilao (2012), *op. cit.*; J. Morcillo Moreno (2013), *Validez y eficacia de los derechos estatutarios. En especial, el proyecto de reforma castellano-manchego*, Ediciones Parlamentarias de Castilla — La Mancha, Toledo; A. Pérez Miras (2020), *op. cit.*

importante destacar, pues, que un derecho estatutario no equivale a una cláusula competencial habilitante. Así, las «cláusulas autolimitativas»²¹ forman parte del articulado estatutario y sirven para determinar el alcance y la interpretación de estos derechos.

Podemos observar de la lectura conjunta de las nuevas cartas de derechos en los Estatutos reformados, de manera global, las siguientes características comunes: a) la aparente originalidad de los derechos recogidos en los Estatutos. La mayoría de los derechos ya existen en el panorama nacional e internacional. Se ha realizado una selección o una reformulación según las necesidades o intereses de cada Comunidad Autónoma que ha procedido a realizar una reforma estatutaria. b) Relación superior: en relación con los derechos constitucionales, las reproducciones literales son escasas y la mayoría presenta o una actualización o una nueva perspectiva de un ámbito ya previsto por el Constituyente, como ocurre en este caso con el art. 27 CE; c) (sigue) relación superior: también algunos derechos se inspiran en algunas de las novedades que introdujo la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. d) También los derechos se incorporan por una relación inferior, es decir, mediante la consagración de derechos que han aparecido en la legislación estatal o autonómica. e) Por otro lado, también consagra derechos construidos jurisprudencialmente. f) Nuevos derechos: son testimoniales, por ejemplo, derecho al agua, derecho a acceder a las nuevas tecnologías, derechos de solidaridad y a favor de personas desfavorecidas. Desde otra óptica, aparecen derechos sectoriales a favor de grupos o clases que el legislador estatutario considera que deben de tener una especial protección.

A la vista de lo sostenido hasta el momento y como consecuencia del posible contenido eventual de un Estatuto de Autonomía, los derechos estatutarios de educación que con distintas dicciones se ha incluido en los nuevos Estatutos cumplen perfectamente estos principios, porque: 1) no es un desarrollo en el sentido del art. 81 CE y aunque los Estatutos se aprueban por leyes orgánicas, se trata de normas de naturaleza especial con competencias específicas y reservadas (*ex art. 147 CE*) con lo que el legislador estatutario no puede disponer, de manera genérica, de los derechos fundamentales; 2) desde los Pactos Autonómicos de 1992, la educación compete en general a las Comunidades Autónomas, con lo que cualquier Estatuto puede establecer esos mandatos al legislador autonómico para la configuración del derecho autonómico, en este caso, sobre educación, estableciendo directrices y límites al ejercicio de la competencia asumida.

²¹ Vid. F. López Menudo (2009), *op. cit.*, p. 96. E. Expósito (2011), *op. cit.* considera que la existencia de estas cláusulas y las exigencias que en ellas se contienen hacen superfluos los condicionantes que se establecen en la STC 31/2010, provenientes de la STC 247/2007, sobre el respeto al marco competencial pero también a los derechos fundamentales proclamados en la Constitución y en otras normas internacionales.

Con todo ello, pasamos a estudiar el variado contenido de los derechos estatutarios de ámbito educativo, comparando la intensidad con la que los ocho Estatutos reformados han incluido tales previsiones, en el caso de que lo hayan hecho, y las similitudes y diferencias que podemos observar entre todos ellos.

IV. La diversa densidad de los derechos estatutarios en el ámbito educativo

Preliminarmente debemos aclarar que dentro del ámbito educativo se van a incluir todos los niveles educativos, incluso el universitario y la formación profesional y permanente, como veremos oportunamente. Sin embargo, las previsiones estatutarias se dirigirán a estos distintos espectros de manera diferenciada, por lo que cada uno de ellos responderá a la especialidad de su naturaleza. En cualquier caso, sí podemos adelantar que principalmente los derechos estatutarios de la educación vendrán referidos a la educación obligatoria y a las etapas no obligatorias en las que sean protagonistas los menores.

No todos los Estatutos reformados han incluido cartas de derechos con la misma intensidad, ni siquiera todos han previsto un sistema de garantías. Suele ir aparejado una menor intensidad en la regulación de los derechos estatutarios con la falta de previsiones de garantías específicas de los derechos estatutarios. En este sentido, podemos agrupar los Estatutos en dos grupos, que siguen la estela de los dos Estatutos reformados en 2006. Por un lado, el grupo de mayor intensidad con previsión de garantías, donde agrupamos a Cataluña, Andalucía, Castilla y León y las Islas Canarias; y por otro, el grupo de menor intensidad, entre los que se encuentran Comunidad Valenciana, Aragón, Islas Baleares y Extremadura.

Centrándonos ya en el tema educativo, lo primero que queremos resaltar es la ausencia de ningún tipo de previsión sobre educación dentro del Título II de los derechos de los valencianos y valencianas, justo en un ámbito tan sensible para la vida social autonómica como es la educación. No olvidemos que la Comunidad Valenciana fue de las Comunidades que desde el inicio gestión la competencia de educación por las transferencias de la LOTRAVA. El resultado, pues, de la reforma es que el Estatuto valenciano ha quedado en este aspecto a medio camino entre los Estatutos de primera y los de segunda generación. Ello se demuestra en el hecho de que el art. 53.1 EAVal, como ya hemos adelantado, mantiene una dicción en la regulación de la competencia en materia de educación similar a la que se usa en los Estatutos reformados a partir de los años 90. Pero lo realmente sorprendente de este artículo es su apartado segundo cuyo tenor literal dice: «La Generalitat, en el ejercicio de sus competencias, garantizará el derecho, de todos los ciudadanos a

una formación profesional adecuada, a la formación permanente y a los medios apropiados de orientación profesional que le permitan una elección fundada de carrera, ocupación o profesión.»

Es sorprendente por dos motivos: de sistemática y de contenido. No tiene mucho sentido que dentro del Tít. I de ‘los derechos de los valencianos y valencianas’ la única referencia que se hace a la educación es en el farragoso art. 10 EAVal, al referirse su apdo. tercero a que «en todo caso, la actuación de La Generalitat se centrará primordialmente en [...] la no discriminación y derechos de las *personas con discapacidad y sus familias* a la igualdad de oportunidades, a la integración y a la accesibilidad universal en cualquier ámbito de la vida pública, social, *educativa* o económica [...]» (cursivas mías). Dicho art. 10 EAVal está consagrado a los derechos sociales de los valencianos, «que representan un ámbito inseparable del respeto de los valores y derechos universales de las personas y que constituyen uno de los fundamentos cívicos del progreso económico, cultural y tecnológico de la Comunitat Valenciana» (10.1) pero se remite a una futura Ley de Les Corts para la elaboración de una «Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana, como expresión del espacio cívico de convivencia social de los valencianos, que contendrá el conjunto de principios, derechos y directrices que informen la actuación pública de La Generalitat en el ámbito de la política social» (10.2). Por lo tanto, entre los derechos sociales no se prevé realmente un derecho estatutario de educación, porque su única referencia es en realidad referente a un principio de igualdad y no discriminación de personas desfavorecidas, pero tampoco en su sentido amplio, sino simplemente limitada esa garantía para las personas con discapacidad y sus familias. No tiene sentido esta especificación, muy loable, en cualquier caso, porque esa accesibilidad universal de que habla el artículo bien se podría haber expresado en términos, precisamente, más universales, acorde también con lo dispuesto en el mismo art. 10.1 EAVal. Esta ausencia dentro del Tít. I sólo podría entenderse, bien por voluntad expresa del legislador estatutario, bien por mala técnica, dado que tampoco cobra sentido entonces el art. 53.2 EAVal, que como estamos viendo se ubica dentro del Tít. IV de ‘las competencias’. Esta previsión se hace con dudoso acierto y oportunidad, además de presentar un contenido escaso e indefinido en su función²². El caso es que este precepto aparece configurado con las características de un derecho estatutario: es un mandato a los poderes públicos valencianos, ligado a una de las competencias asumidas en el Estatuto, luego, en principio, cabría definir de tal el precepto recogido en ese art. 53.2 EAVal, a pesar de la errónea sistemática del mismo. En cambio, su indefinición, casi in-

²² Cfr. E. Guillén López (2008), «Derechos, principios y objetivos educativos», en F. Balaguer Callejón (dir.), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, IAAP, Sevilla, p. 540.

materialización, hace de este precepto inviable en el sentido literal de su proposición jurídica. Ya se hubiera incluido en la sistemática de los derechos, ya en la misma posición en la que, a mi entender erróneamente, ha elegido el legislador estatutario.

El resto de nuevos Estatutos sí prevé en sus articulados derechos estatutarios específicos del ámbito de la educación, salvo en cierta forma el de Extremadura. Su art. 7 EAExt recoge un largo elenco de lo que el legislador estatutario ha querido definir simplemente como principios rectores de los poderes públicos extremeños. Se limita a señalar, en lo que ahora nos interesa, que «los poderes públicos regionales: 11. Asumen como una aspiración esencial la más estricta garantía de los derechos a la salud, a la *educación* y a la protección pública en caso de dependencia.» (cursiva mía)

Este principio undécimo, sin duda, cohonesta más bien poco con la función social que una Comunidad Autónoma realiza en nuestro Estado constitucional. La mayor novedad de este apartado es la presentación de la dependencia junto a los pilares básicos del bienestar como son la sanidad y la educación. Sin embargo, esta loable visión queda empañada tanto por el tenor literal como por el nulo contenido definitorio. La dicción está ausente de normatividad, incluso resulta contradictoria dado que, por un lado, se presenta como una aspiración, con lo que la idea de los derechos estatutarios como mandatos a los poderes públicos queda muy diluida; por otro lado, parece quererse compensar esta falta de obligatoriedad con el empleo de fórmulas vacías como es «la más estricta garantía», pues recordemos que el Estatuto extremeño es uno de los que no prevé un sistema de garantías específico. Si esa estricta garantía depende, además de que sea aspirada por los poderes públicos, de la inspiración de las fuerzas políticas mayoritarias en cada momento, en realidad en nada se ve favorecida la ciudadanía extremeña de su art. 7.11 EAExt, puesto que en todo caso gozará de la garantía mínima establecida de manera general por el Estado, ya sea en el desarrollo del derecho fundamental a la educación, la configuración legal de la protección constitucional de la salud o en la promoción de las ayudas a las personas dependientes. De aquí se deriva igualmente una crítica al tratamiento conjunto de estas materias: dada la naturaleza constitucional de un Estatuto, el legislador estatutario debería tener más cuidado con la redacción de sus preceptos dado que, sin ser obviamente inconstitucional, esta conmixtión de etiquetas, que en el Texto constitucional tienen distinto encaje con consecuencias diversas, se presenta en la Norma básica autonómica de manera vacua, decorativa y excesivamente genérica, sin mayor especificación de las bases constitucionales y legales, sus límites y menos aún de los principales destinatarios de los tres ámbitos que suponen quizá el mayor esfuerzo presupuestario de la Comunidad. Sin duda una oportunidad perdida para, aun incluso como principio rector, delimitar realmente la acción arbitraria de los gobiernos y concretar los

espacios relacionales que dichos ámbitos imponen irremediabilmente en toda sociedad²³.

También dentro de los principios rectores de las políticas públicas, el legislador estatutario para Aragón ha tratado en el Cap. II Tít. I EAAra de forma dispersa todo lo referente al ámbito educativo, y lo hace en lo que podríamos agrupar en dos bloques: 1) uno específico sobre el modelo educativo que debe regir en la Comunidad Autónoma de Aragón; 2) la integración y protección de colectivos. En ambos casos, se trata de referencias dispersas en distintos artículos sobre principios rectores que no guardan una unidad temática sobre educación, por lo que, aunque de manera transversal se puede entresacar una referencia al ámbito educativo en el nivel autonómico, su regulación dista mucho de ser equiparable con la de los restantes Estatutos de Autonomía que, ya sí, tienen artículos específicos para el ámbito educativo.

Así, Cataluña, Andalucía, Canarias, Castilla y León y Baleares tendrán una referencia expresa a la educación como derecho estatutario, si bien serán los tres primeros los que realicen una más detallada regulación. Para su mejor estudio, continuaremos con la división temática con la que hemos abordado este estudio.

V. El distinto reconocimiento al derecho a la educación: de la calidad y el modelo educativo de cada Comunidad Autónoma

No hay uniformidad en la previsión del derecho estatutario a la educación entre los cinco Estatutos que acabamos de mencionar. Todos tienen en común que afrontan el tema de manera clásica imitando el nivel constitucional, repitiendo básicamente los mandatos constitucionales, con algunos matices y añadidos que iremos resaltando. Sin embargo, en todos podemos observar un elemento que es crucial para el Estado social: el modelo educativo por el que opta cada Comunidad y la importancia que guarda el sistema público en la consecución de los objetivos educativos. Unidas a estas ideas, aparece de manera llamativa un calificativo

²³ En contra de esta postura podemos encontrar a Tudela Aranda (2011), *op. cit.*, cuando dice: «En el apartado 11 se hace referencia a tres cuestiones esenciales [...] Se hace con estricta sobriedad. Los tres se aglutinan bajo la máxima del de asumir como aspiración esencial de la Comunidad la más estricta garantía de estos derechos. Si bien podría pensarse que, por su relevancia, sobre todo en un análisis comparativo, estas tres cuestiones hubiesen sido merecedoras de referencia singular, lo cierto es que la redacción es afortunada. Se dice poco, pero es lo más que se puede decir. Tampoco es necesario nada más. Se trata de tres derechos reconocidos en el vigente ordenamiento jurídico. El mayor compromiso que en relación con los mismos pueden adquirir los poderes públicos es el de asegurar su «estricta garantía». Se trata de un compromiso potente y de una excelente declaración que no debiera perderse en la, también afortunada, parquedad de sus palabras.» (pp. 185-186)

o aspiración a la hora de determinar el contenido estatutario de este derecho, y es la búsqueda de una educación de calidad²⁴.

Esta idea de la calidad responde a la evolución natural que se estaba produciendo en el sistema educativo español antes de la crisis económica de 2008 y sus consecuencias posteriores. Ya no se trataba, pues, de garantizar la gratuidad de la enseñanza obligatoria, sobradamente garantizada por la misma Constitución y asumida sin problema por los presupuestos autonómicos. En aquel momento se trataba de dar un paso más: afianzar uno de los principales servicios prestado por las Comunidades Autónomas y que afecta de manera general a toda la población: tanto a los menores que gozan del ejercicio de su derecho fundamental, como de los padres que depositan sus esperanzas vitales en una buena educación para sus hijos que les garantice un porvenir, además de al resto de ciudadanos que pueden ser titulares también del derecho de educación no obligatoria, como los universitarios.

Podemos decir que todos estos Estatutos abogan por incluir en primer término la búsqueda de la calidad del servicio educativo. Sin embargo, son Cataluña, Baleares y Castilla y León las que lo hacen de manera expresa en sus respectivos derechos estatutarios (art. 21.1 EACat; art. 26.1 EABal; art. 13.1 EACyL *ab initio*; art. 21.1 EAICa). En el caso de Aragón, el principio rector recogido en el art. 21 EAAra habla de «modelo educativo de calidad». En cambio, Andalucía lo prevé dentro de los objetivos básicos de la Comunidad (art. 10.3. 2º EAAnd), limitándose en su art. 21 EAAnd a mencionar el carácter compensatorio de la educación que, para el Prof. Guillén, «es más que [un] discutible camino porque involuntariamente viene a dar la razón a quienes estiman que la compensación no permite la calidad, cuando es justamente lo contrario si calidad tiene algo que ver con excelencia moral.»²⁵

Ello nos lleva a observar que el contenido previsto no es neutro y que determina distintos modelos educativos. Así, el principio rector del art. 21 EAAra establece que «los poderes públicos aragoneses desarrollarán un modelo educativo de calidad y de interés público que garantice el libre desenvolvimiento de la personalidad de los alumnos en el marco del respeto a los principios constitucionales y estatutarios y a las singularidades de Aragón». Observamos que es una regulación escasa, en el sentido en el que ya nos hemos pronunciado, pero la traemos en tan-

²⁴ Con este término se nos plantea un problema de garantías, que guarda relación con una pregunta previa: ¿cómo medimos la calidad? Y, por tanto, ¿cómo podemos garantizar una educación de calidad? No podemos obviar que la educación preocupa a toda la población, a los padres y a los menores que la disfrutan. Para ello existen informes, como el Informe PISA que realiza una comparación internacional de la calidad (y en el que no solemos quedar muy bien parados). Es evidente que para poder garantizar una mínima calidad debe de procurarse una financiación adecuada. De hecho, vamos a ver que parte del contenido que vamos a estudiar gira en torno a gastos en educación, empezando por la gratuidad de la enseñanza obligatoria.

²⁵ E. Guillén López (2008), *op. cit.* p. 544.

to que marca de un modelo de interés público, en consonancia con lo que se establece en Cataluña en el art. 21.1 *in fine*.

El resto de Estatutos, salvo el de Baleares que nada dice al respecto, apuesta con mayor contundencia por un sistema público de educación. Así Castilla y León y Canarias hablan de educación pública mientras que Andalucía se refiere al sistema educativo público. Toda esta terminología no impide, efectivamente, la existencia de distintos modelos de gestión educativa en el seno de esas Comunidades, es decir, no impiden el desarrollo del modelo nacional de educación basado en escuelas públicas y colegios concertados.

El caso de Cataluña es el que de manera más clara apuesta por el concierto educativo. El art. 21.3 EACat pone el acento en que «los centros docentes privados pueden ser sostenidos con fondos públicos de acuerdo con lo que determinen las leyes, para garantizar los derechos de acceso en condiciones de igualdad y a la calidad de la enseñanza.» Con una dicción menos contundente, pero con la misma finalidad el art. 26.2 EABal, el art. 21.3 EAAAnd establecen que todos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a los centros educativos sostenidos con fondos públicos. En los tres casos se hace referencia a los centros concertados, que al tener financiación pública quedan equiparados, para el acceso, a la escuela pública. En este sentido, Andalucía va más allá y prevé en el art. 21.3 EAAAnd *in fine* que «a tal fin se establecerán los correspondientes criterios de admisión, al objeto de garantizarla en condiciones de igualdad y no discriminación», con lo que ahí no puede quedar duda del igual trato que cualquier candidato debe recibir en un centro concertado, aunque lo mismo se puede deducir de las otras redacciones más escuetas. En este sentido debe entenderse la elección canaria del art. 21.2 EAICa que, sin mencionar los fondos públicos expresa claramente que «los poderes públicos canarios deberán garantizar el acceso al sistema público de enseñanza de todas las personas en condiciones de igualdad, no discriminación y atendiendo a criterios de accesibilidad universal, determinando al efecto por ley los criterios y condiciones precisas». La diferencia principal entre Cataluña y las otras tres Comunidades hay que ponerlo en conexión con sus apartados primeros; así, mientras el art. 21.1 EACat *in fine* dice, como ya hemos dicho, que «la Generalitat debe establecer un modelo educativo de *interés* público que garantice estos derechos», los Estatutos andaluz y canario dicen que el derecho constitucional se satisface «mediante un sistema educativo público», con lo que, con Enrique Guillén, frente a esta idea de servicio público, el «*interés público*» del artículo catalán trata de «no cerrar excesivamente la cuestión del grado de cooperación a través del concierto, o sostenido con fondos públicos, que es otra de las fórmulas que prácticamente abocaría al concierto como mecanismo para la prestación del servicio»²⁶. Ade-

²⁶ E. Guillén López (2008), *op. cit.* p. 544.

más, en el caso catalán, el sujeto son los centros privados, que en su concepción amplia pueden recibir ayudas públicas por vías distintas del concierto, lo que los mantendría fuera del sistema público en el que sí se encuentran incluidos por definición, en cambio, los concertados. Hemos dejado aparte el caso balear porque no se incluye en su dictado un compromiso directo con el servicio público, siquiera habla de interés público; se limita a establecer de manera genérica el acceso en igualdad en el art. 26.1 EABal *in fine* para después especificarlo, como hemos visto en el art. 26.2 EABal, para los centros educativos sostenidos con fondos públicos²⁷.

VI. La gratuidad de los distintos niveles educativos y las ayudas públicas

Todos los Estatutos replican el contenido del art. 27.4 CE y expresan la gratuidad de la enseñanza en los niveles obligatorios. La principal novedad que se establece en los Estatutos es que abren la vía a extender por ley dicha gratuidad a los niveles no obligatorios; así el art. 21.4 EACat; art. 26.3 EABal; art. 13.1 EACyL; art. 21.4 EAAnd. En el caso andaluz, sin embargo, circunscribe esa ampliación legal sólo a la educación infantil, con lo que podemos observar un mandato claro del legislador estatutario para ampliar la gratuidad más allá de la educación obligatoria en una etapa escolar temprana y que, *de facto*, es prácticamente obligatoria en tanto que la inmensa mayoría de la población se está escolarizando a los 3 años. En el caso canario, no insiste en la gratuidad de la enseñanza obligatoria, que la da por hecho, sino que se limita a señalar que toda persona tiene derecho a una educación gratuita, prestando especial atención a la educación infantil en los términos que establezca la ley (art. 21.1 EAICa). Este último artículo es el que nos parece más completo, dado que no se limita a transcribir el contenido constitucional y es el que abre más posibilidades (como hacen también Cataluña, Baleares, y Castilla y León) pero al tiempo se dirige de manera directa a la consecución de la gratuidad de la educación infantil, consciente del avance generalizado de la escolarización en esa franja de edad.

La preocupación económica de los derechos educativos no se agota en la previsión de la gratuidad, sino que algunos Estatutos la complementan con el reconocimiento de ayudas públicas y becas al estudio. Así, Andalucía y Castilla y León prevén el acceso a becas en condiciones de igualdad para los niveles no gratuitos.

²⁷ De acuerdo con E. Guillén López (2008), *op. cit.* p. 545, el art. 26 EABal carece de los aspectos de mayor compromiso político y económico que sí se observan, sin embargo, por ejemplo, en Cataluña o Andalucía, y cuya estela va a seguir el Estatuto canario.

En el caso de Canarias, el art. 21.4 EAICa incluye expresamente en esas etapas a la universitaria y prevé incluso el establecimiento de medidas de acción positiva para los colectivos vulnerables, lo cual es una previsión única con respecto a los otros Estatutos. Habrá que ver en el futuro si se aplica esta medida y, especialmente, si su finalidad se podría alcanzar mediante los criterios para acceder a las ayudas y becas, sin necesidad de establecer esas medidas de acción positiva. Por su parte, en el caso de Cataluña estas ayudas se encuentran referidas sólo a los niveles educativos superiores, entendemos que la universidad incluida (art. 21.6 EACat). El Estatuto de Baleares no se pronuncia al respecto.

VII. La participación en los asuntos escolares

Como una especificación del art. 27.7 CE, algunos Estatutos incluyen entre los derechos estatutarios de contenido educativo la participación en los asuntos escolares. Este es el caso del art. 21.8 EACat, el 26.6 EABal y el art. 21.10 EAICa que establecen que «los miembros de la comunidad educativa tienen derecho a participar en los asuntos escolares y universitarios en los términos establecidos por las leyes». Sin duda estos artículos presentan un alcance más amplio que la previsión constitucional de que los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervengan en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos. Para empezar no se limita a la gestión de los centros, y menos sólo a los que reciban fondos públicos. Por asuntos escolares debemos entender un contenido mucho más amplio que la mera gestión, haciendo partícipe a todos los miembros de la comunidad educativa de todos aquellos temas que les sean de interés o les afecten, sin que tengan que circunscribirse al mero carácter orgánico de la gestión de un centro. Abre la vía a una mayor participación y compromiso de todos los implicados, al tiempo que se profundiza en valores más democráticos para las decisiones que afecten a la comunidad escolar y universitaria.

Sorprende por ello su ausencia en el Estatuto de Andalucía, puesto que, dado lo prolijo de su texto, se echa aún más en falta una referencia al respecto. Tampoco se prevé en el caso de Castilla y León, aunque su texto es mucho más compacto.

VIII. La universidad, la formación profesional y la educación permanente

Siguiendo con la emulación del Texto constitucional, cabe ahora preguntarnos por las previsiones que se realizan sobre la universidad. Aquí no se va a producir un mimetismo con el reconocimiento de la autonomía universitaria. Al con-

trario, las previsiones sobre las universidades en los derechos estatutarios son residuales, lo cual es llamativo dado que las Comunidades, como hemos visto, gozan de amplias competencias en materia universitaria.

Andalucía se limita a reconocer el acceso de todos y en las mismas condiciones de igualdad a las universidades públicas de Andalucía en los términos que establezca la ley (art. 21.7 EAAAnd), por lo que en realidad poco añade de sustancial para los derechos de los ciudadanos, que deben estar a lo dispuesto por este derecho de configuración legal.

Muestra de la poca virtualidad de este artículo es que no encuentra réplica en los otros Estatutos, siquiera en el canario, que toma al andaluz en muchos aspectos como modelo. Ello no quiere decir que la realidad universitaria no esté presente en los derechos estatutarios de ámbito educativo. Simplemente se da por hecho y se hace mención para cuestiones específicas, como los supuestos de participación o en los asuntos económicos que acabamos de ver. Quizá hubiera sido deseable una mención más ambiciosa que la andaluza dentro de los derechos estatutarios, que le hubiera dotado de autonomía normativa y que, siempre en la senda de la financiación, hubiera servido de apoyo al maltrecho sistema universitario, en el que las Comunidades Autónomas tienen una gran responsabilidad de su financiación y, por ende, de la calidad y la excelencia de sus servicios a la sociedad.

Distinto es el caso de la formación profesional y permanente, que no se encuentran previstas en la Constitución. Esto implica, pues, un avance y la constatación de una realidad cada vez en mayor auge. Sin embargo, sí son el eco de lo dispuesto en el art. 14.1 CDFUE, que reconoce el derecho a la educación y el acceso a la formación profesional y permanente. Aunque son nociones diferentes, que responden a criterios, necesidades y ambiciones distintas, todos los Estatutos que las prevén lo hacen en el mismo apartado, limitándose a su mero reconocimiento. Insistimos en que esto ya es un paso cualitativo, pero sin duda esta previsión debe leerse sistemáticamente con todo lo que hemos señalado respecto de las ayudas públicas y acceso a becas. Prevén este derecho Cataluña (art. 21.5 EACat), Andalucía (art. 21.6 EAAAnd), Baleares (art. 26.5 EABal) y Canarias (art. 21.5 EAICa), siempre remitiéndose a la ley que lo desarrolle.

No prevé la formación profesional sino sólo la formación permanente el art. 13.1 EACyL *in fine* y referido expresamente a las personas adultas²⁸. En el caso de Andalucía conviene recordar que su art. 21.1 EAAAnd garantiza el derecho constitucional de todos a una educación permanente, lo cual no nos parece muy acertado. Al pretender conectarlo directamente con el derecho fundamental hubiera

²⁸ E. Guillén López (2008) *op. cit.* p. 547 se muestra crítico con esta decisión del legislador estatutario dado que la formación permanente «constituye un vínculo fundamental entre la educación y el ámbito laboral de cuya importancia en la actualidad nadie duda.»

sido deseable que no añadiera ninguna etiqueta porque, si bien es cierto que se desprende del Texto constitucional que la educación no se agota en la sola etapa escolar, no es menos cierto que no corresponde al legislador estatutario delimitar un contorno semejante del derecho constitucional, para evitar además toda la problemática que dio lugar, como hemos visto, la aparición de estos nuevos Estatutos.

Para terminar este apartado, queremos recordar que el Estatuto valenciano recogía, con mala técnica y sin mucho sentido a nuestro parecer, un derecho a la formación profesional en el art. 53.2 EAVal, dentro del ámbito competencial. Nos remitimos a lo ya estudiado.

IX. El derecho de los padres sobre la formación moral y religiosa: la cuestión de la laicidad

Otra especificación del derecho constitucional, y que es la que quizá causó mayor revuelo mediático, es el referido al derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación moral o religiosa de acuerdo con sus convicciones prevista en el art. 27.3 CE, en su relación con el 16 CE. Este derecho sólo ha sido replicado en Cataluña, Andalucía y las Canarias, por lo que debemos diferenciar, por el lapso temporal en su aprobación, entre los dos primeros y el segundo.

Y es que, en el caso catalán y andaluz, esta especificación va más allá de la mera repetición del derecho de los padres, al dar una vuelta de tuerca al carácter aconfesional del Estado (art. 16.3 CE) y proclamar que la escuela pública es laica. En este sentido, el art. 21.2 EACat establece que «las madres y los padres tienen garantizado, de acuerdo con los principios establecidos por el artículo 37.4, el derecho que les asiste para que sus hijos e hijas reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones en las escuelas de titularidad pública, en las que la enseñanza es laica.» En similar modo, el art. 21.2 EAAnd proclama que: «Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. La enseñanza pública, conforme al carácter aconfesional del Estado, será laica. Los poderes públicos de la Comunidad tendrán en cuenta las creencias religiosas de la confesión católica y de las restantes confesiones existentes en la sociedad andaluza.»

Empezando por este último, no se entiende el encaje de este apartado segundo, pues parece reproducir más bien el art. 16.3 CE circunscrito a la sociedad andaluza y nada añade en realidad a los derechos de los padres. Con Enrique Guillén, considero que «constituye una deferencia hacia la Iglesia Católica tan

explicable en el momento constituyente como inverosímil en la actualidad.»²⁹ Sin duda, este no era el sitio ni era oportuno un dictado semejante.

Centrándonos en el paso que se da con la afirmación de la laicidad de la escuela pública, es quizá la cuestión más controvertida de las estudiadas en este trabajo. En lo que a la sola redacción se refiere, el texto andaluz es preferible frente al texto catalán, que se presenta mucho más categórico y rupturista con respecto al carácter aconfesional dictado en la Constitución. El caso andaluz muestra la transacción a la que llegaron los dos principales partidos, que conjugaba una necesidad de afirmar el difícil papel de la enseñanza religiosa en la escuela pública y su carácter integrador de las distintas minorías religiosas presentes en nuestro Estado, haciendo de la educación un espacio laico como un espacio neutral para el libre desarrollo de la personalidad.

A pesar de la dicción del art. 21.2 EACat, esta idea era asimilable al mismo. No obstante, el PP decidió impugnar este precepto ante el Tribunal Constitucional, junto al apartado primero del art. 21 al tiempo que en Andalucía pactaban una solución al polémico tema. Las similitudes en ambos textos las acabamos de leer, por lo que la diferencia de criterio del PP en función de la Comunidad Autónoma sólo abocaba a uno de los pronunciamientos polémicos a los que ha tenido que hacer frente el Tribunal Constitucional en el caso de Estatuto de Cataluña.

La STC 31/2010 desestima en este punto el recurso con el siguiente razonamiento (FJ 20): «La imprecisa impugnación de ambos preceptos «por referencia al artículo 27 CE, en cuanto afecte a su núcleo esencial», según se afirma en la demanda, no es suficiente para desvirtuar su constitucionalidad. El propio tenor de los apartados 1 y 2 del art. 21 [EACat] es manifiestamente inocuo en su contraste con los diferentes apartados del art. 27 CE, pues aseguran en idénticos términos el derecho a la educación. Por lo demás, la referencia del precepto a que la enseñanza pública «es laica» sólo significa, como se deduce de su tenor literal, que la enseñanza pública no es institucionalmente una enseñanza confiada a las confesiones religiosas, sin perjuicio del derecho de las madres y los padres a «que sus hijos e hijas reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones en las escuelas de titularidad pública», como el propio precepto reconoce en términos plenamente respetuosos con el art. 27.3 CE y con el art. 16 CE. En fin, más allá de su literalidad, la expresa referencia al art. 37.4 [EACat] incluida en el art. 21.2 [EACat] disipa definitivamente cualquier riesgo de interpretación sesgada, pues se confirma así de manera expresa que esos concretos derechos no pueden desarrollarse, aplicarse o entenderse «de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución» (art. 37.4). Mucho me-

²⁹ E. Guillén López (2008) *op. cit.* p. 544.

nos, por tanto, atendiendo a la preocupación de los recurrentes, que afecte a «su núcleo esencial».»

Esta solución es realmente interesante porque es expresiva de la ambivalencia argumental. Igual que el Tribunal recrimina la imprecisa impugnación a los demandantes, se puede pensar que los Magistrados tampoco se detienen en un verdadero análisis del precepto impugnado ni en determinar realmente la relación entre laicidad y aconfesionalidad más allá de su valoración de inocuo o, lo que es más sorprendente, la afirmación de que «la enseñanza pública [laica] sólo significa, como se deduce de su tenor literal, que la enseñanza pública no es institucionalmente una enseñanza confiada a las confesiones religiosas». Del parecer del Tribunal se desprende que ambos términos se hubieran convertido en sinónimos, cuando en realidad tienen una carga simbólica dispar. Al respecto, cobran sentido las palabras del Magistrado Rodríguez Arribas que en su Voto Particular dijo acerca de la laicidad que «supone un desconocimiento del carácter aconfesional del Estado que proclama el art. 16.3. CE y [que] también hubiera sido más correcto ponerlo de manifiesto en una interpretación conforme llevada al Fallo, porque no pueden despreciarse o minimizarse desviaciones tan directas del texto constitucional.» A mi entender, no se debería haber dado lugar a esta confusión terminológica puesto que del acervo constitucional sobre la religión se deducía suficientemente que en la escuela pública no cabe favorecer a ninguna religión frente a otra en lo que a su enseñanza se refiere. Además, no se tiene en cuenta que las escuelas se encuentran enclavadas en territorios donde culturalmente puede darse un predominio de una religión frente a otra, lo que hace que en determinadas zonas y en determinados momentos sea inescindible, por tradición, la manifestación religiosa católica de la vida cotidiana o, en su caso, la musulmana. Queda claro que la referencia a la laicidad no puede significar un traslado del modelo francés a estas Comunidades Autónomas y, por tanto, aunque no fuera llevado al fallo, el carácter laico debe entenderse simplemente como la posición de neutralidad de la escuela pública como consecuencia de la aconfesionalidad del Estado; escuela pública que no sistema público, por lo que en nada afectará este artículo a los colegios concertados pertenecientes a órdenes religiosas. Por ello no llego a comprender es esa afirmación categórica del Tribunal sobre la enseñanza laica y las confesiones religiosas, puesto que lo que hace que la enseñanza pública no sea confiada a órdenes religiosas es precisamente su carácter público, no el laico. Sin duda en este punto la pluma del legislador estatutario fue prisionera de los juegos políticos más que de un beneficio efectivo para el pueblo, pues su presencia nada aporta al derecho de los padres, que es de lo que se trataba.

Hay un detalle que debe resaltarse para entender que este precepto se encuentra en una delgada línea de constitucionalidad, que finalmente ha sido salvado por el Tribunal Constitucional, pero que igualmente podría haber sido declarado nulo

y sin mucho más esfuerzo explicativo. Si algo salva el artículo, y ahí el fundamento jurídico nos parece impecable y explica muy bien el funcionamiento de los derechos estatutarios, es la conexión con el art. 37.4 EACat, que recoge las cláusulas autolimitativas a las que hicimos referencia *supra*, que forman parte del articulado estatutario y sirven para determinar el alcance y la interpretación de estos derechos. Este precepto es de aplicación obligatoria para los derechos estatutarios y su redacción es fundamental para entender la construcción jurisprudencial de los derechos estatutarios. En este sentido, no debería de haberse incluido expresamente en el dictado del art. 21.2 EACat porque le era de aplicación, en cualquier caso. Es por ello que llama mucho la atención que el legislador estatutario catalán lo incluyera expresamente. Esta mención expresa en tan delicado artículo sólo muestra a mi parecer la frontera a la que los legisladores estatutarios eran conscientes de estar arribando, porque vuelvo a insistir en que la forma en la que se redactó, a diferencia del andaluz, suponía una clara afirmación rupturista que se ha salvado por esa mención expresa que, casi a modo de ritual, ha servido para despejar las dudas de inconstitucionalidad en vez de para afirmar un valor expansivo. Este formalismo del 37.4 EACat ha salvado al Tribunal de tener que entrar en el peliagudo debate de la aconfesionalidad del Estado y su incidencia sobre el ámbito educativo, así como en la evolución de la sociedad española en cuanto al tema religioso. Quizá la STC 31/2010 ya era demasiado simbólica para entrar también en esas cuestiones doctrinales.

En cualquier caso, esto ha tenido influencia posterior. Y no nos referimos al Estatuto extremeño sino al Estatuto de Canarias que, como sabemos, sigue la estela del andaluz y del catalán. Aquí nos llevamos una grata sorpresa porque nos parece que aborda el tema de la mejor manera posible: se limita a reconocer en el art. 21.1 EAICa que la educación es aconfesional y abandona el término de la laicidad, lo que deja este tema del pasado en un arrebató político de parte que nunca tuvo que haber llegado a una norma de consenso tan importante como es un Estatuto. Los efectos son los mismos sin necesidad de tensionar una norma cuasiconstitucional. Además, el art. 21.9 EAICa se limita a reproducir de manera aséptica que «el sistema público de enseñanza garantiza el derecho de las madres y padres a optar por una formación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones».

Quizá aquí la solución más completa hubiera sido no sólo limitarse a copiar la Constitución sino mirar también a lo dispuesto en la CDFUE, que en su art. 14.3 *in fine* reconoce «el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas». Esta última idea, las convicciones pedagógicas, es de una gran transcendencia y, unido a la participación de los padres en los asuntos escolares, hubiera sido un campo interesante de actuación en las Comunidades Autónomas, para permitir

precisamente algún tipo de diferenciación en lo que a las metodologías pedagógicas se están implementando actualmente sin mucho debate sobre su trascendencia y afectación al desarrollo de los menores. Por ejemplo, el actual debate sobre el uso de móviles o material tecnológico en el colegio podría haberse tratado desde esta óptica, abriendo un interesante debate sobre el siempre delicado debate sobre el contenido de lo que se enseña en la escuela, pues nada es inocuo, como además tendremos la oportunidad de ver *infra* en el apartado de los valores.

X. La especificidad de las personas con necesidades especiales

Una de las grandes novedades aportadas por los derechos estatutarios del ámbito educativo ha sido la previsión concreta de una referencia a los derechos educativos de las personas con necesidades especiales. Es quizá éste el colectivo más vulnerable del sistema educativo puesto que, en su caso, todos los esfuerzos empleados en el sistema educativo para su formación son un tesoro que ayuda a engrandrar la autonomía futura de estas personas.

Se trata de un derecho de configuración legal, que se dirige a la efectiva integración de las personas con necesidades educativas especiales (art. 21.10 EAAnd) o a recibir apoyo por parte de los poderes públicos (art. 21.7 EACat; art. 13.1 EACyL). El caso de Canarias aúna ambas ideas en el art. 21.6 EAICa, al tiempo que prevé la garantía de su evolución formativa.

Así, el Estatuto canario parece englobar de mejor manera los derechos educativos con necesidades especiales, pero, sin embargo, y a pesar de que su redacción es más completa que en los otros tres supuestos, aquí hubiera sido deseable que su emulación fuera al otro archipiélago español y haber seguido el ejemplo balear. Como bien llama la atención Enrique Guillén, sólo el art. 26.4 EABal habla del derecho de estas personas a acceder a una educación adaptada, «puesto que no es lo mismo garantizar el acceso a la educación que obligar a que el propio servicio asuma las dificultades de las que parten estas personas y adapten consiguientemente tanto los contenidos como la metodología»³⁰. Ello no quiere decir que las otras Comunidades no ejecuten una educación adaptada, es sólo el ejemplo de la utilidad de especificar correctamente el derecho estatutario para favorecer realmente, en este caso, a las personas con necesidades especiales. Este art. 26.4 EABal dispone que: «las personas con necesidades educativas especiales por razones de enfermedad o discapacidad tienen derecho a acceder a una educación adaptada.»

³⁰ E. Guillén López (2008) *op. cit.* p. 545.

XI. La gratuidad de los libros de textos y materiales didácticos

De los Estatutos que hasta entonces se habían aprobado, el Prof. Guillén consideraba que quizá el andaluz es el que «realiza un trabajo más acabado en el reconocimiento de derechos y deberes de contenido educativo»³¹. Este Estatuto incluyó un derecho que no tuvo comparación entre los de su momento, como es el derecho a los libros escolares gratuitos, introduciendo así una de las novedades más mediáticas y simbólicas del valor y finalidad de un derecho estatutario. Así, el art. 21.5 EAA establece que «se garantiza la gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria en los centros sostenidos con fondos públicos. La ley podrá hacer extensivo este derecho a otros niveles educativos.»

Se trata de un derecho estatutario paradigmático, ejemplo de elevación de una política pública previa, que aparece en el Ordenamiento andaluz por Orden de la Consejería de Educación de Andalucía, de 27 de abril de 2005, siendo en este caso el salto jerárquico más que notable. Conviene resaltar que no está condicionado por la configuración legal, es decir, es un claro ejemplo de derecho reconocido inmediatamente en el Estatuto de Autonomía sin necesidad de *interpositio legislatoris*. Su ampliación a otros niveles educativos distintos del obligatorio, empero, sí está sujeto al desarrollo legal que se realizase.

Se presenta con la forma de verdadera proposición jurídica y con un objeto bien definido en el marco de una competencia propia de la Comunidad. Es verdad que dijimos que ello no supone un derecho subjetivo, pero es innegable que un precepto tan bien delimitado debe proporcionar realmente una garantía para la ciudadanía, de manera que la reversibilidad de esta política pública queda sustraída del debate legislativo ordinario. Siguiendo a Sánchez Barrilao, es posible reconocer en los enunciados de los derechos estatutarios auténticos derechos subjetivos, en la medida en que están suficientemente delimitados y de modo que la concreta articulación de las previsiones normativas contribuiría a definir ámbitos concretos de protección a favor de las personas por parte de los poderes públicos autonómicos, así como encontrar una garantía en los tribunales sin perjuicio de su oportuno desarrollo legislativo, siendo posible determinar distintos regímenes jurídicos en la garantía jurisdiccional de acuerdo con su naturaleza y su concreción material³².

³¹ E. Guillén López (2008) *op. cit.* p. 543.

³² J.F. Sánchez Barrilao (2012), *op. cit.* p. 282-283. Traducción propia y libre del italiano del siguiente párrafo: «*in linea di principio, è possibile riconoscere nelle figure di diritti enunciate dagli Statuti autentici diritti soggettivi, nella misura in cui essi risultino sufficientemente delimitati, di modo che la concreta articolazione delle previsioni normative contribuirebbe a definire concreti ambiti di protezione a favore degli individui che devono essere promossi e rispettati dai poteri pubblici della Comunità autonoma, nonché direttamente garantiti dai tribunali, senza pregiudizio della loro opportuna attuazione normativa.*»

El nuevo Estatuto canario se ha convertido en el único Estatuto que ha seguido la estela del afortunado precepto andaluz. Así el art. 21.3 EAICa establece que: «Se garantiza a los alumnos y alumnas, en los términos que normativamente se establezcan, el acceso a libros de texto y material didáctico necesario en todos los niveles obligatorios de educación en los centros del sistema público canario de enseñanza.» Podemos observar, sin embargo, unas diferencias notables entre ambos preceptos. El legislador estatutario canario ha sido más restrictivo en sus previsiones y no ha establecido un derecho incondicionado para la etapa obligatoria puesto que debe determinarse normativamente. Con el empleo de este término, consideramos que no ha realizado una reserva de ley, ni tampoco una reserva de reglamento; simplemente ha establecido que deba ser o el Parlamento o el Gobierno canarios el que determine, de acuerdo con su potestad normativa, los requisitos y condiciones de ejercicio de este derecho de los alumnos. Sin duda se trata de una cautela que vendrá determinada por la futura actuación del Parlamento canario y la posibilidad de congelación de rango (legal) por lo que hubiera sido deseable que optara directamente por una reserva expresa, incluso de reglamento (aunque no sea costumbre de nuestro Ordenamiento). Como elemento positivo es que no se limita sólo a los libros de textos, sino que extiende la posible gratuidad en general al material didáctico que sea necesario en los distintos cursos de la enseñanza obligatoria, lo que es una ampliación de contenido que debemos valorar de manera muy positiva. Pero sin duda este término necesita de concreción normativa, por lo que en este sentido se podría entender la cláusula establecida por el legislador estatutario que acabamos de criticar. Por ello hubiera sido deseable reconocer sin ambages como el modelo andaluz el derecho a los libros de texto y a continuación referirse al material didáctico conforme al desarrollo normativo oportuno, en especial por parte de la Consejería del ramo.

XII. La enseñanza de valores y las especificidades autonómicas

Dentro de los derechos estatutarios también encontramos una serie de preceptos que más que valor de derecho presentan más bien una naturaleza de principio pero que, en cualquier caso, moldean el modelo educativo de cada Comunidad Autónoma, dado que nos referimos a la enseñanza de valores que deben incidir en consecuencia en el tipo de sociedad perseguido por el legislador estatutario. Esto guarda una efectiva relación con el mandato del art. 27.2 CE, pero va mucho más allá.

In questo modo, è possibile individuare distinti regimi giuridici nella garanzia giurisdizionale dei diritti, secondo la specifica natura e grado di concrezione materiale degli stessi.»

El Estatuto que entró con mayor profusión en esta cuestión fue el de Andalucía, que en su art. 21.8 EAAAnd, que dispone que: «los planes educativos de Andalucía incorporarán los valores de la igualdad entre hombres y mujeres y la diversidad cultural en todos los ámbitos de la vida política y social. El sistema educativo andaluz fomentará la capacidad emprendedora de los alumnos el multilingüismo y el uso de las nuevas tecnologías.» Aquí se entremezclan dos ideas, por una lado, un contenido concreto que deberá incluirse en los planes de estudio de Andalucía conforme a su capacidad competencial; y por otro, el fomento de unos valores sociales que inciden directamente en el modo en el que convivimos más allá del espacio escolar, acogiendo de manera acrítica principios que puedan estar al servicio de una determinada visión consumista y capitalista de la vida: el emprendimiento, el conocimiento del inglés y el uso de la tecnología son ideas que se pueden desprender con facilidad de aquella tríada y que nos encamina a un modo de pensar en sociedad que pretende ser dominante, por lo que se deja poco espacio para alternativas vitales respetuosas igualmente con los valores constitucionales.

Igualmente, Canarias ha establecido un precepto sobre la enseñanza de valores, también aquí a nuestro parecer con mayor éxito que el andaluz. Así, podemos leer en el art. 21.7 EAIcCa: «Los planes educativos deberán contener una educación integral, debiendo contemplar los valores de igualdad, entre mujer y hombre, no sexismo, educar en la no violencia, no discriminación por razón alguna, solidaridad y cooperación, diversidad e identidad cultural, participación social y política, así como incorporar el uso y desarrollo de las nuevas tecnologías.» Nos parece que todos los valores escogidos son más completos y útiles para la vida en sociedad, pues no se limita a la igualdad entre mujeres y hombres, sino que amplía a cuestiones tan relevantes y sensibles durante la minoría de edad como es el no sexismo, la no violencia, la no discriminación, la solidaridad, la cooperación, la participación social y la necesaria diversidad cultural propia de sociedades plurales como la nuestra. Se olvida de educar en emprendimiento, multilingüismo o tecnologías y se limita a señalar la necesidad de incorporar el uso y desarrollo de las nuevas tecnologías en la ejecución de los planes educativos.

En el caso aragonés, estos valores no se desprenden de su principio rector de educación, sino que se encuentran recogidos en otros principios rectores pero que le son de aplicación al ámbito educativo. Así, el art. 30 EAAra *ab initio*, cuando establece que: «los poderes públicos aragoneses promoverán la cultura de la paz, mediante la incorporación de valores de no violencia, tolerancia, participación, solidaridad y justicia, especialmente en el sistema educativo [...]»; o el art. 24 c) EAAra que garantiza el principio de igualdad de género en el ámbito educativo y laboral, o también el art. 29 EAAra que establece que «los poderes públicos de Aragón promoverán las políticas necesarias para la integración socioeconómica de

las personas inmigrantes, la efectividad de sus derechos y deberes, su integración en el mundo educativo y la participación en la vida pública». Se está reconociendo la situación de debilidad en que puede colocarse la inmigración, y al hacer especial hincapié en la integración en el mundo educativo, a mi entender, el Estatuto está apostando por una vertiente social indudable.

Esa enseñanza específica debe complementarse con enseñanzas propias de Andalucía (art. 21.9 EAAAnd), dejando en blanco el significado y alcance de estos términos. Más concreto se presenta, sin embargo, el Estatuto canario, que en su art. 21.8 EAI Ca concreta con mejor fortuna que: «Serán parte integrante de los planes educativos en la etapa obligatoria materias referentes a la historia, geografía, sociedad, política y cultura de Canarias.» Estas referencias concretas cobran mucho más sentido que el supuesto andaluz, aunque podamos suponer que el sentido finalista de la norma iba en un sentido literal similar al que luego ha expresado el legislador estatutario canario. En un sentido similar debemos entender la expresión «singularidades de Aragón» que recoge el art. 21 EAAra *in fine*.

No prevén tampoco esta faceta del derecho estatutario ni Cataluña, ni Baleares ni Castilla y León. Esta última, empero, sí reconoce en su art. 13.1 EACyL que el entorno escolar debe favorecer la formación integral y la igualdad de oportunidades de todas las personas. Por su parte, Aragón recoge dentro del principio rector del art. 21 EAAra que «los poderes públicos aragoneses desarrollarán un modelo educativo de calidad y de interés público que garantice el libre desenvolvimiento de la personalidad de los alumnos, en el marco del respeto a los principios constitucionales y estatutarios y a las singularidades de Aragón.». Frente a esta, el Prof. Guillén considera más afortunada la redacción castellano-leonesa³³; sin embargo, a mi entender considero que esta redacción castellano-leonesa tiene un alcance más limitado que el supuesto aragonés, porque al hacer referencia directamente a los principios constitucionales y estatutarios se está dirigiendo directamente al conjunto axiológico del sistema sin interponer limitaciones ni delimitaciones, aunque es verdad que estos deben conjugarse con los otros principios rectores a los que acabamos de hacer referencia.

XIII. Corolario

Los Estatutos de segunda generación han dado un paso más en el tratamiento que tradicionalmente se ha venido haciendo de la educación como competencia para incluir importantes regulaciones sobre derechos estatutarios de educación que abarcan, según hemos podido comprobar, distintos y variados aspectos sobre

³³ E. Guillén López (2008) *op. cit.* p. 547.

dicha materia. No todos estos Estatutos han regulado la materia de la misma manera. De los ocho nuevos, Comunidad Valenciana y Extremadura han hecho unas previsiones escasas que plantean más dudas que bondades; Aragón ha optado, con relativo éxito, por un tratamiento transversal con aportaciones que se apartan de los clásicos dictados de este derecho, que sí han sido recogidos, junto a algunas novedades, por los cinco restantes (Cataluña, Andalucía, Baleares, Castilla y León y Canarias, que aun habiéndose aprobado a bastante distancia temporal ha optado por seguir el modelo andaluz, en vez de seguir la vía abierta en Extremadura tras la STC 31/2010). Aunque sus contenidos son similares, Andalucía junto con Canarias y Cataluña presentan unos textos más prolijos que el del resto, con algunas aportaciones novedosas, aunque la innovación sea una tónica común para los cinco textos junto con la idea de reiteración y seguimiento del precepto constitucional.

Algunos de los debates que sobre dichos derechos se han producido en los últimos tiempos vienen a encontrar respuesta en preceptos y proposiciones específicas, pero creemos, por ejemplo, con los libros de texto gratuitos de Andalucía, que los derechos estatutarios tienen aún un fuerte potencial por desarrollar y que en el ámbito educativo hemos podido ir viendo algunas de esas potencialidades. También es verdad que algunos de los preceptos nada aportan en realidad al derecho concreto perseguido, como por ejemplo hemos podido estudiar sobre los derechos de los padres y la supuesta relación con una escuela laica.

En definitiva, ha habido verdaderas actualizaciones del derecho fundamental sin que por ello este derecho se vea afectado; tampoco se han alterado las competencias que las Comunidades Autónomas han asumido, pero sí que se ha limitado, guiado o condicionado su ejercicio mediante los derechos estatutarios, que, por un lado, suponen una consecuencia lógica del art. 27 CE, y por otro, buscan una mayor efectividad del derecho y una mejor materialización de la competencia, siempre en beneficio del ciudadano, como muestran por ejemplo la idea de la educación de calidad, la previsión de ayudas públicas y becas de estudio y la participación de la comunidad escolar y universitaria.

Además, en los derechos estatutarios de ámbito educativo se ha podido comprobar que los derechos estatutarios no sólo son una reiteración de la Constitución, sino que sirven también para integrar matices de otros Ordenamientos, como ha sucedido, por ejemplo, con el art. 14 CDFUE y el reconocimiento de la formación profesional y de la educación permanente.

LA EDUCACIÓN DE LOS MENORES DE ORIGEN MIGRANTE Y SU NECESARIA REIVINDICACIÓN COMO HERRAMIENTA DE INCLUSIÓN EN LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS

M^a DOLORES REQUENA DE TORRE

Universidad de Granada

I. Introducción

En el momento en que se escriben estas líneas, un 8,5% de los habitantes de la UE han nacido fuera de ella. Y, según una reciente publicación del Parlamento Europeo, uno de cada cuatro niños en la Unión Europea ha nacido en el extranjero o tiene padres nacidos en el extranjero¹.

Evidentemente, el progresivo aumento de los movimientos migratorios, inherentes a la globalización, conlleva la formación de sociedades más heterogéneas. Lo que, a su vez, está derivando en un aumento de movimientos nacionalistas, nostálgicos de una supuesta homogeneidad social y cultural difícilmente identificable. En este contexto, y pese a las evidencias que señalan que las sociedades europeas necesitan demográficamente de la inmigración², se ha agravado la alarma de aquellos que se muestran preocupados por la resistencia de sus culturas nacionales o, incluso, de un «estilo de vida europeo». En este sentido, diversos estudios han evidenciado como, cuando las escuelas experimentan un incremento en la presencia de alumnos extranjeros (con distintas lenguas y religiones), el debate público se muestra alarmado ante amenazas a la identidad y la formación de «so-

¹ EPRS | European Parliamentary Research Service: Integration of migrant children. PE 754.601 — November 2023. En referencia al a las estadísticas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) a 15 de junio de 2023 en su completo informe comparativo 'Indicadores de integración de inmigrantes 2023: Instalarse'.

² La propia página web de la Comisión señala que sin la inmigración, la población europea se habría reducido en 2019 en medio millón.

ciudades paralelas»³; un discurso que se ha intensificado tras la crisis de los refugiados de 2015⁴.

Así, en los últimos años, la cuestión de la integración de los inmigrantes se ha vuelto una preocupación social prioritaria en la UE. Como se evidenció en el Plan de Acción presentado por la Comisión en 2016 para la integración de los nacionales de terceros países⁵. Aunque esta no siempre se ha entendido correctamente, siendo frecuente su percepción como un fenómeno unidireccional que centra la atención, únicamente, en las obligaciones del inmigrante. Una integración unilateral que exige *que se integren ellos*, asumiendo una actitud pasiva de la sociedad de acogida y normalizando una confusión entre *integración* y *asimilación*⁶ que trata de reprimir la deriva multicultural bajo la voluntad de preservar una sobreestimada homogeneidad cultural⁷.

Se ignora con ello que, desde ese planteamiento unilateral, no es posible la integración. Pues, como brillantemente señaló Berry:

«La integración sólo puede ser elegida “libremente” y perseguida con éxito por grupos no dominantes cuando la sociedad dominante es abierta e

³ Jalusic, V. y Bajt, V.: «Whose children? The EU and Member States' integration policies in education». 2022. «Studies in Ethnicity and Nationalism» published by Association for the Study of Ethnicity and Nationalism and John Wiley & Sons Ltd. Sobre esta cuestión, resulta oportuno señalar las posibles situaciones que pueden darse tras el choque de dos culturas ante los fenómenos migratorios. Un aspecto que R. Jiménez los ha sintetizado brillantemente en cuatro: el etnocidio, la asimilación, la segregación y la integración. El *etnocidio* supone negar la posibilidad de identificarse tanto en la cultura de origen como en la de acogida y puede suponer la muerte de una cultura. Con frecuencia se habla en los mismos términos de *genocidio cultural*, en referencia a unos actos que la Convención de 1948 para la Prevención y Sanción del Genocidio no contempló. Por su parte, la *asimilación*, consiste en la imposición de una cultura sobre otra minoritaria, imposibilitando su desarrollo. La *segregación*, conlleva un «repliegue identitario del grupo cultural minoritario, que se encierra (o es encerrado) sobre sí mismo. Y finalmente, la situación ideal sería la *integración*, en tanto que objetivo de las políticas de inmigración pero que debe entenderse desde una óptica bidireccional que genere el diálogo abierto entre ambas culturas. Véase: Jiménez Gámez, R. Á. «Políticas y prácticas de la inclusión socioeducativa de la inmigración en Francia». *Márgenes, Revista de Educación de la Universidad de Málaga*, 1 (2), 2020. P. 19-33. Y sobre el etnocidio se recomienda la lectura del trabajo de M. Á. en «Del genocidio al genocidio cultural, etnocidio, limpieza étnica (y a la desnazificación)» *Estudios de Deusto. Vol 71/1. Enero-junio 2023*.

⁴ Jalusic, V. y Bajt, V. *Op. Cit.* 2022.

⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las regiones: Plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países. COM(2016) 377 final. 7.6.2016.P. 2

⁶ Jiménez Gámez, R. Á. *Op. Cit.* 2020.

⁷ Recordemos aquí las palabras de Kelsen sobre la falsa homogeneidad del pueblo: «no hay precisamente nada más problemático que aquella unidad designada con el nombre de pueblo. Fraccionado por diferencias nacionales, religiosas y económicas, representa— según el criterio sociológico, más bien una aglomeración de grupos que una masa compacta de naturaleza homogénea». KELSEN, H.. *Esencia y valor de la Democracia*. Labor. Barcelona 1934. P. 30,

integradora en su orientación hacia la diversidad cultural. Así pues, para que se produzca la integración es necesaria una adaptación mutua para lograr la aceptación por ambos grupos del derecho de todos ellos a vivir como pueblos culturalmente diferentes. Esta estrategia requiere que los grupos no dominantes adopten los valores básicos de la sociedad más amplia, mientras que al mismo tiempo el grupo dominante debe estar preparado para adaptar las instituciones nacionales (por ejemplo, educación, sanidad trabajo) para satisfacer mejor las necesidades de todos los grupos que ahora conviven en la sociedad plural».

En toda Europa, los Estados han adoptado medidas que limitan, en mayor o menor medida, la expresión pública de la identidad cultural y religiosa de determinadas minorías extranjeras⁸. La represión del velo en algunos Estados es, quizás, la medida más característica; pero es solo uno de los ejemplos que restringen la expresión y preservación de las culturas de los inmigrantes. Otras situaciones se manifiestan en los obstáculos para conseguir las autorizaciones necesarias para la construcción de los lugares de culto; la imposibilidad de guardar los días festivos para trabajadores y estudiantes de religiones minoritarias; o las dificultades existentes para proporcionar menús adaptados a las prohibiciones religiosas y culturales en instituciones escolares, hospitalarias y penitenciarias. Los conflictos que se producen cuando estos reclaman la manifestación de su cultura parecen reforzar el discurso de quienes identifican a los nacionales de determinadas regiones como *inintegrables*⁹. Y ha servido para justificar la acogida, tan incoherente como solidaria, de quienes huían de la guerra de Ucrania, ante la pasividad que generan los flujos migratorios igualmente forzosos que provienen de África o Asia.

Con todo, el problema que subyace de la cuestión migratoria y de su inclusión es la necesaria creación «de un modelo de ciudadanía compleja»¹⁰ que debe aunar el reconocimiento de las diferencias, con la tutela de unos «referentes axiológicos universales»¹¹. Por ello, este trabajo pretende reivindicar el papel de la educación como herramienta de inclusión necesaria de las políticas migratorias, pues garantiza la transmisión de esos referentes axiológicos al tiempo que permite el libre desarrollo de la persona. Conscientes de una idea esencial que señaló el

⁸ Sobre la expresión de la religión por parte de minorías extranjeras puede leerse el Manual coordinado por Porras Ramírez, J. M.: *Derecho de la libertad religiosa*. Tecnos. 2023 P. 11-135-

⁹ Véase en este sentido el trabajo de Álvarez Dorronsoro, I.: «La construcción del inintegrable cultural» en: *Inmigrantes, ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*. 2002. P. 168-195.

¹⁰ Porras Ramírez J. M.: «La libertad religiosa como principio supremo informador de la actuación de los poderes públicos en materia religiosa» *Derecho de la libertad religiosa*. P. 98 y ss.

¹¹ *Ibid.*

Prof. Cámara en el Manual de Derecho Constitucional: que «la socialización de los ciudadanos depende en gran medida de la educación¹²».

II. La educación como herramienta para la inclusión

Existe un consenso, plasmado en distintas normas de carácter internacional, en afirmar que el fin de la educación es el pleno desarrollo de la personalidad humana. Tal y como proclama el artículo 26.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹³; el artículo 13.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁴; y el artículo 27.2 de la CE¹⁵. Y puesto que ese libre desarrollo de la personalidad abarca la libre adopción de decisiones por parte del individuo en su evolución personal, su garantía es también una garantía de la diversidad cultural; que debe considerarse como elemento enriquecedor para la sociedad¹⁶, y un límite a la injerencia de los poderes públicos.

Pero esa educación no es neutral, sino que está orientada y limitada por la transmisión de los valores de respeto a la dignidad y a los derechos humanos, como prevén los preceptos citados de la DUDH, y del PIDESC. Y en la misma línea, también por la Convención de Derechos del Niño, que va más allá, al sostener que la educación deberá encaminarse a:

«a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus *posibilidades*; b) *Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados*

¹² Cámara Villar, G. «Los derechos y libertades del ámbito educativo». En: Balaguer Callejón, F. (Coord) *Manual de Derecho Constitucional. Vol. II. 14ª ed. Cap. XXIII*. 2018. P. 374.

¹³ Artículo 26. 2 DUDH: «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz».

¹⁴ Artículo 13.1 PIDESC: «1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz».

¹⁵ Artículo 27.2 CE: «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales».

¹⁶ Tal y como considera la Ley Orgánica 2/2006, de Educación en su artículo 2.1 letra g). Y, en este sentido, lo señala también Porras Ramírez, *Op. Cit.* 2023.

en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural».

Esa orientación también se plasma en nuestro texto constitucional que reconoce el derecho a la educación bajo el *principio directriz* del artículo 27.2CE¹⁷ que encuadra su fin, el pleno desarrollo de la personalidad, en «el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». Lo que, como principio, conlleva una orientación para toda actividad derivada del proceso educativo que deberá estar orientada por ellos¹⁸, y un condicionante a la acción de los poderes públicos que deben promover espacios de libertad para el desarrollo de la personalidad del educando, pero a partir de esos principios constitucionales que la sociedad reconoce como suyos¹⁹.

Este principio directriz supone, a su vez, un límite para las libertades educativas, tanto para la libertad de enseñanza y la libre creación de centros docentes; como para el derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos. Pues la garantía del artículo 27.2 para alcanzar la propia individualidad supone la obligación de los poderes públicos de velar porque los padres ejerzan su derecho a educar a sus hijos conforme a sus creencias, dentro del marco de unos valores democráticos y de respeto a los derechos que no predeterminen ese desarrollo.

Esta compleja configuración del derecho a la educación parece alcanzar el difícil equilibrio entre la transmisión (y tutela) de valores constitucionales y la consecución de espacios de libertad para el desarrollo personal y el progreso²⁰

¹⁷ Tal y como lo denomina Cámara Villar, G. *Op. Cit.* 2018 P. 380.

¹⁸ Cámara Villar, G.: 2018. *Op. Cit.* P. 380. El autor cita en este sentido al Tribunal Constitucional que en la STC 5/1981 FJ 4 subrayó que esa limitación derivada del artículo 27.2 CE «de que la enseñanza ha de servir determinados valores que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva».

¹⁹ Véase en este sentido el trabajo de Cámara Villar, G.: «Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España». *Revista de Educación*, 344. Septiembre-diciembre 2007, p. 73.

²⁰ Resulta oportuno señalar que, aunque la educación transmita unos determinados valores fundamentales, el fin de la educación no puede ser únicamente su perpetuación. Pues, como ha señalado R. Báez Serrano: «las sociedades, conjuntamente consideradas, no han llegado al nivel social y democrático para poder pensar en la perpetuación de la misma, sino siempre en el progreso, teniendo la educación (...) el papel básico de exponer a los educandos las posibilidades que un Estado social ha de brindarles a través de un conocimiento pleno de los derechos humanos y del contexto global de la sociedad». Báez Serrano, R.: «El derecho a la educación como instrumento fundamental del pleno desarrollo de la personalidad humana».

social. Preparando al estudiante para una vida libre en sociedad. Por ello, este equilibrio debe extenderse a otros ámbitos más allá de la enseñanza dentro de unas sociedades cada vez más heterogéneas y complejas. Lo que nos permite afirmar que es esta, la de la educación, una vía esencial en la articulación del proceso de inclusión de los ciudadanos de origen migrante.

Pues, siendo un «derecho de empoderamiento»²¹, como afirmara el prof. Cámara en uno de sus muchos trabajos sobre este derecho, permite:

«a los marginados y más necesitados luchar para salir de la pobreza, la exclusión social y otras desventajas; a las mujeres su emancipación; a los niños protección contra la explotación laboral y sexual; y, a todos, la posibilidad de estar capacitado para desempeñar un puesto de trabajo, participar en la vida social y política y hacer posible el disfrute de otros derechos humanos y la promoción de la democracia. Sin olvidar el propio goce que supone disponer de una «mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, uno de los placeres y recompensas de la existencia humana»²².

Pero partiendo de la consideración de la educación como un como un «derecho de empoderamiento» que permite ejercitar, desarrollar y disfrutar de otros derechos, y sobre el que se fundamenta la ciudadanía activa; debemos plantearnos qué falla en las políticas educativas de aquellos sistemas que están fracasando en los procesos de inclusión, a fin de ponerle remedio a los mismos.

III. Errores en la política de inclusión a través de la educación

En nuestro entorno europeo los principales obstáculos que limitan la eficacia del derecho a la educación del menor de origen migrante no responden a problemas de titularidad; donde existe un amplio consenso en su reconocimiento, en tanto que derecho inherente a la dignidad humana. Estos aluden a aspectos materiales del proceso educativo que ponen el foco de atención en la calidad de la educación, con atención a las particularidades del estudiante (en especial las barreras lingüísticas²³) y su falta de inclusión en la comunidad educativa. Problemas

²¹ Cámara Villar, G.: «Artículo 14. Derecho a la educación» En *La Europa de los Derechos*. 2012 P. 317. En referencia a: European Network of Independents Experts on Fundamental Rights, 2006, p. 141

²² Ibid. En referencia al documento del Comité de Derechos Económicos y Sociales y Culturales de Naciones Unidas, E/C.12/1999/10 8 de diciembre de 1999. P. 1.

²³ En este punto es oportuno señalar que algunos autores han criticado aquellas estrategias de integración que sitúan como elemento central el conocimiento de la lengua de acogida. Estos hablan así de «nacionalismo lingüístico» y critican la falta de consideración al multilingüismo. En este sentido: Jalusic, V. y Bajt, V.: 2022. *Op. Cit.*

que se evidencian en los estudios realizados, tanto a nivel de los distintos Estados miembros, como de la propia Unión²⁴.

En este sentido, los informes de PISA han señalado sistemáticamente una diferencia notoria en la proporción de alumnos con bajo rendimiento entre los estudiantes de origen migrante y los nativos. Incluso, entre aquellos de segunda generación, aunque la diferencia es algo menor en estos casos. Una realidad que nos debe llevar a cuestionar la garantía de este derecho pues, si el derecho a la educación no debe considerarse un mero derecho de acceso, sino un derecho de aprendizaje²⁵, las evidencias de un rendimiento sistemáticamente menor pueden considerarse un reflejo de las barreras que impiden su ejercicio en condiciones de igualdad.

Además, como refleja el informe elaborado en 2019 por la Agencia Ejecutiva Europea de Educación y Cultura²⁶, los peores resultados suponen que estos queden rezagados y que muchos abandonen sus estudios, siendo la tasa de abandono escolar considerablemente superior en la población de origen migrante. Lo que, a su vez, incrementa la diferencia respecto al nivel de estudios superiores y en el acceso a la universidad.

El referido informe refleja que los estudiantes de origen inmigrante afrontan estos problemas de rendimiento en toda Europa, aunque no se da en la misma proporción en todos los Estados.

Así ocurre también en el caso de España, donde el número de estudiantes extranjeros matriculados en el sistema educativo español no universitario durante el curso escolar 2021/2022 supuso un 11% del estudiantado total (882.814 estudiantes). Según un reciente informe del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en España se replica el peor rendimiento académico de los estudiantes extranjeros respecto a los nativos, que se traduce en un retraso de algo más de un año de escuela. Siendo notable ese peor rendimiento también en las segundas generaciones, aunque con menores diferencias. Y se evidencia además, que el menor rendimiento académico de los jóvenes de origen migrante conlleva una mayor tasa de repetición en los estudiantes extranjeros (50%) más del doble que la de los nativos (22%), y en el caso de los nativos de padres inmigrantes de casi el doble (42%). Lo que, lógicamente, conduce a una mayor tasa de abandono: por cada estudiante español que abandona el sistema educativo lo hacen algo más de dos estudiantes extranjeros²⁷.

²⁴ Resulta muy revelador el informe: European Commission/EACEA/Eurydice, 2019. Integrating Students from Migrant Backgrounds into Schools in Europe: National Policies and Measures. Eurydice Report. Luxembourg: Publications Office of the European Union.

²⁵ Véase en este sentido el informe de la UNESCO: *Hacia un aprendizaje universal. Lo que cada niño debería aprender*. 2013. P. 10.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: *Informe sobre la Integración de los Estudiantes Extranjeros en el Sistema Educativo Español*. 2022.

Respecto a la integración del estudiante de origen extranjero, el informe muestra también una realidad preocupante al reflejar que, tanto los estudiantes extranjeros, como los nativos de padres inmigrantes, muestran un menor sentimiento de pertenencia a la escuela respecto a los nativos; y una mayor exposición a sufrir episodios de acoso escolar. Siendo destacable además que los hombres extranjeros y nativos de padres inmigrantes tienen un mayor sentimiento de pertenencia que las mujeres, aunque también están algo más expuestos que ellas a situaciones de acoso²⁸.

Debiendo tener en cuenta además que, según el informe del Ministerio de Inclusión, esa desvinculación de los estudiantes de origen migrante se encuentra presente en todos los niveles socioeconómicos, aunque se percibe una ligera mejoría en la integración de los nativos de padres inmigrantes con un estatus socioeconómico medio alto y alto.

Estas cuestiones requieren de una respuesta en las políticas educativas que promueva el necesario sentimiento de aceptación en la Comunidad educativa. Un factor de máxima importancia para que se sientan integrados en la sociedad de acogida y sean capaces de desarrollarse plenamente. Pues el sentimiento de pertenencia y la sensación de ser acogido en el entorno escolar son elementos fundamentales para lograr la inclusión del estudiante, así como de su familia, en la sociedad. Además, desempeñan un papel crucial en el bienestar del menor²⁹. Por tanto, al reconocer esta realidad que enfrentan los estudiantes inmigrantes en nuestro sistema educativo de manera sistémica, es imperativo reconsiderar el modelo educativo que se les impone. Este replanteamiento es esencial para que la educación cumpla eficazmente su objetivo de preparar a los estudiantes, incluidos los inmigrantes, como ciudadanos libres y capacitados para enfrentar la vida en sociedad.

En otros Estados, esos problemas de inclusión van más allá. Así, es de sobra conocido el caso de Francia, que afronta un continuo debate sobre los errores en su política de inclusión de la población de origen migrante. Una política caracterizada por la implantación de un sistema de asimilación y por la segregación social y escolar que ha sido denunciado, entre otros, por el Centro Nacional para el Estudio de los Sistemas escolares (Cnesco)³⁰.

²⁸ *Ibid.* P. 69-75.

²⁹ Por ello se han elaborado estudios internacionales sobre ese sentimiento por parte del alumno. Pueden verse, entre otros, el Programa para la Evaluación Internacional de Estudiantes (PISA) de 2015; el Estudio Internacional de Progreso en Capacida Lectora (PIRLS) de 2016; o el Estudio Internacional de Educación Cívica y Ciudadana, de 2016.

³⁰ Puede verse el informe de Cnesco: *Comentar l'école amplifie les inégalités sociales and migratoires? Minité sociale et scolzire et ségrégation inter— et intra-étabilis dans les collèges et lycées français. Publicado en septiembre de 2016.*

En este sentido, resulta muy revelador un informe del Consejo de Integración francés de 2010, titulado *Los retos de la integración escolar* que también reflejaba las mayores dificultades de los menores de origen migrante en sus itinerarios escolares y la falta de un sentimiento de acogida por parte de los menores y sus familias ante la Comunidad educativa. Lo que ha conllevado su aislamiento y una mayor islamización que deriva, en último término, en mayores tensiones en la escuela. Pero el informe se centraba en el problema de la segregación escolar. Un problema de sobra conocido en las grandes ciudades de Francia, pero que se da en otros muchos Estados europeos³¹.

Esa segregación se ha definido por el Grupo Europeo de Investigación sobre la Equidad de los Sistemas Educativos como «una medida en que los alumnos con una característica específica están repartidos de manera uniforme (o desigual) entre los centros escolares de un país»³². Aunque conviene puntualizar, como hace F. Rey, que esa segregación no supone una mera separación física; sino que «conlleva una pérdida de oportunidades educativas para un grupo determinado del alumnado»³³.

En este sentido, el caso francés resulta paradigmático. Según el referido informe del Consejo de Integración francés, las probabilidades de ser escolarizado en un centro perteneciente a las zonas de educación prioritaria (ZEPs) siendo de origen migrantes era aproximadamente, de uno de cada tres (31%). Mientras que en el caso de estudiantes con padres nativos, la probabilidad descendía a uno de cada diez (8,5%). Una diferenciación que resulta aún más grave al comprender las diferencias que conlleva la escolarización en esos centros sobre la trayectoria escolar de los alumnos. Pues, según el informe, solo el 26% de alumnos educados durante toda la etapa primaria en los ZEPs alcanzan la puntuación media en francés en las evaluaciones de sexto curso, y un 22% en las de matemáticas³⁴. Lo que refuerza la consideración de estas segregaciones sistémicas como una discriminación que atenta a su vez con el derecho a la igualdad y a la no discriminación, y con el propio derecho a la educación.

³¹ Como ha señalado el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa en el documento: *Combatir la segregación escolar en Europa por medio de la educación inclusiva*. Documento de Posición. Octubre 2020. P. 7.

³² Grupo Europeo de Investigación sobre la Equidad de los Sistemas Educativos: *Equity of the European Educational Systems A set of indicators* (Department of Theoretical and Experimental Education University of Liège): «a measure of the extent to which students with a specific characteristic are evenly (or unevenly) spread between the schools in one country». P. 62.

³³ Rey Martínez, F.: «El ideario educativo Constitucional... Inclusivo». *Revista de Derecho Político*. N^o 111. Mayo-agosto 2021. P. 40.

³⁴ Informe: *Les défis de l'intégration à l'école et Recommandations du Haut Conseil à l'intégration au Premier ministre relatives à l'expression religieuse dans les espaces publics de la République*. 2011. P. 51-52.

Una realidad que advierte más severamente el Consejo de Europa que en su informe *Luchar contra la segregación escolar en Europa mediante la educación inclusiva*, de 2017, señaló que la segregación en determinadas clases o escuelas «es una de las peores formas de discriminación y una grave violación de los derechos de los niños afectados, ya que sus oportunidades de aprendizaje se ven gravemente perjudicadas por el aislamiento y la falta de inclusión en las escuelas ordinarias»³⁵.

IV. La educación como vía para la transmisión de valores comunes

Pero hablar del caso francés supone poner sobre la mesa el debate acerca de la transmisión de esos valores considerados comunes, pero rechazados por una parte de la sociedad. Y es que la educación tiene como fin, no solo la transmisión de conocimientos y habilidades; sino también, y «de manera entrelazada», posibilitar «la adquisición de una serie de principios, valores e ideales que son alentados por el conjunto social en tanto que resultan basilar y comúnmente compartidos en el marco de una comunicación abierta, racional y crítica»³⁶.

En este sentido, Álvarez Junco ha expresado que «sólo la educación hace posible la convivencia en libertad» porque a través de ella se establecen «las reglas de juego que la posibilitan entre quienes tienen creencias discrepantes»³⁷. No obstante, la complejidad que caracteriza a las sociedades actuales lleva a cuestionar cuáles son esos valores y si realmente permiten el pleno desarrollo de la personalidad.

El caso de Francia es particularmente grave, y está fuertemente condicionado por la fuerte segregación étnica a la que nos hemos referido, y la consiguiente polarización. Un contexto que ha llevado, según el referido informe del Consejo de Integración francés, a que los alumnos de origen migrante de determinados barrios muestren un mayor rechazo a la cultura y a los valores de la República Francesa en nombre de una identidad de origen o religiosa³⁸.

El informe comienza con una premisa clara sobre la importancia de la escuela:

«La escuela de la república, a través de su historia, su arraigo territorial y sus misiones educativas y cívicas, es un espacio democrático único en el que las nuevas generaciones aprenden a vivir en comunidad, aprenden jun-

³⁵ Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa. *Op. Cit* 2020. P. 3.

³⁶ Cámara Villar, G.: *Op. Cit.* 2007 P. 62-63

³⁷ Álvarez Junco, J.: «Educación, identidad, historia», en *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, 2007CEPCO, Madrid, p. 18. Y Rey Martínez, F. 2021. *Op. Cit.* P. 18.

³⁸ Informe: *Les défis de l'intégration à l'école et Recommandations du Haut Conseil à l'intégration au Premier ministre relatives à l'expression religieuse dans les espaces publics de la République*. 2011. P. 134.

tas, comparten valores comunes, una lengua y una historia común, para formar en última instancia un cuerpo político unificado llamado «nación»³⁹.

A lo que sigue la detección del problema:

«Para que se produzca esta conciencia cívica, la escuela debe hacer que los estudiantes de todos los orígenes (sociales, culturales, etc.) se adhieran a los valores fundamentales de la República: libertad, igualdad, fraternidad, laicidad, seguridad (...), la transmisión de elementos de la cultura republicana, democrática y laica francesa plantea un problema entre determinadas poblaciones escolares (estudiantes y padres) que no se reconocen en determinados valores, o incluso los rechazan públicamente. Algunos muestran con orgullo su apoyo a «valores» contrarios a los que encarna la República, invocando a menudo su creencia en una verdad trascendente que no admite crítica»⁴⁰.

Evidenciando el problema que surge cuando la educación se realiza en el marco de unos valores sobre los que no existe consenso en esa sociedad compleja y heterogénea; como ocurre con la laicidad de Francia. En este caso, su puesta en práctica puede suponer la imposición de un modelo de asimilación que impide a los estudiantes, no solo la expresión de sus convicciones religiosas, sino también de su identidad cultural. Lo que, sumado a la experimentación de una segregación que les repercute en una peor educación, peores servicios públicos, en general, y peores expectativas de desarrollo; ha conllevado un creciente clima de tensión dentro del modelo asimilacionista. Un problema aún más grave cuando, quienes lo sufren, son ya ciudadanos franceses (de segunda o tercera generación) que no se identifican con los valores ni la cultura francesa (o con una parte de la misma); y que, además, se sienten abandonados por el Estado francés. Dando lugar a un contexto de tensión que imposibilita la necesaria cohesión social y que supone el caldo de cultivo perfecto para la polarización de comunidades musulmanas.

El problema surge entonces en ausencia de un consenso sobre los necesarios referentes axiológicos que instaure un sistema que no garantice el pluralismo; poniendo la alarma ante un potencial adoctrinamiento. ¿A caso pueden transmitirse correctamente los valores democráticos y de respeto a los derechos en un sistema que no garantiza el pluralismo y la diversidad? ¿A caso puede la educación cumplir su fin de garantizar el pleno desarrollo de la personalidad del estudiante si no se garantizan plenamente su libertad ideológica y religiosa? La educación, para cumplir su fin, conlleva aceptar el pluralismo. Y por ello, resulta esencial que

³⁹ Informe: *Les défis de l'intégration à l'école et Recommandations du Haut Conseil à l'intégration au Premier ministre relatives à l'expression religieuse dans les espaces publics de la République*. 2011. P. 8.

⁴⁰ *Ibid.* P. 8 y 9.

el *ideario educativo de la Constitución*⁴¹ se restrinja al máximo en aras de la neutralidad ideológica. Aunque concretar qué valores lo conforman no es una tarea sencilla pues, incluso si encontramos el necesario consenso en los derechos, estos no están exentos de frecuentes discrepancias sobre su alcance.

En este punto resulta muy oportuno observar el papel de la Unión Europea que, desde la crisis migratoria de 2015, se ha mostrado más activa en la promoción de los valores comunes mediante una educación inclusiva⁴². Configurando así los valores del artículo 2 del TUE como esos consensuados referentes axiológicos: el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Sin embargo, una investigación promovida por la Comisión de Cultura y Educación del Parlamento Europeo ha puesto de relieve que la atención que los Estados miembros muestran a la enseñanza de los valores comunes, en particular a la democracia y la tolerancia, resulta insuficiente⁴³. El estudio, de gran interés, refleja además la políticas educativas de 12 Estados miembros y revela gran información sobre estos. Por ejemplo, la inexistencia en Países Bajos de una materia específica que aborde la transmisión de valores comunes⁴⁴; que en el caso de Francia se habla más de valores de la República, que de valores comunes⁴⁵; las preocupaciones de Grecia por la posible socavación de su homogeneidad nacional⁴⁶; o la deriva de las escuelas polacas ante la pretensión de subordinar la educación para la ciudadanía a valores nacionalistas⁴⁷. Lo que nos lleva a reivindicar la necesidad de que los sistemas educativos nacionales de la UE cumplan mejor su función de transmisión de valores comunes, en aras de la cohesión social. Al tiempo que nos traslada la preocupación acerca de qué valores se entienden como parte de ese ideario educativo en los distintos Estados miembros.

⁴¹ STC 5/1981. Voto particular sobre el Motivo Primero de la Sentencia formulado por el Magistrado Francisco Tomás y Valiente, al que se adhieren los Magistrados Ángel Latorre Segura, Manuel Díez de Velasco y Plácido Fernández Viagas, Fundamento 10.

⁴² Véase, en este sentido, la Recomendación del Consejo de 22 de mayo de 2018 relativa a la promoción de los valores comunes, la educación inclusiva y la dimensión europea de la enseñanza. (2018/ C 195/01).

⁴³ Research for CULT Committee – Teaching Common Values in Europe. 2018. European Parliament's Committee on Culture and Education: University of Humanistic Studies Utrecht: W. Veugelers, I. de Groot, V. Stolk

⁴⁴ *Ibid.* P. 117.

⁴⁵ *Ibid.* P. 92.

⁴⁶ *Ibid.* P. 113.

⁴⁷ *Ibid.* P. 127.

V. La respuesta de la Unión Europea: el plan de acción de integración e inclusión de la UE

Todo lo dicho hasta ahora revela las dificultades y los obstáculos que afronta el estudiante de origen migrante en el ejercicio de su derecho a la educación y que lo sitúa, en la mayoría de ocasiones, en una posición de desventaja respecto al alumno nativo. Además de evidenciar que la educación no se está aprovechando como la necesaria herramienta de inclusión que requiere la política migratoria europea. Lo que se ha considerado más un problema de ejecución de política educativa por parte de los EEMM que de planteamiento por parte de la UE.

En este sentido, el Parlamento Europeo ha señalado recientemente como la brecha existente entre las garantías previstas por la UE para los derechos de los niños de origen migrante y las políticas nacionales de los EEMM se debe a que esas garantías no se reflejan adecuadamente en las políticas nacionales de integración que, en ocasiones, reproducen un concepto de integración desde la perspectiva unidireccional que transfiere la responsabilidad únicamente al inmigrante⁴⁸.

Y es que la UE parece haber adoptado una estrategia de inclusión más evolucionada, que concibe esta como un proceso bidireccional donde la sociedad de acogida debe crear en oportunidades que permitan la participación de los inmigrantes. Una evolución que se intensificó en 2016, con la presentación de un *Plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países*, en el cual, tras expresar que la diversidad «es y siempre será, un elemento representativo de las sociedades europeas»⁴⁹; reflejó la posición de desventaja que los nacionales de terceros países residentes en la UE encontraban en el empleo, en la educación, y la cohesión social⁵⁰.

Pero se ha intensificado en el vigente *Plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países*, presentado en noviembre de 2020 para el período 2021-2027, donde se plasma la necesaria vinculación entre integración y prosperidad de la sociedad y de la economía y conlleva la consideración de la integración como «un derecho y una obligación para todos»⁵¹.

⁴⁸ EPRS | European Parliamentary Research Service: Integration of migrant children. Noviembre 2023.P. 6.

⁴⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las regiones: Plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países. COM (2016) 377 final. 7.6.2016.P. 2

⁵⁰ Ibid. En referencia a los datos de Eurostat y OCDE: http://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Migrant_integration_statistics_-_overview y OCDE/Unión Europea (2015), Indicadores de la Integración de Inmigrantes 2015 — Asentamientos: <http://www.oecd.org/els/mig/Indicators-of-ImmigrantIntegration-2015.pdf>.

⁵¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las regiones: *Plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países*. COM (2020) 758 final. 24 de noviembre de 2020.

Este, reconoce que parte de los logros del plan de acción de 2016, que puso en marcha decenas de medidas concretas que contribuyeron al desarrollo de estrategias nacionales de integración. Pero advierte, que son necesarias otras medidas ante las dificultades que los migrantes siguen enfrentando en el empleo, el acceso a servicios básicos, su inclusión social y, en lo que a este trabajo respecta, la educación.

En este ámbito, el Plan reconoce el carácter prioritario de la educación dentro de las políticas de inclusión y señala a las escuelas como núcleos de integración de los menores y sus familias. Por ello, aboga por una educación inclusiva y por luchar contra la segregación en las escuelas, potenciando las interacciones entre los niños migrantes y los nativos. Pues, como advierte el propio Plan: «Puesto que enseñan valores de democracia y ciudadanía y desarrollan la capacidad para el pensamiento crítico, las escuelas son fundamentales para evitar que los jóvenes se sientan atraídos por ideologías, organizaciones y movimientos extremistas violentos»⁵².

Resulta además plausible que la Unión ponga el foco de atención en aspectos usualmente más olvidados a la hora de elaborar estas políticas. Es el caso de los niños migrantes con discapacidad, que están expuestos a múltiples formas de discriminación y que requieren de un mayor apoyo para la participación en condiciones de igualdad en el sistema educativo; el apoyo lingüístico más allá del momento inicial de llegada, para lograr la adquisición de unas competencias que sobrepasen el nivel básico y permitan acelerar el proceso de integración; y del periodo de transición a la vida adulta de los menores inmigrantes. Señalando la necesidad de asistir en esos momentos para garantizar la inclusión más rápida y justa de los migrantes en el mercado laboral⁵³.

Tras calificar a la educación como una de las herramientas más poderosas para la construcción de sociedades más inclusivas, la Comisión propone como objetivos del Plan de Acción, en el ámbito de la educación:

- Una mayor participación de los niños de origen migrante en educación infantil al tiempo que se debe hacer que estos programas estén dotados para atender las necesidades de niños diversos desde el punto de vista

⁵² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las regiones: Plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países. COM(2016) 377 final. 7.6.2016.P. 11.

⁵³ Conviene señalar que, según datos de Eurostat de 2019, los migrantes jóvenes nacidos fuera de la Unión Europea tienen muchas más probabilidades de no trabajar ni cursar ningún estudio: un 21%, frente al 12,5% de nativos. Una diferencia aún más notable en el caso de mujeres jóvenes migrantes, donde la probabilidad es de un 25,9%. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las regiones: Plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países. COM(2016) 377 final. 7.6.2016.P. 6

cultural y lingüístico. Lo que se debería influir positivamente en su rendimiento educativo futuro, incluso en lo que respecta a la adquisición de la lengua del país de acogida, y en la integración de sus progenitores y familias extensas. Más recursos y apoyo a los docentes para que sean capaces de gestionar aulas multiculturales y multilingües. Conscientes de sus beneficios para niños migrantes y nativos.

- La creación de comunidades de aprendizaje de múltiples interesados que impliquen a las escuelas, progenitores y a los servicios sanitarios y sociales.
- Lograr un reconocimiento más rápido y sencillo de las cualificaciones obtenidas en Estados no pertenecientes a la UE.
- Y alcanzar una mayor participación por parte de la población migrante en programas integrales de formación lingüística y de orientación cívica que acompañe a estos durante el proceso de integración desde su llegada.

Y para dar cumplimiento a esos objetivos, la Comisión se comprometió a adoptar una serie de medidas, como:

- La adopción de nuevas herramientas prácticas para una mejor atención a la infancia e inclusión del niño de origen inmigrante en la educación infantil.
- Una mayor asistencia a los docentes para que adquieran competencias en diversidad cultural, religiosa y lingüística.
- El desarrollo de actividades de aprendizaje y asesoramiento para ayudar a los Estados miembros en el diseño y ejecución de políticas efectivas de educación inclusivas.
- La formación de quienes trabajan en el ámbito de la juventud para dotarlos de mejores capacidades para que contribuyan a la integración de los jóvenes migrantes.
- Fomentar la cooperación entre autoridades nacionales responsables de la integración y el reconocimiento de las cualificaciones.
- Respaldo aquellas prácticas transparentes que permitan el reconocimiento de cualificaciones de los refugiados.
- Promover la colaboración entre EEMM para que compartan información sobre procedimientos de reconocimiento de las cualificaciones; cursos complementarios; cursos de orientación cívica; y cursos pasarela que permitan al estudiante complementar los estudios realizados en el extranjero.
- Y una mayor colaboración con los Estados miembros para el desarrollo de programas de formación lingüística accesibles e integrables.

Y, a su vez, exhortó a los Estados miembros a:

- Aumentar la participación de los niños de origen migrante en la educación infantil al tiempo que velan para que los programas de atención y educación infantil estén capacitados para apoyar a los niños, en su caso, en su diversidad cultural y lingüística.
- Garantizar que los procedimientos de reconocimiento de cualificaciones extranjeras sean rápidos, justos, transparentes y asequibles.
- Incluir como competencia clave en los programas de enseñanza la gestión de aulas multiculturales y multilingües, así como la valoración y movilización de los contextos lingüísticos particulares. Dotando para ello a los docentes de los recursos necesarios.
- Elaborar programas que apoyen al joven inmigrante en su transición a la vida adulta cuando ha llegado solo; y cuando haya superado la edad de escolarización obligatoria.
- Garantizar la accesibilidad a las actividades extraescolares.
- Continuar apoyando el aprendizaje de la lengua de acogida más allá del periodo inicial de integración.
- Desarrollar programas y medidas para mejorar la formación e inclusión del menor inmigrante a través de los fondos de la UE. En particular: Fondo Social Europeo Plus, el Fondo de Asilo y Migración, y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, para respaldar programas y medidas en materia de educación, desarrollo de capacidades y formación lingüística.

Con todo, han quedado fuera del Plan otras cuestiones importantes relativas a la educación de la población migrante. Como el diseño de estrategias de expansión de la educación para la población adulta y la previsión de mecanismos que permitan una mejor integración de la familia en la Comunidad educativa más allá del ciclo de infantil. Pero, en términos generales, el Plan de Acción parece un paso acertado que atiende a un fin coherente con los valores y los intereses de la Unión. Un fin que se plasma al inicio del documento, reiterando las palabras que Ursula Von der Leyen pronunció en el discurso sobre el estado de la Unión de 2020: «Nos aseguraremos de que las personas que tengan derecho a quedarse se integren y se sientan bienvenidas. Tienen un futuro por delante y no les faltan capacidades, energía ni talento»⁵⁴. Sin embargo, como es frecuente en materias de competencia compartida y caracterizada por su compleja transversalidad, como ocurre con la política migratoria, su efectiva puesta en práctica no está garantizada. Dependiendo en último término de los Estados.

⁵⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las regiones: Plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países. COM(2016) 377 final. 7.6.2016.P. 2

VI. Reflexiones finales

Este trabajo ha tratado de destacar la imperiosa necesidad de desarrollar políticas que, alejándose de los modelos de asimilación, aboguen por una inclusión basada en un intercambio dialéctico y en la educación en valores democráticos y de respeto a los derechos humanos. Resaltando la importancia de priorizar, dentro de esas políticas, la inclusión de los hijos de los migrantes⁵⁵. Un enfoque, que no solo beneficia a las generaciones futuras, sino que también contribuye a una mejor integración de la familiar, en general.

En estas circunstancias, la educación se ha erigido como una herramienta esencial en las políticas de inclusión. Pero, para ello, esta debe lograr un complejo equilibrio entre la transmisión de unos valores consensuados, con el libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, el respeto a su diversidad. Garantizando con ello una educación plena y en condiciones de igualdad. Sin embargo, se han evidenciado las barreras a las que se enfrenta sistemáticamente el estudiante de origen migrante en los Estados Miembros, relativas a su peor rendimiento escolar y a un menor sentimiento de pertenencia. Obstáculos que pueden impedir que el menor sea educado en condiciones de igualdad con sus compañeros nativos, lo que puede suponer una vulneración de su derecho a la educación, una potencial discriminación, un error en la política de integración y, en su caso, un atentado al interés superior del menor, que el Estado debe tutelar.

Por ello, urge un replanteamiento de estas políticas educativas, en coherencia con el Plan de Acción de integración e inclusión de la Unión Europea para el periodo 2021-2027, que opte por una educación inclusiva que promueva los valores comunes de la Unión y que luche contra la segregación. Lo que, en algunos Estados, puede conllevar un replanteamiento integral del modelo educativo.

Adoptar la vía de una educación inclusiva se presenta como la única opción coherente con los valores de la Unión y con sus objetivos. En este sentido, debemos reiterar el mensaje del Plan de Acción donde se afirmó que el *modo de vida europeo*, es inclusivo. Insistiendo en que la integración y la inclusión, entendida como un proceso bidireccional, es fundamental para quienes llegan a Europa, pero también para la prosperidad de nuestras sociedades y economías, «por lo que la integración debe ser un derecho y una obligación para todos»⁵⁶.

⁵⁵ En este sentido el trabajo de Alba, R., y Holdaway, J. «The Children of Immigrants at School. A comparative look at integration in the United States and Western Europe», Nueva York: NYU Press 2013 señala «que la integración de los inmigrantes es menos determinante para el futuro de los nuevos grupos étnicos que la integración de sus hijos y las generaciones venideras».

⁵⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las regiones: Plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países. COM(2016) 377 final. 7.6.2016.P. 2

LOS RETOS DE ENSEÑAR DERECHO CONSTITUCIONAL HOY

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO
Universidad de Granada

I. Introducción: Derecho Constitucional y docencia; un homenaje a Gregorio Cámara

La propuesta de un más que merecido homenaje a nuestro maestro, compañero y sobre todo amigo Gregorio Cámara (y de ahí la forma más personal e informal de referirme a él en este momento), coincide con su afortunada participación como Presidente de la Comisión que había de resolver mi concurso a Cátedra en nuestra Universidad de Granada¹, viniendo así a coronar una relación que se remonta a hace treinta años²; y una relación que ha tenido momentos tan especiales como mis primeras clases como docente en la Universidad con ocasión de una asignatura precisamente compartida con él³. Por ello es que ante la referida propuesta de un homenaje al Prof. Cámara Villar mi primera idea volara a esa imagen de compartir docencia y experiencias, de aprender de un maestro cómo dar clases de Derecho Constitucional.

Pero es que, además, no es Gregorio Cámara un Profesor rehuido por el alumnado; al contrario, y a pesar de su rigor y exigencia académica, es un docente

¹ Resolución de 14 de junio 2023 de la Universidad de Granada, por la que se convocan a concurso de acceso plazas de cuerpos de funcionarios docentes universitarios; *Boletín Oficial del Estado*, núm. 149, de 23 de junio de 2023, pp. 88669 ss. Por cierto, concurso finalmente llevado a cabo con éxito el 27 de septiembre de 2023, y junto con mis compañeros (y también amigos) Enrique Guillén y Miguel Azpitarte; realmente fue una jornada emocionante para todos nosotros.

² Aún recuerdo la primera vez que hablé con el Prof. Cámara Villar en su condición entonces de Director del Departamento de Derecho Constitucional al respecto de mi *loca* idea, en aquel momento, de iniciar una carrera universitaria.

³ «Derecho Político II», Licenciatura de Derecho (Plan 1953); en concreto, la parte de instituciones.

querido por aquellas y aquellos que han pasado por sus clases, y al que le recuerdan y reconocen una excelencia universitaria ciertamente envidiable; y al hilo de ello, un reconocimiento también de respeto por sus compañeros de Departamento (hoy el de Constitucional) y de Facultad (la de Derecho) y de la entera Universidad de Granada⁴. Por todo ello es que venga a dedicar estas páginas sobre la enseñanza del Derecho Constitucional como forma de reivindicar la faceta docente del Gregorio Cámara⁵; y no como una más de sus diversas aristas como el universitario y constitucionalista comprometido que es, sino tal vez como aquella sobre la que, finalmente, giran todas las demás, dada esa condición natural de maestro con la que el Prof. Cámara Villar asume y vive la Universidad.

A los anteriores efectos es que venga a plantear hoy la enseñanza del Derecho Constitucional como un reto, o mejor en plural, como retos; y es que después de más de cinco quinquenios enseñando esta materia⁶, las transformaciones jurídicas, políticas, tecnológicas, culturales y sociales han venido a afectar a nuestra labor docente al punto de volverse un auténtico desafío en no pocas ocasiones. Y en este sentido, que proponga una primera reflexión sobre la enseñanza del Derecho Constitucional ante la crisis que de la normatividad constitucional se advierte desde hace años⁷; también, otra acerca de la docencia del Derecho Constitucional en la asimismo crisis democrática que vivimos⁸; y otra última reflexión respecto a la enseñanza del Derecho Constitucional ante el cambio de paradigmas constitucionales que supone ya la sociedad digital⁹. Además, y para finalizar, terminaremos

⁴ De lo que es muestra su reciente nombramiento por la Universidad de Granada, en Consejo de Gobierno de 2 de octubre de 2023, como Profesor emérito.

⁵ También recuerdo cómo en una de las primeras actividades organizadas en la pospandemia por miembros del Departamento, junto con otros de la Universidad de Murcia (EUCONS-Summer School, PROYECTO JEAN MONNET *The constitutional bases of Europe: building a «common European constitutional culture»*), participé en una mesa redonda precisamente presidida por el Prof. Cámara Villar con una intervención acerca de «La enseñanza del derecho constitucional ante los nuevos retos de la globalización» (julio de 2021 en el Carmen de la Victoria de la Universidad de Granada). A aquella intervención le siguió al tiempo otra ponencia sobre «La docencia del Derecho constitucional en la sociedad digital» (Mesa del Grupo Innovación docente: Nuevas tecnologías en y para la enseñanza del Derecho constitucional), en el XIX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (marzo de 2022 en la Universidad Pontificia Comillas de Madrid), siendo publicada con el mismo título en la revista *Docencia y Derecho*, núm. 19, 2022, pp. 17-31.

⁶ Con más de 5000 horas de docencia acreditadas en estudios de grado y de postgrado en la Universidad de Granada.

⁷ Ya, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO: «Sobre la Constitución normativa y la globalización», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 7, 2004, pp. 241-261; y «Sobre la Constitución normativa y la tecnología», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8, 2005, pp. 257-278.

⁸ P.e., Mark A. GRABER, Sanford LEVINSON y Mark TUSHNET (ed.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

⁹ Cómo no, FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, *La Constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2022.

con una serie de consideraciones entorno a la necesaria relación que se da entre la docencia y la investigación del Derecho Constitucional¹⁰, y de lo que el Prof. Cámara Villar es ejemplo de rigor y excelencia.

Pero antes de todo ello, y como premisa, ésta el partir de la concepción normativa de Constitución y del desarrollo del Estado constitucional, pues es a partir de ambas construcciones sobre los que giren los referidos retos hoy al respecto de su enseñanza; a ello vamos a dedicar las primeras páginas.

II. La Constitución normativa como premisa y su enseñanza

Siendo con la consolidación del Estado y la monarquía absoluta que se fuera advirtiendo la necesidad de una auténtica limitación del poder público¹¹, no es hasta la experiencia revolucionaria inglesa¹² que se compusiera el sustrato intelectual sobre el que se fundamentaría el *constitucionalismo moderno*¹³ en tanto que gobierno limitado en garantía de la libertad¹⁴; otra cosa fue cómo viniera luego a desarrollarse según los «*movimientos constitucionales*» vividos a un lado y otro del Atlántico¹⁵. En tal sentido, mientras que en Estados Unidos la Constitución fue ya formal y materialmente reconocida como norma suprema del orden político y jurídico de ella resultante (*higher law*)¹⁶, es que en Francia y en la Europa conti-

¹⁰ Aunque ciertamente la redacción de estas páginas coincide (en parte) con la preparación de mi ejercicio de Cátedra (en especial, el conocido como Proyecto Docente e Investigador), he de advertir que ellas están siendo expresamente redactadas para este homenaje, sin perjuicio, claro, de la normal sintonía de ideas que entre estas y aquel se dan. No en vano, dicho ejercicio es fruto de una reflexión de mi actividad pasada y presente como docente e investigador, a fin de su ulterior proyección futura en mi condición de Catedrático.

¹¹ Vid. Joseph H. SHENNAN, *Le origini dello Stato moderno in Europa (1450-1725)*, Linda la Penna (trad.), Il Mulino, Bologna, 1994. Y es que, aunque no se llegó a concentrar el poder totalmente en aquel momento, se evidenció la necesidad de su limitación ante la progresiva toma de conciencia de la libertad del hombre, como motor del pensamiento moderno frente al medieval; cfr. Erich FROMM, *El miedo a la libertad*, Gino Germani (trad.), Paidós, 14ª reimp., Barcelona, 1990, pp. 113 ss.

¹² Vid. M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Clarendon Press, Oxford, 1967.

¹³ Ahora John LOCKE, *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil (Un ensayo acerca del verdadero origen alcance y fin del Gobierno Civil)*, Carlos Mellizo (trad.), Alianza, Madrid, 1990; y MONTESQUIEU, *El Espíritu de la Leyes*, Mercedes Blázquez y Pedro de Vega (trad.), Tecnos, Madrid, 1985.

¹⁴ Vid. Rafael DE AGAPITO SERRANO, *Libertad y división de poderes (El «contenido esencial» del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu)*, Tecnos, Madrid, 1989.

¹⁵ Cfr. José J. GOMES CANOLTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Almedina, 1999, p. 47.

¹⁶ A través de la rigidez constitucional mediante un singular y agravado procedimiento de reforma (que la distingue de las leyes) y una ulterior garantía jurisdiccional que lo es a la vez de la libertad de los ciudadanos en cuanto que titulares de dicho poder. Cfr. A. HAMILTON, «LXXVIII», junto a

mental, incluida España, se consolidara durante tal período un concepto *débil* de aquella, en cuanto que mera expresión del pacto político¹⁷, siendo aquí la ley, como expresión de la Nación, el instrumento normativo fundamental de la ordenación social, jurídica y política en tal momento¹⁸; y esto, al punto de articularse a través de ella el Estado legal de Derecho en Europa durante el Siglo XIX¹⁹. No obstante, tal situación cambiaría con la progresiva consolidación del sufragio universal y la ruptura de la ficción de una homogeneidad social *referenciada* en la burguesía, entrando así en crisis el anterior modelo y con ello dicha concepción de la ley²⁰.

La agudización en Europa del conflicto social tras la Primera Guerra Mundial, vino a espolear nuevas formas de entender la Constitución con las que resol-

J. MADISON y J. JAY, en *El federalista*, Gustavo R. Velasco (trad.), Fondo de Cultura Económica, México, 1943 (1994 reimp.), pp. 330-336.

¹⁷ Roberto L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución (Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal)*, Alianza, Madrid, 1994. La Constitución se limita aquí a ser expresión (esencialmente): de una parte, del pacto político entre el Rey y el Parlamento, verdaderos cotitulares de la soberanía; y de otra, a garantizar un sistema de separación entre Estado y sociedad, en el que los valores liberales predominan casi en exclusiva; *vid.* Maurizio FIORAVANTI, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 139 ss. Y es que la Constitución en este momento no llega sino a ser, en gran medida, una agregación de límites al Monarca y al anterior Estado absoluto, de modo que sobre ello vine a extenderse su acción al Derecho (en particular ante un originario cuerpo de derechos de marcado carácter liberal), y un germen democrático representado por el Parlamento o la Asamblea Nacional (igualmente, limitada a la transposición de la representación de una *supuesta* homogeneidad liberal); *cfr.* Gustavo ZAGREBELSKY, «Considerazioni sulla fortuna attuale della dottrina della costituzione in senso materiale», en AA.VV. *Studi in onore di Leopoldo Elia (II)*, A. Giuffrè Editore, Milano, 1999, p. 1794.

¹⁸ *Cfr.* Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos (La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa)*, Alianza, Madrid, 1994, p. 130.

¹⁹ Nuevamente Maurizio FIORAVANTI, pero ahora «Costituzione e Stato di diritto», en *La Scienza del Diritto Pubblico (Dottrine dello Stato e della Costituzione tra otto e novecento — II)*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, pp. 575 y ss. Asimismo de interés, desde la ley y la reserva de ley, *vid.* José M.^a BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991, Cap. I. De este modo es que la Constitución en la Europa Occidental se cña esencialmente a lo largo del Siglo XIX a legitimar el poder Estatal y a ordenar su ejercicio en relación a las funciones del Rey (ejecutivo) y del Parlamento (legislativo), a la par que garantice los intereses y los valores liberales de la burguesía, a través de una hegemónica posición de la ley en las fuentes del Derecho (al controlar aquella la composición parlamentaria, y por tanto la formación de la ley); Ángel GARRORENA MORALES, *El lugar de la ley en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, también Cap. I. La Constitución, por tanto (pues desde dicho sistema político no se requiere), no goza de verdadera normatividad frente al resto del ordenamiento jurídico y los poderes públicos, ni disfruta, consecuentemente, de garantía jurídica alguna; Manuel ARAGÓN REYES, «Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional», en *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 85-107.

²⁰ *Cfr.* Francisco BALAGUER CALLEJÓN, «Un constitucionalista del período de entreguerras. El pensamiento de Fernando de los Ríos», *Sistema*, núms. 152/153, 1999, pp. 79-81.

ver, o encauzar, tal conflicto: fue el caso de Smend, con relación a su función de integración²¹; o el más conservador de Schmitt, como garantía de la unidad y la continuidad política del Estado (puesta en peligro en aquel momento ante la crisis del modelo liberal)²²; o, finalmente, la normativa de Kelsen, en tanto que suprema y fundante del sistema normativo u ordenamiento jurídico²³, a la par que respuesta jurídica al nuevo y plural marco democrático resultante²⁴, y garantizando aquella mediante el diseño de una jurisdicción constitucional (en particular frente a la ley²⁵)²⁶ capaz, a su vez, de pacificar el conflicto intrínseco al nuevo sistema²⁷. Ello encontraría pronto reflejo en las Constituciones de Weimar y de la II República española, aunque tales ensayos normativos resultaron truncados con el advenimiento del totalitarismo y del fascismo en buena parte de Europa tras la agudización de la inestabilidad social y del bloqueo político-parlamentario al que se llega²⁸.

Es por tanto tras la II Guerra Mundial cuando se consolida finalmente la Constitución normativa en Occidente. Y ello a partir de su desarrollo axiológico a través de valores enraizados en la dignidad de la persona (sobre todo como reacción ante la negación rotunda que de la misma se alcanzara durante los anteriores regímenes totalitarios) y el reconocimiento de un conjunto de derechos y libertades fundamentales inherentes a la misma, a la par que se garantiza todo ello me-

²¹ Rudolf SMEND, «Constitución y Derecho constitucional», en *Constitución y Derecho constitucional*, José María Beneyto Pérez (trad.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 27 ss. Y al respecto del mismo, Juan Antonio GARCÍA AMADO, «Estudio preliminar», a lo que fuera una respuesta al pensamiento de SMEND por Hans KELSEN, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, nuevamente Juan Antonio García Amado (pero ahora trad.), Tecnos, Madrid, 1997, pp. IX ss.

²² Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Francisco Ayala (trad.), Alianza, Madrid, 1982.

²³ Hans KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, 2ª ed., Roberto J. Vernengo (trad.), Porrúa, México, 1991, pp. 232 ss.

²⁴ Hans KELSEN, «Essenza e valore della democrazia», Giorgio Melloni (trad.), en *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 41 ss.

²⁵ Hans KELSEN, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Eduardo García Máynez (trad.), 2ª ed., UNAM, México, 1958, pp. 316 ss.

²⁶ Vid. Maurizio FIORAVANTI, *Costituzione... cit.*, pp. 149 ss.

²⁷ Hans KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Roberto J. Brie (trad.), Tecnos, Madrid, 1995.

²⁸ Javier CORCUERA ATIENZA, «El constitucionalismo de entreguerras: la racionalización del poder y sus límites», en AA.VV. *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico (I)*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 55-79. Y ya en particular, sobre la revolución y ruptura que supuso la Constitución de 1931 en el contexto jurídico español, y su posterior crisis (ante la falta de consenso con que viera la luz), vid. Santiago MUÑOZ MACHADO, «De la II República al Siglo XXI, las transformaciones del Derecho en setenta años», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, pp. 95 ss.; también sobre esta, de interés, Joan OLIVER ARAUJO y Agustín RUIZ ROBLEDO, «Prólogo: La formidable atracción de la Constitución de 1931», en AA.VV. *Comentarios a la Constitución española de 1931 en su 90 aniversario*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, pp. 11 ss.

dian­te una juris­dicción cons­titucio­nal. Este será así el mo­de­lo que co­mien­ce a pre­do­mi­nar en Eu­ro­pa, al­can­zan­do en la dé­ca­da de los se­ten­ta a Por­tu­gal y a Es­pa­ña, y al res­to de aque­lla con la caí­da del mu­ro de Ber­lín²⁹; pe­ro con este mo­de­lo que pros­pe­re tam­bién el Es­ta­do cons­titucio­nal de De­re­cho, en tan­to que ex­pre­sión cons­ti­tuída del po­der y co­mo su­pe­ra­ción del an­te­rior Es­ta­do li­beral de De­re­cho a la luz de la De­mo­cra­cia plu­ra­lis­ta y del Es­ta­do so­cial³⁰. Ade­más, y al am­pa­ro nor­ma­tivo de la Con­sti­tu­ción, es que el en­ten­di­mien­to de esta co­mo fuente del De­re­cho y co­mo con­jun­to de nor­mas per­mita por­tar ju­rí­di­ca­men­te los con­te­ni­dos cons­ti­tu­cio­na­les al res­to del or­dena­mien­to³¹, lo que a la par con­si­gue cons­ti­tu­ci­o­na­li­zar­lo y trans­for­mar­lo en su in­te­gridad al que­dar di­cho or­dena­mien­to *im­pre­gnado* por ta­les nor­mas cons­ti­tu­cio­na­les³². Y en­ton­ces que, so­bre el res­to del or­dena­mien­to ju­rí­di­co, la Con­sti­tu­ción ven­ga a ocu­par una do­ble po­si­ción en quan­to que fun­da­men­to y cúspide nor­ma­tiva del mis­mo³³, a la par que cen­tro de im­pu­ta­ción de re­la­cio­nes aho­ra con o­tro­so or­dena­mien­to­so³⁴.

En quan­to a la en­se­ñan­za del De­re­cho Con­sti­tu­cio­nal, aun­que fue­ra con la Con­sti­tu­ción de 1812 cuan­do se inau­gu­ra­ran las pri­me­ras Cá­te­d­ras de De­re­cho Con­sti­tu­cio­nal en nues­tro pa­ís (a la luz de su art. 368), es que es­tas que­da­ran en una lí­nea de me­ra pe­da­go­gía po­pu­lar con la que alimen­tar una cul­tu­ra cons­ti­tu­cio­nal cí­vica o *re­li­gión ci­vil*³⁵, y a mo­do de de­fen­sa *paidé­tica* de la Con­sti­tu­ción y

²⁹ Cfr. otra vez Maurizio FIORAVANTI y Stefano MANNONI, «Il «modello costituzionale» europeo: tradizioni e prospettive», en AA.VV. *Una Costituzione senza Stato*, Gabriella Bonacchi (ed.), Il Mulino, Bologna, 2001, espe­cial­men­te pp. 28-31.

³⁰ Vid. Manuel GARCÍA-PELAYO, «Estado legal y Estado constitucional de Derecho», en *Obras Completas (III)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 3023-3039.

³¹ Vid.: Alejandro NIETO, «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1, 1983, pp. 371 ss.; y Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho (II)*, Tecnos, Madrid, 2023, pp. 20-28.

³² De «constitucionalización del ordenamiento jurídico» habla expresamente Riccardo GUASTINI, en «La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano», José María Lujambio (trad.), en AA.VV. *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 49 ss.

³³ Cfr. Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho (II)*... cit., pp. 1 ss.

³⁴ Vid. Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, *Pluralismo ordinamental y Derecho constitucional: el Derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, Thomson Reuters / Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

³⁵ De «religión civil» se habla, según LÓPEZ PINA, en espe­cial con oca­sión de los cate­ci­smos que pro­li­fe­ran en la dé­ca­da de los vein­te, en di­vul­ga­ción de la mis­ma y de la do­ctrina li­beral; cfr. Antonio LÓPEZ PINA, «Constitucionalismo y «religión civil», a modo de prólogo para españoles», en AA.VV. *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Antonio López Pina (ed.), Tecnos, Madrid, 1987, pp. 15 ss. No en vano, y frente a la garantía jurídica y normativa de la Constitución conforme al sistema norteamericano, el modelo constitucional francés, que es el seguido aquí, postulaba una defensa más política y social del texto constitucional mediante la profusión de un sustrato cultural en favor del nuevo régimen político que suponía la Constitución, para lo que era imprescindible comenzar con una labor divulgativa al respecto; vid. Luis SÁNCHEZ AGESTA, «Las primeras cátedras españolas de Derecho constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 126, 1962, pp. 157-167.

del respectivo orden constitucional; no en vano, la propia consideración no normativa de la Constitución en tal momento así lo promueve³⁶. Y en este modelo, todavía, que se mantuvieran luego las *Lecciones* impartidas por Donoso CORTÉS, Alcalá GALIANO y PACHECO desde 1836 a 1845 en el Ateneo madrileño, aunque rebautizadas como *de Derecho Político*³⁷. Con todo, es que en 1857 que tales cátedras, y con esta última denominación, se constituyan en auténtica asignatura universitaria, si bien integrando el Derecho Administrativo³⁸, y sin que la experiencia constitucional normativa de la II República alterase mucho lo anterior. De este modo que es que el *Derecho Político* como asignatura universitaria llegase hasta la misma entrada en vigor de la Constitución de 1978 de manos del todavía Plan de estudios de Derecho de 1953, rellenando esta asignatura durante el régimen franquista el hueco dejado por la ausencia de un auténtico Derecho Constitucional que enseñar (ante la falta aquí de Constitución)³⁹; y de ahí que la asignatura *Derecho Político* discurriera, en tal ominoso momento, desde la Sociología a la Ciencia Política, pasando por la Teoría del Estado o, como mucho, el análisis comparado de los regímenes políticos contemporáneos⁴⁰.

No es, por tanto, hasta bien entrada la Democracia y una vez arraigado el nuevo sistema constitucional (así como la Ciencia del Derecho Constitucional en España)⁴¹, cuando el Derecho Constitucional como asignatura termine por con-

³⁶ Cfr. Francisco Manuel GARCÍA COSTA, «La defensa paidética de la Constitución española de 1812», en AA.VV. *Historia constitucional de Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 345 y ss.

³⁷ GALLEGO ANABITARTE explica el empleo del adjetivo «político» por la circunstancia de que, aun estando vigente el Estatuto Real, «es una época de gran cambio de textos constitucionales, y por ello era quizás más adecuado insistir en el carácter político de ese derecho, como algo fluido y con rasgos constituyentes», que en los aspectos constituidos; cfr. Alfredo GALLEGO ANABITARTE, «Las asignaturas de Derecho político y administrativo: el destino del Derecho público español», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, pp. 730-731. También, de interés, Ángel GARRORENA MORALES, «Don Antonio Alcalá Galiano y los inicios de la enseñanza del Derecho constitucional en España», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, pp. 591 ss.

³⁸ Vid. Joaquín VARELA SUANZES, «¿Qué ocurrió con la Ciencia del Derecho constitucional en la España del Siglo XIX», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 9, 1997, pp. 100-102.

³⁹ Además de una consiguiente Ciencia del Derecho Constitucional, dada la imposibilidad de realizar y ofrecer un tratamiento científico de la normativa fundamental durante estos años; cfr. Bartolomé CLAVERO, «Reflexión sobre la docencia del Derecho en España», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, núm. 12, 2009, pp. 207-208.

⁴⁰ De ahí que RAMIRO RICO llegara a afirmar, en relación al *Derecho político*, cómo «probablemente en ninguna otra de las asignaturas de las que figuran en el plan de estudios de las Facultades de Derecho, parecen disfrutar sus docentes de una libertad tan libérrima para fijar el contenido y trazar los linderos de la materia»; Nicolás RAMIRO RICO, «Breves apuntes críticos para un futuro programa moderadamente heterodoxo del *derecho político* y de su muy azorante enseñanza», en *El animal ladino y otros estudios políticos*, Alianza, Madrid, 1980, p. 105.

⁴¹ De interés, Gregorio CÁMARA VILLAR, «Reflexiones sobre el Derecho Constitucional como Derecho Político», en AA.VV. *Conocimiento y realidad: estudios en homenaje a Jorge Riezu Martínez*, San Esteban, Salamanca, 2004, pp. 353-394.

solidarse material y formalmente. Y digo material y formalmente por cuanto que en un primer momento, y aún continuando con la denominación de *Derecho Político*, comenzara ya a enseñarse Derecho Constitucional en las Facultades de Derecho de España⁴², mientras que a la par se iban reformando los viejos planes de estudios en las diversas Universidades acogiéndose ya, definitivamente, la denominación de Derecho Constitucional. Y finalmente que se arribara así a una situación académica también *normalizada* en relación al Derecho Constitucional, en tanto que específico estudio jurídico de la Constitución y del Derecho Constitucional vigente en el Estado español; y ello, desde su objeto primordial, cual es, como nos recordara Cruz Villalón, aproximar al alumnado la concepción normativa de Constitución, como motor y centro del Derecho Constitucional, y a la postre del resto del ordenamiento jurídico⁴³.

Esto último, además, supuso reconocer un carácter especial al Derecho Constitucional como asignatura en los estudios de Derecho, pues trasciende su consideración como mera asignatura al dejar de ser una rama más dentro de las Ciencias jurídicas y de su docencia. Y es que la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, trasciende al sistema de fuentes, a la organización del Estado, e incluso al conjunto de derechos y libertades de los ciudadanos; y con ello que su estudio y conocimiento se convirtiera a su vez en la base necesaria e indispensable para una adecuada comprensión del resto de las materias jurídicas, dando así unidad y sistematicidad a los propios planes de estudio en Derecho, como antes nunca se había alcanzado según Clavero⁴⁴.

III. Enseñar Derecho Constitucional en un momento de transformación de la normatividad constitucional

El Derecho Constitucional como asignatura es heredera de las transformaciones que ha sufrido, sufre y sufrirá la Constitución. Y con esto, claro, que la docencia del Derecho Constitucional se abra también a las transformaciones que hoy supone la globalización, la tecnología y los procesos supranacionales de integra-

⁴² Si bien en un primer momento solo parcialmente, durante el segundo curso de tal licenciatura (*Derecho Político II*), mientras que en primero continuaba la docencia de Ciencia Política y/o Teoría del Estado; así, p.e., en la propia Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, conforme a los programas de *Derecho Político* para los cursos 1985-86 y 1986-87.

⁴³ Pedro CRUZ VILLALÓN, «Posibilidad y cometido de un Derecho constitucional «constitucionalmente adecuado»», en AA.VV. *Estudios de Derecho Constitucional y de Ciencia Política. Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández-Carvajal (I)*, Universidad de Murcia, 1997, p. 176.

⁴⁴ Bartolomé CLAVERO, «Reflexión sobre la docencia del Derecho en España... cit.», pp. 210 ss. También, *vid.* Manuel MARTÍNEZ NEIRA, «Sobre la nueva enseñanza del derecho ¿Qué hacemos con el estado constitucional?», *Circunstancia*, núm. 23, 2010.

ción (en nuestro caso, la Unión Europea), en cuanto que afecten a la Democracia y a la Constitución⁴⁵.

Como señalara Baldassarre hace años, estamos ante una *revolución silenciosa y total* que altera profunda e inexorablemente los presupuestos políticos, económicos, sociales y culturales sobre los que, hasta hace unas décadas, se proyectaban aquellas⁴⁶. Sin profundizar por ahora más en tal proceso⁴⁷, baste apuntar cómo la globalización incide en particular sobre el Estado socavando los presupuestos sobre los que éste se ha fundado históricamente⁴⁸; pero con ello también la subsiguiente *dificultad* de la actual concepción de Constitución, y por tanto del Derecho Constitucional⁴⁹, en relación al Estado, en cuanto que sustrato sobre el que se habría construido el concepto de Constitución desde sus orígenes liberales⁵⁰. Más allá de las nuevas funciones que al respecto de dichas realidades el Estado y las Constituciones procuran (y de su mayor o menor éxito)⁵¹, y sobre todo a la vista de los procesos de integración supranacional, se plantea entonces la existencia de un Derecho Constitucional no sustentado inmediatamente en una concreta Constitución escrita⁵². Tal hipótesis, sin duda, resulta avalada a la luz de cómo, y al menos desde el espacio político y jurídico de la Unión Europea, se habla de tiempo con Häberle de un *Derecho constitucional común europeo*⁵³, a la vez sustentado en un *patrimonio constitucional común*⁵⁴. Cabe así esti-

⁴⁵ Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, «Globalizzazione, tecnologia e Costituzione: verso una Democrazia planetaria e un Diritto costituzionale comune?», Andrea Buratti (trad.), *Nomos — Le attualità nel diritto* (Italia), núm. 3, 2002, pp. 169-184.

⁴⁶ Antonio BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Editori Laterza, Roma, 2002.

⁴⁷ Para una primera aproximación, *vid.* Gurutz JÁUREGUI, *La Democracia planetaria*, Ediciones Nobel, Oviedo, 2000.

⁴⁸ Ya, Sabino CASSESE, *La crisi dello Stato*, Editori Laterza, Roma, 2002.

⁴⁹ Si bien como *Constitución herida*, Alessandro PIZZORUSSO, *La Costituzione ferita*, Editori Laterza, Roma, 1999.

⁵⁰ *Cfr.* Luigi FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno (Nascita e crisi dello Stato nazionale)*, Editori Laterza, Roma, 1997; y más recientemente, Maurizio FIORAVANTI, «Costituzione e politica: bilancio di fine secolo», en AA. VV. *La nuova età delle costituzioni*, il Mulino, Bologna, 2000, pp. 49 ss.

⁵¹ Pe., y sin perjuicio de volver a ello más adelante, *vid.* Dieter GRIMM, «Il futuro della costituzione», F. Fiore (trad.), en AA.VV. *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, pp. 129 ss.

⁵² *Cfr.* Luigi FERRAJOLI, «Pasado y futuro del Estado de Derecho», Pilar Allegue (trad.), en AA. VV. *Neoconstitucionalismo(s)...* *cit.*, en particular p. 24.

⁵³ Peter HÄBERLE, «Derecho constitucional común europeo», Emilio Mikunda Franco (trad.), *Revista de Estudios Políticos*, núm. 79, 1993, pp. 7 a 46; y al respecto del mismo (y sus limitaciones), *vid.* Antonio PÉREZ LUÑO, «Derechos humanos y constitucionalismo: situación actual y perspectivas para el Siglo XXI», en *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, pp. 593-601.

⁵⁴ Alessandro PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002. Dicho Derecho sería expresión ya de la interpretación comparada de los textos constitucionales vigentes en los distintos Estados integrantes de la Unión, así como de las tradiciones jurídicas y políticas culturalmente compartidas (en las que también hay que incluir los propios Tratados constitutivos de la Unión

mar existente un constitucionalismo en el seno de la Unión Europea, que, al margen de sus limitaciones⁵⁵, es comunicación dialéctica entre el propio Derecho originario de la hoy Unión Europea, las diversas Constituciones nacionales y el llamado Derecho Constitucional común europeo, de modo que las Constituciones vigentes en los Estados proyectan contenidos sobre el Derecho Constitucional común enriqueciéndolo, a la par que éste, de un lado, amplía nuevas líneas interpretativas sobre los primeros, mientras de otro eleva sustratos mínimos al tiempo considerados como conquistas irrenunciables antes éstos⁵⁶. Y de este modo que, a la postre, el Derecho Constitucional resulte hoy de la implementación del respectivo Derecho Constitucional nacional con el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Constitucional común europeo, y que, por tanto, el Derecho Constitucional estrictamente nacional (el español) solo sea una parte del Derecho Constitucional vigente en los Estados integrantes de la Unión Europea⁵⁷.

Todo ello, obviamente, incide en la docencia del Derecho Constitucional, al venirse a relajar la normatividad de la Constitución y a su sombra su capacidad sistematizadora del resto del Derecho⁵⁸; y aunque tales construcciones suponen

Europea y el Convenio de Roma de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), según hoy el Tratado de la Unión Europea (en especial art. 6.3) y al hilo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 52.3), y viniéndose así a extraer *standards* comunes; nuevamente Peter HÄBERLE, pero ahora *El Estado constitucional*, Héctor Fix-Fierro (trad.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pp. 58 ss., y 162-165.

⁵⁵ Cfr. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, 1996, pp. 9-33.

⁵⁶ Peter HÄBERLE, *El Estado constitucional... cit.*, pp. 140 ss.

⁵⁷ Cfr. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, «Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003, pp. 181 ss. Mas con todo, al respecto de aquel y de las limitaciones de dicho Derecho común, *vid.*, p.e., Antonio LÓPEZ PINA e Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Elementos de Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 38-46. Esto, sin embargo, en absoluto evita la necesidad de una auténtica Constitución a nivel europeo, y más ante las dificultades de dicho Derecho Constitucional europeo para articular adecuadamente el conflicto político y jurídico existente hoy entre la Unión Europea y los Estados miembros. Cfr. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN: «La constitucionalización de la Unión Europea y la articulación de los ordenamientos europeo y estatal», en AA.VV. *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Miguel Ángel García Herrera (dir.), Universidad del País Vasco, 1997, pp. 593-612; y tras el fracaso del Tratado constitucional, «El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, 2008, pp. 57-92. También en esta idea, *vid.* Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, «La constitucionalización de la integración regional europea: ¡más Europa! de vuelta a una constitución para Europa, ante la situación de crisis de la Unión», *Estudios de Deusto*, vol. 60, núm. 2, 2012, pp. 71 ss.

⁵⁸ Desde tal perspectiva, *vid.* Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ, «Reflexiones sobre la enseñanza e investigación del Derecho Constitucional en el 30 aniversario de la Constitución Española», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 30, 2007, pp. 121 ss.; también de interés, Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ,

un impulso importante a una nueva forma de entender el Derecho Constitucional y la sistematización del Derecho en su conjunto, no alcanza la dimensión ordenadora de la Constitución normativa años atrás en relación al ordenamiento jurídico español. Por ello es que surja el reto de adecuar hoy la referida función sistematizadora que la docencia del Derecho Constitucional ha venido realizando en relación a los estudios de Derecho y el resto de las asignaturas jurídicas. Si por años la docencia de la Constitución normativa como cúspide y base del entero ordenamiento jurídico ha permitido tal sistematización del resto de las asignaturas jurídicas ante el alumnado, al presentarse el Derecho Constitucional como el nexo de unidad de los estudios en Derecho (sea la licenciatura, o luego el grado), es que la crisis de la Constitución normativa ahora haya metido en dificultad nuestra capacidad para ofrecer esa tan necesaria sistematización de los estudios jurídicos. Por ello es que hoy entienda la docencia del Derecho Constitucional como un reto. No son ya los cambios sustantivos relativos a la materia constitucional, o las características de las nuevas generaciones, o la tensión que conlleva las nuevas tecnologías (sin perjuicio de lo que más adelante se venga a ver), sino las dificultades cada vez mayores que se advierten a la hora de explicar cómo el Derecho adquiere cierta ordenación y sistematicidad a fin de dar sentido y seguridad al alumnado en su estudio. Y una enseñanza, por tanto, que ha de atender, de manera crítica, tales transformaciones del contexto sobre el que se ha desarrollado el Derecho Constitucional desde mediados del siglo pasado, a fin de comprender cómo está evolucionando efectivamente este.

IV. Enseñar Derecho Constitucional en un momento de crisis democrática

Por otra parte, junto la anterior perspectiva más propiamente jurídico-académica relativa a la enseñanza normativa de la Constitución de 1978 y del Derecho Constitucional, es que se advierta también una proyección más social y política de esta en razón a la condición de ciudadanas y ciudadanos del alumnado. Al amparo de la función de difusión del conocimiento y de la cultura que tiene la Universidad (art. 2.2.g LO 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario), y como *cultura jurídica* en nuestro caso⁵⁹, es que quepa reconocerse al Derecho Constitu-

«Qué Derecho constitucional: objetivos, competencias y perplejidades», en AA.VV. *La enseñanza del Derecho constitucional ante el proceso de Bolonia. Innovación educativa en Derecho constitucional 2.0*, Universidad de Valencia, Valencia, 2011, pp. 72 ss.

⁵⁹ En cuanto que sustrato sobre el que el Derecho se desarrolla y evoluciona; de interés, Miguel PASQUAU LIAÑO, «Cultura jurídica y memoria de los juristas», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 30, 2018.

cional una dimensión transmisora de la *cultura constitucional, democrática y de los derechos de las personas*; y ello, a su vez, en tanto que presupuesto necesario para el desenvolvimiento y profundización de la convivencia democrática y el respeto de la dignidad de la persona y de sus derechos inherentes⁶⁰. Esto conformaría, a su vez, una específica dimensión socio-política de las asignaturas propias del Derecho Constitucional, en cuanto que estímulo del *sentimiento constitucional*⁶¹; y una dimensión del Derecho Constitucional que, por años, nos ha permitido precisamente estimular la enseñanza del Derecho Constitucional en estudios no específicamente jurídicos⁶².

Ahora bien, a la vista de las dificultades que sufre la propia ciudadanía ante las crisis que estamos viviendo en este siglo⁶³, además de la desafeción constitucional que fatalmente prospera y el progreso de ideologías populistas e iliberales⁶⁴, es que la referida dimensión social y política de la enseñanza del Derecho Constitucional haya de verse ahora intensificada como forma de promoción y protección del propio sistema democrático-constitucional, en general, y del pluralismo y los derechos, en particular. Pero entonces es que ya no estemos solo ante una dimensión complementaria de la enseñanza constitucional en estudios no jurídicos, sino frente una función más que debemos desarrollar en toda nuestra actividad docente, incluida la relativa al grado en Derecho; y esto en relación a la función que se reconoce con carácter general hoy a la Universidad al respecto de la «formación de la ciudadanía a través de la transmisión de los valores y principios democráticos» (art. 2.2.h LO 2/2023), así como en relación a los derechos humanos y fundamentales, a la memoria democrática y al fomento de la equidad y de la igualdad (art. 2.3 LO 2/2023). Ello nos obliga así a replantear nuestra labor docente.

Por años la propia acepción normativa de la Constitución y del Estado constitucional de Derecho se ha presentado desde la comunión que se da entre la Democracia pluralista y el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales y los valores, en cuanto que proceso de interacción plural entre mayorías y mino-

⁶⁰ En este sentido, María Angélica GELLI, «Enseñanza del Derecho constitucional y sistema democrático (desde la perspectiva del método socrático)», *Pensamiento Constitucional*, 1999, pp. 465-466.

⁶¹ Cfr. Javier TAJADURA TEJADA, *El Derecho constitucional y su enseñanza*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 2001, pp. 118-122.

⁶² P.e., vid. Josep M. CASTELLÀ ANDREU, «La enseñanza del Derecho Constitucional en los grados no jurídicos», en AA.VV. *La enseñanza del Derecho constitucional ante el proceso de Bolonia. Innovación educativa en Derecho constitucional 2.0*, Universidad de Valencia, Valencia, 2011, pp. 166 ss.

⁶³ Cfr. Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ, «Tres crisis europeas», en AA.VV. *Los derechos fundamentales ante la crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Aranzadi / Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 43-64.

⁶⁴ Ya, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, «Fundamentalismos, identidades e integración en Europa», en AA.VV. *Perspectivas actuales del proceso de integración europea*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2019, pp. 113-142.

rías (y a modo de ordenación de las relaciones en tensión entre los mismos)⁶⁵. No en vano, y más allá de una perspectiva exclusivamente formal entre Democracia y Constitución, el principio democrático radica sustantivamente no solo en el principio de igualdad⁶⁶, sino en la dignidad humana, y desde su diversidad en su consiguiente pluralismo⁶⁷, y, por tanto, que por años se haya planteado una permanente *reconstrucción* o *readhesión* al pacto que supone la Democracia respecto a la Constitución conforme a las transformaciones que se han ido advirtiendo⁶⁸. Además está la conexión entre Constitución y derechos fundamentales, y ello hasta el punto de llegarse a hablar de la Constitución de la garantía la libertad⁶⁹. A la sombra de experiencias pasadas, la referida dignidad de la persona se ha constituido en el punto de imputación y legitimación del orden social, jurídico y político⁷⁰, proyectando espacios de libertad al máximo rango normativo en cuanto que derechos fundamentales, a la par que desde estos se han deducido principios que han irradiado todo el sistema (Cámara Villar)⁷¹. No en vano la Constitución ha representado un consenso mínimo sobre cuestiones y conflictos esenciales que dota de contenido sustantivo a través de los derechos⁷², a la par que expresa valores en tanto que sustrato ideológico y fin de su ulterior desarrollo⁷³: la extensión de la misma promoción de la persona, como presupuesto de la efectiva libertad y de la Democracia⁷⁴.

⁶⁵ Por todos, Peter HÄBERLE, pero ahora *Pluralismo y Constitución (Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta)*, Emilio Mikunda (trad.), Tecnos, Madrid, 2002.

⁶⁶ Pe., *vid.* Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1996, en particular pp. 94-100.

⁶⁷ Nuevamente *cfr.* Peter HÄBERLE, pero en esta ocasión: «El Estado constitucional europeo», Francisco Balaguer Callejón (trad.), *Cuestiones Constitucionales*, núm. 2, 2000, pp. 92 a 95; y, especialmente, *El Estado constitucional... cit.*, pp. 193-202.

⁶⁸ Desde la primera perspectiva, John RAWLS, *El liberalismo político*, Antoni Domènech (trad.), Crítica, Barcelona, 1996; y desde la segunda, Gianluigi PALOMBELLA, *Constitución y soberanía (El sentido de la Democracia constitucional)*, José Calvo González (trad.), Comares, Granada, 2000.

⁶⁹ *Cfr.* Maurizio FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales*, Manuel Martínez Neira (trad.), Trotta, Madrid, 1996, p. 129.

⁷⁰ Así, Peter HÄBERLE, *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, Carmen Zavala (trad.), Pontificia Universidad Católica del Perú, San Miguel, 2001.

⁷¹ *Cfr.* Gregorio CÁMARA VILLAR, «El sistema de los derechos y las libertades fundamentales en la Constitución española», junto a Francisco BALAGUER CALLEJÓN, Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, María Luisa BALAGUER CALLEJÓN y José Antonio MONTILLA MARTOS, en *Derecho Constitucional (II. Derechos y libertades fundamentales. Deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales)*, 16ª ed., Tecnos, Madrid, 2022, pp. 34-37.

⁷² De interés, Lucia TRILO, *Primato del diritto e giustizia (Diritti fondamentali e costituzione)*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1996, pp. 51-64.

⁷³ Muy en particular, Antonio Manuel PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 77-80.

⁷⁴ Otra vez, Peter HÄBERLE, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Carlos Ramos (trad. del italiano), Pontificia Universidad Católica del Perú, San Miguel, 1997, pp. 71-74.

Pero la Constitución se ha visto reducida, en no pocos casos, a un mero marco de posibilidades opuestas bajo el parámetro de la razonabilidad y la proporcionalidad, y dejando de lado no pocos principios rectores de la acción de los poderes públicos⁷⁵, tal como se advierte en relación al Estado social y la globalización⁷⁶. La globalización así, como las mencionadas crisis y las transformaciones que supone la sociedad digital, han roto la cohesión cultural, social y política que, aun inherentemente en conflicto, se había venido manteniendo al hilo de los valores comunes que suponía e identificaba la Constitución. Ello replantea ya, por sí, la exigencia de volver a una dimensión política militante; piénsese en este sentido en las dificultades que supone la implantación en Europa de *fundamentalismos* culturales, religiosos, políticos y nacionalistas⁷⁷, y la necesidad de restablecer un cierto grado de cohesión y consenso social mediante una recuperación política activa de la Constitución⁷⁸, por no hablar de los señalados movimientos iliberales.

De este modo es que la enseñanza del Derecho Constitucional acabe por transformarse, en no pocos casos, en auténticas proclamas políticas en torno al constitucionalismo como ideología, ante el reto que tenemos de insuflar, en las nuevas generaciones de estudiantes universitarios, los valores básicos desde los que se articula una Democracia plural y respetuosa con las minorías y las personas. Algo que hasta no hace mucho dábamos por sentando, pero que hoy se nos presenta incierto; y más ante la falta en los niveles educativos inferiores al universitario de una auténtica «educación constitucional»⁷⁹, más allá de cierto eco en secundaria y al respecto de Educación en Valores Cívicos y Éticos, Geografía e Historia (especialmente) y Comunicación y Ciencias Sociales⁸⁰, tras la desaparición de la

⁷⁵ Desde esta perspectiva, de interés, *vid.* la ponencia de Giovanni BOGNETTI, «Teorie della Costituzione e diritto giurisprudenziale», al *Convegno annuale* de la *Associazione Italiana Costituzionalisti* (11-12/10/2002, Milano), en <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200210/bognetti.html> (05/07/2023).

⁷⁶ Cfr. Miguel Ángel GARCÍA HERRERA, «Rigidez constitucional y Estado social», en AA.VV. *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho*, Perfecto Andrés Ibáñez (dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 83-88.

⁷⁷ Peter HÄBERLE, «El fundamentalismo como desafío del Estado constitucional: consideraciones desde la ciencia del Derecho y de la cultura», en *Retos actuales del Estado Constitucional*, Xabier Arzoz Santiesteban (trad.), IVAP, Oñati, 1996, pp. 133 ss.

⁷⁸ Como «constitucionalismo beligerante», Carlos DE CABO MARTÍN, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003, p. 11.

⁷⁹ RD 217/2022, de 29 de marzo, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria Obligatoria.

⁸⁰ *Vid.* nuevamente Francisco Manuel GARCÍA COSTA, pero ahora «La educación constitucional: caracterización general y recepción en el sistema constitucional español», *Revista de Educación y Derecho*, núm. Extra 1 («Educación Superior, Derechos Humanos y Objetivo de Desarrollo Sostenible»), 2021, pp. 168 y ss.

maltrecha Educación para la Ciudadanía⁸¹. Me refiero así al déficit educativo en relación a la cultura constitucional de la ciudadanía respecto a la Democracia y, en particular, a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, como requisito ineludible hoy no ya para el progreso del Estado constitucional de Derecho mediante una ciudadanía políticamente fuerte, sino para su misma subsistencia⁸²; y ello en contraste con la importancia de la educación en la formación de la persona como ciudadano activo y pleno, según destaca la propia Constitución en su artículo 27 con ocasión del reconocimiento del derecho fundamental a la educación⁸³.

V. Enseñar Derecho Constitucional en un momento de cambios de paradigmas constitucionales

Y todo lo anterior (como advirtiera ya hace un siglo Ortega y Gasset)⁸⁴, en un ambiente de supuesto progreso social a caballo de un desarrollo científico acelerado (el digital, hoy), a la par que una intensa crisis de valores ante dichos cambios. Una sociedad empoderada por la ciencia y la tecnología, pero perdida en el rumbo; una sociedad generadora de constante información, mas necesitada de auténtico conocimiento⁸⁵ con el que dar sentido al progreso social. Y en tal sentido, entonces, la Uni-

⁸¹ Cómo no, Gregorio CÁMARA VILLAR: «Educación para la Ciudadanía y promoción de los Derechos Humanos», *Temas para el Debate*, núm. 149, 2007, pp. 39 ss.; «La función de la Educación para la Ciudadanía en una sociedad democrática avanzada», *Idea La Mancha: Revista de Educación de Castilla-La Mancha*, núm. 6, 2008, pp. 64 ss.; y «El debate en España sobre la materia 'Educación para la ciudadanía y los derechos humanos' ante su proyectada supresión y cambio», en AA.VV. *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral (II)*, Universitas, Madrid, 2012, pp. 2401 ss.

⁸² En general sobre la importancia de dicha cultura constitucional, y en relación a sus objetivos educacionales, *vid.*: Peter HÄBERLE, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Emilio Mikunda (trad.), Tecnos, Madrid, 2000, pp. 84 ss.; y Manuel SALGUERO, «La cultura de los derechos fundamentales como garantía de la Democracia», *Derechos y Libertades*, núm. 7, 1999, pp. 441-465. Y, sin embargo, acerca de la deficitaria enseñanza de valores democráticos y constitucionales en los niveles educativos inferiores, *cfr.*: otra vez Gregorio CÁMARA VILLAR, pero ahora «Educación política, libertad y sistema de enseñanza en España: problemas y posibilidades», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núms. 2-3, 1984, pp. 113-130 y 165-181, respectivamente; Remedios SÁNCHEZ FERRIZ y Luis JIMENA QUESADA, *La enseñanza de los derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1995; y más recientemente, Francisco Manuel GARCÍA COSTA, «La educación constitucional: caracterización general y recepción en el sistema constitucional español», *Revista Educación y Derecho*, núm. 1, 2021, pp. 168 ss.

⁸³ Nuevamente Gregorio CÁMARA VILLAR, mas en esta ocasión «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española», en AA.VV. *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio (III)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 2159-2191.

⁸⁴ Nuevamente José ORTEGA Y GASSET, «Misión de la Universidad... *cit.*

⁸⁵ *Pe.*, *vid.*: Gernot BÓHME, «The structures and prospects of knowledge society», *Social Science Information*, vol. 36, núm. 3, 1997, pp. 447 ss.; Sally BURCH, «Sociedad de la información / Sociedad

versidad pública no sólo como motor del desarrollo científico y tecnológico, sino como espacio público de reflexión y cambio social ante el mismo⁸⁶; una responsabilidad, por cierto, de especial impronta constitucional ante la misión del Derecho Constitucional de buscar, procurar y dar ordenación política y jurídica del sistema social.

Esto, a su vez, conecta con la sociedad digital en la que ya vivimos, y en cómo esta: de un lado, incide con la referida crisis democrática al hilo de la desafección constitucional y de la manipulación política que se da en la actualidad⁸⁷; y de otro, con los propios cambios que el progreso digital conlleva al respecto de un Derecho Constitucional aún analógico y necesitado, por tanto, de un proceso interno de digitalización⁸⁸. Además, no se olvide, está el cambio climático y la degradación del medioambiente; y no sólo como riesgos directos para la entera humanidad, sino como retos de transformación constitucional, dados los profundos cambios culturales, sociales, económicos, políticos y jurídicos que requieren a nivel estatal, regional y mundial⁸⁹, por no hablar del nuevo conflicto que ello supone al respecto del pluralismo en el tiempo⁹⁰.

Además está la dificultad que se advierte cada vez más para encontrar referentes culturales comunes con el alumnado. Y esto, de un lado (y más allá, claro, de mi propia edad y experiencias), ante la pluralidad de fuentes de medios de comunicación hoy existentes (en especial, a la vista de la proliferación de las redes sociales y canales digitales), y el consiguiente fraccionamiento que del conocimiento de la realidad se da. Pero también, de otro (y precisamente), ante el propio cambio de paradigma tecnológico que entre aquel y nuestro caso se advierte, puesto que nativos (nuestras alumnas y alumnos) ya de la sociedad digital (y sin embargo, escasamente atentos a la prensa y a la actualidad política, lo que su vez dificulta cuan-

del conocimiento», en <http://www.ub.edu/prometheus21/articulos/obscriberprome/socinfocon.pdf> (16/07/2023); Armin NASSEHI, «What Do We Know about Knowledge? An Essay on the Knowledge Society», *The Canadian Journal of Sociology / Cahiers Canadiens de Sociologie*, vol. 29, núm. 3, 2004, pp. 439 ss.; Karsten KRÜGER, «El concepto de ‘sociedad del conocimiento’», *Biblio 3w: Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. 11, 2006; o Rita BALDERAS, «¿Sociedad de la información o sociedad del conocimiento?», *El Cotidiano*, núm. 158, 2009, pp. 75 ss.

⁸⁶ En tal sentido, Sixto SÁNCHEZ LORENZO, «Paideia: Una reflexión sobre la misión educativa de la Universidad», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 23, 2015.

⁸⁷ Ya, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO: «Sociedad del miedo y desafección constitucional», *Revista de Derecho Político*, núm. 108, 2020, pp. 97-126; y «La difesa della democrazia pluralista dinanzi alla paura e alla disinformazione», Giacomo Palombino (trad.), *MediaLaws: Rivista di diritto dei media*, núm. 2/2021, pp. 44-66.

⁸⁸ Nuevamente Francisco BALAGUER CALLEJÓN, *La Constitución del algoritmo*, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2022.

⁸⁹ Giacomo PALOMBINO y Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, «La protección del medio ambiente en Europa ante la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 36, 2021.

⁹⁰ De interés, en esta línea, Peter HÄBERLE, «El tiempo y la cultura constitucional», Irene Weinmann de Knoop y Sylvia Lenz (trad.), *Revista Derechos en Acción*, núm. 16, 2020, pp. 59 ss.

do intentamos presentar ejemplos de la materia que se expone)⁹¹. Ello, a su vez, dificulta nuestra propia labor docente en nuestras asignaturas dada la dependencia del Derecho Constitucional de un contexto social y tecnológico no sólo cambiante (como se ha adelantado), sino que deja de corresponderse con la situación actual⁹², por no hablar de cómo influye en el propio alumnado y en sus capacidades (según comienza a poner en evidencia diversos estudios)⁹³.

Tal situación compleja nos lleva a que a la hora de presentar al alumnado los respectivos contenidos de las específicas asignaturas en las que se expresan hoy el Derecho Constitucional, tengamos que detenernos en el contexto previo y actual a aquellos⁹⁴. Y eso, evidentemente, requiere de más recursos nuestros, pues se necesita más tiempo (que no se tiene) para recontextualizar la materia que se presenta en las aulas; y en consecuencia que sea menos la materia que se consigue realmente explicar, y entonces que ahora sea todavía más importante seleccionar apropiadamente la concreta materia que en efecto se va a exponer en clase. De un Derecho Constitucional de tópicos (como asignatura/s) cabría, incluso, hablar⁹⁵; y en tal perspectiva, de una cuidada y renovada selección de ideas, nociones y conceptos constitucionales orientados a problemas y cuestiones (no solo al respecto de auténticas aporías, si no de las dificultades lógicas relativas a una realidad digital y diversa de aquella en la que se fundamentó y consolidó una parte relevante de los elementos básicos de nuestro Derecho Constitucional), con los que el alumnado pueda luego afrontar la entera asignatura. Por ello es que dicha preselección de tópicos nos resulte un momento fundamental en la programación y preparación de las respectivas asignaturas (en las que se despliega la enseñanza y el aprendizaje del Derecho Constitucional), pues de ella va a depender el desarrollo y la sistematicidad de los distintos programas a partir de un número cerrado de concretas cuestiones a tratar luego de manera crítica en las clases; y esto, además, siendo estas cuestiones identificables para el alumnado desde el inicio del curso, a fin de que puedan tomar conciencia de su relevancia para una adecuada compren-

⁹¹ De interés, con todo, Annaïck FERNÁNDEZ LE GAL, «Realidad constitucional, medios de comunicación y nuevas tecnologías en el aula», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 21, 2015.

⁹² Ya, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, «La docencia del Derecho constitucional en la sociedad digital», *Docencia y Derecho*, núm. 19, 2022, pp. 17 ss.

⁹³ Vid. Ignasi BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, pp. 25 ss.

⁹⁴ O lo que es igual, en vez de la foto de un objeto en movimiento en el que este o el contexto aparecen cada vez más desenfocados por dicho movimiento, un video completo de aquel en el que se muestren el origen, el estado actual de tal movimiento y cierta previsión de su destino o dirección. Con todo, para una aproximación más sincrónica al respecto del Derecho constitucional, a la par que centrada en el ordenamiento español, vid. Juan José SOLOZABAL ECHAVARRÍA, «Derecho constitucional: formación y enseñanza», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 21, 2015.

⁹⁵ De interés, Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ, «Constitución del pluralismo y método jurídico», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, 2008, p. 456.

sión tanto de la asignatura en su conjunto, como de las mismas instituciones y contenidos constitucionales que en cada momento se vayan a presentar. De esta forma, y sin perder de vista la vigente realidad digital, pero no solo (nuevamente integración, globalización, cambio climático, auge de las identidades, seguridad, etc.), podremos atender a los aspectos esenciales de las diversas asignaturas que se imparten como Derecho Constitucional, de modo que sobre ellas se acometa luego su exposición y estudio⁹⁶. A tales efectos, es también necesario que el alumnado desde el primer momento conozca nuestra forma de desarrollar la docencia (mediante las referidas guías didácticas que han de estar publicadas y ser efectivamente presentadas)⁹⁷, a fin de hacerlos cómplices activos del acto comunicativo de la clase; naturalmente ello no lo garantiza, pero lo permite y lo facilita.

VI. Consideraciones finales: hacer y enseñar Derecho Constitucional

A los anteriores efectos, y desde la relación que se da entre docencia e investigación (en cuanto que la primera depende de la segunda), considero que la respuesta a los referidos retos en la enseñanza del Derecho Constitucional deban venir no solo desde una perspectiva metodológico-docente adecuada (según lo visto), sino a través de una oportuna investigación al respecto: hacer Derecho constitucional, para luego poder enseñarlo al alumnado. Y ello, al fin y al cabo, tal como hace cuarenta años el Prof. Cámara Villar, junto con otros compañeros, hicieron lo propio al respecto de un Derecho Constitucional en construcción y el consiguiente cambio de paradigmas jurídicos que ello supuso. De esta forma, y en relación a la Comunidad Autónoma de Andalucía y su Derecho, se reconoce no solo el desarrollo de una ingente labor de investigación por el Prof. Cámara Villar al respecto del nacimiento y progreso del Estado autonómico y la Comunidad andaluza⁹⁸, sino, y al amparo de lo anterior, su participación en los primeros ma-

⁹⁶ Y ello, claro, según las diversas asignaturas y grados en los que se expresa el Derecho Constitucional, y en particular dependiendo del carácter jurídico o no de tales estudios; y de esta forma que, de no ser estos jurídicos, será mayor entonces la exigencia de mayor implicación en la comprensión de los contenidos a presentar a fin hacer valer y entender la normatividad constitucional como valor social y cultural.

⁹⁷ Son, de un lado, las referidas guías docentes y didácticas que a nivel departamental e individual se publican en webs, tablones y plataformas digitales a las que tiene acceso nuestro alumnado, como, de otro, su exposición detallada en clase (especialmente al comienzo de curso) y en tutorías (en su caso).

⁹⁸ P.e.: junto a Javier TERRÓN MONTERO, «Bibliografía socioeconómica de Andalucía», *Revista de Estudios Regionales*, núm. 1, 1978, pp. 237-268; «El poder ejecutivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía», en AA.VV. *El estatuto de Andalucía: estudio sistemático*, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 130-151; nuevamente junto a Javier TERRÓN MONTERO, «Principios y técnicas de cooperación en los estados compuestos: reflexiones sobre su aplicación al caso de España», en AA.VV. *Comunidades autóno-*

nuales sobre Derecho Autonómico andaluz que vieron la luz⁹⁹; o lo que es igual, una manifestación de cómo una apropiada y meticulosa investigación ha nutrido de manera rigurosa y generosa una ulterior labor docente en ciernes. Y al tiempo, y a partir ahora de la especialización también del Prof. Cámara Villar en instituciones¹⁰⁰, y en particular en derechos¹⁰¹, su participación en otros manuales acerca

mas e instrumentos de cooperación interterritorial, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 1990, pp. 37-60; «El Gobierno de coalición PSOE-PA: una experiencia política de Andalucía», *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 33, 1999, pp. 25-50; «El sistema de gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía», *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. extra 1, 2003, pp. 153-190; «El principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, 2004, pp. 197-240; «La Conferencia de Presidentes como instrumento de integración para el Estado Autonómico: problemas y perspectivas», en AA.VV. *El estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad (I)*, COLEX / Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005, pp. 117-134; «Reformas estatutarias y consejos de justicia autonómicos a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, 2011, pp. 197-220; «Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico», en AA.VV. *Estudios sobre la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011, pp. 297-340; y «La organización territorial de España. Una reflexión sobre el estado de la cuestión y claves para la reforma constitucional», *Revista de Derecho Político*, núm. 101, 2018, pp. 395-430. Y también, como coordinador ahora, AA.VV. *El poder judicial y la comunidad autónoma de Andalucía*, Comares, Granada, 2003, y junto a FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, LUIS IGNACIO ORTEGA ÁLVAREZ y JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS: AA.VV. *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007; AA.VV. *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008; y AA. VV. *Reformas estatutarias y organización institucional*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2010.

⁹⁹ Así (*et alii*): *Curso de Derecho público de Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, Madrid, 1998; *Estatuto de Andalucía: novedades respecto del Estatuto de 1981: la nueva configuración del Derecho autonómico de Andalucía*, Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007; y *El nuevo Estatuto de Andalucía*, Tecnos, Madrid, 2007.

¹⁰⁰ P.e.: *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993; «Mito y realidad: sobre ciertos enemigos menores e intrasistema de la centralidad del Parlamento», en AA.VV. *Parlamento y consolidación democrática*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 127-132; «Sobre la proporcionalidad como criterio y límite constitucional del sistema electoral español», en AA.VV. *El sistema electoral a debate: veinte años de rendimiento del sistema electoral español (1977-1997)*, Centro de Investigaciones Sociológicas / Parlamento de Andalucía, Madrid, 1998, pp. 205-220; «Justicia y Política en la España democrática: (Una reflexión a propósitos de los llamados 'jueces estrellas' y la judicialización de la política)», en AA.VV. *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 393-416; «La descentralización del gobierno del Poder Judicial», *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura (I)*, Congreso de los Diputados / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, 369-384; junto a FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN y LUIS FELIPE MEDINA REY, *La Nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2008; «Movimientos ciudadanos y democracia participativa», *Temas para el Debate*, núms. 213-214, 2012, pp. 24-26; o el más reciente «El estatuto de los diputados del Congreso: Viejos y nuevos problemas», *Revista de las Cortes Generales*, núm.113, 2022, pp. 305-359.

¹⁰¹ Así: *La objeción de conciencia al servicio militar: (las dimensiones constitucionales del problema)*, Civitas, Madrid, 1991; *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal*

del más amplio Derecho Constitucional¹⁰², mostrando también aquí ese rigor científico y académico que tanto le caracteriza¹⁰³.

Por tanto, y en la estela del Prof. Cámara Villar, de lo que se trataría ahora es de seguir haciendo Derecho Constitucional, por lo demás de manera compleja, para luego poder enseñarlo a un alumnado que se mueve entre el escepticismo y el compromiso, la desidia y el interés; y así que, al margen de encargos y opciones concretas sobre unas u otras materias, investiguemos cuestiones que, directa o indirectamente, nos permitan aproximaciones constitucionalmente plausibles a las transformaciones del vigente Derecho Constitucional. No es necesario llegar a respuestas finales a tales situaciones; es más, la rapidez de los cambios lo pone muy difícil. Pero sí es conveniente tener una imagen de cómo se está modificando el contexto en el que se desarrolló y consolidó la noción normativa de Constitución que aun ilumina, a modo de faro, el Derecho Constitucional actual, lo que requiere de un constante estudio en tal sentido¹⁰⁴. Y posteriormente, y a partir de lo referido, elucubrar ya con potenciales soluciones con las que postular recuperar cierto grado de la sistematicidad efectivamente perdida. Ciertamente lo anterior no resuelve del todo la situación, pero al menos nos permite presentar al alumnado

Constitucional español (1981-1991)... cit.; «Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, pp. 9-42; «La garantía de los derechos fundamentales afectados por la Convención de Prüm», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ISSN 1697-7890, Nº. 7, 2007, págs. 97-118; «Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, pp. 259-298; «‘Veste’ y realidad de los derechos estatutarios», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 151, 2011, pp. 57-107; «El derecho a la educación en tiempos de crisis. La LOMCE en su contexto», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 16-18, 2013-2015, pp. 205-234; «Los derechos sociales en la Constitución Española», *Tiempo de Paz*, núm. 129, 2018, pp. 27-35; o «La regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en el mundo. Panorama general y comparado», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 37, 2021, pp. 399-464.

¹⁰² Junto a FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, María Luisa BALAGUER CALLEJÓN y José Antonio MONTILLA MARTOS, *Manual de Derecho Constitucional (I y II)*, Tecnos, Madrid, 2005 (18ª ed., 2023); y junto a FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa BALAGUER CALLEJÓN y José Antonio MONTILLA MARTOS (nuevamente), *Introducción al Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2011 (12ª ed., 2023).

¹⁰³ De «conciencia de los presupuestos del constitucionalismo moderno, rigor analítico, constructivismo teórico y criticismo anticipatorio», nos habla ya Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR de la obra del Prof. CÁMARA VILLAR en «La objeción de conciencia al servicio militar. Un problema persistente en la construcción del Derecho Constitucional español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, p. 283; también de interés, *vid.* Luis Javier MIERES MIERES, «Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español (1981-1991)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43, 1995, pp. 349 ss.

¹⁰⁴ No le falta razón a nuestro compañero Enrique GUILLÉN cuando reconoce que lleva toda su vida académica hablando y trabajando sobre un Derecho Constitucional en crisis.

una realidad compleja y cambiante del Derecho Constitucional, a la par que posibles respuestas a la misma, de modo que seamos capaces de mantener, aun en teoría dialéctica, la tensión sistémica del Derecho en su conjunto.

Naturalmente, y conforme venimos comentando en estas páginas, ni el Derecho Constitucional actual, ni su contexto, es el mismo al vivido por el Prof. Cámara Villar. Sin embargo, y al igual que él, debemos de afrontar los retos que los nuevos tiempos conllevan en la formación de los jóvenes juristas de cada generación: en su caso, nada más y nada menos, participar en la construcción de una Ciencia del Derecho Constitucional española (según se ha señalado) con la que alimentar los programas que sobre el Derecho Constitucional progresivamente aparecieron tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978; y en el nuestro, adaptar aquella Ciencia y Derecho a las intensas transformaciones que se viven desde hace tiempo al respecto de la Constitución normativa. Sin duda, un listón muy alto el que el Prof. Cámara Villar nos deja a tales efectos; ojalá estemos a su altura.

MODERNIDAD, ILUSTRACIÓN Y LAICISMO: LA EDUCACIÓN COMO ASIGNATURA PENDIENTE

SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO

Universidad de Granada

Humanidad y humanismo son dos cualidades indisociables en la personalidad de Gregorio Cámara. Ser su amigo, además de compañero, ha sido, sigue siendo y será un privilegio. Conocí a Gregorio al poco tiempo de llegar a la Universidad de Granada, hace casi treinta años. A pesar de la distancia que separa nuestras disciplinas, hemos compartidos actos e intercambiado y debatido ideas en el espacio estrictamente académico, pero también mucho más allá de él, en el terreno social, político y artístico. Gregorio, es sabido, es un académico eminente, un constitucionalista de referencia. Pero es mucho más que eso: es un humanista paradigmático y todo su quehacer se ha orientado por unos principios éticos que son, en realidad, la esencia de su labor.

La educación ha sido uno de los ámbitos de estudio de Gregorio Cámara, no solo desde la perspectiva constitucional. Es un *leitmotiv* de muchas de sus preocupaciones, más allá de lo estrictamente jurídico. Y es una preocupación que compartimos y de la que hemos hablado con frecuencia. Por eso, en lugar de alguna reflexión sobre la esotérica disciplina del Derecho internacional privado, he preferido rendirle tributo con unas líneas sobre uno de sus temas dilectos.

Y mi reflexión tiene que ver con la evolución de la escolarización como fundamento educativo de la sociedad desde la Modernidad hasta nuestros días. Podemos partir de la premisa de que la escolarización y la educación universal y gratuita constituyen una conquista social. Pero tal vez la historia nos revele que los postulados, como de costumbre, no son en sí mismos buenos o malos, sino que son las intenciones, y no los hechos, los que revelan su verdadera dimensión. Y conviene no perder de vista que, en sí misma, la escolarización, incluso como hoy la entendemos, nace con una intención perversa, y probablemente ha mantenido

la misma intención hasta hoy. De ahí su fracaso o la posibilidad de entenderla como una «asignatura pendiente».

Hasta el siglo xvi, la formación de los niños se realizaba en el hogar. Con más o menos asistencia, padres y preceptores «educaban» a sus hijos a partir de principios básicos de sus creencias religiosas y mediante cuentos moralistas. La alfabetización y la escolarización, propiamente dichas, tienen su origen en la Reforma protestante y, más concretamente, en los principios calvinistas. El calvinista es el «hombre del libro», y la educación gira en torno a la lectura de la Biblia. En suma, la escuela nace con una función catequizadora. Calvino, en 1541, inspirado por su destierro en Estrasburgo, dicta las Ordenanzas Eclesiásticas. En su virtud, los maestros de la villa (bachilleres) se someten a la disciplina eclesiástica, como los curas. Lo hacían incluso en territorios católicos y algunos acabaron en la hoguera.

Como era de esperar, la Iglesia Católica reacciona y adopta la misma estrategia. Así, el Edicto de Châteaubriant de 1551 prohíbe regentar escuelas a quienes no fueran probados católicos. Visitadores eclesiásticos inspeccionaban las escuelas y sometían a los maestros al tercer grado para comprobar su ortodoxia católica. Tras el Concilio de Trento, Pío IV hizo obligatoria la profesión de fe para los maestros de escuela, mandato que cumplió Enrique IV en Francia a través del edicto de 1606.

Durante el Antiguo Régimen la educación se consolida como un instrumento político de control social. Los principios básicos de la formación se resumen en: resignación ante la muerte, las miserias de la existencia y la desigualdad (la ambición es engañosa); respeto al poder establecido de la familia y la autoridad; y necesidad de vivir conforme a la religión cristiana. Subsidiariamente, se estudia ortografía y gramática, pero la enseñanza de la literatura nacional y contemporánea es tóxica. La geografía y la historia se utilizan para legitimar el *status quo*, y no para comprender mejor el mundo en que vivían. El arte de persuadir (retórica) es parte sustancial de la formación.

La finalidad catequizadora justifica que la escuela se financie para niños pobres, a través de los señoríos o la propia Iglesia, o mediante las instituciones de caridad (excedentes de hospitales o leproserías). Así, Luis Vives incluye la escuela pública y gratuita en su Plan de Asistencia Pública para la ciudad de Brujas. Dese el comienzo, surge la dicotomía entre la escuela pública y la escuela privada. En la Francia del siglo xvi conviven las escuelas parroquiales y comunales. Las primeras, al norte del Loira, dependen de los capítulos catedralicios. Los maestros son curas, diáconos u obispos. El auge de los Seminarios en el siglo xvii (San Francisco de Sales, San Vidente de Paul) facilitó la formación de curas enseñantes.

En contraste, las escuelas municipales o comunales del Midi contemplan la enseñanza como un asunto municipal: se concede la regencia de la escuela a un candidato (seglar) nombrado por una comisión de notables. Se prefiere que sean casados, para que la esposa se encargue de la educación de las niñas. Muchos son

estudiantes universitarios. Firman un contrato notarial que indefectiblemente incluye la formación religiosa en la moral católica. Excepcionalmente, en París y en el Este de Francia, la asamblea de ciudadanos nombra al maestro, pero necesita aprobación del señorío. También las escuelas de beneficencia (sobre todo para la educación de niñas) implican el nombramiento de maestro por el benefactor. El maestro vive en la escuela-casa, y percibe emolumentos muy humildes. Los niños nobles no se educan en la escuela, sino con preceptores. Los alumnos son hijos de comerciantes, burgueses, propietarios rústicos y artesanos con posibles. Los niños más pobres pueden estudiar, sobre todo, en las escuelas comunales, que reservan un contingente en este sentido. Pero deben ir aseados y vestidos con decencia. Con todo, los hijos de labradores dejan pronto estos quehaceres para contribuir a la economía familiar mediante el trabajo infantil. En suma, para estas clases más necesitadas, la enseñanza obligatoria se reduce a poco más que el catecismo.

La educación en el Antiguo régimen se limita a enseñar a deletrear y leer en latín, a escribir y a rudimentos de cálculo. Pocas escuelas llegan a enseñar Gramática. Uno o dos días a la semana se reserva a la educación religiosa: el Catecismo. El método de enseñanza es generalmente sádico: «La letra con sangre entra», como testimonia Erasmo de Rotterdam. En pocas palabras, la escuela no supera el proyecto catequizante.

El siglo xvii produce una disociación entre la cultura popular (que sigue los mismos modelos de siempre) y la «intelectualidad», que accede a una cultura diferenciada basada en la nueva filosofía del conocimiento y la ciencia: Galileo, Descartes, Newton... El pensamiento ilustrado no reduce la pervivencia de la influencia de la fe católica en la escuela, como acredita el curioso comportamiento de Voltaire en Ferney, que obligaba a los lugareños a asistir a los oficios religiosos. Tampoco los ilustrados contemplaron la conveniencia de educar al pueblo, en especial al pueblo llano. Voltaire pensaba que había que educar al pueblo llano en sus menesteres fabriles y agrícolas exclusivamente; y Rousseau, que en la *Nouvelle Héloïse*, afirma que no conviene educar a los hijos de los aldeanos. El epicureísmo (Diderot) y la creencia en la ciencia como motor del afán de progreso (*écrasez l'infâme*) de Voltaire, supone un elemento adicional, no obstante, que permite sentar las bases sobre otro modelo educativo.

En efecto, el siglo xvii es crucial para un cambio de mentalidad que viene impuesto por diversos factores. En filosofía, la herejía cartesiana, cuyo avance no pudo reprimir su condena por La Sorbona o Luis XIV. En ciencias experimentales, los avances que permiten descubrimientos como el barómetro, e termómetro, el telescopio, el microscopio o el péndulo. En matemáticas, el cálculo diferencial e integral. En física, la ley de la gravitación universal. No en vano, la *Enciclopedia* contenía un canto al progreso humano que no ocultaba la crítica a las instituciones religiosas y a su perniciosa labor educativa. Los índices de la Dirección de la

Librería, que otorgaba las autorizaciones previas a cualquier publicación, arrojan una estadística muy gráfica. Entre 1723 y 1727, una tercera parte de las publicaciones tenían un contenido religioso. En 1750 solo una cuarta parte. Y una décima parte en 1789.

Por la misma época, la Compañía de Jesús pondrá en pie una formidable empresa educativa. La enseñanza no estaba en el Ideario de Ignacio de Loyola. Su fidelidad al Papa y la Contrarreforma los llevó por esta senda, especialmente para formar a los profesores universitarios. En 1548 aceptaron la creación del colegio de Mesina, a petición del virrey de Sicilia, y tres años después abrieron el Colegio de Roma, que sería el modelo de un auténtico despliegue educativo. Sin embargo, la enseñanza jesuita responde a esa ambivalencia ilustrada: Junto al estudio del «Libro» (Teología y Filosofía Moral), en la *ratio studiorum* se abren los conocimientos a la Antigüedad Clásica en Gramática, Retórica, Filosofía, o Matemáticas; prelecciones de Cicerón, Paltón, Homero. Tucídides, Plutarco o Virgilio. La importancia de la retórica les indujo a a fomentar las representaciones teatrales, eso sí con un contenido generalmente moral y religioso. Es cierto que los privilegiados estudiaban en los jesuitas, pero también se admitía a pobres y huérfanos. La enseñanza era gratuita y de calidad, pero el pensionado, muy limitado, era el problema. Grandes científicos, matemáticos y prohombres de los siglos XVII y XVIII estudiaron en colegios jesuitas o fueron jesuitas: Matteo Ricci, Francisco Suárez, Luis de Molina, Atanasio Kircher, Giovanni Sacheri...

En el antiguo régimen y el inicio de la Modernidad no hay un paso intermedio entre la enseñanza elemental y la Universidad. Como se exigen conocimientos de Gramática, solo los pudientes que gozaron de un preceptor tienen acceso, o quienes hayan estudiado en un colegio jesuita. Los municipios reaccionaron intentando introducir escuelas públicas de Gramática. El movimiento humanista (Vives, Erasmo) se interesó por hacer progresar esta iniciativa. Ya a principios del siglo XVI, en Nimes, se creó una escuela municipal de Gramática. La municipalidad elegía al rector por concurso, pero el *placet* necesario del cabildo catedralicio generaba constantes conflictos. De esta forma, en el siglo XVI se puso de moda que príncipes y prelados crearan colegios de beneficencia (al igual que hospitales y monasterios). Los *Coloquios* de Erasmo son inseparables de estos colegios humanistas, aunque la Facultad de Teología de París lo condenó en 1526. Así, el peligro de convertir a los colegios humanistas en un caldo de protestantismo provocó, una vez más, la reacción católica a través de la creación de colegios confesionales, de manera que Cicerón acabó compartiendo plan de estudios con los Proverbios de Salomón, como reconoce Claude Baduel, rector del colegio de Carpentras en 1545.

A principios del siglo XVI, los colegios de educación secundaria se clasificaban en tres clases: a) de pleno ejercicio: gramática, humanidades, retórica y filosofía; b) humanistas: sin filosofía; c) regencias latinas o de gramática: solo gramática.

Durante la Ilustración, el desarrollo técnico y de la economía requirió una formación secundaria acorde con sus exigencias, lo que implicó una laicización de los contenidos impartidos en los colegios (ciencias experimentales), hecho que provocó una reacción furibunda de la Iglesia, que puede resumirse en la predicación del cura Réguis en 1773 contra los riesgos para la moral cristiana de la instrucción en los colegios de educación secundaria.

Los colegios provocaron la preponderancia del profesor laico (mal pagado) y sin intereses eclesiásticos, que hizo germinar una tendencia a la laicización. Niépce, inventor de la fotografía junto a Daguerre, fue uno de estos rectores. En Caen en 1777, se elimina la exigencia de la misa obligatoria y los estudiantes se contagian poco a poco del propio desinterés de los profesores en la formación espiritual y el espíritu de los tiempos. Por fin, la literatura filosófica penetra en los colegios en los años previos a la Revolución. En el siglo XVIII aparecen asimismo los primeros colegios especializados, embrión de la formación profesional, destinados al estudio de las técnicas textiles o de diseño.

Un punto negro oscurecía semejante despertar: la educación de las niñas. La segregación era el principio y venía impuesta por motivos religiosos, sobre todo en el orbe protestante. En territorios católicos hubo algunos avances (las Ursulinas se crearon en 1592 en La Provenza francesa), pero no se contemplaba la escolarización más que para su formación como esposas y madres.

Durante la Revolución Francesa, los proyectos para crear una educación nacional laica sobre la base de los principios revolucionarios no se materializaron debido a problemas económicos (guerras) o falta de tiempo (advenimiento del Imperio y la Restauración). Proliferaron las escuelas privadas, muchas veces regidas por curas secularizados, como la de Madame Campan, y se sentaron las bases teóricas para lo que vendría mucho después en los proyectos de Talleyrand y Condorcet. Pero en 1850 la enseñanza sigue siendo confesional, si bien las municipalidades pueden sumar a las escuelas católicas, las protestantes o las judías. En Francia hasta la Tercera República, con la *Loi Goblet* y la legislación laica de 1886 no se elimina la escuela pública catequizadora ni se elimina el catecismo. A partir de esa fecha, (Leyes *Ferry* en 1905) y más aún en los años veinte del siglo XX, la separación del espacio laico (público) y religioso (privado) caracterizará la escuela pública francesa, cumpliendo por fin las utopías revolucionarias.

La eliminación de la catequesis religiosa a partir del laicismo solo prescindió del adjetivo religioso, pero no del sustantivo catequizador. Ahora se trataba de emplear la escuela como catalizador del patriotismo, bajo la idea del Imperio francés, que pasa a ser el protagonista de la catequesis en la escuela pública. Dios es sustituido por la Nación, con algún quebranto, como el que produjo el caso Dreyfuss. Lo mismo harían los nazis no mucho después, creando generaciones de individuos alienados a una idea tan suprema como igualmente absurda. Dios y la

Nación, las dos banderas bajo las que se cometen la mayor parte de los crímenes en la historia de la Humanidad.

Llegados a la edad contemporánea, cabe preguntarse si alguna vez la educación se ha concebido como elemento de contraste, precisamente, con la disciplina generalizada; si en algún lugar se dio una enseñanza orientada a la virtud de pensar libremente y de elegir el propio camino a través de la experiencia individual del conocimiento. Y, solo tal vez, es posible que ello ocurriera en un país que no tuvo propiamente Ilustración; cuya sociedad, y no solo los gobernantes, despreciaban el conocimiento y la ciencia; en cuyas iglesias, a diferencia de las de Inglaterra, solo se enterraban a santos y reyes sin mayores currículos, mientras artistas y científicos se arrojaban en osarios, fosas comunes o zanjas de barrancos; donde ningún Voltaire en *Cartas Filosóficas* llegó a prestar respeto por la profesión de las actrices, ni se erigió un Panthéon para albergar los restos de los sabios a los que la patria brindaba reconocimiento. En efecto, ese país es el nuestro: España. La Tercera República francesa inspiró la conversión de la escuela pública en escuela laica durante los primeros años de la II República española, tardíamente respecto a otros países (Francia, Inglaterra, Portugal e incluso Italia) y por muy breve tiempo. Pero en ese breve espacio de tiempo brilló una luz singular que tuvo mucho que ver con la Institución Libre de Enseñanza y un grupo de «maestros» humanistas comprometidos en toda su extensión. Por desgracia, la guerra civil y el franquismo llevaron a la escuela española al siglo XVI. Y aún hoy perduran algunas prácticas que generaban conflictos en aquel siglo en Francia: como que los profesores de religión fueran designados por las autoridades eclesiásticas.

La escuela laica es una exigencia de un Estado democrático y una cuestión de política de Estado. Evitar el adoctrinamiento a través de la educación no solo no es contrario a la libertad religiosa o ideológica, sino que trata de garantizar el libre pensamiento y la libertad de opinión de los «educados», que es de lo que se trata. Hay que desarrollar la libertad de pensamiento, el conocimiento científico, el reconocimiento de la diversidad. Si partimos de esta premisa, los valores que deben presidir la educación son, precisamente, aquellos en los que coincidimos como sociedad y en los que se basa nuestro pacto social, a saber los derechos fundamentales de la persona y las libertades públicas. Al igual que la identidad nacional debe orientarse hacia el patriotismo constitucional propuesto por Habermas y no fundamentarse en criterios étnicos, la educación deben seguir los mismos parámetros y evitar una intención adoctrinadora basada en criterios étnicos, religiosos o ideológicos.

Hoy es impensable pensar en eliminar las órdenes religiosas o los colegios religiosos homologados, pero al menos sería exigible reservar la formación religiosa al espacio privado (familia, catequesis, Iglesias); imponer la no segregación de sexos como cuestión de interés público, eliminando las autorizaciones a los esta-

blecimientos privados que no cumplan esta exigencia; no financiar con fondos públicos colegios privados que permitan la segregación de sexos o la enseñanza religiosa obligatoria o catequizadora (una cuestión de orden público); eliminar la enseñanza de la religión en los colegios públicos, y abordar el fenómeno religioso en las materias de ciencias sociales, historia y filosofía desde la relatividad de las creencias y la educación para la ciudadanía. También, por añadidura, eliminar los sesgos del programa educativo que perseveran en la catequización nacionalista, de cualquier tamaño, local, regional, nacional o supranacional, de manera que un niño andaluz sepa que existen hayas, además de olivos, y uno asturiano que se puede comer gazpacho además de una buena fabada.

Me consta que estas ideas pueden parecer radicales, tanto a los defensores de las esencias religiosas que deben transmitirse de padres a hijos, como a los adalides de un laicismo falso basado en la educación cívico-patriótica mal entendida. Vivimos en una sociedad que contraria a la libertad de pensamiento. La libertad de opción no interesa al mercado o a los medios, que apuestan por fidelizar al consumidor por vías muchas veces espurias, ni a los partidos políticos ni a las confesiones religiosas que captan a sus adeptos para excluir otras ideologías y otras confesiones como petición de principio.

El día en que no nos importe, ni hayamos procurado, que nuestros hijos hayan alcanzado sus creencias religiosas y sus convicciones políticas por un camino diferente al nuestro, tal vez no podremos estar seguros de si ellos están bien educados, pero al menos podemos sospechar que nosotros sí lo estamos. La Utopía vendría dada por una educación orientada hacia una sociedad de hombres capaces de pensar libremente como individuos y de hacerlo en el bien común de la sociedad, de una suma de individuos del talante, el humanismo y la humanidad, sin ir más lejos, de Gregorio Cámara.

EDUCACIÓN E IGUALDAD EN LA OBRA DE GREGORIO CÁMARA VILLAR: UNA CLAVE PARA ENTENDER EL PRESENTE (Y CONSTRUIR EL FUTURO)

ANGELO SCHILLACI
Universidad de Roma «Sapienza»

I. Introducción

Uno de los perfiles quizás más fascinantes de la obra científica de Gregorio Cámara Villar es sin duda su contribución en la materia del derecho a la educación. La reflexión de Cámara sobre el derecho a la educación no se limita a la exégesis del artículo 27 de la Constitución española, sino que sitúa dicha disposición, por un lado, en el trasfondo de dinámicas conflictivas que caracterizan la historia constitucional española; y, por otro lado, nunca pierde de vista el valor de la educación en la construcción de una ciudadanía auténticamente igualitaria.

El vínculo entre educación e igualdad ha vuelto recientemente al primer plano tras la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College* del 29 de junio de 2023¹. Precisamente el estudio de esta decisión me ha brindado la oportunidad de reflexionar nuevamente sobre el trabajo de Gregorio Cámara en materia de educación.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos intervino, como es conocido, con respecto a las medidas de acción positiva en la admisión a las universidades y, en particular, a los protocolos de admisión de las universidades de Harvard y Carolina del Norte, los cuales consideraban —aun si de forma limitada— la pertenencia racial de los solicitantes. Esto era coherente, en principio, con la doctrina del Tribunal Supremo que, desde la sentencia *Bakke* de 1978², se había ocupado del tema: en efecto, no se trataba de asignar cuotas de admisión en función de la raza,

¹ 600 U. S. ____ (2023).

² *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978).

ni de asignar automáticamente puntuaciones en virtud de ella. Más bien, la pertenencia racial podía ser relevante en el marco de una evaluación integral del perfil del solicitante; y la medida cumplía con lo requerido por la jurisprudencia del Supremo en términos de justificación razonable, flexibilidad y adecuación de los criterios de evaluación.

Sin embargo, con una decisión adoptada por una mayoría de seis contra tres, el Tribunal Supremo, aunque sin declarar formalmente la anulación de sus precedentes en el asunto³, afirma que la consideración de la pertenencia racial viola la cláusula de Igualdad (*Equal Protection Clause*) de la XIV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Más específicamente, la Corte afirma, en primer lugar, que el criterio hasta entonces considerado adecuado para justificar la consideración de la pertenencia racial —es decir, el interés de las universidades en garantizar la diversidad y la naturaleza plural del entorno educativo— ya no puede ser validado, debido a la imposibilidad de evaluar la adecuación del medio con respecto al propósito. Resultaría imposible, en otros términos, medir el logro del objetivo en cuanto el interés perseguido sería ineludiblemente imponderable (*inescapably imponderable*): una afirmación fuertemente criticada en el voto particular de la jueza Sotomayor. En segundo lugar, sobre la base de una lectura restrictiva de la decisión *Grutter v. Bollinger*, la Corte afirma que la medida también viola la XIV Enmienda por la ausencia de un plazo lógico (*logical endpoint*) para su efectividad. Esto confirmaría indirectamente, además, la imposibilidad de medir los efectos de la acción afirmativa (cf. págs. 30 y ss. de la opinión de la mayoría).

En el centro de la decisión, como veremos más adelante, hay entonces algunas cuestiones cuya relevancia trasciende los límites de la experiencia constitucional estadounidense. Es el caso, en primer lugar, de los diferentes enfoques de la igualdad y, en particular, de la alternativa entre una dimensión formal de la igualdad e interpretaciones que destacan su conexión con las experiencias individuales y grupales de desigualdad y discriminación, a su vez condicionadas por el contexto y, en particular, por desequilibrios estructurales de poder histórica y socialmente determinados. En segundo lugar, la decisión menosprecia la relación entre el acceso a la educación (universitaria, en este caso), la igualdad y la valorización del pluralismo. Y finalmente, la decisión excluye explícitamente considerar la relación entre la construcción de la igualdad —incluso a través de acciones positivas— y la transformación de asimetrías y desequilibrios de poder mediante la deconstrucción, en el caso estadounidense, de procesos histórico-culturales de racialización.

Ahora bien, volver a leer las páginas más sugestivas de Gregorio Cámara sobre el derecho a la educación puede enriquecer el análisis de la decisión del Tribunal

³ Además de la ya mencionada *Bakke*, se trata de las decisiones *Grutter v. Bollinger*, 539 U. S. 306 (2003) y *Fisher v. University of Tex. at Austin*, 579 U. S. 365 (2016).

Supremo si bien ella, como es obvio, mantiene una fuerte conexión con su contexto de origen.

A la hora de empezar esta lectura, no se pueden pasar por alto al menos dos elementos fundamentales.

En primer lugar, la gran atención de Gregorio Cámara hacia los tiempos largos y complejos de la historia española y, en particular, con la experiencia de la Segunda República; y, asimismo, el diálogo constante con «su» Fernando de los Ríos, que desempeñó un papel tan importante en la historia republicana (y no solamente).

En segundo lugar, la profunda vocación cívica que caracteriza el trabajo y la experiencia intelectual de Gregorio, como bien sabe quién, como yo, ha tenido el privilegio de mantener con él conversaciones estimulantes, que han acompañado mi formación como persona e investigador.

Gregorio Cámara afirmó en 2012, al escribir sobre Fernando de los Ríos, que «toda obra intelectual es fruto de la propia experiencia»⁴. Lo mismo puede decirse de Gregorio, de su pasión por el derecho y los derechos, por la democracia constitucional, enseñada, practicada y vivida en su compromiso político y parlamentario, así como en su obra científica y, en particular, en sus escritos sobre la educación.

II. Derecho a la educación, pluralismo e igualdad en la obra de Gregorio Cámara Villar

La relación entre educación, igualdad y transformación de la sociedad ocupa un lugar central en la reflexión de Gregorio Cámara sobre la educación. Y efectivamente, en los trabajos de Cámara en la materia, se destaca fuertemente la relación entre las políticas educativas y la construcción de la ciudadanía. Una relación que debe basarse en condiciones de profundo equilibrio entre diversas visiones del mundo e inspirarse en principios, valores e ideales compartidos por la comunidad política en el marco de una «comunicación abierta, racional y crítica»⁵, ya que no puede existir una educación democrática —y no se logra el pleno desarrollo de la personalidad humana (objetivo educativo fundamental, como veremos, según el artículo 27, párrafo 2 de la Constitución de 1978)— sin una sociedad abierta, es decir, siempre orientada «a una posibilidad de cambio racional y constructivo»⁶.

⁴ V. G. Cámara Villar, «Fernando de los Ríos», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, págs. 554 y ss., 561.

⁵ V. G. Cámara Villar, «Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España», en *Revista de Educación*, 344, Septiembre-diciembre 2007, págs. 61 y ss., 63.

⁶ V. G. Cámara Villar, «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española», en Vv. Aa., *Introducción a los derechos fundamentales*, Vol. III, Madrid, Ministerio de Justicia, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, págs. 2161 y ss., 2181.

Por un lado, la articulación de las políticas educativas debe evitar cualquier condicionamiento de carácter ideológico o religioso, pero, por otro lado, debe favorecer la construcción y el desarrollo de un espacio público abierto y orientado hacia dinámicas comunicativas. En este sentido, los principios, valores e ideales hacia los cuales debe tender la educación pública no se legitiman únicamente por su contenido sino también y, sobre todo, por el método a través del cual aquellos han llegado a ser compartidos por la comunidad política: en otras palabras, por la calidad de los procesos comunicativos que impregnan la construcción y las dinámicas del espacio público⁷.

El punto de partida —y horizonte de referencia— es entonces el «consenso fundamental que sobre esta materia se plasmó normativamente en la Constitución», el cual, sin embargo, debe ser siempre respaldado (y renovado) por un «acuerdo sustancial entre las principales fuerzas sociales y políticas»⁸.

En este sentido, el artículo 27 de la Constitución española expresa un «pacto de inclusión de mínimos»⁹ en materia educativa, el cual, al intentar «reconducir al terreno jurídico un debate secularmente deducido en el campo de lo político e ideológico»¹⁰, combina la libertad de enseñanza, la libertad de conciencia, así como la garantía del libre desarrollo de la personalidad y del acceso a la educación, en una perspectiva que siempre queda anclada en la igualdad.

Mantener en equilibrio la libertad y el pluralismo; garantizar la vertiente individual y la vertiente prestacional del derecho a la educación¹¹, así como el pleno desarrollo de la personalidad; y, finalmente, dejar «abierta al futuro la cristaliza-

⁷ Cámara ha seguido desarrollando dichas posiciones incluso en escritos muy recientes, relativos a las perspectivas del derecho a la educación en el espacio público global y digital, en los cuales el A. subraya el nexo entre las potencialidades de las herramientas de la comunicación digital y la necesidad de articular el pluralismo y sus conflictos en sociedades cada vez más fragmentadas y complejas (G. Cámara Villar, «Derecho a la educación, pluralismo y sociedad abierta en la era digital», en Aa. Vv., *Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, coord. por F. Balaguer Callejón, I. Wolfgang Sarlet, C. Luiz Strapazon, I. Robl Filho, A. Aguilar Calahorra, A. Pérez Miras, Madrid, Aranzadi, 2023, págs. 493 y ss., 496 y ss.).

⁸ V. G. Cámara Villar, «Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España», cit., pág. 63.

⁹ V. G. Cámara Villar «El derecho a la educación», en Aa. Vv., *Comentario a la constitución socio-económica de España*, coord. por C. Molina Navarrete, J. L. Monereo Pérez, M. N. Moreno Vida, Granada, Comares, 2002, págs. 979 y ss., 980.

¹⁰ V. G. Cámara Villar, «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española», cit., p. 2165.

¹¹ Por un lado, entonces, una «libertad publica que consiste en la impartición y recepción de enseñanzas en régimen de plena libertad, dentro del respeto a los principios democráticos y a los derechos y libertades fundamentales, como instrumento de reconocimiento y garantía de plena y libre formación de la personalidad individual y de transmisión del saber y de los valores»; y, por el otro, «un derecho público subjetivo a obtener del Estado la educación que se materializa mediante el conjunto de las enseñanzas regladas, en las condiciones previstas en el artículo 27». (ib., págs. 2178-2179).

ción de políticas educativas concretas»¹²; este es el significado más profundo de la Constitución educativa¹³, y en particular del párrafo 2 del artículo 27 —«La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»— que constituye su médula¹⁴.

Es precisamente en su actitud directriz pero también preceptiva¹⁵ que se fundamenta, en palabras de Cámara, la obligación de «promover espacios de libertad para el desarrollo integral de la personalidad de los educandos, a partir de los principios y valores constitucionales que rigen la sociedad y que ésta reconoce como suyos, lo cual no sugiere precisamente neutralismo indiferente a los valores»¹⁶.

En otros términos, existe un vínculo muy intenso entre el equilibrio libertad/igualdad, perseguido por el artículo 27 de la Constitución española¹⁷, el anclaje al principio de dignidad según el artículo 10, párrafo 1 de la Constitución, y la «protección contra el adoctrinamiento y el dogmatismo en la enseñanza en cualquiera de sus formas», así como «contra el monopolio en la actividad educativa»¹⁸, en el marco de una «integración dialéctica entre el derecho social a la educación y la libertad pública que es la libertad de enseñanza»¹⁹.

Al mismo tiempo, el artículo 27 persigue un equilibrio bien definido entre dos tendencias presentes en la historia constitucional española (y tradicionalmente en conflicto entre sí²⁰), es decir, aquella destinada a valorizar la educación pública y aquella destinada a preservar la libertad de enseñanza de los privados²¹. Una tensión que el artículo 27 resuelve —por un lado— a través de la salvaguarda de la libertad de enseñanza, configurando el derecho a la educación como derecho individual y factor del libre desarrollo de la personalidad «como manifestación de la igual dignidad de la que toda persona es portadora»²²; y —por otro lado— combinando la dimensión individual y la dimensión prestacional de dicho dere-

¹² *Ib.*, p. 2164.

¹³ Que Cámara define: «regulación constitucional del proceso educativo y del estatuto de sus principales protagonistas, es decir, aquel conjunto de normas constitucionales que forman un núcleo con vocación de permanencia, aunque dentro del carácter abierto del ordenamiento, destinado a proporcionar el marco jurídico fundamental de la actividad educativa» (*ib.*, p. 2167).

¹⁴ O bien el verdadero «principio rector central de la Constitución educativa», *ib.*, p. 2166.

¹⁵ Que Cámara recalca firmemente (*ib.*, p. 2170).

¹⁶ V. G. Cámara Villar, «Las necesidades del consenso», cit., p. 73.

¹⁷ V. G. Cámara Villar, «El derecho a la educación», cit., p. 980.

¹⁸ V. G. Cámara Villar, «Las necesidades del consenso», cit., p. 68.

¹⁹ *Ib.*, p. 70.

²⁰ Véase al respecto también G. Cámara Villar, «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española», cit., págs. 2161 y ss.

²¹ Y en particular de los institutos privados regidos por órdenes religiosas: véase *ib.*, p. 2162.

²² Así G. Cámara Villar, «Mujer y derecho a la educación», en Aa. Vv., *Género y derechos fundamentales*, coord. por C. Monereo Atienza, J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2010, págs. 551 y ss., p. 552.

cho y de las políticas orientadas a su plena efectividad²³, es decir, combinando —en una palabra— libertad e igualdad.

El enfoque adoptado por la Constitución de 1978 en la formulación de políticas educativas retoma en cierta medida los principios que habían inspirado las políticas educativas de la época republicana con respecto, en particular, a la neutralidad del sistema educativo frente a cualquier interferencia de carácter ideológico o confesional, en contraposición a las posturas que, condicionadas principalmente por el confesionalismo, habían llevado a una «distorsión importante de los fines educativos, dando paso a un generalizado e indisimulado afán de aprovechar la instrucción como mecanismo de proselitismo ideológico»²⁴.

Al mismo tiempo, sin embargo, la Constitución de 1931 perseguía el objetivo de convertir la educación no solo en un instrumento de regeneración y modernización de España, sino también en un verdadero bastión de la democracia y de la República²⁵ mediante la formación de una ciudadanía consciente, informada, preparada, tolerante y participativa: por lo tanto, un factor crucial de integración política²⁶, respaldado por importantes inversiones públicas²⁷ y capaz de combinar elementos «individualizadores» y «socializadores»²⁸.

Si bien inspirada —en la materia— por la experiencia republicana, la Constitución de 1978 no retoma los aspectos más radicales de ella, es decir, por un lado, la constitucionalización de un modelo educativo exclusivamente laico²⁹ y, por otro lado, en términos más generales, la actitud marcadamente defensiva de las políticas educativas en el bienio 1932-1933³⁰.

²³ V. G. Cámara Villar, «El derecho a la educación», cit., p. 981.

²⁴ Así, eficazmente, G. Cámara Villar, «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española», cit., p. 2162.

²⁵ Que unas políticas educativas neutrales y coherentes con el pluralismo, así como sostenidas con recursos adecuados, sean un factor fundamental de democratización y que hasta cuando no se hayan conseguido «no se puede decir que se ha abatido el más firme bastión del régimen de los privilegiados y que la Democracia jurídica es efectiva» lo afirma muy claramente el mismo Fernando de los Ríos — Ministro de Educación Pública entre 1932 y 1933, y como tal inspirador y protagonista de las políticas educativas de la República — ya en el discurso inaugural del curso académico 1917-1918 de la Universidad de Granada (v. F. de los Ríos, *La crisis actual de la democracia*, Granada, Tipografía Guevara, 1917, pp. 20-21).

²⁶ V. G. Cámara Villar, «Fernando de los Ríos y la política educativa de la Segunda República», en *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, coord. por R. Morodo Leoncio, P. de Vega García, Madrid, UCM, 2001, vol. I, págs. 129 y ss., 133-134.

²⁷ *Ib.*, p. 138.

²⁸ V. G. Cámara Villar, «El derecho a la educación», cit., p. 979.

²⁹ Y que implicaba la prohibición para las órdenes religiosas de desempeñar funciones educativas, conforme a los artículos 26 y 48 de la Constitución de 1931: véase al respecto G. Cámara Villar, «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española», cit., p. 2179.

³⁰ V. G. Cámara Villar, «Fernando de los Ríos y la política educativa de la Segunda República», cit., pp. 142 ss.

Desde esta perspectiva, el resultado logrado por la Constitución de 1978 conlleva una mayor capacidad integradora, adhiere a los cánones de un pluralismo inclusivo y orientado por la propia Constitución y es, según Cámara, «impecable», ya que «quedan teóricamente abiertas al máximo las posibilidades del pluralismo»³¹.

Por lo tanto, la Constitución de 1978 no reproduce la adhesión a un «proyecto o modelo educativo sistemático o previo»³². Sin embargo, esto no implica que la Constitución sea completamente neutral con respecto a las orientaciones de las políticas educativas; todo lo contrario, el artículo 27 (en particular en su segundo párrafo) formula una «directriz configuradora de un verdadero principio de constitucionalidad como orientación positiva, y también como límite, del entero sistema educativo»³³. En este sentido, como afirma Cámara ya en 1988, la «educación nunca es neutra [...] sino que está siempre impregnada de sustancia ideológica así como de consecuencias sociales y políticas latentes»; por eso, no solo su eficacia es de índole «cognoscitiva, efectiva y evaluativa», sino es por esto que la educación asume la fisonomía de un fundamental «agente dialéctico de cambio e integración»³⁴.

Ser consciente de estos delicados aspectos de las políticas educativas —que se resumen en la finalización de la educación al «pleno desarrollo de la personalidad», lo que «supone una concreción material del valor libertad»³⁵— ayuda a comprender tanto la importancia específica de los factores ambientales y culturales (también relacionados con aspectos específicos de la identidad personal, social y cultural de las personas) en los procesos educativos como el sentido profundo de la *Constitución educativa* (como impulso y límite al mismo tiempo), imponiendo así mantener una actitud crítica vigilante en el análisis jurídico-constitucional de la educación³⁶.

³¹ V. G. Cámara Villar, «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española», cit., p. 2179.

³² V. G. Cámara Villar, «El derecho a la educación», cit., p. 980.

³³ *Ib.*, p. 982; véase también G. Cámara Villar, «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española», cit. pp. 2186-2187, incluso por la referencia a la fundamental STC 5/1981.

³⁴ *Ib.*, p. 2172.

³⁵ Como queda claro, de manera muy sugerente, cuando Cámara afirma que: «Siendo el objeto de la educación el pleno desarrollo de la personalidad humana, la Constitución española asume implícitamente que ésta consiste en un proceso abierto y temporalmente indefinido, no limitado por principio a ninguna edad ni al período de permanencia en las instituciones educativas, que produce en los individuos la adquisición de conocimientos, sentimientos y actitudes (en ello consiste el «desarrollo de la personalidad») que, al tiempo que lo integran en la colectividad, los diferencia, haciéndolos precisamente individuales, únicos. Por esta razón los límites de este derecho, como derecho de libertad son solamente los principios democráticos de convivencia y los demás derechos reconocidos y amparados en la Constitución» (*Ib.*, p. 2174).

³⁶ Que, consecuentemente, Cámara así define: «La educación consiste en el proceso mediante el cual los individuos adquieren y manifiestan conocimientos, sentimientos y actitudes sobre la vida so-

Este marco de referencia adquiere una importancia crucial, por ejemplo, en la articulación de medidas de acción positiva para el acceso a la educación (que deben tener en cuenta el contexto y la estructura de las relaciones socioeconómicas y culturales y los desequilibrios de poder) y, en general, en la reflexión sobre la importancia de garantizar el pluralismo en el ámbito educativo, como demuestra, en particular, la experiencia estadounidense que es menester ahora volver a considerar.

III. Dimensiones de la igualdad y acceso a la formación universitaria en la decisión *Students For Fair Admissions* del Tribunal Supremo de Estados Unidos

La decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos mencionada al principio se sitúa en un contexto de fuerte conflictividad social y en un momento de profunda crisis de legitimación del propio Tribunal. Por la extrema delicadeza de su objeto, la decisión remite a grandes alternativas de principio sobre la interpretación de la cláusula de igualdad de la XIV Enmienda³⁷, en su relación con la historia y, más precisamente, con los procesos históricos de racialización de la población negra y la actitud históricamente diferenciada del ordenamiento estadounidense hacia los mismos³⁸.

Como se ha anticipado, la decisión revisa los contornos del escrutinio estricto (*Strict Scrutiny*) relacionado con la clasificación por raza (implicada por el control de la compatibilidad de una acción afirmativa con la *Equal Protection Clause*): en particular, la decisión niega la posibilidad de asumir el interés en promover la diversidad del entorno de estudio (*diversity*) como criterio de justificación del trato desigual implicado por la acción positiva. Destaca así, de inmediato, la relación entre la construcción de la igualdad y la gestión y promoción del pluralismo.

En este punto, al menos tres observaciones parecen útiles para contextualizar la relevancia del argumento.

cial a través de la acción predominantemente formalizada de otros individuos, grupos e instituciones, realizada mediata e inmediatamente a partir de determinados idearios o tradiciones de pensamiento» (Ib., p. 2172).

³⁷ Acerca de las cuales v. A. Schillaci, «Nel cono d'ombra di Dobbs. Libertà ed eguaglianza nelle interpretazioni del XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti», en *Diritto pubblico*, 2/2023, págs. 581 y ss.

³⁸ A nuestros fines, la raza —que, como es sabido, no es un concepto científicamente aceptado— se menciona exclusivamente en cuanto ocasión —y factor condicionante— de procesos históricos de subordinación: por lo tanto, el uso de la palabra raza que aquí se hace se justifica únicamente en esta perspectiva, es decir como termino que conlleva en sí la huella de procesos históricos, culturales y políticos de subordinación.

En primer lugar —si bien la decisión comentada parece menospreciar el interés en la diversidad interpretándolo, de manera polémica, como una herramienta de la política de identidad (*identity politics*)— se debe recordar que, desde la decisión *Bakke* de 1978, el canon de la diversidad no ha sido formulado por el Supremo en términos ideológicos, sino que ha sido vinculado funcionalmente a la libertad académica y a la calidad de la formación universitaria, ya que la diversidad refuerza una atmósfera de «speculation, experiment and creation»³⁹ en la cual la pertenencia racial es solo uno de los factores relevantes. En la decisión *Grutter v. Bollinger*, asimismo se destacó con fuerza su capacidad para generar beneficios «not theoretical, but real»⁴⁰.

Y efectivamente, como resalta de manera acertada Gregorio Cámara (aunque en un contexto diferente) la articulación equilibrada de la relación entre educación, igualdad y pluralismo puede favorecer el fortalecimiento de un espacio público caracterizado en términos comunicativos e inclusivos, y no ciertamente por la enfatización de perfiles identitarios en términos conflictivos⁴¹.

En segundo lugar, cabe destacar cierta fragilidad en el canon de la diversidad, relacionada con la cuestión crítica de la necesidad de medir la consecución del objetivo de la diversidad del entorno educativo, tal y como aparece a partir del voto particular de Alito en la sentencia *Fisher* de 2016.

Finalmente, otro aspecto de debilidad del canon de la diversidad surge de la comparación de este con la otra posible justificación de las acciones afirmativas destinadas a compensar discriminaciones por razón de raza. Me refiero, en particular, al interés en corregir la «societal discrimination» a través de acciones afirmativas, tal y como se ha ido configurando —si bien minoritariamente— en la jurisprudencia del Supremo desde la opinión separada de Brennan, White, Marshall y Blackmun (así como en la individual de Marshall) en la decisión *Bakke* y retomada, en la decisión de 2023, en el voto particular disidente de Sotomayor. Se trata, sin embargo, de un criterio nunca aceptado por el Supremo, que ha limitado el carácter reparador de las acciones afirmativas a episodios puntuales de discriminación racial, negando sus potencialidades de carácter estructural y sistemático.

Este último aspecto se relaciona con una auténtica alternativa de principio (y de sistema) en la interpretación de la *Equal Protection Clause*, que emerge con particular claridad en la decisión comentada, en particular si se comparan los votos particulares disidentes con el voto particular concurrente del juez Thomas. El Tribunal Supremo se centra exclusivamente en la dimensión formal de la igualdad, que conlleva la prohibición de cualquier trato diferenciado y, por consecuencia,

³⁹ *Bakke*, p. 312.

⁴⁰ *Grutter*, p. 330.

⁴¹ V. al respecto P. Ridola, «Cittadinanza, identità, diritti», en *Osservatorio costituzionale*, núm. 1/2022 (https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2022_1_05_Ridola.pdf).

niega —tanto a través de la mayoría como del juez Thomas— cualquier capacidad reparadora y transformadora de la *Equal Protection Clause*. A esto se contraponen, como bien destacan los votos particulares disidentes y en particular el de la jueza Jackson, la idea que la construcción de la igualdad (incluso a través de acciones afirmativas) responde a lógicas de tipo aspiracional y transformador.

La alternativa se remonta a las mismas interpretaciones del legado de la decisión *Brown* de 1954, otro precedente fundamental a la hora de analizar la relación entre educación e igualdad⁴². Según la jueza Sotomayor, *Brown* no quiso afirmar una regla formalista de indiferencia con respecto a la raza («*formalistic rule of colorblindness*»), sino transformar e integrar el sistema educativo y, con él, la sociedad estadounidense (p. 12). Thomas, por otro lado, niega rotundamente la posibilidad de interpretar las dinámicas de igualdad a la luz de las desigualdades estructurales o sistémicas (que resultan en cambio de manera muy sugerente por el voto particular disidente de Jackson, y especialmente por la abundancia de datos proporcionados). Según Thomas, la única lectura posible de la XIV Enmienda, desde una perspectiva originalista, es aquella que da lugar a una *colorblindness* de carácter formal.

Según la decisión, eliminar las discriminaciones raciales significa, entonces, eliminarlas completamente (*all of it*) y ningún tratamiento diferenciado es admisible, ya sea con la intención de ayudar o perjudicar («*whether intended to help or to hurt*»⁴³).

Esta reconstrucción es acusada por la minoría de superficialidad y *flatness*⁴⁴. Según la minoría, la *Equal Protection Clause* debe leerse de manera transformadora, es decir, atenta a la corrección de los procesos históricos de racialización —y, por lo tanto, de subordinación y humillación concretas— de la población negra. Construir la igualdad requiere el reconocimiento de las desigualdades y su superación, y ciertamente no su cancelación en términos formales.

La distancia, como se puede ver, no podría ser mayor y esconde, a una mirada más atenta, opciones radicalmente diferentes sobre la misma fórmula de convivencia. Por un lado, la afirmación de una igualdad solo formal, que confía en superar las desigualdades por méritos individuales: lo que importa, en otros términos, no son las barreras que las personas negras encuentran, sino la forma en que deciden enfrentarlas⁴⁵. Así se favorece —entre libertad e igualdad— la primera. Por otro lado, los jueces disidentes mueven de una articulación mucho más exigente de la relación entre igualdad y experiencia jurídica (y política), en la cual la cohesión y

⁴² Se trata de la muy conocida decisión *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954), que terminó con la segregación racial en los colegios.

⁴³ *Students for Fair Admissions*, voto particular concurrente del juez Thomas, p. 2.

⁴⁴ *Ib.*, voto particular disidente de la jueza Jackson, p. 25.

⁴⁵ *Ib.*, voto particular concurrente del juez Thomas, p. 51.

la justicia social son el resultado de una acción política positiva, traducida en instrumentos legales efectivos y adecuadamente sintonizados con la realidad⁴⁶.

Al mismo tiempo, hay que considerar que las acciones positivas sometidas a la evaluación del Tribunal Supremo parecen solo parcialmente adecuadas para corregir los desequilibrios y compensar las desigualdades, ya que acceden a un sistema —como el sistema universitario estadounidense— que se funda en bases estructuralmente desiguales⁴⁷. El discurso debería ampliarse, entonces, hasta incluir la conexión entre las desigualdades raciales en el acceso a la universidad y las características estructurales del sistema, algo vislumbrado solo de manera parcial en el voto particular de Jackson.

También este aspecto se tendrá que considerar adecuadamente a la hora de intentar mitigar los efectos de la «*tragedy for us all*» —evocada por la jueza Jackson⁴⁸— que esta decisión corre el riesgo concreto de determinar. En todo caso, haber declarado contrarias a la cláusula de igualdad de la XIV Enmienda las medidas de acción positiva dirigidas a corregir —en la materia del acceso a la universidad— los efectos de los procesos histórico-culturales y sociales de racialización de la población no blanca representa un punto de inflexión en la interpretación de la cláusula y consagra, como eficazmente sostienen los votos particulares disidentes, una idea de igualdad ciega ante los reales desequilibrios de poder y, por lo tanto, ante la experiencia concreta de la desigualdad.

IV. Conclusiones

En las cuestiones relacionadas con el derecho a la educación, la igualdad asume en suma un relieve al menos doble.

Por un lado, una dimensión estructural o prestacional, que se vincula con la determinación de las condiciones materiales que hacen efectivo el derecho a la educación: estructuras, recursos y también acciones positivas destinadas a hacer frente a situaciones específicas de vulnerabilidad o desventaja⁴⁹.

Por otro lado, una dimensión individual, igualmente concreta, que vincula entre sí la educación, la igual dignidad social y el libre desarrollo de la personalidad a través de la garantía de la libertad de enseñanza. A eso hay que añadir, con respecto a la Constitución española (artículo 27, párrafo 2), la fijación de un

⁴⁶ *Ib.*, voto particular disidente de la jueza Sotomayor, p. 48.

⁴⁷ V. por ejemplo E. Grande, «Affirmative action: game over per la SCOTUS», en *Questionegiustizia*, 4 de julio de 2023 (<https://www.questionegiustizia.it/articolo/affirmative-action-game-over-per-la-scotus>).

⁴⁸ En su voto particular disidente, p. 29.

⁴⁹ V. G. Cámara Villar, «Las necesidades del consenso», cit., p. 71.

marco mínimo de principios, valores e ideales que deben inspirar las actividades educativas: en este sentido, la educación como base y factor de una ciudadanía igualitaria incluye la efectividad del derecho (en el plano material) y su capacidad de formar conciencias abiertas y críticas dentro del horizonte trazado por la Constitución.

Por lo tanto, la plena efectividad de la igualdad debe medirse, en el ámbito educativo como en muchos otros ámbitos, con respecto a las situaciones concretas y no solo a la formulación del marco normativo de referencia: es en la realidad donde las desigualdades resisten y persisten al dictado normativo, también debido a la influencia de estereotipos⁵⁰, y es entonces la realidad la que debe ser transformada en profundidad mediante una intervención positiva del derecho, como factor de articulación de políticas inclusivas y capaces de compensar las desigualdades⁵¹. El acceso efectivo a la educación implica, por lo tanto, la implementación exigente de una dimensión reparadora, estructural y transformadora de la igualdad, que puede justificar acciones afirmativas. Como muestra la decisión de la Tribunal Supremo de los Estados Unidos, una interpretación solo formal de la igualdad corre el riesgo —en éste como en otros ámbitos— de confirmar y favorecer desigualdades estructurales. En cambio, solo una interpretación de la igualdad firmemente arraigada en los reales desequilibrios de poder (históricos, culturales, económicos, sociales, de género) puede favorecer políticas públicas destinadas a garantizar de manera efectiva el acceso igualitario a la educación.

Haber arrojado luz —con lucidez de Maestro— sobre la relación entre derecho a la educación y construcción de la ciudadanía a partir de la igualdad y de la compensación de desigualdades representa, por lo tanto, el legado quizás más valioso de la contribución de Gregorio Cámara al debate científico y cívico acerca de la educación.

⁵⁰ V. G. Cámara Villar, «Mujer y derecho a la educación», cit., p. 558.

⁵¹ V. G. Cámara Villar, «El derecho a la educación», p. 994.

III

EL JURISTA. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

1

La libertad y la igualdad

SOBRE LA LEY TRANS: NO SE PRIVA DE DERECHOS A UNOS POR RECONOCÉRSELOS A OTROS

AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO
Universidad de Granada

I. Introducción

Con estas reflexiones quisiera rendir un humilde homenaje al maestro Gregorio Cámara Villar. Con motivo de su jubilación laboral (nunca intelectual ni universitaria) quisiera obsequiarle con lo más valioso que un académico puede ofrecer: un ensayo científico.

En este escrito se mezcla lo emocional con lo jurídico, pues no puede tratarse de un mero análisis positivo del Derecho. No puede serlo por dos motivos.

En primer lugar, porque son muchos los vínculos que me unen con el Profesor Cámara, desde que me descubriese, mientras cursaba el Máster en Derecho Constitucional Europeo de la Universidad de Granada, el sistema multinivel de garantía de derechos en la Unión Europea. Fue la primera persona que me mostró la formulación de este entramado jurídico al que dedicaría muchos años de vida científica. Fue el codirector de mi tesis doctoral, con todo lo que eso significa para alguien que da sus primeros pasos académicos, y es compañero de rutinas departamentales y múltiples proyectos de investigación.

En segundo lugar, porque Gregorio no ha abordado exclusivamente desde una perspectiva jurídica los múltiples ámbitos de la ciencia constitucional y política. Su argumentación y fundamentación es impecablemente científica, por supuesto, pero siempre subyace un compromiso político inescindible.

Se trata del compromiso político común a los académicos de esta generación del Profesor Cámara, criados en pequeños municipios de provincias, en familias humildes, que milagrosamente lograron abrirse paso entre el gris nepotismo de los estrictos aparatos de control de la Dictadura Franquista, mediante el esfuerzo intelectual y el estudio. Se trata de la generación de los cincuenta, la que demostró

la incapacidad de los sistemas de educación nacionalcatólicos (que Gregorio terminará desentrañando) para inmovilizar la potencialidad crítica de las mentes brillantes. La generación que posibilitó el cambio y el desarrollo. La generación que, tras haber vivido en primera persona la imposición de la uniformidad social, aprendió a valorar con respeto los múltiples matices en cualquier controversia científica y política, pero no acepta medias tintas en la defensa de la democracia, las libertades, los derechos y el pluralismo.

Son estas vivencias, en mi opinión, las que han conducido al profesor Cámara a estudiar especialmente el reconocimiento de aquellos derechos y libertades subjetivas con una particular incidencia en el ámbito social y político. Aquellos derechos que por fuerza deben articularse colectivamente sin perder su marco de autonomía (la objeción de conciencia, el derecho a la educación, eutanasia, género o los derechos sociales estatutarios...). Se trata de la cuadratura del círculo: la articulación del libre desarrollo de la personalidad, de las convicciones más profundas del ser humano, y la igual dignidad de todos los miembros de la comunidad política. El deber de los poderes públicos de conformar un sistema social sin atropellar aquello que hace a cada persona única y permite el pluralismo en nuestra sociedad.

Las convicciones socialdemócratas de Gregorio se hacen patentes y tangibles siempre desde el cuidadoso análisis positivo del Derecho. En cada escrito, los valores y deberes constitucionales permean el análisis riguroso de la ley, y eso nos permite homenajearle con debates políticos de absoluta contemporaneidad.

En este marco de análisis, quisiera abordar ahora un tema complejo en el que se plantean a la par necesidades prestacionales por parte de los poderes públicos con la autodeterminación y la esfera de libertad de la ciudadanía. Nos gustaría esbozar algunas implicaciones político-constitucionales de la *Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*, conocida como Ley Trans. Se trata de un tema que, salvo probable error por mi parte, no ha sido abordado directamente, hasta la fecha, por el Profesor Cámara Villar, pero que sin duda ha debido ocupar sus reflexiones durante las legislaturas en las que desarrolló su labor como Diputado de las Cortes Generales y los debates en los que participa de manera continuada. Un tema complejo, al que me enfrentaré sin tener seguridad de sus opiniones científicas y personales, pero que considero afín a su bagaje científico por dos razones.

En primer lugar, porque sitúa en la picota las convicciones de la social democracia española. Una parte del feminismo ha criticado ferozmente la norma al considerar que tira por la borda décadas de lucha por la igualdad de género, pues entienden que la ley desmaterializa el sexo y «si el sexo no es una realidad material,

se invisibiliza la opresión por razón del mismo»¹. Una ley que el feminismo, particularmente desde el ala socialista, considera contraria a los derechos conseguidos tras siglos de luchas por la igualdad, al desestructurar el concepto de género y convertirlo en un elemento subjetivo, dinámico y posmoderno².

En segundo lugar, porque, hasta la fecha, se trata del máximo exponente normativo de reconocimiento identitario en nuestro país, por lo que se ha convertido en blanco fácil para las críticas a la socialdemocracia y, peor aún, de chivo expiatorio dentro de la propia izquierda frente a la crisis mundial del socialismo. No son pocos los que consideran que la crisis de la socialdemocracia radica en que ha olvidado su objetivo primigenio, la lucha de clases y la mediación entre el capital y el trabajo, enzarzándose en una deriva identitaria y subjetivista que le ha hecho perder de vista su utilidad política y socioeconómica. Para algunos, el capital ha triunfado sobre los principios socialdemócratas por su «logro para difuminar la relación de clase vertical Capital/Trabajo, visibilizando y multiplicando en cambio, las diferencias horizontales Trabajo/Trabajo (de estatus, género, identitarias, etc.)»³. O, como señala Lucio Magri, porque se ha perdido de vista que «la democracia no subsiste sin un soberano colectivo y no puede existir bajo la forma de una multitud atomizada, de una suma confusa de impulsos y de culturas heterogéneas: la fragmentación no es pluralismo, es uniformidad disfrazada»⁴.

¹ FeMeS – Feministas Socialistas, *Consideraciones y Enmiendas de la Asociación Española de Feministas Socialistas*, 2022. Disponible en: <https://feministasocialistas.com/ley-trans-consideraciones-y-enmiendas-de-femes-al-articulado-del-proyecto-de-ley-para-la-igualdad-real-y-efectiva-de-las-personas-trans-y-para-la-garantia-de-los-derechos-de-las-personas-lgtbi/> MAÑÉS BARBÉ, A. «Objeciones Feministas a la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI», *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, n. 18, 2023, pp. 53-77. GONZALO VALGAÑÓN, A. «Algunas consecuencias jurídicas que se pueden derivar de la entrada en vigor de la Ley Trans», *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, n. 18, 2023, pp. 38-52: «¿Necesitamos más luces para ver con claridad que esta Ley beneficia a varones y que su fin es consolidar el patriarcado? Las mujeres, que somos discriminadas, violentadas de todas las formas posibles, maltratadas económica, física, psicológicamente, apartadas del poder político, económico, cultural, social, nos hemos convertido en el objetivo a batir. Cree el patriarcado que hemos llegado demasiado lejos en nuestras reivindicaciones y son las mujeres trans, físicamente varones, quienes están pasando a ocupar nuestros pequeños espacios de privacidad: los baños, vestuarios, probadores, aseos; en los módulos de mujeres dentro de las cárceles; en los deportes, para desactivar las conquistas logradas con mucho esfuerzo en todas las especialidades deportivas de mujeres; en los puestos en las listas electorales».

² EKMAN, K., *Sobre la existencia del sexo. Reflexiones sobre la nueva perspectiva de género*, Cátedra, 2021. BUTLER, J. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Paidós, 2007.

³ PIQUERAS INFANTE, A. *Capitalismo mutante: crisis y lucha social en un sistema en degeneración*. Barcelona: Icaria Editorial, 2015. https://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/191062/Piqueras_Andres_Capitalismo%20mutante.pdf?sequence=1

⁴ MAGRI, L. «El sastre de Ulm. El comunismo del siglo xx. Hechos y reflexiones», *El Viejo Topo*, Barcelona, 2010, p. 397. Un argumento que, por otro lado, es esgrimido por la derecha política. Valga como uno solo de lo múltiples ejemplos, el discurso de la presidenta de la Comunidad de Madrid

Creo interesante poner esta ley en el foco de atención de la doctrina del profesor Cámara pues, no en vano, como jurista militante jugó un papel relevante en la defensa de los derechos del colectivo LGTBIQ+ con motivo de su defensa en el espacio público de una Ley que sentó las bases de la que ahora nos ocupa, la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio* que añadió el segundo párrafo del artículo 44 con la siguiente redacción: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». En aquella ocasión, Gregorio, analizó el libre desarrollo de la personalidad, el pluralismo y, sobre todo, hizo gala de una abierta mentalidad sobre la evolución de las sociedades, para argumentar con contundencia la separación de la institución del matrimonio del concepto tradicional de familia y el encaje de nuevas formas matrimoniales en nuestra Constitución.

A lo largo de 2005 el profesor Cámara defendió el avance sin precedentes en nuestra sociedad con su rigor científico. En el apartado de Sociedad del diario EL PAÍS, el 1 de octubre de 2005, se opuso al argumento de aquellos que consideraban que la equiparación en el matrimonio suponía minusvalorar la garantía institucional reconocida en la Constitución a los cónyuges heterosexuales con un argumento inapelable: «No se priva de derechos a unos por reconocérselos a otros⁵». Argumento que bien podría frenar las críticas basadas en que la concesión de derechos a las personas trans sustrae derechos a las mujeres. Un mes antes, en septiembre de 2005, en la «Tribuna» del mismo diario, publicó *¿Cuestionar u objetar la ley?*, en el que desvelaba la estrategia política de los jueces encargados del Registro Civil que, suscitando múltiples cuestiones de inconstitucionalidad, suspendían el cumplimiento de la ley en detrimento del ejercicio del derecho a la inscripción del matrimonio de las parejas del mismo sexo. Gregorio se adelantaba así a los argumentos del Tribunal constitucional que, inadmitiendo las cuestiones, argumentaba que estos jueces no cumplían una función jurisdiccional que pudiese legitimarlos a plantear tales cuestiones de inconstitucionalidad, sino que actuaban en el marco de su función de «gobierno del registro» donde no cabía desaplicación de la ley.

Pero será en el artículo científico *Derecho al matrimonio y matrimonio entre personas del mismo sexo*, publicado en 2011 en la Revista Brasileira de Direitos

contra las leyes de reconocimiento de la diversidad sexual: «Ayuso reconoce de nuevo que hay artículos de la Ley LGTBI que no le gustan, aunque garantizará su cumplimiento. Ha criticado que la izquierda se arrogue unas «banderas y mantras» con los que intenten «colectivizar y dividir y empobrecer»; mientras la capital es «la más abierta, plural y tolerante de todo el país»». Europapress, 20 de febrero de 2020: <https://www.europapress.es/madrid/noticia-ayuso-reconoce-nuevo-hay-articulos-ley-lgtbi-no-le-gustan-garantizara-cumplimiento-20200220105853.html>

⁵ https://elpais.com/diario/2005/10/01/sociedad/1128117604_850215.html

Fundamentais & Justiça, en el que desarrolle sus argumentos esenciales en materia de libre desarrollo de la personalidad.

Lo más valioso, y es lo que quisiera destacar, es que Gregorio Cámara ha sido capaz de reconocer un cambio de perspectiva personal, fruto del estudio, la reflexión, el análisis de la realidad. Esto es lo que me parece verdaderamente valioso de un investigador de su talla y lo que caracteriza, en gran medida, a los científicos de su generación, su convicción democrática y pluralista, su honestidad y humildad científica. Como él mismo indica en el artículo que acabamos de citar, en su día, se mostró partidario de no forzar la garantía institucional del derecho al matrimonio y alcanzar la igualdad y no discriminación de las parejas del mismo sexo con respuestas jurídicas alternativas a su equiparación con el matrimonio⁶:

«Pero hoy no mantengo la misma perspectiva. En realidad, la cambié en 2005, justo cuando se discutía socialmente el proyecto de la mencionada Ley de reforma del Código Civil, cuyo proceso de elaboración me llevó a una reflexión más profunda que tuve ocasión de exponer en una conferencia en esa fecha en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, cuyo texto ha constituido en buena parte la base de este artículo, y cuyo reflejo ha quedado después en el tratamiento que doy al tema en las sucesivas ediciones del Manual de Derecho Constitucional, coordinado por F. Balaguer, publicado por la Editorial Tecnos⁷».

Quizás, aquellos argumentos, puedan servir para el tema que nos ocupa. Trataremos de observar si su fundamentación continúa siendo válida frente al nuevo reto de ampliar la esfera de dignidad de un colectivo de ciudadanos maltratado históricamente y, lo que es peor, patologizados por la sociedad: las personas trans.

II. La Ley Trans. Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI

1. EL NÚCLEO DE LA LEY Y EL DEBATE

Como indica su exposición de motivos, el objetivo de la ley es «desarrollar y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e inter-

⁶ CÁMARA VILLAR, G., «Familia y Constitución», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, N.14, 2002.

⁷ CÁMARA VILLAR, G., «Derecho al matrimonio y matrimonio entre personas del mismo sexo», *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 17, 2011, nota 29.

sexuales (en adelante, LGTBI) erradicando las situaciones de discriminación, para asegurar que en España se pueda vivir la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, las características sexuales y la diversidad familiar con plena libertad».

Aunque la ley trata de ser integral y transversal (reconociendo derechos en el ámbito sanitario, educativo, laboral... y obligaciones a los poderes públicos), el núcleo principal se encuentra en el Título II, Capítulo I, sobre la «Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas y adecuación documental». Conforme a sus disposiciones, estarán legitimadas por sí mismas «toda persona de nacionalidad española mayor de dieciséis años» para la rectificación de la mención registral relativa al sexo (art. 43), por mera solicitud ante la persona encargada de cualquier Oficina del Registro Civil. Las mayores de 14 años asistidas en el procedimiento por sus representantes legales, y los mayores de 12 mediante autorización judicial. La mera voluntad permite el cambio de sexo registral.

Siguiendo el procedimiento del artículo 44, apartado 3, se prohíbe que la rectificación esté condicionada «a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole». El cambio no requiere de informe ni tratamiento médico previo.

De esta forma se resuelven los problemas planteados por la *Ley 3/2007 de 15 de marzo, de cambio registral del nombre y reconocimiento de la doble maternidad*, en la que se concedió por primera vez el derecho a la modificación del sexo en el Registro civil a las personas «mayores de edad y con capacidad suficiente» (art. 1.1) siempre que acreditasen: a) diagnóstico de disforia de género (mediante informe de médico o psicólogo clínico) y ausencia de trastornos de personalidad; b) que habían sido tratadas médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado (mediante informe médico), salvo razones de salud por edad, exceptuando cirugía de reasignación sexual.

La ley 2007 había conducido al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por establecer la posibilidad de cambio registral sólo a los mayores de edad, considerándose en el caso concreto una posible vulneración del libre desarrollo de la personalidad de los menores con capacidad suficiente y, de manera sólo tangencial, por suponer una patologización psiquiátrica de la persona transexual que ponía en riesgo el derecho a la integridad física y moral de los menores de edad⁸. La cuestión se resolvió con la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1.1 de la ley 2007 en todo lo que no concediese la titularidad del «derecho» a los menores con capacidad suficiente.

⁸ Será comentada más adelante. STC 99/2019, de 18 de julio de 2019.

Ahora, con la ley de 2023, abriendo la posibilidad a los menores de 12 años y eliminando la necesidad de informes médicos o psiquiátricos previos se atiende, además, a las resoluciones, recomendaciones y principios internacionales en la materia que exigían la despatologización de las personas trans y su tratamiento no discriminatorio por los estados⁹.

Pese a suponer un avance y ampliar derechos, la Ley 4/2023 ha suscitado algunas dudas, mayoritariamente en dos sentidos.

Por un lado, sobre hasta qué punto puede o no constatarse como un hecho cierto el cambio ya producido en la identidad de género más allá de la mera recepción de la manifestación de la voluntad de la persona interesada¹⁰.

En efecto, el procedimiento consiste en la mera declaración de la voluntad. Conforme al procedimiento del artículo 44.4, la persona interesada deberá comparecer ante la persona encargada del Registro Civil que recogerá su manifestación de disconformidad con el sexo mencionado en su inscripción de nacimiento y su solicitud de que, en consecuencia, se proceda a la correspondiente rectificación. El encargado sólo informará a la persona solicitante de las consecuencias jurídicas de la rectificación pretendida. Tras la información facilitada, en esa comparecencia inicial la persona interesada suscribirá, de estar conforme, su petición de rectificación registral del sexo mencionado en su inscripción de nacimiento, y una vez más deberá ratificar su solicitud en una nueva citación en el plazo máximo de tres meses desde la comparecencia inicial «aseverando la persistencia de su decisión». Tras la solicitud y las dos confirmaciones posteriores, la persona encargada del Registro Civil dictará resolución sobre la rectificación registral solicitada dentro del plazo máximo de un mes a contar desde la fecha de la segunda comparecencia.

Las comparecencias, conforme a la Instrucción de 26 de mayo de 2023 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, deben efectuarse en un espacio reservado que proporcione un entorno de intimidad para la persona solici-

⁹ Además de los Principios de Yogyakarta, de 2007, véase también la Resolución de 17 de junio de 2011 (A/HRC/RES/17/19) «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género»; la Resolución adoptada el 26 de septiembre de 2014 (A/HRC/RES/27/32) «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género»; o la Resolución adoptada el 30 de junio de 2016 (A/HRC/RES/32/2) «Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género». El informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: informe A/HRC/29/23, de 4 de mayo de 2015; la modificación de la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, en su undécima revisión (CIE-11), de 2018, que eliminó la transexualidad del capítulo sobre trastornos mentales y del comportamiento, trasladándola al de «condiciones relativas a la salud sexual», lo que supuso el aval a la despatologización de las personas trans.

¹⁰ Véase el voto particular del Auto de planteamiento de la Cuestión de inconstitucionalidad 1595-2016 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

tante, especialmente cuando se trate de menores de edad. Las preguntas se plantearán dirigiéndose a la persona declarante con el nombre que esta haya solicitado y se limitarán a las cuestiones necesarias para verificar su voluntad de modificar la mención registral relativa al sexo. El encargado velará porque no se produzca fraude de ley o abuso de derecho.

Si la resolución es positiva (art.46) tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil y permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición. Y aquí vienen las principales críticas a la ley y el segundo bloque de dudas.

En el otro extremo, el debate se cierne sobre hasta qué punto pueden evitarse posibles fraudes de ley, pues la rectificación de la mención registral relativa al sexo y, en su caso, el cambio de nombre, dará derecho al disfrute de todas las facultades propias de la nueva condición, explicitándose que podrá ser beneficiaria, en adelante, de medidas de acción positiva adoptadas específicamente en favor de las mujeres en virtud del artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, para aquellas situaciones generadas a partir de que se haga efectivo el cambio registral.

En mi opinión, muchas de las críticas se basan en la propagación de noticias falsas, sobre hipotéticos fraudes masivos para acceder a las medidas de acción positiva que tratan de equiparar a ambos sexos o proteger a las mujeres de la indiscutible discriminación. En realidad, la norma específica con claridad que la nueva condición no alterará el régimen jurídico que, con anterioridad a la inscripción del cambio registral, fuera aplicable a la persona a los efectos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. También es clara la norma en lo que respecta al abuso de derecho. La práctica nos indica que los casos de fraude en el cambio registral para beneficiarse de medidas de acción positiva son excepcionadísimas como se está viendo en la práctica¹¹, siguiendo el artículo 11.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial que

¹¹ Ver *El Diario*, 28/09/2023: «Dos autos pioneros en Canarias deniegan el cambio de sexo en el registro a dos hombres por cometer fraude de ley». El juez del juzgado de instrucción número 5 de San Bartolomé de Tirajana, Matías Martínez Gómez, se ha convertido en el primer magistrado en España que rechaza seis solicitudes registrales de cambio de sexo al entender que buscaban un objetivo diferente al espíritu con el que nació la ley trans. Entendió en las solicitudes rechazadas que en ambos casos pretendían beneficiarse de medidas de «discriminación positiva». Uno de los solicitantes llegó a afirmar que quería que el cambio le sirviera en unas oposiciones y en el acceso al empleo». En la reciente entrevista realizada por *El Diario* afirmó: «Si le soy sincero, según entran por la puerta, uno ya se da cuenta de cuándo se trata de un fraude. Esto no lo puedo poner así en los autos, obviamente, pero uno ya ve a esas personas y se da cuenta de que sus motivos son diferentes al sentimiento que tienen». De momento, ha aprobado diez y ha rechazado seis. Entre las negativas se encuentran un médico que decía que «un juez le fastidió la vida porque le divorció de su mujer que no quería lavarle los calzoncillos» y otro que quería cambiarse de sexo «porque una vez le detuvieron por pegar a su mujer y no quería que le volviera a pasar».» <https://www.eldiario.es/canariasahora/>

establece que los juzgados y tribunales «rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal»¹².

De manera transversal a ambos bloques de dudas, se añade el hecho de que la modificación del sexo registral es reversible tantas veces se quiera (art.47) pues, transcurridos seis meses desde la inscripción en el Registro Civil de la rectificación relativa al sexo, las personas que hubieran promovido dicha rectificación podrán recuperar la mención registral del sexo que figuraba previamente siguiendo el mismo procedimiento, es decir, dos nuevas comparecencias ante el encargado del registro. Revertido el cambio de inscripción, si se quisiese proceder a una nueva rectificación, habrá de iniciarse expediente ante los juzgados de primera instancia, que serán los competentes para resolver utilizando todos los medios de prueba que estimen convenientes¹³.

Las dudas y críticas, en resumen, se han basado en el posible fraude de ley de aquellos y aquellas que quieren cambiar de sexo para beneficiarse de medidas de discriminación positiva. Por tanto, el centro de las críticas es que la simple voluntad — léase la autodeterminación, despatologización, no obligación de pasar por un examen médico o psicológico — sean suficientes (olvidando las 2 o incluso cuatro comparecencias) para cambiar de sexo registral. Estas dudas condesan los tres enfoques críticos esgrimidos habitualmente contra la ley trans: el materialismo filosófico que lo considera una mera ideología posmoderna, la teoría feminista que lo considera un desprecio a la lucha contra la desigualdad de género, y el positivismo radical que enarbola la inseguridad jurídica.

tribunales/autos-pioneros-canarias-deniegan-cambio-sexo-registro-hombres-cometer-fraude-de-ley_1_10552627.html.

¹² En los autos del juez mencionado más arriba se deja claro que en las diligencias llevadas a cabo se pudo constatar el fraude de ley, cuando además de no existir cambio físico en el solicitante, tampoco se solicita cambio de nombre, y se «auto-refieren en masculino» cuando solicitan modificar el registro al género femenino, además de no evidenciarse ninguna expresión de género en el contexto de las expectativas sociales ni en la relación con el modo de vestir ni en el uso de un u otro nombre o pronombre, ni en el comportamiento, ni en la voz ni en la estética, desconociendo la diferencia entre expresión de género y la identidad de género, exponiendo que se sienten mujeres, pero no quieren que les traten como tal, si indican no conocer ningún colectivo de apoyo a personas trans, así como no necesitar apoyo psicológico de nadie. Bien es cierto que la principal reforma del ordenamiento jurídico que incorpora la llamada Ley Trans es que no se exige una alteración de carácter físico, ni quirúrgica, ni el sometimiento a un tratamiento, ni ningún tipo de diagnóstico de disforia de género, pero, como aduce el magistrado, son notables los casos de fraude y, en cualquier caso, pueden ser recurridas las resoluciones.

¹³ Capítulo I ter del título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

2. DERECHOS Y PRINCIPIOS BASE: DIVERSIDAD COMO UN VALOR Vs. MATERIALISMO FILOSÓFICO

Las críticas se ciernen sobre la ley con todo tipo de descalificaciones a la teoría *queer* que, consideran, subyace a la norma: neoliberalismo, generismo, espiritualismo, subjetivismo, posmodernismo... todos estos «ismos», son utilizados en ocasiones simple y llanamente para justificar la más intestinal xenofobia y no merece la pena detenerse en rebatirlas. Basta con reenviar a las más elementales cartas de derechos. Sí preocupan los «ismos» que conjugan la idea de que, el reconocimiento de autodeterminación a las personas trans, exterminan los derechos de las mujeres en su lucha por la igualdad contra las estructuras de género. Este segundo orden de críticas parte del género como un conjunto de normas, prescripciones, sanciones y estereotipos que el patriarcado dicta para cada sexo con el fin de privilegiar a los hombres y someter a las mujeres. El feminismo asume la idea de género como una estructura impuesta históricamente, de manera que si se acepta la masculinidad o feminidad como fundamento de la identidad y la autoidentificación, desaparece la idea de sistema de dominación masculina. Para el feminismo, la discriminación que sufren las personas trans no es comparable a la opresión que sufren las mujeres, pues aquella podría desaparecer sin que el sistema se viera alterado¹⁴. Se trata, por tanto, para el feminismo, de la lucha contra una estructura patriarcal objetiva y opresora de las mujeres que, de entender el género como libre opción subjetiva, como conciencia innata, como identidad nuclear que precede a la diferencia de sexos, haría invisible el problema.

La perplejidad ante el subjetivismo identitario y la necesidad de recalcar la opresión estructural objetiva de las mujeres (existente e histórica, sin duda, pero no excluyente de la autodeterminación de género, en mi opinión), hace un flaco favor al feminismo si utiliza las mismas críticas basadas en argumentos materialistas. En un sentido filosófico —ideológico— desde el materialismo se ha negado la total existencia de la identidad de género como hecho subjetivo, tildándolo de mera ideología *woke*. Directamente niegan la existencia de las personas trans y las definen por patologías (como por otro lado ha hecho la ciencia durante décadas). Este tipo de materialismo considera a la persona trans, a aquel/aquella cuya identidad no se corresponde con su sexo, «no tanto un hecho, sino una teoría, un discurso, además muy reciente [...] Y, si atendemos a qué tipo de personas se dice que son «trans», en su sentido más estricto, vemos que, en realidad, se trata de una realidad práctica mucho más sencilla, que no requiere siquiera como pertinente de la idea de identidad, y es la realidad de aquellas personas que, como tratamiento

¹⁴ CUERVO POLLÁN, A., «Generismo queer: un elemento estabilizador del patriarcado y del sistema neoliberal», *Con-Ciencia Social*, n.6, 2023, pp.125-134.

para resolver la disforia de género a la que se enfrentaban, se han sometido a tecnologías como la hormonación o la cirugía genital, con el fin de parecer del sexo opuesto a su sexo real. Este matiz es fundamental: el transexual no cambia de sexo, porque el sexo no se puede cambiar. Para que lo hiciera, sería necesario ser capaces de cambiar todo el código genético del individuo; lo que cambia es su apariencia sexual, es decir, el sexo que, a simple vista, parece que tiene. Una mujer trans, realizadas todas las cirugías, puede llegar a ser casi indistinguible a la percepción de una mujer, pero por su sexo sigue siendo y seguirá siendo siempre un varón¹⁵.

¹⁵ Deudor de las tesis de materialismo filosófico de Gustavo Bueno, ver ALARCÓN DIAZ, D., «Crítica filosófica de la Ley trans», *El Catoblepas*, n. 201, 2022 <https://nodulo.org/ec/index.htm> : Sobre la identidad sexual señalará «Comenzando por la primera definición, el aspecto más destacable de ella es su carácter «interno», es decir, se trataría de una vivencia puramente subjetiva y privada, a la cual accede sólo cada individuo respecto de sí mismo, sin que otro pueda decir cuál es su identidad, puesto que ningún otro puede conocer mejor que él mismo lo que siente. Pues bien, si analizamos sus componentes, «identidad» y «sexual», podemos fácilmente observar que no hay ninguna razón de principio para suponer, partiendo de ellos, que se trata de algo puramente subjetivo, y, sin embargo, tiene que haber algún medio por el cual, partiendo de la Idea genérica de «identidad», término netamente filosófico y lógico, se haya llegado a esa acepción. En cuanto a su composición con el sexo, puesto que el sexo se refiere, en un contexto antropológico, a la persona, puede concebirse la identidad sexual a su vez como una especificación de la Idea más general de identidad personal. Pues bien, si hacemos uso de la doctrina de la identidad del materialismo filosófico, de acuerdo con la cual la identidad, en su sentido originario, es una *identidad sintética*, o relativa, entre dos o más términos, y no una *identidad analítica*, o absoluta, de algo consigo mismo, como en la fórmula $X = X$, algo como idéntico a sí mismo, y que no sería más que un sentido límite por reflexivización de la identidad sintética; y si nos atenemos en especial a su acepción como *identidad esencial*, dejando a un lado su acepción como *identidad sustancial*, lo primero que debemos determinar es cuáles son los términos que son «idénticos» entre sí, en el momento de hablar de una «identidad sexual», y esos términos identificados, por lo dicho, no pueden más que ser *personas*. Pero esto es tanto como decir que la «identidad» no la tiene alguien «consigo mismo», es decir, que la identidad no es puramente subjetiva y privada, sino que la tiene con un otro, con el cual se compara, es decir, es una *identidad social*. Por ejemplo, dos personas cuya profesión es la de policía, son *idénticos en cuanto a su profesión*, y lo mismo dos personas cuya profesión es la de maestro de escuela; tienen, en suma, una «identidad profesional». Con otro ejemplo: dos personas españolas son *idénticas en cuanto a su nacionalidad*; tienen una «identidad nacional». Y dos personas que son hombres son *idénticas en cuanto a su sexo*, y lo mismo si son mujeres; tienen, por tanto, una «identidad sexual». La identidad sexual no es algo que esté «adentro», en el «interior» de la subjetividad, en la forma de un «sentimiento profundo», sino totalmente objetivo, que se determina «desde el exterior» de ese mismo individuo. [...] Lo que sucede, más bien, es que, en el ámbito de la psicología, ha llegado a confundirse la *identidad real* con una «autopercepción» que alguien tiene de cuál es esa identidad, es decir, qué percibe cada persona que es, si es español o no, si es varón o mujer, o si es policía o maestro. De esta manera, no habría otro modo, para determinar la identidad de alguien, que preguntarle qué siente; y lo cierto es que saber cómo alguien se autopercibe es muy importante en ciencias sociales, pero el error está en concebir que esa autopercepción tiene por sí misma valor de verdad, que si alguien percibe que es varón, entonces es varón, aunque objetivamente esté viendo que es una mujer, y no más bien que la autopercepción es una mera apariencia, irreductible a la *identidad real* de esa misma persona, que es ser una mujer, se «autperciba» como se «autperciba» [...] Esta redefinición de la «persona trans» cambia ya toda la problemática relacionada con el cambio registral, porque, incluso cuando éste se realice, no puede decirse que aquel que, conforme a la ley, se

Como se observa, se niega la misma existencia de las personas trans y se las identifica con el transformismo.

Ambas corrientes críticas, materialismo negacionista y feminismo, confluyen en una perspectiva positivista. Un positivismo propio del liberalismo decimonónico auspiciado por los problemas que la ley trans puede conllevar para la seguridad jurídica.

Para los críticos, la mera voluntad de una persona sobre su orientación, identidad o expresión de género no basta como elemento constitutivo de derechos (tal y como la inscripción en el registro produce según la ley), por eso la posibilidad de cambio registral y su reversión indefinida provocan un grave problema a la seguridad jurídica. Para estos dogmáticos, el registro «constata y publica los «hechos y actos» que se refieren al estado civil de las personas», y consideran que en un mero sentimiento o declaración de voluntad no hay seguridad ni certidumbre de un hecho ni un acto¹⁶. Por tanto, sólo un informe médico o científico y, particularmente, sólo el sometimiento a terapias o cirugías puede probar un acto o un hecho cierto, que es lo que debe quedar registrado. La crítica de la seguridad jurídica, desde este positivismo radical, no tiene en cuenta (nunca lo ha tenido) que el Derecho tiene sentido como mecanismos de resolución de conflictos sociales. Que la ley y la sociedad comparten un vínculo inescindible. Si para ganar en seguridad jurídica, al reconocerse en el registro la falta de identificación de una persona con su sexo biológico, se exige un previo tratamiento o examen médico o psicológico se está equiparando a esta persona con una enferma o una demente. Lo que se gana en seguridad jurídica se pierde en resolución y canalización del conflicto social, se pierde en dignidad y no discriminación. Si la seguridad jurídica en la aplicación de la ley debe exigir tratar a una persona trans como un enfermo, en el marco de un estado constitucional basado en la dignidad humana no habrá nada nada más indigno.

En mi opinión, todas estas críticas tienen en común esta última idea. Por unos motivos o por otros no quieren reconocer la existencia de las personas trans como iguales en dignidad y derechos. Y son precisamente estas críticas las que hacen la ley trans absolutamente necesaria para su reconocimiento social, económico, político y cultural.

«autodetermine» como varón, sea realmente un varón, y aquellos casos en los que esto suceda, el sexo registrado no puede más que ser una ficción jurídica».

¹⁶ Son los fundamentos del Voto particular de Encarnación Roca Trías a la Sentencia 99/2019. Unos argumentos esgrimidos como crítica recurrente por la derecha mediática. También del Voto particular discrepante del auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad 1595-2016 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto del artículo 1 de la ley 3/2007 de 15 de marzo, considera el cambio registral como la «constatación como un hecho cierto del cambio ya producido en la identidad de género de una persona y no por tanto en la mera recepción de la voluntad de la misma».

Contrariamente a lo que se piensa de forma generalizada o a lo que se difumina malintencionadamente, una lectura a la ley nos muestra que, más allá de una aproximación subjetivista e individualista a la cuestión del género, la ley trans desarrolla realmente la cláusula del Estado social ampliándola a una minoría históricamente discriminada. En definitiva, supone el reconocimiento de las personas trans como ciudadanos y establece su participación en la comunidad política como iguales: nada más lejos del individualismo¹⁷.

La ley se fundamenta sobre un valor constitucional: el pluralismo. El pluralismo de nuestro artículo 1 CE que, desarrollado y concretado a través de los principios generales de igualdad de trato y no discriminación (artículo 14 CE), así como el libre desarrollo de la personalidad (10.1), conjugan el valor constitucional en el de la diversidad: la diversidad como un valor constitucional y el reconocimiento de lo diverso como obligación constitucional. Los valores pluralismo e igualdad concretan el principio en la diversidad.

La consecución del pluralismo social, de la igualdad como diversidad, conjuga la cláusula del Estado social. Es necesario señalarlo, pues el espíritu de la ley y la Constitución no decantan la igualdad de las personas trans como un mero *laissez faire*, sino (como declara la exposición de motivos) en la garantía de que puedan ejercer plenamente su ciudadanía.

Bien es cierto que el TEDH ha hecho derivar el reconocimiento de las personas trans y sus derechos del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 11 de septiembre de 2007, asunto *L contra Lituania*)¹⁸ pero también que del mismo han derivado tantos otros por la carencia expresa de referencias normativas e, igualmente, que con posterioridad ha señalado que la situación de transexualidad alude expresamente a la protección del desarrollo personal y la pone en relación con «el derecho a establecer y consolidar relaciones con otros seres humanos y con el entorno que le rodea» (STEDH de 10 de marzo de 2015, asunto Y.Y. c. Turquía, § 57). En definitiva, la ley no reconoce un derecho personalísimo, individual, una esfera de libertad imprescriptible, sino el reconocimiento de un colectivo históricamente inexistente y su articulación en la sociedad con todos los efectos que esto tiene a nivel político, económico, laboral, sanitario, educativo...

¹⁷ Aunque el TC, parezca decir lo contrario, centrándose en el libre desarrollo de la personalidad como elemento clave de la ley de 2007, en su STC 99/2019, FJ 5: «Más ajustada a las cuestiones que se suscitan en este proceso —por tratarse de derechos de libertad y no de prestación...». Si bien en el Voto Particular de la Magistrada Roca Trías se evidencian las dudas sobre la naturaleza del derecho legal al cambio registral como derecho de libertad o prestacional. En nuestra opinión con el cambio palpable de la ley de 2007 a la de 2023 la cuestión ha quedado cerrada en un sentido esencialmente prestacional.

¹⁸ Aunque también del artículo 14. Ver por todos J. M. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, «La identidad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 38, 2022. |

En nuestra opinión, no debe interpretarse la ley (ni pueden entenderse como fundados los argumentos en este sentido) desde la mera perspectiva del derecho a la intimidad, de no ser molestado en el ámbito de lo privado por la identidad propia o de no desvelar la condición transexual del sujeto. No, la Ley trans no desarrolla un mero derecho fundamental a la intimidad de nuestro artículo 18 CE (que suele ser esgrimido en los conflictos en torno a la autodeterminación de género y también por los críticos a la ley). La propia STC 99/2019 que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad de la ley de 2007 se fundamenta en este artículo a la intimidad, pero nunca de manera aislada, pues reconoce que también condiciona la autonomía personal, y que ambos derechos se despliegan bajo el principio del libre desarrollo de la personalidad. No se prohíben meras intrusiones (como las terapias regresivas de la condición sexual o la cirugía en menores) sino que se proclaman derechos subjetivos y facultades de participación y reconocimiento. Tras la reforma integral realizada por la ley de 2023, en mi opinión, la ley ha decantado el cambio registral y todas las prohibiciones y derechos anexos en términos prestacionales.

La piedra angular de la ley debe encontrarse en el artículo 9.2 de la Constitución, el que inspira el reconocimiento social y político de la realidad trans: la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y también de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. De lo contrario, como también se ha esgrimido, habría bastado para el legislador con la subsunción de la realidad trans en la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

La ley trans, en cambio, no impone un mero mandato de no discriminación por sexo, orientación, identidad sexual o expresión de género en cualquiera de sus formas (art.6 Ley 15/2022), o de prevención y reparación de la discriminación. La ley trans es una norma que garantiza el «reconocimiento» de una parte hasta ahora jurídicamente excluida de la comunidad política y que exige medidas prestacionales en el ámbito administrativo, laboral, educativo y sanitario para integrar a las personas trans en la sociedad.

La ley reconoce la existencia de un colectivo para su plena participación en la comunidad. No sólo la existencia jurídica (en cuanto a que su existencia como tales sea introducida en el ordenamiento jurídico a través de una norma válida) de las personas trans («persona cuya identidad sexual no se corresponde con el sexo asignado al nacer»), sino que la ley reconoce a las personas intersexuales, (aquellas personas «nacidas con unas características biológicas, anatómicas o fisiológicas, una anatomía sexual, unos órganos reproductivos o un patrón cromosómico que no se corresponden con las nociones socialmente establecidas de los cuerpos masculinos o femeninos»), bisexuales (aquellas personas que sienten «atracción física,

sexual o afectiva hacia personas de diferentes sexos, no necesariamente al mismo tiempo, de la misma manera, en el mismo grado ni con la misma intensidad»), la familia LGTBI (aquella en la que «uno o más de sus integrantes son personas LGTBI, englobándose dentro de ellas las familias homoparentales, es decir, las compuestas por personas lesbianas, gais o bisexuales con descendientes menores de edad que se encuentran de forma estable bajo guardia, tutela o patria potestad, o con descendientes mayores de edad con discapacidad a cargo»). E igualmente define la diferencia jurídica, más allá del plano doctrinal o científico, entre orientación sexual (atracción física, sexual o afectiva hacia una persona), identidad sexual (vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer), y expresión de género (manifestación que cada persona hace de su identidad sexual).

En definitiva, reconoce la existencia en nuestra comunidad jurídico-política de personas con diversas formas de sentirse a sí mismas, de sentir a los demás o de vivir una parte esencial de su vida social. Define un contexto de relaciones sociales ya existente, pero ahora lo reconoce jurídicamente. Reconoce la existencia de la diversidad en un marco de igualdad y nos integra a todos con su reconocimiento normativo en nuestro mundo político y jurídico en un sentido prestacional.

No está de más señalar esta abundancia de la ley trans, en relación con otras normativas que prohíben la discriminación o regulan la igualdad de trato en abstracto pues, en mi opinión, ofrece seguridad jurídica al aplicador del derecho y a la ciudadanía en sus relaciones jurídico-políticas. Lejos de crear inseguridad, define un sistema de relaciones y vivencias que forman parte de la comunidad.

En definitiva, las críticas, basadas en el fin del feminismo, en el apocalipsis del posmodernismo subjetivista o en la inseguridad jurídica son absolutamente infundadas, cometen un clamoroso error desde la perspectiva de las ciencias sociales y jurídicas: la confusión entre las normas sociales y las normas naturales. De ahí las dos contradicciones.

Por un lado, difícilmente puede reconocerse al «otro» sino es desde un plano de igual dignidad¹⁹, y tachar al vecino de sujeto patológico u objeto médico o científico se encuentra lejos de ese reconocimiento de conciudadanía política y cercano, como nos muestra Daniel García, a los *bestiarios* de la Edad Media²⁰. Cerca del régimen de «veridicción empírica, objetiva y científica» del Estado liberal positivista radical del Siglo XVIII, en la que el monopolio de lo normal

¹⁹ SCHILLACI, A., *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene Editore, Nápoles, 2018. Particularmente en las disquisiciones sobre la filosofía hegeliana y las diferencias entre el reconocimiento propio de la relación siervo-esclavo y el autorreconocimiento en una relación, pp. 26 y ss.

²⁰ GARCÍA LÓPEZ, D. J., «Bestiario Jurídico: dispositivos de normalización ante la transexualidad», *Anales de Cátedra Francisco Suárez*, n. 19, 2015, pp. 395-415

queda en manos del Estado y su aparato regulador coactivo²¹, y lejos de la dignidad humana como elemento antropológico cultural que construye los contemporáneos sistemas de democracia constitucional. La idea de la verdad del objetivismo no es ni si quiera un verdadero postulado positivista contemporáneo, en realidad, pues ya Hans Kelsen criticó duramente la sociología y el psicoanálisis de principios de siglo por confundir el fenómeno social (cultural) con el fenómeno natural y las leyes de la causalidad²². Las formas de ordenación de las sociedades, y el Derecho es una de ellas, pertenecen al ámbito de la cultura, a los fenómenos comunicativos que requieren de un primer reconocimiento intersubjetivo de los actores dispuestos a interaccionar, así como de los procedimientos comunicativos, para desarrollarse, y no responden a las leyes naturales ni a un estructuralismo preestablecido²³.

Pero también, las críticas estrictamente jurídicas que confunden la constatación del acto y el hecho con la objetividad de un observador externo, y que se rasgan las vestiduras en favor de la seguridad jurídica, pasan por alto el hecho de que la ley define, diferencia, establece categorías concretas de formas de sentir el propio género o la propia sexualidad y, esta definición jurídica, finalizada a la correcta aplicación de las leyes antidiscriminatorias y la ejecución de los servicios prestacionales por parte de los poderes públicos, sí ofrece seguridad jurídica, sí define, sí contribuye a una mejor aplicación de las leyes, sí desarrolla enormemente el abstracto y exiguo concepto constitucional del artículo 14 CE: «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

²¹ Cfr. Ibidem, p.397.

²² El propio KELSEN criticaría la comprensión del Estado como un ente social natural, como sostenían Simmel o Durkheim, precisamente porque ello conducía al error de conectar las leyes de la sociedad con las leyes de la causalidad, además de permitir, fatalmente concepciones absolutamente fascistas: «¿Quién podría cuestionar que un vínculo racial entre los miembros de diferentes estados pueda formar u lazo más estrecho que la calidad jurídica de miembro del mismo Estado?», H. KELSEN, «La concepción del Estado y la psicología social, con referencia especial a la teoría del grupo de Freud», *The international journal of Psychoanalysis*, n.5, 1924. [Trad. F. Lucce] <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/970/17.pdf>

²³ Sino a las leyes de la comunicación, en tanto que cultura, la interacción simbólica y la dialéctica. En referencia a la «horda de seres humanos» como señala el filósofo P. SLOTERDIJK, *Sin salvación. Tras las huellas de Heidegger*, Madrid. Akal, 2011, p. 128. P. HÄBERLE, *El Estado constitucional*, UNAM, México, 2001. Y no sería necesario citar toda la articulación de la dialéctica habermasiana sobre la que se asienta el sistema constitucional contemporáneo. J. HABERMAS, *Ciencia y Técnica como ideología* [Trad. M. Jiménez Redondo] Tecnos, Madrid, 1986, (original 1968), pp. 68 y 69. Para Habermas, las «culturas superiores» son sistemas de interacción simbólica, compuestas por normas sociales, intersubjetividades, reconocimiento general y recíproco de obligaciones que implantan un sistema de convivencia, un marco institucional.

Si las definiciones de la ley no contribuyen a la seguridad jurídica en el momento de su aplicación no puede achacarse a la «inmadurez» de los sujetos caprichosos en cuanto a su género que las críticas perciben, sino a la brevísima existencia de la ley y la necesidad de su puesta en práctica a largo plazo, la creación de doctrina y jurisprudencia. Ya lo estableció el propio Tribunal Supremo: las razones de seguridad jurídica no pueden prevalecer sobre la autonomía de la persona para determinar su propia identidad de género²⁴, permeando el sistema de dignidad humana frente al formalismo estructural.

III. La argumentación del profesor Cámara: transformación social, libre desarrollo de la personalidad y pluralismo

Pese a todo lo expuesto, es natural que cuando el Derecho, en escasísimas ocasiones, se adelanta a la costumbre y produce a golpe de ley cambios trascendentales, parte de la sociedad se sienta desconcertada. Los que no tienen férreas convicciones pluralistas preferirán siempre un mantenimiento del *Statu quo* a una adaptación.

Es legítimo considerar que, en el camino de la lucha por los derechos de los más débiles, sea preferible ir sobre seguro, paso a paso, a realizar grandes movimientos sobre la opinión pública. Pero también lo es que, aquellas que se sienten agraviadas, se impacienten y apuesten por su reconocimiento inmediato. Unas y otras comparten una idea, las estructuras sociopolíticas son dinamizables y transformables, aunque disienten sobre por dónde empezar.

Esto conduce al punto de partida. En el origen de los argumentos del profesor Cámara en su defensa de la equiparación de los derechos (en el ámbito matrimonial), hay una latencia consciente del momento histórico que vive el Derecho, y el buen jurista militante no debe escandalizarse, sino analizarlo y aplicar los principios constitucionales.

Los tiempos cambian, así como las estructuras sociales, políticas, económicas... y el Derecho debe atender a estos cambios, especialmente cuando estos cambios denotan discriminaciones históricas. Como argumentaba el Maestro sobre la pionera ley del matrimonio entre personas del mismo sexo:

«Esta demanda de igualdad se ve tendencialmente cada vez más acentuada en el seno del Estado constitucional debido a la fortísima represión histórica que se ha ejercido por la mayoría social y política sobre todas aquellas personas que ‘desafiaban’ el modelo paradigmático de la familia tradicio-

²⁴ STS (Sala Primera) 929/2007, de 17 de septiembre.

nal y nuclear (así como los roles de género) y adoptaban formas de convivencia afectiva y familiar al margen del matrimonio [...] De la represión y del ostracismo social de antaño de las uniones de hecho homosexuales, toleradas pero no jurídicamente aceptadas, se ha pasado hoy a la búsqueda progresiva de instrumentos jurídicos que garanticen que tal opción libremente adoptada no se traduzca en mermas sociales o en pérdidas de igualdad. De la tolerancia hacia estas clases de uniones y el avance jurídico hacia su integración social se ha pasado a la reivindicación de respeto e igualdad para la libre orientación sexual y al reclamo de la hasta hace poco inexistente libre opción, también para las personas del mismo sexo, de constituir estas uniones de hecho o las puramente matrimoniales²⁵.

Se trata de actuar atento a las demandas sociales y ejercer el Derecho como mecanismo de transformación social, sin dejar de lado las convicciones, pero siempre alerta a los cambios irremediables. Cambios que nos sitúan en escenarios posmodernos (en el mejor de los sentidos) en tanto que sociedades postindustriales (digitales) en las que la progresiva «concentración o nuclearización de la familia tradicional», y «la progresiva secularización de la sociedad», ha gestado nuevos núcleos convivenciales a partir del ejercicio de la libertad personal en el marco de los principios de libre desarrollo de la personalidad y de igualdad. Como continuaba señalando Gregorio, la unidad familiar como núcleo convivencial ha transformado su funcionalidad de ser una unidad de producción, en una unidad, sobre todo, de consumo.

«De cumplir fundamentalmente funciones económicas, asistenciales y socializadoras (trabajo y acumulación de recursos educación, formación religiosa, socialización de los hijos...) ha pasado a asumir predominantemente funciones de integración afectiva y de cooperación. En segundo lugar, en un plano más cultural e ideológico, la secularización y el antropocentrismo característicos de nuestros días, con el reconocimiento y ampliación de derechos que comportan, reflejados en las normas constitucionales, han valorizado extraordinariamente las opciones de configuración libre de la convivencia afectiva y familiar a partir del principio de libre desarrollo de la personalidad y, por consiguiente, de la libre orientación sexual, en el marco de una radical exigencia de igualdad para las personas y los grupos que no tolera discriminaciones, exclusiones o privilegios²⁶».

El profesor Cámara, asumiendo los cambios en el concepto de familia tradicional (desvinculado constitucionalmente de la institución del matrimonio) des-

²⁵ CÁMARA VILLAR, G., «Derecho al matrimonio y matrimonio entre personas del mismo sexo», *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 17, 2011, pp. 17 y 18.

²⁶ *Ibidem*, p. 17

hacía las tachas de inconstitucionalidad a la ley que equiparó los matrimonios al considerar, que

«es el mismo ejercicio de la libertad personal al libre desarrollo el que se efectúa mediante la libre orientación sexual de las personas constitucionalmente protegida y a contraer una forma convivencial acorde con ella y, por otro, son los mismos lazos psicológicos y afectivos los que cabe hallar presentes en esta clase de relación o comunidad, de manera que [...] la referencia inexcusable al principio del pluralismo permite una respuesta indudablemente positiva a este interrogante: en tanto que tal tipo de uniones, establecidas con los mismos elementos de convivencia diaria, estable, consolidada a lo largo del tiempo, practicada externa y públicamente, acreditada por los mismos protagonistas de la convivencia en el mismo hogar, vengán a significar una realidad convivencial socialmente vigente de semejante contenido a las uniones matrimoniales o no matrimoniales heterosexuales, en los planos afectivo, social y funcional²⁷».

No tendría sentido que el argumento del libre desarrollo de la personalidad, psicológica y afectiva, acreditada públicamente por los mismos protagonistas ante el encargado del registro o un juez de primera instancia, pudieran comprometer en derechos y deberes a un cónyuge frente a otro, pero hubiéramos de considerar superflua o caprichosa la expresión de identidad frente a los poderes públicos a la hora de asistir a estas mismas protagonistas mediante *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, o medidas de Igualdad. Y menos aún que esta declaración quedara supeditada al examen médico o patológico poniendo en duda la autonomía de la voluntad (¿posmoderna?) de los interesados, al igual que la voluntad de contraer matrimonio no se supedita a examen psicológico o médico alguno sobre su verdadera finalidad o intención.

Es especialmente interesante destacar que, el reconocimiento del profesor Cámara al derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, no se circunscribe a la tutela de un ámbito de la privacidad sino como un derecho subjetivo²⁸. Desde nuestra tradición continental de Derecho, no se circunscribe a la atribución de una situación jurídica global de tutela de la libertad del individuo contra toda irrazonable restricción, como en la tradición anglosajona, sino a la atribución de facultades o potestades concretas otorgadas por la ley a cada individuo²⁹. Al igual

²⁷ *Ibidem*, p. 29

²⁸ BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, M. L., BALAGUER CALLEJÓN, M.L., MONTILLA MARTOS, J. A., *Introducción al Derecho Constitucional*, 11ª Ed., Tecnos, Madrid, 2023, p. 433.

²⁹ G. MAESTRO BUELGA, «Los derechos públicos subjetivos en la historia del constitucionalismo español del Siglo XIX», *Revista de Derecho político*, n. 41, 1996, pp. 119-175.

que en el ejercicio de estas facultades propias de los derechos subjetivos, ahora, en el cambio registral, es el individuo el que esgrime las facultades a las que da derecho la norma y abre la puerta al ejercicio de otros derechos o la reclamación de medidas de protección y prevención («a ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición»).

Para el profesor Cámara, y también para nosotros, la ley de 2005, como para nosotros la ley 2023, establece un derecho subjetivo que exige el reconocimiento de las personas trans en todos los ámbitos de la comunidad, empezando por el ámbito jurídico.

En el mismo sentido, 8 años más tarde de los argumentos del profesor Cámara, el Tribunal constitucional se habría de posicionar sobre la ley de 2007 que abrió la puerta al cambio registral. En esta cuestión de inconstitucionalidad (STC 99/2019) se declaró inconstitucional la restricción del cambio registral a los mayores de edad.

Para el TC, el reconocimiento de las personas trans mediante la modificación registral «está permitiendo a la persona adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad. La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas» (FJ4).

En relación a la naturaleza de este derecho subjetivo, el TC, aprecia que se trata de un derecho subjetivo equiparable al «derecho reconocido con carácter general al resto de españoles a que en el registro civil consten menciones de sexo y nombre coherentes con la identidad de género sentida (FJ 6, c)³⁰», derecho subjetivo cuya restricción afecta a dos derechos fundamentales: al derecho a la intimidad, por exponer al público circunstancias que el sujeto puede pretender reservadas, y al derecho a la autonomía personal.

³⁰ Si bien con un fuerte contenido personalísimo lo percibe como un derecho constitucional: al «resolver acerca de si la situación descrita afecta a la intimidad personal [...] aprecia que la falta de equivalencia entre el sexo atribuido al nacer, que es el que accede originariamente al registro civil, y el que un individuo percibe como suyo es una de esas circunstancias particularmente relevantes que la persona tiene derecho a proteger del conocimiento ajeno. Ello se debe a que esa reserva constituye un medio eficaz de que aparezca como único y verdadero sexo el segundo de ellos —el percibido por el sujeto— y, en consecuencia, no trascienda al conocimiento público su condición de transexual» (FJ 4, b).

Si bien la consideración de la modificación del sexo en el registro como un derecho fue discutido por el voto particular de la Magistrada Roca Trías³¹, tras la ley de 2023 parece no quedar duda alguna pues tiene «por finalidad garantizar y promover el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas lesbianas, gais, trans, bisexuales e intersexuales (en adelante, LGTBI), así como de sus familias (art. 1.1)» y al establecer «los principios de actuación de los poderes públicos... (art. 1.2)». Se trata de derechos con un fuerte componente prestacional dado que destinados al reconocimiento de personas a las que, ya, se les reconoce a nivel jurídico y social como iguales por su verdadera identidad³².

En definitiva, sobre el libre desarrollo de la personalidad se conjuga el derecho de toda persona a adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad afectiva, sexual y de género. Y como señala el profesor Cámara, especialmente sobre la base del pluralismo y la dignidad humana, verdaderos parámetros convivenciales del estado constitucional. Este derecho permite así el reconocimiento de un grupo históricamente inexistente para el derecho (y el conjunto de la sociedad) que ahora encuentra un haz de facultades, potestades y prestaciones para exigir su reconocimiento como parte de la comunidad política.

Inexplicablemente, pese a que los argumentos jurídicos encajan, pese a que los tribunales así lo aplican y reconocen, pese a que las instituciones internacionales lo declaran, aún sigue pareciendo polémico el titular de aquella entrevista al Profesor Cámara en 2005: «No se priva de derechos a unos por reconocérselos a otros». O ahora actualizado: No se priva de derechos a unas, ni de sus conquistas, ni de lo que queda por avanzar, por reconocer la existencia de otros.

³¹ «[La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, no tiene como finalidad el desarrollo del ejercicio de ningún derecho fundamental de la persona, sino que, como se indica literalmente en la exposición de motivos, exclusivamente persigue «regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el registro civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género [...] Por tanto, creo que resulta necesario aclarar que la Ley registral no otorga derechos, ni regula el libre ejercicio de los mismos, solo constata hechos y actos que se refieren al estado civil de las personas».

³² Continúa argumentando la Magistrada Trías en el voto particular: «La sentencia prescinde de un análisis de fondo de la posible vulneración del derecho a la integridad física y moral del menor (art. 15 CE) a la luz del art. 39.4 CE, limitándose, por otro lado, a crear una nueva vertiente del derecho a la intimidad (que se identificaría con el derecho del menor a no tener que explicar, en sus relaciones privadas y públicas, su condición de persona transexual), pero no se conecta tal derecho de libertad (que, por otra parte, en ningún momento se cuestiona en la Ley 3/2007), con un pretendido derecho de prestación del Estado, consistente en permitir que el menor pueda cambiar el asiento registral»

A PROPÓSITO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA OBRA DEL PROFESOR CÁMARA

MIGUEL JOSÉ ARJONA SÁNCHEZ
Universidad de Granada

I. Los derechos en el constitucionalismo del profesor Cámara

1. LA EXPERIENCIA VITAL DE UN PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Como suele decirse de los escritores, un profesor universitario no se jubila nunca. Es cierto que el profesor Cámara ya no tendrá que preparar horas y horas de clases, atender tutorías, escribir informes sobre Trabajos Fin de Grado o Master, corregir y atender la revisión de exámenes o cumplimentar actas; tampoco tendrá que escribir sesudos artículos que cumplan con las exigencias reglamentarias para acreditar los solícitos semestres de investigación; y, por supuesto, no tendrá que atender toda una retahíla de tareas administrativas con la que nuestra Universidad se ha ido poblando. Sin embargo, nuestro querido Gregorio Cámara seguirá siendo un profesor universitario, cuya docencia e investigación seguirá fructificando. No solo porque haya sido promovido a la condición de emérito (con el apoyo unánime de sus compañeros) o ya se haya embarcado en nuevas tareas de apoyo al Departamento, sino porque su obra sigue estando presente en muchos de los que tuvimos la suerte de haber sido sus discentes y de continuar siéndolos. Solo en ese sentido el profesor Cámara puede decirse que se ha jubilado, es decir, que disfruta con júbilo de su experiencia como profesor universitario; una experiencia que sigue germinando.

Mi encuentro con Gregorio Cámara tuvo lugar hace muchos años, cuando apareció en las vidas de los que entonces cursábamos el segundo curso de la Licenciatura de Derecho, definida en el Plan de 1953. Todos los que entonces éramos sus alumnos, y muchos otros con los que he ido coincidiendo a lo largo del tiempo, y que lo disfrutaron en otras promociones, coincidimos en que sus enseñanzas

no solo fueron académicas, sino también estéticas. Y es que, desde aquellas primeras clases, de lo que entonces era solo una asignatura (Derecho político II, aunque él ya nos advirtió desde el primer día que estudiaríamos Derecho constitucional), su figura elegante, prudente y educada marcó la mirada con la que a partir de entonces estudiaríamos cualquier norma constitucional. Y es que a Don Gregorio —como entonces nos dirigíamos a él— la esencia y la apariencia le acompañan. No solo es un constitucionalista, sino que tiene el perfecto porte para tal condición. Ya sé que este comentario suena a banal, ya que es obvio que no es exigible una determinada estética para tal cualidad, pero la coincidencia entre tantos de sus exalumnos resulta una buena muestra de cómo encarnó perfectamente su carácter académico. Una estética, que de forma mal disimulada siempre ha escondido su profunda preocupación por la ética: La persona en el centro de sus preocupaciones; porque las normas, las instituciones y las relaciones entre ordenamientos siempre acababan —en el constitucionalismo de Cámara— en los seres humanos y su dignidad. La dignidad desde que se nace hasta que se muere, la dignidad frente a nuestros semejantes, frente a las instituciones, pero también frente los poderes que dominan los mercados. Una preocupación que ha portado consigo allí donde dónde le ha llevado su peripecia vital; también en las altas magistraturas del Estado, como legislador.

Por todo ello, y sin abandonar —ni por asomo— su interés por otros aspectos de la disciplina, el profesor Cámara ha mostrado una gran querencia por el mundo de los derechos, y, en especial, por los de los más débiles. Quiero resaltar en especial esta faceta, porque en un mundo cada vez más calculador, el profesor Cámara nunca temió dedicar sus esfuerzos a asuntos tan complejos y comprometidos como la objeción de conciencia¹ o la eutanasia² y, por supuesto, por los derechos sociales, tan apreciados por los necesitados como discutidos por los poderosos.

Por último, para alguien como yo, para el que sus enseñanzas fueron decisivas para terminar amando esta nuestra disciplina, resulta todo un honor intentar este diálogo con su trabajo, aunque solo sea respecto de un pequeño capítulo de su amplia obra, la de los derechos sociales.

¹ Gregorio Cámara Villar, «La objeción de conciencia en España como derecho fundamental y el principio de igualdad»; en: Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, *El principio de igualdad en la Constitución española: XI Jornadas de Estudio*, Vol. 1, 1991, p. 457-492. Gregorio Cámara Villar, «Sobre la «insumisión»», José Asensi Sabater (Coord.), *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, Tirant lo Blanch, 1996, p. 753-796. Gregorio Cámara Villar, «El conflicto de los insumisos (reflexiones y propuestas sobre la objeción de conciencia y la insumisión en España)»; en: Varios, *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, 1997, p. 726-756

² Gregorio Cámara Villar, «La regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en el mundo. Panorama general y comparado», *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 37, 2021, p. 399-464

2. LA DIGNIDAD HUMANA EN EL CENTRO DE «SU CONSTITUCIONALISMO»

2.1. *La dignidad como presupuesto constitucional*

En uno de sus artículos dedicado a los derechos sociales, el profesor Cámara hacía suyas unas palabras del también maestro Peter Häberle, en las que señalaba el entronque entre los derechos humanos, con un concepto que se hacía familiar en sus clases, el de la dignidad. La dignidad, como premisa cultural antropológica del Estado constitucional³. Una relación indiscutible, pero ciertamente más difícil de expresar dogmáticamente que intuitivamente.

La palabra dignidad —al menos en el sentido en el que se le da, desde la ciencia de los derechos humanos— es difícil de definir. Por ello, algunos autores han recurrido a su etimología, que nos traslada a la materialización de un valor⁴. De este modo, la idea de dignidad apela a una cualidad del ser humano, cuyo rasgo principal no es otro sino la de su condición intangible como valor. Toda persona, por el mero hecho de ser persona, resulta valiosa en sí misma; no desde un punto de vista material, sino intangible⁵. Se trata pues de una cualidad intocable, impalpable, incorpórea, inmaterial, invisible, espiritual, etérea o sutil⁶. Una cualidad humana que se alza, como el valor jurídico supremo de un orden jurídico constitucional⁷ y, como tal, en premisa de los derechos humanos. Desde este punto de vista, no es otro sino el respeto al ser humano el que le da sentido al sistema jurídico, pues este debe estar dirigido a respetar y promover su dignidad⁸.

El profesor Cámara nos recordaba en aquellas clases, la posición de la dignidad en la Ley Fundamental de Bonn, en cuyo art. 1 se establece que: «1. La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. 2. 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». De igual modo —nos explicaba— debe ser entendida nues-

³ Peter Häberle, «La ciudadanía a través de la educación como tarea europea», *ReDCE (Revista de Derecho Constitucional Europeo)*, núm., 4, Julio-diciembre, 2005, p. 627; Peter Häberle, «El Estado constitucional europeo», *ReDCE (Revista de Derecho Constitucional Europeo)*, núm. 11, Enero-Junio 2009, p. 414 y 419. La referencia a la cita la hizo el profesor Cámara en: Gregorio Cámara Villar, «Los derechos sociales en la Constitución Española», *Tiempo de paz*, núm. 129, 2018, p. 27-35, p. 28

⁴ Ekkehart Stein (Traduc. F. Sainz Moreno), *Derecho Político*, Aguilar, Madrid, 1973, p. 237. Traducción de; Ekkehart Stein: *Lehrbuch des Staatsrechts*, Tübingen, 1968.

⁵ Francisco Fernández Segado, «La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 50, 1996, p. 11-45, p. 15

⁶ Siguiendo la definición de la palabra intangible de la Real Academia de la Lengua Española.

⁷ Francisco Fernández Segado, «La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico», *Op. Cit.*, p. 14-15

⁸ Siguiendo a Stein. En *Ibid*, p. 15.

tra Constitución, que vincula, en su artículo 10, a la dignidad y los derechos inviolables de la persona con su consideración de fundamento del orden político y social; introduciendo un elemento más en la relación, que constituirá una de las más firmes preocupaciones del profesor Cámara, el libre desarrollo de la personalidad («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»).

2.2. *La educación para la dignidad y el ejercicio de los derechos humanos*

La relación entre la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad ha sido señalada por el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985. El libre desarrollo de la personalidad es otro concepto difícil de aprehender en una simple definición, pero podríamos intentarlo refiriéndola como aquella cualidad que le permite al individuo desplegar sus potencialidades, sean estas psíquicas, morales, culturales, económicas, sociales o de cualquier otro tipo⁹. La personalidad es la cualidad que le otorga al ser humano la capacidad de conquista de sus propios valores e ideales, permitiéndole construir su propio modelo de vida y, convertirlo en un miembro activo de su sociedad¹⁰. Desde su primer aliento hasta el último, toda persona debe ser animada a desarrollar su personalidad, es decir, debe «ser invitada a hacer crecer sus capacidades de vida, que son el fundamento de una soberanía creciente sobre sí mismo, su medio y sus relaciones sociales, del poder de autorrealización, como ejercicio práctico de su libertad, en cuanto esta es el ejercicio de la responsabilidad sobre sí mismo y los demás»¹¹.

La personalidad es así libre o no es, y requiere de un despliegue de las potencialidades que le son intrínsecas al individuo, pero que son imposibles de alcanzar sin el reconocimiento, la protección y la promoción de los derechos que consideramos fundamentales. Dentro de estos hay uno que merece ser especialmente destacado, porque a él le atribuye específicamente dicha tarea nuestra Constitución. Establecido en el art. 27 esta proclama: «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». El derecho a la educación se erige, pues, en el principal garante del desarrollo de la personali-

⁹ Joaquín Ruiz-Giménez Cortés, «Derechos fundamentales de la persona (Comentarios al artículo 10 de la Constitución)»; en: Oscar Alzaga (Dir.), *Comentario a las Leyes Políticas, Tomo I*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, p. 45 y ss.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Mónica Jiménez, Andrés Domínguez Vial, «La educación para la dignidad y el ejercicio de los derechos humanos», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28 núm. 2, p. 401-412., p. 405.

dad, pues a él se le confía el desarrollo de las cualidades que todo ser humano atesora en potencia. Una confianza en la capacidad performativa de la educación propia del pensamiento de la Ilustración, tan emparentado con el constitucionalismo, y al que ha sido fiel el profesor Cámara durante toda su vida, como si re-tumbaran en su cabeza aquellas palabras de Víctor Hugo en *Los Miserables*: «no hay malas hierbas ni hombres malos, sino malos cultivadores»¹².

Y es que la educación ha sido uno de los temas más recurrentes en la obra de Cámara. Desde su tesis doctoral dedicada a la «Educación y política en España, 1936-1951: una aproximación al estudio de la ideología nacional-católica» —que tanto sirvió a historiadores e inspiró un popular *bestseller* de nuestro país¹³—, el profesor Cámara ha publicado más de una veintena de trabajos sobre esta cuestión, que van desde la educación en la II República¹⁴, a la asignatura de educación para la ciudadanía¹⁵. Sesudos análisis, que solo amplían lo que se hace evidente en una pequeña charla con el profesor: sus firmes convicciones sobre las virtudes educativas, y no solo por su fe en el valor intrínseco del conocimiento científico, o sus capacidades como promotor del ascenso social, sino por su condición de escuela de los derechos humanos y la ciudadanía. De la educación cabe esperar —siguiendo sus propias palabras— una: «orientación positiva de fortalecer el respeto por la dignidad de las personas y los derechos humanos, capacitar para la participación libre y responsable, favorecer la tolerancia, la paz y el pluralismo religioso, ideológico y político y unos límites (el mismo respeto en el ejercicio de las potestades públicas y en el de los derechos)»¹⁶.

El principio orientador de la acción educativa es, por tanto, para el constitucionalismo, la promoción de la dignidad de la persona y sus derechos, bases de nuestra convivencia. Una relación bien trazada por nuestra Constitución, que en su artículo 10.1 reivindica el respeto a la dignidad de la persona, sus derechos inviolables, y el libre desarrollo de la personalidad con el orden político y la paz social¹⁷. De forma que —bien podría decirse— que la propia idea de la dignidad

¹² « Il n'y a ni mauvaises herbes ni mauvais hommes. Il n'y a que de mauvais cultivateurs ».

¹³ Andrés Sopena (Prólogo de Gregorio Cámara Villar), *El florido pensil: memoria de la escuela nacionalcatólica*, Barcelona, Rocabolsillo, 2009.

¹⁴ Gregorio Cámara Villar, «Fernando de los Ríos y la política educativa de la Segunda República», *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, núm. 37-38, 2000, p. 117-138.

¹⁵ Gregorio Cámara Villar, «Educación para la Ciudadanía y promoción de los Derechos Humanos (Ejemplar dedicado a: Educación para la ciudadanía)», *Temas para el debate*, núm. 149 (abril), 2007, p. 39-41.

¹⁶ Gregorio Cámara, «Constitución y educación (Los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución española de 1978)»; en: Luis López Guerra y Pedro González Trevijano (Dir.), *La experiencia constitucional. 1978-2000*, Madrid, CEPC, 2000, p. 265-306, p. 282.

¹⁷ Gregorio Cámara Villar, «Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España», *Revista de Educación*, 344. Septiembre-diciembre 2007, p. 61-82, p. 73.

humana debe ser observada como un mandato constitucional de construcción social¹⁸, que arranca en la educación, pero que continua en cada uno de los derechos fundamentales.

Cada derecho humano debe ser concebido, por consiguiente, como «un patrón de relación social, apto a la libre y original forma de autorrealizarse, que habita en el ser humano»¹⁹; y por el que «cada autoridad tiene el deber de promover, defender y ayudar a realizar, impulsando desde la razón y la conciencia de cada ser humano, la fraternidad entre las personas»²⁰.

Y es que en nuestros días no parece ya posible aceptar los derechos humanos como meros «arquetipos psicobiológicos» del ser humano o como «expresiones impuestas por su naturaleza específica, sino como relaciones de justicia y solidaridad que solo son posible si existe «un proceso real de libre determinación de las personas y las comunidades en la que se integran»²¹. Un proceso en el que tendrán mucho que decir los derechos sociales, aspecto donde el profesor Cámara interviendrá a fondo.

3. LA SUPERACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS LIBERALES Y SOCIALES

El paradigma tradicional de los derechos fundamentales distingue entre aquellos que proceden de una tradición liberal, de aquellos que proceden de una tradición socialista o procedente —si así lo preferimos— del movimiento obrero. Los primeros son considerados una respuesta a las demandas de libertad del individuo, mientras que los segundos de su igualdad. Es cierto que el profesor Cámara no niega dicha distinción, pero su postura ha sido crítica con ella, en el sentido de promover la idea, de que más que de una separación, debe hablarse de una interconexión entre ambos tipos de derechos, puesto que no es posible la libertad sin igualdad, ni la igualdad sin libertad²². Una consideración, tras la que intuyo se asientan sus firmes convicciones socialdemócratas, que le llevarán a reclamar la equiparación entre ambos tipos de derechos; pero vayamos por partes.

Como es sabido, esta distinción es realmente más compleja. Aunque solo existe una libertad y una igualdad, lo cierto es que tanto la libertad como la igualdad tienen distintas formas de manifestarse. A la libertad entendida como la au-

¹⁸ Véase: Mónica Jiménez, Andrés Domínguez Vial, «La educación para la dignidad y el ejercicio de los derechos humanos», Op. Cit., p. 403-404.

¹⁹ *Ibid.*, p. 403.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² Gregorio Cámara Villar, «Los derechos sociales en la Constitución Española», *Tiempo de paz*, núm. 129, 2018, p. 27-35, p. 28

sencia de coacción, se le ha denominado libertad negativa o *liberty* o *freedom*, tal y como era conocida por los filósofos liberales ingleses. Sin embargo, hay otras manifestaciones de la libertad, que han sido defendidas fundamentalmente por los filósofos socialistas, denominadas como positivas, porque se refieren al poder de realizar algo efectivo. En el campo de la igualdad, la distinción es similar. La igualdad ha sido defendida desde el liberalismo desde su concepción formal, referida a la igual protección ante la ley; concepción que se haya confrontada con su manifestación material, esta referida a las circunstancias que permiten o impiden su ejercicio efectivo. Mientras la primera fue defendida principalmente a partir de las revoluciones burguesas del siglo XVIII, que pretendían terminar con el sistema de privilegios del feudalismo; la segunda suele entenderse como una reinterpretación del principio de igualdad formal, que se lleva a cabo con la consecución del Estado social de Derecho, producto de las reivindicaciones obreras, y que en la Europa continental nace con la Alemania de Weimar.

En sus clases, el profesor Cámara nos insistía como hoy día ni la libertad ni la igualdad pueden entenderse sin sus distintas manifestaciones, y nos exponía como así está expresado específicamente en la Constitución española, cuyo artículo 9.2 reza: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»²³.

Y es que al declarar su interés por las condiciones reales y efectivas, la Constitución Española se hace depositaria de una concepción integral de la libertad y de la igualdad, que pretende respetar la dignidad del ser humano en todas sus dimensiones («política, económica, cultural y social»), constituyéndose en un mandato a los poderes públicos, que les obliga a combatir cualquier obstáculo al desarrollo de las potencialidades de los individuos, y no solamente a evitar ser su causante (como correspondería a una concepción negativa de la libertad o formal de la igualdad). Una desigualdad que remover, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, que también incluye a las procedentes de las condiciones sociales (STC 39/1986, de 31 de marzo).

Es bajo el prisma de ese mandato, bajo el que el profesor Cámara se revela contra esta distinción entre derechos liberales y derechos sociales, ya que entenderá que sirve como legitimadora de «un menor nivel de protección a los derechos sociales y colocándolos en una posición de notoria debilidad que incluso llega a debi-

²³ Se trata de un artículo similar al artículo 3.2 de la Constitución italiana que establece que «es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país».

litar también al conjunto de los derechos y al sistema democrático»²⁴. Por algo nos recuerda —siguiendo a Habermas—, como en realidad solo hay una dignidad humana, y no dos tipos de dignidad referenciados a dos tipos de derechos²⁵.

II. ¿Derechos sociales o principios?

1. EN LA CONSTITUCIÓN

Así pues, los poderes públicos deben garantizar no solo la libertad de los ciudadanos, sino también las condiciones materiales que hagan posible dicha libertad de forma digna²⁶. Para ello los Estados reconocieron nuevos derechos (los derechos sociales) que conformaron el denominado Estado social de Derecho, cuya expresión tuvo varios modelos.

El primero de ellos partió de la negación de la condición constitucional de estos derechos, obstaculizando su incorporación a la Constitución, en países como Estados Unidos o Austria. Otros, en cambio, optaron por desarrollar ciertas cláusulas generales sobre lo social destinadas a vincular las actuaciones de los poderes públicos, e incorporar deberes estatales de protección de determinados bienes constitucionales, como Alemania. La última opción fue la de su positivación constitucional como derechos, si bien discriminando su protección frente otros, que serían llamados —propia­mente— fundamentales, como ocurriría en Italia, España o Francia y, con algunas matizaciones, en Brasil o Portugal²⁷.

Por consiguiente, España seguirá el modelo de positivación constitucional de los derechos sociales, con la incorporación de una cláusula social (aquella ya comentada del art. 9.2 de la Constitución). Dichos derechos se establecerán bajo la rúbrica de los Principios rectores de la política social y económica, una denominación en nada neutral (obsérvese que se habla de principios, en lugar de derechos) que se ubicará en el Título I de la Constitución, este sí denominado «De los derechos y deberes fundamentales».

²⁴ Gregorio Cámara Villar, «Los derechos sociales en la Constitución Española», *Op. Cit.*, p. 28.

²⁵ «La dignidad humana, que es una y la misa en todas partes y para todo ser humano, fundamenta la indivisibilidad de todas las categorías de los derechos humanos. Únicamente sobre la base de una colaboración recíproca, los derechos fundamentales pueden cumplir la promesa moral de respetar por igual la dignidad humana de cada persona». Jürgen Habermas, «El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», *Diánoia Volumen LV*, núm. 64, mayo 2010, p. 9. La referencia a la cita la hizo el profesor Cámara en: *Ibid*, p. 31.

²⁶ Francisco Balaguer, «La Constitución»; en: Francisco Balaguer Callejón (Coordinador), Gregorio Cámara Villar, Juan Fernando López Aguilar, María Luisa Balaguer Callejón y José Antonio Montilla Martos, *Manual de Derecho Constitucional. Vol. I*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 115.

²⁷ Gregorio Cámara Villar, «Los derechos sociales en la Constitución Española», *Op. Cit.*, p. 29.

Como es bien sabido, el sistema español de los derechos fundamentales distingue básicamente tres niveles de protección. El primero protege los derechos de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I (amén del artículo 14), que gozan de las máximas garantías constitucionales. En esta sección se sitúan fundamentalmente los clásicos derechos civiles y políticos, si bien se incluyeron entre ellos algunas libertades de carácter social, como las de sindicación o huelga (art. 35), además del importante derecho a la educación (art. 27) al que ya nos hemos referido²⁸. En la Sección II, también se incluyeron algunos derechos de carácter social, como el derecho al trabajo o la función social de la propiedad (art. 33.2) o el derecho a la negociación colectiva laboral y la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37), pero en su mayoría se trata de derechos y libertades procedentes de la tradición liberal²⁹. Mientras que en la Sección III, bajo la rúbrica de principios rectores, y regulados por el art. 53.3, se englobarían la mayoría de los derechos sociales, a los que se les atribuiría una muy disminuida protección: especialmente por la falta de invocabilidad directa ante los tribunales, y sin un contenido esencial vinculante para el legislador. Por tanto, «su desarrollo se deja completamente en manos del legislador, sin que exista tampoco un mecanismo de control de constitucionalidad de las omisiones legislativas, salvo las de aquellas que siendo relativas pudieran deducirse indirectamente por la vulneración de cualquier garantía constitucionalmente vinculada»³⁰.

Contra esta situación de discriminación de unos derechos frente otros se rebelaría el profesor Cámara, contrario a la negación a los derechos sociales, de aquellos mecanismos de tutela conferidos a los demás, lo que los abandona a la vulnerabilidad de la voluntad del legislador, y los supedita eventualmente (en realidad con gran asiduidad) al ejercicio antisocial de los derechos de propiedad (como el de propiedad o libertad de empresa) y un devaluado reconocimiento a los colectivos de mayor vulnerabilidad³¹.

El profesor Cámara reclamaría frente a esta subalternidad, su normatividad. Ello no significa —en opinión del profesor— que no sea necesario que estos derechos sean configurados por el legislador (como ocurre con los derechos fundamentales), ni que su despliegue no venga condicionado por la situación de la economía, pero reclamará su protección respecto de «aquello que haya de protegerse necesariamente», porque —y aquí hace suyas las palabras de otros constitucionalistas— estos deben constituirse en una «palanca en la que apoyarse para corregir las injusticias de la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social, la desigualdad

²⁸ *Ibid.* p. 30.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ Gerardo Pisarello Prados, «La justiciabilidad de los derechos sociales: realidad y desafíos», *Sociedad y utopía: Revista de ciencias sociales*, núm. 34, 2009, p. 139-164; en: *Ibid.*, p. 28.

en todas sus formas y, en definitiva, las vulneraciones y desconocimientos de la igual dignidad de las personas»³².

A nadie puede escondersele que los derechos sociales han sido configurados de una forma distinta a los demás derechos, desde el mismo momento en que fueron confinados en el Capítulo III de la Constitución, generando dudas sobre su verdadera naturaleza. Lo cierto, es que fueron formulados sin una verdadera estructura normativa de derechos, y ello con independencia de que bajo ciertas circunstancias puedan alcanzar ciertos grados de justiciabilidad, a través de su conexión con otros derechos (estos sí, derechos fundamentales en sentido estricto) como el derecho a la igualdad (art. 14 de la Constitución), la integridad física y moral (art. 15), la intimidad personal y familiar (art. 18) y la tutela judicial efectiva (art. 24)³³. La pregunta esencial que se plantea es pues, si estamos en presencia de auténticos derechos o de principios, y para ello no es fiable la forma en la que la Constitución los denomine.

Esta cuestión ha sido finalmente abordada por la doctrina constitucional, que en la STC 31/2010 consagró una drástica escisión (con las excepciones ya expuestas) entre los derechos fundamentales en sentido estricto y los derechos sociales, cuya naturaleza será limitada a la de principios, pese a que muchos de ellos se enumeren en su respectivo artículo como derechos³⁴. Así lo estableció, el Fundamento Jurídico 16 de la sentencia³⁵, reconociendo que el propio texto constitucional califica como derechos a «prescripciones que solo configuran normativamente principios»³⁶, y que están sujetos pues a las variabilidades de la política.

Se trata de una distinción que no es meramente nominal, ya que arrastra importantes consecuencias prácticas, pues subordina estos derechos a otros objetivos, por ejemplo, de la política económica. Una realidad que desgraciadamente hemos tenido la oportunidad de comprobar, cuando algunos grupos —especialmente vulnerables— sufrieron recortes en sus derechos sociales, precisamente cuando más lo necesitaban. Así ocurrió a través del Decreto Ley 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, que excluyó del acceso a la asistencia sanitaria, con cargo a los fondos públicos, a los extranjeros empadronados, pero sin autorización de residencia o estancia, salvo el caso de los menores, urgencia y embarazos, así como otros grupos de personas³⁷. Este Decreto

³² Gregorio Cámara Villar, «Los derechos sociales en la Constitución Española», *Op. Cit.*, p. 34.

³³ *Ibid.*, p. 31.

³⁴ *Ibid.*, p. 31

³⁵ Gregorio Cámara Villar, «Veste y realidad de los derechos estatutarios», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 151, Madrid, enero-marzo 2011, p. 57-107, p. 102

³⁶ *Ibid.*, p. 63.

³⁷ Véase: José Antonio Montilla Martos. «La reforma de las garantías constitucionales de los derechos sociales», *Tiempo de paz*, núm. 129, 2018, p. 18, 26, p. 23.

fue recurrido ante el Tribunal Constitucional, lo que suscitó un gran interés jurídico, porque podía significar una segunda oportunidad para clarificar o rectificar la naturaleza de estos derechos. La STC 139/2016 declaró constitucional la medida, estableciendo como la asistencia sanitaria no es en puridad un derecho y carece —por tanto— de un contenido esencial constitucionalmente garantizado³⁸. La sentencia entraba de lleno en la distinción entre derechos y su verdadera naturaleza cuando decía: «Ahora bien, bajo la misma categoría «derecho» pueden comprenderse realidades normativas muy distintas, y será a éstas a las que haya de atenderse, más allá del puro *nomen* [...]. En efecto, ya en la propia Constitución bajo el término «derecho» se comprenden tanto verdaderos derechos subjetivos como cláusulas de legitimación para el desarrollo de determinadas opciones legislativas, si bien en ambos casos se trata siempre, al cabo, de mandatos dirigidos al legislador, bien imponiéndole un hacer o una omisión que se erigen en objeto de una pretensión subjetiva exigible ante los Tribunales de justicia; bien obligándole a la persecución de un resultado sin prescribirle específicamente los medios para alcanzarlo y sin hacer de esa obligación el contenido de ningún derecho subjetivo, que sólo nacerá, en su caso, de las normas dictadas para cumplir con ella»³⁹.

Razón de más para la reclamación del profesor Cámara de lo que llamó «cuotas de fundamentalidad» para los derechos sociales»⁴⁰.

2. EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

La configuración de nuestro Estado como autonómico ha conducido a que un gran número de las competencias en materia social estén en manos de las Comunidades Autónomas. Por consiguiente, los derechos sociales en nuestro país se hayan —en muchos casos— vinculados a dichas competencias autonómicas.

Aunque en un principio, los Estatutos de Autonomía tenían un mero enfoque institucional, y carecían de una Carta de derechos, las posteriores reformas estatutarias —que han tenido lugar en la mayoría de las Comunidades Autónomas— han incorporado una serie de enumeraciones de derechos, entre los que no faltan los de contenido social. Las reformas han conformado así, una parte dogmática estatutaria, dotada de «una especie de declaración de derechos de carácter predominantemente social, junto con otros derechos del ámbito institucional y un conjunto de objetivos básicos, principios rectores y deberes»⁴¹.

³⁸ Gregorio Cámara Villar, «Los derechos sociales en la Constitución Española», *Op. Cit.*, p. 27.

³⁹ STC 31/2010, FJ 16, cit. Gregorio Cámara Villar, «Veste» y realidad de los derechos estatutarios», *Op. Cit.*, p. 63.

⁴⁰ Gregorio Cámara Villar, «Los derechos sociales en la Constitución Española», *Op. Cit.*, p. 27.

⁴¹ *Ibid.*, p. 59.

El propio desarrollo competencial de las autonomías ha servido como inspiración a un gran número de ellos. Así, derechos que ya existían como legales en los ordenamientos autonómicos han inspirado la pauta normativa con la que han sido incluidos en los Estatutos. Su «elevación» de rango, con su inclusión en los Estatutos, pretendía reforzar su garantía, subrayando su contenido esencial, y estableciendo el marco normativo «al que han de atenerse los poderes públicos autonómicos en el ejercicio de sus competencias, mediante el señalamiento de prescripciones, orientaciones y límites, singularmente al legislador al operar los desarrollos regulativos necesarios»⁴². Es decir, con su inclusión en la norma fundamental de la Comunidad Autónoma se ha pretendido garantizar su plena efectividad para la ciudadanía⁴³.

Estos derechos (siempre vinculados al ámbito competencial asumido por las Autonomías) han sido formulados y organizados siguiendo el modelo constitucional, es decir, adoptando la forma de derechos y principios, aunque —a veces— bajo una defectuosa formulación⁴⁴.

El acomodo de los derechos sociales es variado. Los hay que pueden incidir en los derechos fundamentales, pero lógicamente en el ámbito de las competencias autonómicas⁴⁵. En estos casos, se tratarían de meras reiteraciones de la norma constitucional o de un desarrollo del derecho constitucional ya implícito, cuya intención es la de reforzar su vinculación o constituir un desarrollo específico para el ámbito autonómico⁴⁶. En el caso de otros derechos, estos tratan de reiterar aspectos propiamente constitucionales (reforzando el compromiso autonómico con la dimensión social del Estado) o complementarlos en su ejercicio, como el derecho al acceso a determinados servicios públicos en el ámbito laboral o de los servicios públicos⁴⁷. Al lado de ellos existen derechos que desarrollan principios rectores de la política social y económica (los del Capítulo III del Título I de la Constitución); estos intentan reforzar sus garantías, conformándolos como derechos que vinculan a los poderes públicos autonómicos, y especialmente al legislador, estableciendo estatuariamente su contenido esencial; si bien —nos aclara Cámara— con falta de precisión o una formulación propia de un mero principio rector, cuando no remitiendo a su desarrollo legislativo⁴⁸. Por último, los Estatutos también han establecido explícitamente auténticos principios rectores, y objetivos

⁴² *Ibid.*, p. 82.

⁴³ Francisco Balaguer Callejón, «Derechos, principios y objetivos en los Estatutos de Autonomía reformados», *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 13, 2008, p. 22; en: *Ibid.*, p. 81.

⁴⁴ Gregorio Cámara Villar, «Veste» y realidad de los derechos estatutarios», *Op. Cit.*, p. 81.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 65.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, p. 70.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 72.

básicos que deben guiar a los poderes autonómicos (de acuerdo con el art. 9.2 y el Capítulo III de la Constitución) que, aunque no dejan de tener un valor normativo, tienen una formulación programática⁴⁹.

Para reforzar estos derechos, los Estatutos han establecido una serie de garantías: Se ha establecido una reserva de ley para su desarrollo; se ha configurado en el Estatuto el respeto a su contenido esencial, la vinculación de los poderes públicos y —dependiendo de su naturaleza— los particulares; se ha establecido el principio de interpretación más favorable a su efectividad (en algunas Comunidades Autónomas); y, respecto a su justiciabilidad, algunos Estatutos han establecido como su vulneración por parte de los poderes autonómicos podrá ser objeto de recurso ante la jurisdicción, de acuerdo con las leyes procesales; lo que Cámara interpreta como la posible instauración vía legal de una especie de amparo autonómico ante los Tribunales Superiores de Justicia; además de la actuación de los defensores del pueblo autonómicos⁵⁰.

A la vista de estos avances, no puede haber duda acerca del loable propósito del legislador estatutario, tratando de favorecer el reconocimiento de unos derechos sociales, cuya titularidad constitucional no era equiparable a la de los derechos de tradición liberal. Así fue celebrado por el profesor Cámara que, sin embargo, tuvo que enfrentar el baño de agua fría que supuso la jurisprudencia constitucional. En primer lugar, la STC 247/2007 diferenció el ámbito institucional del competencial, considerando que solo en el primer caso las regulaciones estatutarias pueden generar auténticos derechos subjetivos, en tanto que en el segundo no es posible el establecimiento de verdaderos derechos públicos⁵¹. En el pronunciamiento de otra sentencia, la STC 31/2010, también se decidió que estos derechos estatutarios no eran más que principios, por mucho que su estructura y voluntad estatutaria fuera otra; y así, en su fundamento 16 declaró que «este tipo de derechos estatutarios, que no son derechos subjetivos, sino mandatos a los poderes públicos [...] operan técnicamente como pautas (prescriptivas o directivas, según los casos) para el ejercicio de las competencias autonómicas»⁵². Pese a la contundencia de ambas decisiones constitucionales en contra del reconocimiento de los derechos sociales estatutarios como auténticos derechos, el profesor Cámara fue capaz de encontrar diferencias entre ambas, sobre las que quizás cupiera pavimentar en el futuro un diferente reconocimiento. En opinión de Cámara, a partir de ese párrafo, la argumentación dejó de ser clara, quizás por la necesidad

⁴⁹ *Ibid.*, p. 76 y 77.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 79 y 80.

⁵¹ Gregorio Cámara Villar, «Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)», *Revista española de derecho constitucional*, Año núm. 29, núm. 85, 2009, p. 259-298, p. 286.

⁵² Gregorio Cámara Villar, «Veste y realidad de los derechos estatutarios», *Op. Cit.*, p. 98.

de hacerse eco de las críticas a la primera sentencia, que no encontraban razones suficientes para reconocer la naturaleza de los derechos en función de su vinculación al ámbito institucional o competencial⁵³, deslizándose —en su opinión— hacia un posible reconocimiento en función de la estructura de la norma, aunque errara en su criterio⁵⁴.

Aun reconociendo que en muchos casos la prefiguración estatutaria de estos derechos no era de la suficiente intensidad como para hacer posible su directa aplicación, el profesor Cámara consideró que la demanda de desarrollo legislativo no les debía desprover de su condición de derechos; como tampoco en los casos en los que es posible su justiciabilidad por la determinación de su contenido esencial⁵⁵. De hecho, la consideró una contradicción injustificada contra la voluntad expresa del legislador estatutario⁵⁶.

3. EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

Como es sabido, el proceso de integración europea ha estado presidido por una filosofía economicista, que pivotaba sobre el reconocimiento de las tres libertades (libre circulación de mercancías y servicios, de trabajadores y de capitales). Sin embargo, los derechos fundamentales han ido apareciendo en el Derecho comunitario conforme lo hacía el proceso de constitucionalización material de la Unión; comenzando con la asunción jurisprudencial del patrimonio constitucional europeo, continuando con su incorporación al Tratado de la Unión, la Convención Europea y la Carta de derechos fundamentales⁵⁷.

Generalmente la Carta (y concretamente su adquisición de valor jurídico) ha sido vista, «como fundamento de la integración europea frente la perspectiva economicista que ha prevalecido hasta ahora»⁵⁸. Ello no quiere decir que el recono-

⁵³ *Ibid.*, p. 106.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 107.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 99.

⁵⁶ Siguiendo a: Juan Francisco Sánchez Barrilao, «La garantía jurisdiccional de los derechos estatutarios»; en: Francisco Balaguer Callejón (dir.), Luis Ignacio Ortega Álvarez, Gregorio Cámara Villar y José Antonio Montilla Martos (coords.), *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, p. 125-126.

⁵⁷ Siguiendo —como hace el profesor Cámara— a Pedro Cruz Villalón: Pedro Cruz Villalón, *La Constitución inédita (Estudios ante la constitucionalización de Europa)*, Trotta, Madrid, 2004, p.116. La referencia a la cita la hizo el profesor Cámara en: Gregorio Cámara Villar, «Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado constitucional», *ReDCE*, núm. 4, julio-diciembre de 2005, p. 9-42, p. 9.

⁵⁸ Antonio López Pina y Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Elementos de Derecho Público*. Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 116 y 117.

cimiento de los derechos no haya sido estimulado, por exigencias de carácter económico. De hecho, la libre circulación de trabajadores demandó el reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres, que se introdujo en el Derecho primario con el Tratado de Ámsterdam⁵⁹.

La Carta, que es sin duda el documento más importante en materia de derechos de la Unión, presenta la clásica formulación y organización del constitucionalismo europeo, es decir —siguiendo la formulación häberliana— es continuista con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros⁶⁰. El catálogo de los derechos se expone en sus seis primeros Títulos, que recogen los derechos civiles y las libertades clásicas, así como los derechos económicos, sociales y culturales igualmente básicos⁶¹. Y no es en esto en lo único en lo que sigue una formulación constitucional tradicional.

Al igual que la Constitución Española de 1978, el profesor Cámara tendrá que lamentarse de la insuficiente distinción entre derechos y principios, y —lo que es peor— de su diferente régimen jurídico. Así señalará como el apartado 5 del artículo 112 del fallido Tratado constitucional (idéntico al art. 52.5 de la Carta) establecía: «Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos»⁶².

Con ello, la discriminación de los principios (receptáculo fundamental de los derechos sociales) frente a los derechos quedó formulada. Los principios no contendrán ni la densidad ni la estructura normativa de los derechos y «serían normas directrices o directivas que despliegan una eficacia (siempre vinculante, debe insistirse) orientadora y hermenéutica y de control de legalidad, pero que no configuran por sí, directamente, derechos subjetivos susceptibles de ser esgrimidos como tales en ausencia de desarrollo»⁶³. Serán, en el mejor de los casos derechos una vez hayan sido desarrollados, al igual que lo son los principios rectores de la Constitución Española. Una visión, ciertamente voluntarista, sobre todo a la luz de opiniones más pesimistas, para los que se tratan poco más que de disposiciones programáticas, sin un contenido prescriptivo para las instituciones, que les obligue realmente a realizarlos y a orientar los objetivos económicos del mercado único

⁵⁹ Gregorio Cámara Villar, «Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado constitucional», *Op. Cit.*, p. 24-25.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 36.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.* p. 37.

⁶³ *Ibid.*

europeo⁶⁴. Esa ha sido —con matices—, la interpretación del Tribunal de Justicia que, en la sentencia de 13 de julio de 1989, Wachauf, causa 5/88 determinó que «los derechos fundamentales reconocidos por el Tribunal no resultan [...] ser prerrogativas absolutas y deben ser considerados con relación a la función por ellos desenvuelta en la sociedad. Es por tanto posible establecer restricciones al ejercicio de tales derechos, en particular en el ámbito de una organización común del mercado, con tal de que dichas restricciones respondan efectivamente a la finalidad de intereses generales perseguida por la Comunidad y no se resuelvan, considerando la finalidad perseguida, en una intervención desproporcionada inadmisibles que perjudique la propia sustancia de tales derechos»⁶⁵.

III. Una razón económica

En las líneas anteriores hemos seguido el debate y, —por qué no decirlo— la batalla jurídica por el fortalecimiento de las garantías de los derechos sociales, siguiendo la obra del profesor Cámara. Hemos analizado —siguiendo sus trabajos—, como pese a su formulación, en muchos casos como derechos, han encontrado una destacable resistencia a su consideración como tales; y ello incluso contrariando la voluntad del legislador, como en el caso de la jurisprudencia constitucional, que se ha esforzado —de forma incorrecta, a su juicio— por rebajar las expectativas creadas con la reforma de los Estatutos. Además, la apuesta por su mera consideración como principios (al menos de la mayor parte de ellos) no solo ha tenido lugar en el ámbito nacional y autonómico, sino también en el de la Unión Europea. Tal coincidencia es muy notoria, y nos interrogan sobre la razón última de dicha consideración y persistencia.

La consideración de los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales, siguiendo a la Constitución y a la propia Unión Europea, o como auténticos derechos estatutarios en el caso de los Estatutos de Autonomía, no es una cuestión baladí. Tal discriminación condena a los derechos sociales a tener una posición subalterna frente a los de inspiración liberal, haciendo que nuestros textos constitucionales o supranacionales valoren las aportaciones al constitucionalismo de los primeros, de forma diferente a las de los segundos.

Es conveniente recordar que esta transformación es realmente crucial, en cuanto la consideración de un derecho como fundamental convierte al derecho en «inmediatamente exigible por su titular y es indisponible para los poderes públi-

⁶⁴ Silvio Gambino, «Derechos sociales, Carta de Derechos Fundamentales e integración europea», *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, núm. 4, 2009, p. 187-242, p. 215.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 215-216.

cos, en particular, para el legislador»⁶⁶. Por supuesto existen otras implicaciones, como en el caso español que su desarrollo queda reservado a la Ley Orgánica, su protección mediante procedimiento preferente y sumario y, en su caso, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Llegados a este punto, comenzaremos por rechazar algunas de las argumentaciones que se han utilizado para mantener su consideración como principios.

1. TODOS TIENEN UN COSTE

La primera y más clara argumentación legitimadora de la discriminación de los derechos sociales se refiere a su coste frente a la pretendida gratuidad los derechos de raíz liberal, que en teoría no tendrían este obstáculo para su consideración como fundamentales. Siguiendo al profesor Presno Linera conviene en primer lugar señalar como algunos derechos sociales, de cuyo coste no puede haber alguna duda, ya gozan de dicha consideración como fundamentales. Así ocurre con el derecho a la educación, que encabeza la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, y que de igual modo está entre las libertades de la Carta (artículo 14)⁶⁷.

Sin embargo, el punto principal de la argumentación radica en que siendo obvio que hacer realidad los derechos sociales conlleva un coste económico, no lo es menos que eso también ocurre con los derechos no sociales, como el acceso a los tribunales, la garantía de la propiedad privada, etc.⁶⁸. El mantenimiento del aparato jurídico estatal para su aseguramiento también tiene un coste, y no es precisamente despreciable, por lo que esta argumentación es a todas luces insuficiente.

Esta constatación (el aseguramiento de cualquier derecho tiene un coste) ha podido ser soslayada porque los derechos liberales han sido presentados como dados de manera natural y previa, frente a los derechos sociales que se han presentado como requeridores de una prestación por parte del Estado. Los primeros serían fácilmente reconocibles, su contenido esencial predecible y, por tanto, solo necesitarían de su protección judicial; los segundos requerirían de una prestación que necesariamente necesita ser objetivada (a quién otorgarle la prestación y hasta dónde) por lo que deberían ser considerados como meras metas u objetivos políticos⁶⁹. La naturaleza de los derechos sociales, por tanto, se adecua-

⁶⁶ Miguel Ángel Presno Linera, «¿Derechos sociales fundamentales?», 6 de diciembre de 2014; en: <https://presnolinera.wordpress.com/2014/12/06/derechos-sociales-fundamentales/>

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Siguiendo la opinión de Ernst Wolfgang Bockenforde. Ernst Wolfgang Bockenforde, *Escritos de derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden 1993, p. 76 y ss.; en: Rodolfo Arango, «La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales», *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001, p. 185-212., p. 194.

ría más a la de principios, que en todo caso suponen un mandato expreso al legislador⁷⁰.

En realidad, bajo esta división se oculta una decisión pragmática; hacer que toda la sociedad pague el coste del aseguramiento de los derechos liberales, mientras que los derechos sociales quedan a merced de las decisiones políticas coyunturales. Lo cierto es que los derechos liberales también tienen un coste de aseguramiento (o si queremos de mantenimiento) pero al presentarse como naturales logran que sean asumidos directamente por los poderes públicos (y, por tanto, por todos los miembros de la comunidad) a los que se les puede reclamar judicialmente. Sin ellos, que requieren de autoridades administrativas, de policía o judiciales sería imposible el desarrollo del mercado, de ahí la necesidad de que su aseguramiento, quede a resguardo de las discusiones políticas. Frente a ellos, los derechos sociales sí que se hacen depender de cuestiones coyunturales y decisiones puramente políticas. La distinción supone pues una apuesta por los derechos que benefician a una parte de la población, en detrimento de otra, cuyas necesidades —vinculadas a los derechos sociales— se hacen depender de las luchas sociales y las necesidades del mercado⁷¹.

Tras ello anida una concepción *mercatoria*, en el que los derechos de libertad son el presupuesto lógico del mercado, mientras que los sociales se sitúan fuera del mercado y serían el producto de las luchas políticas⁷². Una narrativa cierta pero inexacta.

2. PRINCIPIOS ¿PARA CUMPLIR MEJOR SU FUNCIÓN?

El profesor Cámara nos recordaba en «Los derechos sociales en la Constitución Española», como estos derechos se abrieron paso en las constituciones y tratados internacionales⁷³. Los derechos sociales respondieron a las exigencias de justicia social y su reconocimiento fue el resultado de un «pacto social democrático», que tenía dos virtudes; por un lado, el respeto a los principios y el funcionamiento del mercado y las instituciones del capitalismo»; y por otro, su contrapeso en forma de su compromiso «con variables exigencias de justicia social»⁷⁴. Este Estado social mostraba desde el principio sus dos caras: El compromiso inequívoco con el capitalismo y sus instituciones, que en el plano de los derechos significó

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Rodolfo Arango, «La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales», *Op. Cit.*, p. 193.

⁷² Partha Dasgupta, *An Inquiry into Well-Being and Destitution*, Oxford 1993, p. 46; en: Rodolfo Arango, «La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales», *Op. Cit.*, p. 194.

⁷³ Gregorio Cámara Villar, «Los derechos sociales en la Constitución Española», *Op. Cit.*, p. 28.

⁷⁴ *Ibid.*

el reconocimiento de los derechos liberales — necesarios para su funcionamiento— como fundamentales y garantizados jurisdiccionalmente; y, por otro, un compromiso con la justicia social variable en sus exigencias, que conduciría a un reconocimiento de la mayoría de los derechos sociales como meros principios. Los primeros expresados en términos de certeza, los segundos en términos de variabilidad. Tras esta distinción sin duda hay una opción ya expresada, la de defensa clara de unos intereses frente a otros, pero ¿hay algo más?

En nuestra opinión, la clave radica en la inspiración económica de todo ese pacto, que como bien expresaba el profesor Cámara no fue otro que el keynesianismo⁷⁵. En este punto resulta fundamental comprender el papel del keynesianismo en la historia económica, y el papel que le otorga a los derechos sociales. Expandidas a partir de la crisis económica de 1927, en una época de grandes turbulencias económicas, las ideas keynesianas (similares a las de los «new dealers» al otro lado del atlántico) ofrecieron la oportunidad de salvar a un capitalismo, que veía como su propia condición inestable lo ponía en riesgo, frente a un sistema rival, el de la entonces planificación económica centralizada, que se caracterizaba precisamente por su estabilidad. El capitalismo como sistema económico esencialmente inestable, por las tensiones financieras y comerciales que le son intrínsecas encontró en las nuevas ideas económicas, una forma de prevenir y sortear las temidas crisis, permitiendo su pervivencia. El keynesianismo ponía fin al «laissez faire» y propugnaba la intervención del Estado en la economía. Una intervención que le otorgaría un gran papel a las consabidas obras públicas —el aspecto más conocido de sus políticas anticíclicas—, pero que otorgaría a los derechos sociales un papel mucho menos conocido, aunque nada despreciable. Dichas ideas económicas, aunque encontraron fuerte resistencia, demostraron su eficacia en la lucha contra la depresión económica mediante las fuertes inversiones estatales que reactivaron la economía, pero también encontraron como prevenirlas y disminuir su profundidad, a través de los derechos sociales. Estos, formulados como principios, actuarían a partir de entonces como estabilizadores automáticos, es decir, como cortafuegos de las depresiones económicas, antes de que estas se convirtieran en las temidas crisis económicas. Los sistemas públicos de salud, la vivienda social, y otros derechos sociales actuarían a partir de entonces como estabilizadores que activarían una pronta respuesta —cuando no automática— frente a los signos de crisis, generando confianza, activando el consumo y disminuyendo la conflictividad social, precisamente cuando las clases trabajadoras más lo necesitaban. Bajo este paradigma, los derechos sociales quedarían configurados de forma variable (frente a la certeza jurídica generada para los liberales), de forma que su formula-

⁷⁵ «Todo ello cubierto en el plano económico con la inspiración teórico-práctica del pensamiento keynesiano». *Ibid.*

ción final se hace depender de elementos de oportunidad técnico-política. De este modo, la fase del ciclo económico de la economía (un tema muy bien estudiado por el keynesianismo)⁷⁶, las políticas económicas contra cíclicas puestas en marcha, amén de la mayor o menor conformidad de los grupos a los que van destinadas, a través de sus propias luchas políticas configurarían en su fase final (la legislativa e incluso reglamentaria) estos derechos. Una especie de globo que se infla cuando es necesario y se desinfla cuando no lo es tanto (según los intereses económicos vistos desde la óptica del mercado —naturalmente— o de la presión social) lo que explica perfectamente la persistencia de la defensa de su naturaleza como principios, no reclamables judicialmente, frente a los auténticos derechos.

Ni que decir, que hoy en día esta sigue siendo la mentalidad jurídico-política que anida en torno a los derechos sociales en el ámbito nacional, europeo o internacional; aunque, muy debilitado por las políticas neoliberales, que se pondrían en marcha a partir de los años 70, cuando Estados Unidos se convirtió en un Estado deficitario (pero eso es otra historia)⁷⁷. No hay más que ver cómo la respuesta a la pandemia del Covid 19 (que supuso un abandono temporal aunque claro de las tesis neoliberales, y un abrazo temporal las ideas keynesianas contra cíclicas) se cimentó en gran parte a través de un reforzamiento de los derechos sociales (y no solo hablamos de los derechos sanitarios, pues también se hizo un esfuerzo en otros ámbitos) que se fueron debilitando o abandonando, una vez que no fueron necesarios desde la perspectiva de la lógica del mercado.

Pero ello no quiere decir, que la lucha por los derechos sociales como auténticos derechos haya dejado de tener sentido. Su condición habilitadora de la promoción de las condiciones de vida digna sigue estando ahí, como sigue estando su capacidad de ayudar al desarrollo de la personalidad humana. Lo que sí que se ha quedado corta es la visión keynesiana del papel de los derechos en la estabilidad económica, demasiado centrada en las crisis de las sociedades industriales, en un mundo que es muy distinto a aquel que vio nacer a aquella escuela económica. Se impone pues, la obligación de renovar el paradigma keynesiano, en el que aún se siguen moviendo los derechos sociales, releyendo sus premisas, como ya están haciendo las escuelas postkeynesianas. En ellas, los derechos siguen reclamando salir de su posición subordinada, convirtiéndose en mecanismos de estabilidad de precios y progreso económico; pero eso también es otra historia, en la que no dejo de trabajar, como sabe mi querido profesor Cámara.

⁷⁶ Recordemos el famoso libro sobre los ciclos económicos y el papel del Estado. John Maynard Keynes, *The General Theory of Employment Interest and Money*, Palgrave Macmillan, London, 1936.

⁷⁷ Véase: Miguel José Arjona Sánchez, *El euro, entre la nostalgia postmoderna al oro y un supra-federalismo europeo. Un debate constitucional*, Aranzadi, 2022.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: BOSQUEJO PARA EL DEBATE

ABRAHAM BARRERO ORTEGA
Universidad de Sevilla

I. Introducción

La excelente trayectoria académica e investigadora del profesor Gregorio Cámara Villar es conocida y apreciada por todos. Mucho y bien podría decirse sobre su producción científica. En esta jubilosa ocasión me limitaré a subrayar la dimensión dialéctica, intelectual *sensu stricto*, de algunos de sus estudios. Jean-Paul Sartre escribió que cada palabra tiene consecuencias, cada silencio también. Gregorio Cámara, quién sabe si por influencia de su admirado Fernando de los Ríos, ha tomado a menudo la palabra escrita para reflexionar críticamente, desde el rigor y el método propio del Derecho Constitucional, sobre la realidad jurídico-política con la pretensión de influir en ella, alcanzando, desde luego, estatus de autoridad. Y diría, aún más, que ha querido fijar especialmente su atención en temas socialmente controvertidos: eutanasia, aborto, socialización política para la ciudadanía, laicidad y enseñanza de la religión, objeciones de conciencia, etc. Temas sensibles que evidencian desacuerdos o conflictos de interés dentro de una sociedad pluralista y democrática.

Pues bien, en el marco de este merecido homenaje, quisiera en lo que sigue adentrarme en la polémica en torno a la gestación por sustitución o maternidad subrogada y, más exactamente, en torno a la constitucionalidad de su legitimación. Otro de esos temas cuya sola mención genera discusión.

En un reciente y magnífico trabajo, Encarnación Roca Trías denuncia, al hilo de la gestación por sustitución, la gravedad que supone eludir una prohibición legal —el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), prescribe que «será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio, a cargo de una mu-

jer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero»— valiéndose del Derecho de otro país¹.

La magistrada Roca Trías insiste, no obstante, en un principio claro: puede discutirse o no la prohibición; puede considerarse que no pueden ponerse puertas al campo y que hay que acabar regulando la gestación por sustitución; puede entenderse que con estos procedimientos se vulneran la dignidad y los derechos de las mujeres; puede estimarse que hay que proteger el derecho a ser padres. Todas estas razones, y otras como el interés superior de los menores, son atendibles por el legislador democrático para regular o no la gestación por sustitución. Ahora bien, mientras persista la prohibición y se declare la nulidad del contrato, la ley es dura, pero es la ley. *Dura lex, sed lex*. La aplicación de las leyes es obligatoria a no ser que se cambien.

El tema es complejo y delicado; tiene múltiples repercusiones sociales, ideológicas, políticas, filosóficas y hasta económicas. Y siendo relativamente corto el tiempo transcurrido desde que esta cuestión saltó al primer plano del interés público, la bibliografía que se cuenta de ella es abundantísima, lo que ha propiciado un diálogo teórico enriquecedor. Una cuestión que enfrenta diferentes cosmovisiones y posturas doctrinales que alimentan un riquísimo debate en contra y a favor, a favor y en contra, de su legitimación. ¿Regular o prohibir?² ¿Silenciar?

Y una cuestión, en fin, en la que confluyen diferentes derechos, bienes y valores de relevancia constitucional que conviene apreciar y, aún más, aquilatar o ponderar. La constitucionalidad de la gestación por sustitución no está resuelta en la Constitución española de 1978 (CE), pero es sin duda una cuestión de trascendencia constitucional por cuanto afecta o incide en todo un complejo de derechos fundamentales, bienes y valores constitucionales. Desde los derechos fundamentales y otros bienes y valores ligados a la mujer gestante (o portadora) hasta el interés prioritario del menor, pasando por los derechos e intereses legítimos de los progenitores de intención (comitentes).

Mucho tema para quien hasta ahora nunca lo había abordado. Pero a base de escuchar una y otra vez tratado el asunto, de encontrar en monografías y revistas enfoques nuevos o repetidos, he terminado por hacerme algunas preguntas. Estas preguntas, y mis reflexiones al hilo de ellas, serán las que queden expuestas aquí. La bibliografía que cite, mínima, vendrá sólo a servirme de apoyo para formular algunos interrogantes y encontrar algunas respuestas; de ninguna manera será

¹ Roca Trías, E.: «Dura Lex Sed Lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 69, 2179, 2015, págs.301-338.

² Gómez Abeja, L.: «Gestación por sustitución: ¿regulación o prohibición?» en Rodríguez Ruiz, B. (ed.): *Autonomía, género y derecho: debates en torno al cuerpo de las mujeres*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019, pp. 325-358.

exhaustiva y, estoy seguro, se notarán lagunas. Sirva de excusa, si es que es posible, la limitada ambición de estas páginas.

II. La gestación por sustitución en cuanto cuestión social e ideológicamente controvertida

Una cuestión social e ideológicamente controvertida es un tema o asunto de interés general que genera un intenso debate y desacuerdo en la sociedad debido a las diferencias en las creencias, valores y perspectivas ideológicas de las personas. Estas cuestiones suelen involucrar aspectos relacionados con la moral, la ética, la política, la religión o la cultura. Son cuestiones que suscitan una amplia gama de opiniones y puntos de vista, dividiendo a las personas en campos opuestos y, a veces, hasta extremos, con tendencia, pues, a polarizar.

Las opiniones sobre cuestiones controvertidas están influenciadas a menudo por valores, creencias religiosas, ideologías políticas y experiencias personales; son un reflejo de la diversidad y complejidad de la sociedad moderna y su capacidad para abordar y resolver estos desafíos juega un papel importante en la evolución de una sociedad. Las opiniones sobre cuestiones controvertidas pueden evolucionar con el tiempo a medida que la sociedad cambia, se desarrolla y se enfrenta a nuevos desafíos.

Estas cuestiones suelen tener un impacto significativo en la formulación de decisiones y políticas públicas, ya que el legislador democrático debe decidir en medio de un intenso debate y presión de diferentes grupos de interés.

En tal sentido, el pluralismo político (art. 1.1 CE) implica la coexistencia y la participación activa de múltiples perspectivas, opiniones, ideologías y grupos políticos en un sistema democrático. Se trata de un principio fundamental en la teoría política democrática y se basa en la idea de que, en una sociedad democrática, debe haber espacio para una diversidad de voces y puntos de vista políticos³. Lo que caracteriza a la democracia es la continua toma de decisiones y la apertura a todas esas posibilidades y puntos de vista. Todo ello, como ha afirmado nuestro Tribunal Constitucional (TC), «proporciona capacidad evolutiva al constitucionalismo pluralista propio de nuestro Estado social y democrático de Derecho» (STC 259/2015).

La complejidad de la sociedad democrática se refleja, o debe hacerlo, en el ejercicio del poder político, de suerte tal que los ciudadanos se pronuncien libremente sobre sus preferencias políticas. El proceso político no puede así considerarse como un actor cohesionado que se pone al servicio de unos únicos intereses sino

³ Dahl, R. A.: *Dilemmas of Pluralist Democracy*, Yale University Press, New Haven 1982.

más bien una arena a la que tienen acceso muy diversos puntos de vista. El pluralismo político se apoya, pues, en la idea del proceso político como una sucesión de contiendas y una balanza de intereses y posibilidades.

Ejemplos de cuestiones sociales e ideológicamente controvertidas serían la legalización de las drogas, la prostitución, la modificación o manipulación genética, la pena de muerte y, por aludir a cuestiones ya enjuiciadas por la jurisdicción constitucional, el aborto⁴, la eutanasia⁵, el matrimonio entre personas del mismo sexo⁶ o la educación en el hogar o *homeschooling*⁷. Existen cuestiones o temas cuyo abordaje desencadena súbitas tormentas de trasfondo ideológico y político.

La gestación por sustitución también caería dentro de este grupo de cuestiones social e ideológicamente controvertidas. Nótese que, ya en los debates en el seno de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas del Congreso de los Diputados de España (la denominada Comisión Palacios)⁸ y, más claramente, con ocasión de la tramitación de nuestra primera ley sobre técnicas de reproducción asistida (LTRA), la 35/1988, de 22 de noviembre, —antecedentes de la vigente 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA)—, pudo constatarse claramente este carácter controvertido o polémico. Recuérdese, por otra parte, el recurso de inconstitucionalidad promovido por 63 diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la LTRHA de 1988 y resuelto por la valiosa STC 116/1999 —con un voto particular discrepante no menos valioso—.

El Derecho Comparado revela diferentes posturas frente a la gestación por sustitución⁹. La gestación subrogada está admitida en algunos países, pocos, de nuestro entorno próximo (Reino Unido, Grecia y Portugal en el seno de la Unión Europea). Entre las modalidades de gestación subrogada, se distingue entre la gestación altruista o solidaria, contemplada en el Reino Unido, Grecia

⁴ SSTC 53/1985 y 44/2023.

⁵ STC 19/2023.

⁶ STC 198/2012.

⁷ STC 133/2010.

⁸ El Congreso de los Diputados creó, a finales de 1985, un grupo de trabajo para estudiar la repercusión social de las técnicas de reproducción asistida, que fue presidido por el diputado socialista Marcelo Palacios. Siguiendo las recomendaciones del Informe de la Comisión Especial, aprobado por el Pleno del Congreso el 10 de abril de 1986, el Pleno del Congreso aprobó, asimismo, por amplia mayoría una Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida el 16 de diciembre de 1987. Posteriormente fue la Comisión de Política Social y Empleo con competencia legislativa plena la que aprobó el texto de la proposición, tras fuertes debates parlamentarios que también se produjeron en la tramitación en el Senado.

⁹ González Martín, N. (ed.): *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez. Perspectivas de derecho comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México 2021.

o Canadá, y la gestación mercantil o comercial, prevista fuera del ámbito de la Unión Europea en algunos estados de los Estados Unidos de América, Rusia o Ucrania.

Otros países del espacio europeo, la mayoría (Alemania, Austria, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Polonia o Suecia), la prohíben dentro de su territorio en atención a la dignidad de la madre gestante y del menor. Lo cual les ha enfrentado con una contradictoria y grave situación jurídica, consistente en encontrarse con ciudadanos que salen del territorio nacional y regresan al país de origen con un hijo menor.

Los ordenamientos nacionales europeos, en buena medida animados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se han visto obligados a dar una respuesta de urgencia a este *fait accompli* por mor de la protección de un menor que se encuentra en, por así decir, un limbo jurídico. Los jueces y tribunales vienen alumbrando soluciones jurisprudenciales reconocedoras, en determinadas circunstancias, de efectos filiatorios a esa gestación habida en el extranjero sobre la base del interés superior del menor.

Como quiera que sea, resulta sumamente provechoso analizar en detalle la regulación de la gestación por sustitución en aquellos países que la admiten o, cuando menos, la toleran, ya que descubren matices y puntos de vista que, *mutatis mutandis*, podrían ser trasladables a cualquier otro ordenamiento. En tal sentido, tráigase aquí a colación la concepción del Derecho Constitucional comparado como «método crítico del estudio del Derecho que permite superar las debilidades o carencias de soluciones jurídicas en un contexto determinado»¹⁰.

III. La gestación por sustitución en cuanto cuestión constitucionalmente abierta y el apreciable margen de configuración del legislador

En consonancia con ese carácter social e ideológicamente controvertido, y teniendo en cuenta que en la Constitución de 1978 (CE) no hay obviamente un pronunciamiento explícito sobre el tema, la gestación por sustitución podría definirse como una cuestión constitucionalmente abierta. Las cuestiones constitucionalmente abiertas son aquellas que el constituyente no resuelve clara o terminantemente, en unas ocasiones porque no se logra el consenso político necesario y en otras porque una sociedad evoluciona y surgen nuevas situaciones y tecnologías;

¹⁰ Pegoraro, L.: «El método en el Derecho Constitucional: la perspectiva desde el Derecho Comparado», *Revista de estudios políticos*, ISSN 0048-7694, 112, 2001, págs. 9-26.

surgen asuntos, como la gestación por sustitución, en los que sencillamente no pudo reparar la Constitución original.

En buena lógica, el, por así decir, cierre de esas aperturas estructurales habría de corresponder al legislador democrático, bajo el control de una jurisdicción constitucional que se limita a precisar el marco constitucional de certeza a respetar por aquél. Y es que a falta de consenso social y político suficiente en relación a determinados temas o asuntos, ha de respetarse el margen de apreciación del legislador de cada momento. La deferencia que merece el legislador democrático resulta cuestionada cuando es el juez constitucional quien resuelve esas cuestiones controvertidas, pasando aquél, entonces, a verse suplantado por el Tribunal Constitucional¹¹.

El legislador está en mejor posición que la jurisdicción constitucional para resolver determinados asuntos o temas. La jurisdicción constitucional, en principio, no es instancia adecuada para tomar decisiones sobre concepciones socialmente contestadas que traducen particularidades históricas, culturales, sociales, económicas o jurídicas de un determinado Estado. La diversidad de opciones culturales, sociales, económicas, etc. en el seno de un Estado demanda una especial prudencia de la jurisdicción constitucional a la hora de resolver determinadas controversias.

La legitimidad democrática en la toma de decisiones actúa, de otra parte, a favor del legislador en la medida en que podría argumentarse que determinadas decisiones polémicas deben ser adoptadas por los ciudadanos o por sus representantes electos, a través de un proceso de discusión pública y decisión mayoritaria. Es la ley, en el marco de una democracia deliberativa, el cauce idóneo para llegar a soluciones con mayor probabilidad de ser socialmente aceptables que las soluciones a las que se llegaría por otros procedimientos. El legislador decide a través del procedimiento legislativo diseñado en la Constitución. Al juez constitucional le compete garantizar el consenso mínimo sobre valores compartidos objetivado en la Constitución, dejando la resolución de las discrepancias legítimas para el legislador democrático.

Como ya se ha apuntado antes, el TEDH ha abordado la cuestión de los efectos de una filiación derivada de una gestación por sustitución en un país que la admite por nacionales de otro país que la prohíbe, pretendiendo luego su reconocimiento en su país de origen al que regresan (así, *SSTEDH Mennesson c. Francia* y *Labasse c. Francia*, ambas de 26 de junio de 2014, *Foulon y Bouvet c. Francia*, de 21 de julio de 2016, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, de 24 de enero de 2017 (II) —en la que la Gran Sala revoca sentencia anterior pronunciada por la Sala, el 5 de

¹¹ Barrero Ortega, A.: «¿Quién debe dirimir las cuestiones socialmente controvertidas? A propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 26, 2016.

junio de 2015 (I), o las más recientes *D. c. Francia*, de 16 de julio de 2020, y *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*, de 18 de mayo de 2021).

De todos modos, el TEDH se ha esforzado por dejar claro que no es su función suplir los criterios de las autoridades nacionales para determinar la política legislativa adecuada respecto a una materia en la que no hay consenso europeo y, por consiguiente, los Estados gozan de una amplia capacidad de decisión. Deferencia europea a la autonomía interna, sin que ello signifique adhesión o confirmación de lo decidido por la autoridad nacional, sino el reconocimiento a las autoridades nacionales, y en especial al legislador, de un apreciable margen de apreciación discrecional debido a la ausencia de concierto en torno a una cuestión con múltiples implicaciones morales y éticas.

Esta línea jurisprudencial viene a confirmar que el desarrollo de los derechos fundamentales en Europa debe ir acompañado de un consenso entre los Estados partes y una definición común del contenido esencial de tales derechos. Sin ese necesario *consensus generalis*, que el TEDH constata a través de la práctica de los Estados, una interpretación común se hace más compleja y la jurisprudencia regional se torna más deferente con la soberanía estatal¹².

El consenso —o su ausencia— constituye, pues, una noción que permite explicar la aplicación del margen de apreciación nacional por parte del TEDH. Consenso que, a día de hoy, no se da respecto a la gestación por sustitución. Y sin consenso, el margen de libertad del legislador es indudable.

Lo que pasa, volviendo al plano constitucional nacional, es que no siempre resulta fácil distinguir entre el consenso mínimo objetivado en la norma fundamental y esas discrepancias legítimas o cuestiones abiertas, esto es, entre lo que corresponde resolver a la jurisdicción constitucional y al legislador.

En primer lugar, porque a veces resulta complejo determinar qué intereses, bienes y valores constitucionales integran los valores compartidos sobre los que se asienta el consenso mínimo objetivado en la Constitución. Su identificación, interpretación y aseguramiento por la jurisdicción constitucional no están exentas de problemas. El problema no estaría tanto en la colisión entre derechos y bienes, sino en el plano de la interpretación. O, dicho de otro modo, la cuestión es cuándo nos hallamos ante un interés, bien o valor compartido y cuándo ante una realidad ajena al consenso, y este problema no es sino el de una correcta exégesis de las normas constitucionales. El margen de maniobra del legislador dependerá de esa tarea previa de delimitación constitucional.

En segundo lugar, puede que una cuestión social e ideológicamente controvertida linde con el consenso mínimo explicado en la Constitución en la medida en que

¹² García Roca, J.: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid 2010.

aparezcan implicados derechos fundamentales o garantías institucionales. Numerosos ejemplos recientes ilustran cómo los derechos fundamentales pueden extender su eficacia jurídica vinculante sobre asuntos polémicos condicionando, así, la acción de legislador. La voluntad de legislador queda reducida por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera que el abordaje legal de la cuestión controvertida debe respetar ese contenido esencial. Y algo parecido sucede cuando esa cuestión controvertida toca o concierne a una garantía institucional. La imagen maestra (*Leitbild*) de la institución modula el margen de configuración del legislador.

Este debate se plantea nítidamente en la STC 198/2012 y, más recientemente, en las SSTC 19/2023 y 44/2023, al hilo de la constitucionalidad del matrimonio homosexual, de la eutanasia y de la ley de plazos en materia de aborto. Tres pronunciamos en los que el TC español, al igual que otros tribunales o cortes constitucionales, se introduce en la discusión en torno a las pautas de los diálogos morales globales y de las decisiones legislativas sobre cuestiones controvertidas.

Las diferencias entre estos pronunciamientos saltan a la vista. En la STC 198/2012, la mayoría del TC avaló la constitucionalidad del matrimonio homosexual pero se mostró reacia a deducir un nuevo derecho fundamental de autodeterminación que vinculara al legislador¹³. De algún modo, se considera que sólo el poder constituyente tiene atribuida la facultad de crear derechos fundamentales. Elevar a fundamental el derecho de las parejas homosexuales a formalizar su vínculo afecto no sólo no encuentra acomodo en la letra del artículo 32 CE, sino que podría obturar el circuito democrático donde deben decidirse las cuestiones social e ideológicamente controvertidas.

En cambio, en las SSTC 19/2023 y, más claramente, 44/2023, se diría que el TC toma buena nota de lo ocurrido con el Tribunal Supremo de Estados Unidos y la interrupción voluntaria del embarazo en la sentencia *Dobbs c. Jackson Women's Health Organization*, de 24 de junio de 2022, en la que la protección de la interrupción del embarazo se desvincula de la Constitución federal y, por así decir, se devuelve a los legisladores estatales¹⁴. Fundamentalizando la eutanasia y el aborto a través de una ampliación del contenido declarado del derecho a la integridad física (art. 15 CE), en conexión con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el TC protege del legislador futuro derechos subjetivos reconocidos por el legislador presente¹⁵. Es posible que todo ello sea consecuencia de

¹³ Barrero Ortega, A.: «El matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo: ¿derecho fundamental u opción legislativa?», *Revista de estudios políticos*, 163, 2014, págs. 41-66.

¹⁴ Equipo Editorial de la *Revista Internacional de Derechos Humanos* (RIDH), 2022: 349-402.

¹⁵ Alguna doctrina diferencia, no obstante, entre el propósito claro y nítido de fundamentalización de la STC 44/2023 y el menos claro, más ambiguo si se quiere, de la STC 19/2023. Así, De Montalvo Jääskeläinen, F.: «Sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley Orgánica de eutanasia: ¿demasiado rápido, demasiado lejos?», *Revista General de Derecho Constitucional*, 39, 2023.

la mutación o ampliación de tales previsiones constitucionales, pero este panorama difuso sitúa al TC en el centro de la batalla cultural y mengua el margen que la Constitución original quiso dejar al proceso político.

IV. Los derechos, bienes y valores de relevancia constitucional a considerar, empezando por la dignidad de la mujer gestante

1. DE LA MUJER GESTANTE

La postura doctrinal favorable a la legalización de la gestación por sustitución considera que las mujeres deberían poder ejercer el derecho a tomar decisiones sobre su propio cuerpo, incluyendo la opción de ofrecer servicios de gestación por sustitución. Es un tema de libertad individual y autonomía reproductiva¹⁶. Por otra parte, algunas personas no pueden concebir de manera natural debido a problemas de fertilidad, enfermedades genéticas o la ausencia de útero. La gestación por sustitución les ofrece la posibilidad de tener un hijo biológico y experimentar la maternidad o paternidad. La maternidad subrogada, asimismo, faculta para que las parejas del mismo sexo o personas solteras cumplan su deseo de tener hijos biológicos. Toda persona habría de tener la opción de formar una familia, sin importar su orientación sexual o estado civil.

Desde la postura contraria, más crítica, se entiende que la gestación por sustitución conduce a la explotación de las mujeres, especialmente aquellas con pocos recursos económicos. Esta práctica es concebida como una forma de mercantilizar el cuerpo femenino, existiendo un riesgo evidente de que las gestantes sean tratadas como objetos o contratadas para cumplir los deseos de otros. Tampoco puede descartarse que las mujeres gestantes sean víctimas de coerción o presión para participar en la maternidad subrogada. Las gestantes podrían enfrentar dificultades para tomar decisiones libres e informadas debido a su situación económica o dependencia de otras personas¹⁷.

Por otro lado, la falta de regulación adecuada en algunos países puede llevar a prácticas ilegales como el tráfico de personas con fines de maternidad subrogada. El turismo reproductivo es una realidad que se ve incrementada cuando una práctica es legal en el país de prestación, estando prohibida en el país de origen de los usuarios. La maternidad subrogada puede, por lo demás, generar conflictos emo-

¹⁶ Atienza Rodríguez, M.: «Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca», *Revista de bioética y Derecho*, 56, 2022, págs. 107-124.

¹⁷ Salazar Benítez, O.: «La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos», *Revista de Derecho Político*, 99, 2017, págs. 107-120.

cionales y legales complejos, especialmente en situaciones en las que surgen desacuerdos entre las partes involucradas, la mujer gestante y los padres de intención. La determinación de la filiación, los derechos parentales, las responsabilidades y hasta la interrupción voluntaria del embarazo pueden plantear desafíos éticos y, claro está, legales.

Como se ha visto, en el panorama comparado existen, además, diferentes enfoques y modelos de gestación por sustitución, lo que agrega aún más complejidad al debate en torno a su prohibición o legalización (absoluta o parcial).

Basta, en todo caso, enumerar sucintamente los principales argumentos a favor y en contra de la gestación por sustitución para rápidamente caer en la cuenta de los diferentes derechos, bienes y valores constitucionales concernidos. De un lado, derechos, bienes y valores explícitamente enunciados en la norma fundamental, y de otro, intereses y circunstancias específicas tomadas en consideración por el legislador y que no contrarían lo dispuesto en la Constitución. Derechos, bienes, valores y otros intereses, todos ellos, que el legislador debiera considerar conforme al principio de proporcionalidad en el caso de que ejerciera el margen de libertad que ostenta en la materia en un sentido favorable a su regulación.

1.1. *Dignidad*

El respeto a la dignidad (art. 10.1 CE) de la mujer gestante exige reconocer su autonomía, su capacidad para tomar decisiones libres e informadas sobre su cuerpo y su maternidad, y no cabe duda de que la gestación por sustitución puede llevar a situaciones en las que esa mujer se encuentra en desventaja, sometida a presiones económicas, sociales o familiares, y se enfrenta a condiciones desiguales de poder. Además, la separación emocional y biológica entre la mujer gestante y el niño puede plantear conflictos éticos y emocionales que afecten a su dignidad.

El legislador, sin duda, debe blindar a la mujer gestante frente a cualquier género de presiones sociales o económicas. Su salud debe estar protegida, garantizándose que pueda acceder a una atención médica adecuada y de calidad. También deben asegurarse sus derechos a retirarse del acuerdo si su salud corre riesgo y a interrumpir voluntariamente el embarazo. La mujer gestante ha de dar su consentimiento informado y voluntario para participar en un convenio de gestación por sustitución, comprendiendo todas las implicaciones legales, médicas y emocionales. La gestación por sustitución forzada o forzosa, incluyendo el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad económica de la mujer gestante, es un límite infranqueable.

En 2017, el Comité de Bioética de España alertó contra «la instrumentalización abusiva de la mujer para procurar un hijo a otra persona». Abuso que se da cuando mujeres pobres tienen que recurrir a esta práctica para subsistir.

En la misma línea, el TC portugués, en su sentencia 225/2018, insistió en que la irrevocabilidad del consentimiento o posibilidad de que la mujer gestante revoque su consentimiento hasta el momento de la entrega del niño es un presupuesto esencial o «necesidad constitucional» que vincula al legislador¹⁸.

El Parlamento Europeo, en una resolución de 2015, condenó «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 materia prima; (...) debe prohibirse esta práctica (...) y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos»¹⁹.

Un año después, en una resolución de 2016 sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión, el Parlamento Europeo matizó su rechazo, ciñéndolo a la gestación subrogada forzosa, e instaba a los Estados miembros a evaluar las implicaciones de todo género de sus políticas reproductivas restrictivas²⁰.

Más recientemente, en 2022, esta vez con motivo de la guerra de Ucrania (un país clave en la industria internacional de la maternidad subrogada), el Parlamento Europeo emitió otra resolución en la que «condena la práctica de la gestación por sustitución, que puede exponer a las mujeres de todo el mundo a la explotación, en particular a las que son más pobres y se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, como en el contexto de la guerra; pide a la Unión y a sus Estados miembros que presten especial atención a la protección de las madres de alquiler durante el embarazo, el parto y el puerperio, y que respeten todos sus derechos, así como los de los recién nacidos»²¹.

La gestación por sustitución forzosa o forzada, incluyendo el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad económica de la mujer gestante, es inadmisibles. De semejante manera, pero *a contrario sensu*, entiendo que no debiera presumirse *iuris et de iure* que la gestación por sustitución como una nueva forma de filiación o técnica de reproducción asistida que nace de un convenio reproductivo de carácter altruista o colaborativo, en el que prime la voluntad procreacional, sea

¹⁸ Guimarães, M. R.: «As particularidades do regime do contrato de gestação de substituição no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018», *Revista de bioética y Derecho: publicación del Máster en bioética y Derecho*, 44, 2018, págs. 179-200.

¹⁹ 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) y la política de la Unión Europea al respecto.

²⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2016, sobre la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión.

²¹ Resolución de 5 de mayo de 2022 sobre el «Impacto de la guerra contra Ucrania en las mujeres».

siempre un acto moral o jurídicamente repudiable por la mala intención de los intervinientes.

Tengo la impresión de que algunos argumentos en favor de la prohibición o cancelación absoluta de la gestación por sustitución tienen más que ver con posturas ideológicas y religiosas —incluida la repulsa moral por mor de la creencia en el instinto maternal y la teoría del apego con vínculo genético o biológico— que con una verdadera defensa de la dignidad de la mujer gestante. Creo, en fin, que jurídicamente no se sostiene tal sobredimensión de la dignidad personal. O mejor, me resulta forzado entender que pueda considerarse anulada la dignidad por el hecho de que el legislador regule alguna modalidad de gestación por sustitución. La apelación a la dignidad humana no me parece a veces consistente, utilizada con la generalidad con la que se usa para sustentar la prohibición o cancelación incondicionada. Considero exagerado que la gestación por sustitución *per se*, sin ningún matiz, pueda reputarse contraria a la dignidad de la gestante.

En tal sentido, adviértase que, no por casualidad, el TEDH se ha cuidado muy mucho de no condenar enteramente la gestación por sustitución. Una cosa es garantizar el interés superior del menor nacido en el extranjero, afirmando, *ex artículo 8 CEDH*, que existe una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de gestación por sustitución y la determinación legal de su filiación, y otra bien diferente descartar *erga omnes* la compatibilidad de esa gestación con los derechos del CEDH. Es más, como se infiere de *Paradiso y Campanelli* (II), lo que realmente contraviene derechos fundamentales, en perjuicio de todos los participantes en el proceso, y prescinde de analizar el caso concreto y todos los intereses en juego es asumir, *per se*, que el consentimiento de la mujer gestante nunca puede ser libre ni informado, ya se trate de un convenio altruista o comercial.

La reciente sentencia, de 13 de marzo de 2022, de nuestro Tribunal Supremo (TS), leída atentamente, avala igualmente esta conclusión. En ella, el pleno de la sala primera resuelve un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una sentencia que había declarado la filiación materna respecto de una persona que no es la madre biológica de un niño nacido de una gestación por sustitución, sin aportar material genético propio, llevada a cabo en México mediante un contrato en el que intervino una agencia mediadora.

El TS declara sin ambages que el contrato de gestación por sustitución del caso enjuiciado entraña un daño al interés superior del menor y una explotación de la mujer que son inaceptables. Ambos 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. Y, según esta sentencia, la satisfacción del interés superior del menor en este caso conduce a que el recono-

cimiento de la relación de filiación a la madre comitente deba obtenerse por la vía de la adopción. Esta solución satisface el interés superior del menor como exige el TEDH, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el TS también considera dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general.

Ahora bien, la misma sentencia aclara que su decisión está circunscrita a las concretas circunstancias del caso enjuiciado —gestación por sustitución comercial—. Así que no creo que necesariamente haya de interpretarse en el sentido de una descalificación absoluta de cualquier modalidad de gestación subrogada.

1.2. *Integridad física*

El reconocimiento legal de la gestación por sustitución podría plantear desafíos en relación con la protección de la integridad física (art. 15) y, dentro de él, el derecho de la mujer gestante a interrumpir voluntariamente su embarazo. El legislador está impelido a valorar el posible conflicto entre el derecho de la mujer gestante a interrumpir voluntariamente su embarazo y otros derechos, bienes y valores. ¿La ley podría llegar a establecer condiciones y restricciones respecto a la posibilidad de interrumpir el embarazo? Cabría discutir, y mucho, hasta qué extremo el legislador podría validar acuerdos previos entre la mujer gestante y los padres de intención especificando las circunstancias en las que se permitiría —o excepcionalmente no— la interrupción del embarazo. Es clave, en la línea de la mencionada sentencia 225/2018 del TC portugués, amparar preferentemente la capacidad de decisión de la mujer.

1.3. *Protección de datos*

Ex artículo 18.4 CE, la mujer gestante debiera ser plenamente informada sobre el tratamiento de sus datos personales, incluyendo qué información se recopilará, cómo se utilizará y quién tendrá acceso a ella. La mujer ha de otorgar su consentimiento de manera libre, específica e informada. Solo las personas o entidades directamente involucradas en el proceso de gestación y que tengan una necesidad legítima y justificada podrían acceder a dicha información. En particular, habría que implementar medidas de seguridad adecuadas para garantizar su confidencialidad, lo que exige distinguir claramente los propósitos y las restricciones en el uso de los datos, así como asegurar, de manera efectiva y sin obstáculos, el derecho de la gestante a rectificar los datos en caso de inexactitudes. Las autoridades competentes en protección de datos han de asumir un papel activo en la su-

pervisión y el control del cumplimiento de las normas de protección de datos en el marco de un convenio de gestación²².

2. DE LOS MENORES

2.1. *El interés superior del menor*

Al mismo nivel preferente de tutela o salvaguarda de la dignidad y derechos fundamentales de la madre gestante debieran situarse el interés superior del menor y otros derechos fundamentales o no ligados a ese interés prioritario.

La jurisprudencia constitucional española define el interés superior del menor como «la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990» (STC 64/2019). En relación con esta consideración del interés superior del menor juega un papel fundamental el derecho del menor a ser oído y escuchado, como parte de su estatuto jurídico indisponible y como norma de orden público que de forma inexcusable han de observar todos los poderes públicos.

El interés superior del menor debe ser un principio rector en la eventual elaboración de cualquier marco legal sobre la maternidad por sustitución, asegurando que el bienestar y los derechos del niño sean tomados en consideración en todas las decisiones que pudieran adoptarse.

Antes de autorizarse cualquier convenio de gestación, las autoridades habrían de realizar una evaluación minuciosa de los intereses y derechos del niño, lo que incluye tomar en cuenta el entorno familiar, el bienestar físico y emocional del niño y las garantías de un ambiente adecuado para su desarrollo.

Asimismo, deberían preverse salvaguardias legales y reglamentarias que protejan al menor de cualquier forma de explotación, abuso o tráfico, de suerte tal que quede asegurado que los procesos de selección y verificación de los padres de intención y de la gestante cumplan con los estándares adecuados para respetar los derechos del menor. Siempre que sea posible, y en atención a la madurez y capacidad del menor, se debe considerar su opinión y evaluar su bienestar durante todo el proceso.

²² Bartolomé Tutor, A: «Los derechos de la personalidad de la mujer gestante ante una gestación subrogada. El derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la protección de datos de carácter personal y habeas data», *Revista Iberoamericana de Bioética*, 6, 2018, págs. 1-13.

Dado que la gestación subrogada puede implicar aspectos transfronterizos, habría que garantizar que los derechos del menor queden protegidos igualmente en la regulación internacional, incluso en casos donde intervengan ciudadanos extranjeros o se realice en un país diferente al de residencia del menor.

2.2. *Verdad biológica*

El derecho de los menores a conocer los orígenes biológicos o a la verdad biológica se infiere del artículo 7 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989. Con todo, la STC 116/1999 formuló algunos matices que conviene no ignorar a la hora de delimitar su contenido. Un contenido que en nuestro ordenamiento tiene, sin duda, anclaje constitucional, pero anclaje relativo, de ningún modo equiparable a ninguno de los derechos del capítulo segundo del título I CE y, en todo caso, sujeto a los límites y cautelas que, con base racional, pueda establecer el legislador.

La Constitución, en efecto, ordena al legislador que «posibilite» la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE), lo que «no significa —puntualiza la STC 116/1999— la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor».

La acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial. Pues bien, la revelación de la identidad de quién es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 CE. El artículo 39.2 CE no ampara, pues, cualquier reclamación orientada a conocer la identidad del padre biológico, sino que es un derecho para descubrir quién está obligado a prestarle la protección que le es debida en el marco de la relación paterno-filial, tal y como especifica el artículo 39.3. CE.

La finalidad del artículo 39.2, último inciso, que permite la práctica de las pruebas biológicas, no es otra que la defensa en primer lugar y ante todo de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral. El derecho del hijo a que se declare su filiación biológica es primario y la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores, para lo cual

aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad, cuando ésta es desconocida.

El aseguramiento del derecho a conocer la verdad biológica de los menores, en el marco de una posible legalización de la gestación por sustitución, podría llevar a sopesar la conveniencia de establecer un registro centralizado que recoja información sobre los acuerdos de maternidad subrogada y los datos relevantes de las partes involucradas, incluyendo los progenitores biológicos y la madre gestante. Este registro, en ciertos casos, podría ser accesible para el hijo concebido mediante maternidad subrogada una vez alcance la mayoría de edad o en una etapa determinada de su desarrollo. Antes de que se formalice el acuerdo de maternidad subrogada, se debería garantizar que las partes involucradas, otorguen su consentimiento informado y por escrito para que el hijo pudiera acceder a esa información en el futuro. En otros casos, se podría optar por que el menor accediera a información no identificativa sobre sus orígenes biológicos, como características físicas o de salud de los progenitores biológicos, sin revelar su identidad personal.

Obviamente el menor tiene derecho a no ser discriminados por su origen, incluido el método de su concepción (art. 14 CE *in fine*). En algunos lugares, la gestación subrogada puede llevar a estigmatización o discriminación y los menores pueden encontrar dificultades para obtener la ciudadanía o el reconocimiento legal pleno en el país de sus padres biológicos (así, *Mennesson y Labassee*).

2.3. *Intimidad familiar y vida familiar*

Los menores tienen, ante todo, derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) y a la vida familiar (art. 39.1 CE). Derechos en cuya garantía efectiva —reitero— ha jugado un rol decisivo el TEDH. El no reconocimiento en un país de la filiación obtenida legalmente en otro por gestación por sustitución tiene consecuencias sobre los padres, pero tiene sobre todo consecuencias sobre el menor al resultar afectado el derecho a que se respete su vida familiar (art. 8 CEDH). Ciertamente es que cada país puede definir la «sustancia de su identidad» (*Mennesson, Labassee y Paradiso*), comprendida en ella su filiación, pero la negativa de un país a reconocer la filiación obtenida en otro origina «un grave problema de compatibilidad con el interés superior del niño, interés que debe guiar cualquier decisión que le concierna», y que debe resolverse en favor de este último y, en suma, de su derecho a mantener su vida familiar.

Aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos siga insistiendo teóricamente en el margen de apreciación que en materia de gestación subrogada ostentan los Estados —así, en *Valdis Fjölfnisdóttir y otros*—, el establecimiento de un estatuto jurídico que regule y preste seguridad, previsibilidad y certidumbre a esta

realidad debiera terminar imponiéndose como una solución necesaria en cada ordenamiento nacional.

3. DE LOS PROGENITORES DE INTENCIÓN

3.1. *Libre desarrollo de la personalidad*

El contenido del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) abarca muy diferentes aspectos. En primer lugar, implica el reconocimiento y respeto de la dignidad de cada persona como ser humano, y la garantía de su autonomía para decidir sobre aspectos fundamentales de su vida, como su orientación sexual²³, su identidad de género²⁴, su proyecto de vida, sus creencias religiosas o filosóficas²⁵ o su libertad de procreación²⁶, entre otros.

El libre desarrollo de la personalidad se interpreta constitucionalmente como la facultad del individuo de desarrollar su propia identidad y tomar decisiones sobre su vida en coherencia con sus convicciones y circunstancias. Facultad o espacio de *agere licere* que abarca aspectos como la dignidad, la autonomía, la intimidad, la privacidad y la libre expresión de la personalidad.

Como quiera que sea, el libre desarrollo de la personalidad que proclama el artículo 10.1 CE no puede interpretarse como libertad natural ni facultad absoluta, sino según Derecho o, si se quiere, libertad en el respeto a la ley, como se cuida de precisar el propio 10.1 CE. El libre desarrollo de la personalidad no puede ser concebido, pues, como una fuente de legitimación del propio arbitrio al margen del Derecho²⁷.

Lo que, en último análisis, se sigue del libre desarrollo de la personalidad es un criterio para la interpretación, y quizá descalificación, de la legislación restrictiva que pretenda fundamentarse exclusivamente en consideraciones de paternalismo moral. Dicho en positivo, el libre desarrollo de la personalidad impone, de principio, un respeto a las opciones autorreferentes del individuo (aquellas sin daño para terceros) a no ser que otros bienes constitucionales o legítimos reconocidos consientan, previa ponderación, la restricción de la autonomía privada²⁸.

²³ STC 41/2006.

²⁴ STC 66/2022.

²⁵ STC 46/2001 o 145/2015.

²⁶ STC 215/1994.

²⁷ STC 24/2023.

²⁸ Jiménez Campo, J.: «Artículo 10.1», en Pérez Manzano, M. (coord.), Borrajo Iniesta, I. (coord.), Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dir.), Casas Baamonde, M. E. (dir.), Arnaldo Alcubilla, E. (ed.) y Remón Peñalver, J. (ed.): *Comentarios a la Constitución española*, vol. 1, tomo 1, BOE-Fundación Wolters Kluwer, Madrid 2018, págs. 213-229.

¿Se podría invocar el libre desarrollo de la personalidad a favor de la legalización de la gestación por sustitución? Hay que admitir que existen diferentes interpretaciones y opiniones doctrinales al respecto. Alguna doctrina ha defendido que la legalización permitiría a las personas ejercer el libre desarrollo de la personalidad al brindarles la opción de formar una familia biológica cuando, por diversas circunstancias, no pueden hacerlo de forma natural. Al reconocerse la posibilidad de recurrir a la maternidad subrogada, se estaría protegiendo el derecho de esas personas a decidir sobre su proyecto de vida y a ejercer su autonomía reproductiva o libertad de procreación²⁹.

3.2. *Protección jurídica de la familia*

El artículo 39.1 CE enuncia la protección jurídica de la familia como principio rector de la política social y económica. Quiere decirse que la protección familiar queda modulada por el margen de apreciación del legislador en la materia, empezando por el concepto mismo de familia. El legislador goza, en efecto, de cierto margen de libertad para determinar la noción de familia y su alcance en la sociedad. Cuando existan diversos conceptos de familia, «nuclear» y «extendida», la ley ha de precisar el reconocimiento jurídico de esa diversidad, con indicación del grado de protección de unos y otros sin incurrir en discriminación. En vista de la existencia de diversos tipos de familia —como las matrimoniales y sus hijos, las de parejas de hecho y sus hijos y las familias monoparentales—, el legislador puede prever justificadamente distintos niveles de protección y diferentes medidas: legislativas, administrativas, fiscales, etc., pero siempre y cuando esas diferencias obedezcan a una finalidad legítima y el trato diferenciado quepa o sea adecuado en razón de esa finalidad³⁰.

La protección de la familia comprende otra serie de aspectos. Implica el reconocimiento y respeto de la dignidad de todas las formas de familia, ya sean matrimonios, uniones de hecho o cualquier otro tipo de convivencia estable. Y demanda que el Estado garantice la igualdad de derechos y trato a todas las familias, sin discriminación o trato jurídico diferenciado carente de justificación³¹.

Además, la protección de la familia implica asegurar los derechos y deberes de los miembros de la familia, como el derecho a la intimidad, la educación de los hijos, la asistencia y protección social y, claro está, la vida familiar misma.

La regulación de la gestación por sustitución podría contribuir a proteger y fortalecer la institución familiar, al permitir a parejas o individuos que no pueden

²⁹ Fanlo Cortés, I.: «Derechos reproductivos y libertad de las mujeres. Observaciones sobre el debate feminista», *Revista de Derecho Privado*, 32, 2017, págs. 29-52.

³⁰ Así, entre otras, STC 71/2020.

³¹ Así, STC 111/2018.

concebir biológicamente tener la oportunidad de fundar una familia. El reconocimiento legal de la maternidad subrogada puede ser una forma de protección jurídica para aquellas familias que desean recurrir a este método reproductivo³².

Sin embargo, puede plantear inconvenientes precisamente desde la protección familiar. La maternidad por sustitución puede implicar la separación del vínculo biológico y gestacional, lo que puede generar conflictos emocionales y legales respecto a la filiación y derechos de los hijos³³.

Obviamente la interpretación y aplicación de la protección jurídica de la familia pueden variar y depender del contexto y los valores sociales prevalentes. Y lo cierto es que, en algunos ordenamientos, se ha optado por permitir ciertas formas de gestación subrogada como cauce para preservar la familia, mientras que en otros se ha prohibido en base a este mismo fundamento constitucional. ¿*Contradictio in terminis* o una muestra más del pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura que caracterizan una sociedad democrática?

3.3. *Derecho a la reproducción e igualdad en el acceso a la reproducción asistida*

Alguna doctrina ha defendido la estructura y el estatus *iusfundamental* del derecho a la reproducción; derecho comprendido, de un lado, en el derecho fundamental a la libertad —con fundamento, además, en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad (arts. 1.1 y 10.1 CE)— y, de otro lado, en el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE)³⁴. Tampoco se puede obviar la conexión del derecho a la reproducción con el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), más exactamente en su vertiente reproductiva, si bien aquí ya no estaríamos hablando de un derecho fundamental *stricto sensu*.

Más razonable parece considerar que ni la Constitución española enuncia explícitamente ni la jurisprudencia constitucional ha deducido de otros derechos, bienes y valores constitucionales un pretendido e inexistente derecho a la reproducción o libertad de procreación. Como sentara la STC 89/1987, sólo tienen carácter de derecho fundamental las manifestaciones de la libertad que expresamente se contienen en la propia Constitución bajo esa forma jurídica (en el capí-

³² Igareda, N.: «La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana», *Revista Bioética y Derecho*, 44, 2018, págs. 57-72.

³³ Busquets, J. M. y Armelles, M.: «Sobre la gestación por sustitución», *Bioética & debat: Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica*, 82, 2017, págs. 9-16.

³⁴ Gómez Sánchez, Y.: «El derecho de autodeterminación física», *Revista de la Sociedad Internacional de Bioética*, 16, 2006, págs. 7-23.

tulo II, título I, de la CE), pero no la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles (por ejemplo, las relaciones sexuales) por importantes que estas sean en la vida del individuo.

De otra parte, en la STC 116/1999, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad promovido por diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la LTRA de 1988, el TC descartó que la ley impugnada desarrollara derecho fundamental alguno de los contemplados en la sección 1ª, del capítulo II, del título I CE (ni el 15 ni otros), por lo que no se extendía a ella la reserva de ley orgánica exigida en el art. 81 CE.

Así pues, ni del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) ni del derecho a la libertad personal (art. 17 CE) cabe inferir un derecho fundamental a la reproducción. El TC, en la sentencia 116/1999, abordó el tema de la reproducción y admitió la licitud constitucional de fijar ciertos límites y requisitos en relación con el uso de técnicas de reproducción asistida. El TC entiende que el derecho a la procreación es un aspecto de la autonomía personal y la intimidad, pero también han destacado que el legislador puede establecer ciertas restricciones en aras de la protección de otros derechos fundamentales y otros intereses legítimos.

Y así ha sido, en efecto. La LTRHA de 2006 regula las denominadas técnicas de reproducción humana asistida estableciendo requisitos y límites para su práctica. Tales controles, requisitos y límites, se justifican por factores tales como la complejidad y riesgos asociados a las técnicas de reproducción asistida, por la necesidad de contar con terceros (los médicos) y por una proyección del principio de responsabilidad hacia la descendencia, que conlleva tener en cuenta otros intereses implicados en las decisiones reproductivas, especialmente los de los futuros hijos.

Bajo esta premisa, la LTRHA desarrolla la reproducción asistida con el punto de mira puesto fundamentalmente en dos objetivos relacionados directamente con la atención de la salud: el primero, como solución de los problemas de esterilidad, que es el objetivo básico de la medicina reproductiva, y el segundo, en aras de la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético (art. 1.1 b)³⁵. A través de esta segunda vertiente de las técnicas, pueden beneficiarse parejas que no tienen problemas de esterilidad, pero sí riesgo de transmitir una enfermedad genética a sus hijos.

La gestación por sustitución carece de una consideración expresa en la LTRHA. Cabría exigir que el legislador colmase este vacío normativo y siguiera un criterio mucho más abierto respecto a las técnicas que, según el estado de la ciencia

³⁵ Gómez Seguí, A. y Navarro Sarriás, J. A.: «Las técnicas de reproducción humana asistida y su regulación legislativa española», *Terapeia: estudios y propuestas en ciencias de la salud*, 9, 2017, págs. 75-96.

y la práctica clínica, pueden realizarse hoy. La actualización de la lista de técnicas autorizadas podría aprovechar a la gestación por sustitución.

La realidad evidencia, además, que se ha producido una evolución notable en la utilización y aplicación de la gestación por sustitución en su vertiente de solución de los problemas de esterilidad de algunos modelos de familia a los que no cubre la legislación vigente. Los usuarios que demandan las técnicas de reproducción pueden tener una vocación familiar diversa y, siempre que no lo impida la ley, exista una previa indicación médica y una ausencia de riesgos graves para la salud de la mujer o para la posible descendencia, deben ser aceptados por los centros de reproducción con el fin de evitar incurrir en situaciones discriminatorias.

No obstante, el acceso a la reproducción por un varón solo o por una pareja homosexual masculina, casada o no, valiéndose de un útero de alquiler o prestado, topa con la prohibición expresa del artículo 10.1 LTRHA³⁶.

Lo que quisiera subrayar es que en el debate sobre la conveniencia de implementar nuevas técnicas de reproducción asistida que aprovechen a todas las personas, entre ellas la gestación por sustitución, convendría integrar la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE). Y es que no basta con aducir cualquier diferencia de situación para justificar una diferencia de trato. Es necesario, además, que el criterio diferenciador sea razonable y no arbitrario. Ello implica que ha de haber una correlación entre el elemento diferenciador y el resultado que de él deriva, esto es, en este caso la diversidad de tratamiento por el legislador en el acceso a la reproducción asistida. Las técnicas de reproducción asistida, además de coadyuvar a paliar los efectos de la esterilidad, se manifiestan como especialmente útiles para otros fines o, en sentido lato, otras «situaciones de necesidad»; situaciones que puede afectar a un varón solo o pareja homosexual masculina.

V. ¿Por qué no la gestación por sustitución altruista o solidaria?

La legalización de la maternidad subrogada (al menos la altruista o voluntaria) pondría fin a algunas de las situaciones de limbo y desbarajuste jurídico antes descritas y en parte corregidas gracias a la jurisprudencia del TEDH.

La intervención del legislador contribuiría a garantizar los derechos de, ante todo, las partes más vulnerables —madre y menor— del convenio de gestación. Se trataría de legitimar una nueva forma de filiación a través de un acuerdo repro-

³⁶ Serrano Ochoa, M. A.: «El acceso en igualdad a las técnicas de reproducción médicamente asistida: carencias legislativas y gestación por sustitución», *Ius et scientia: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, 8, 2, 2022, págs. 122-135.

ductivo de carácter colaborativo, en la que prime la voluntad procreacional, creando un instrumento jurídico de imputación de derechos y obligaciones que otorgue certeza a las partes implicadas y garantice sus derechos, bienes y valores de relevancia constitucional³⁷.

El marco legal de la gestación por sustitución en Canadá es el prototipo, la referencia³⁸. La ley canadiense sobre la reproducción asistida de 2004³⁹ prohíbe el pago de un salario a la mujer gestante (21 años como mínimo); la mujer acepta gestar por cuenta de otro de manera gratuita; comúnmente, existen lazos de amistad o parentesco entre la gestante y uno de los padres. El carácter altruista o solidario del contrato no impide que la mujer gestante pueda recibir una compensación económica por los gastos derivados del embarazo y del parto, así como una indemnización en caso de sufrir algún daño o perjuicio. Los padres comitentes asumen el pago de esa compensación y, a cambio, obtienen la seguridad de que, una vez iniciado el proceso, dentro de un plazo razonable después del parto, el niño les será entregado para su inscripción en el registro civil como hijo de la pareja comitente. La ley canadiense, en coherencia, prohíbe la intermediación y la publicidad con ánimo de lucro.

La legitimación de la gestación por sustitución solidaria vendría animada por el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la necesidad de ofrecer cobertura jurídica a un negocio o contrato que tiene infinidad de repercusiones en materia de filiación y otros ámbitos del Derecho de Familia. Repercusiones en algunos casos problemáticas y que, a día de hoy, como se insistirá más adelante, no están resueltas de un modo claro y cierto⁴⁰.

La exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que «el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (...)». Hay que «promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho (...) y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable y cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas» (STC 46/1990).

³⁷ Igareda, N.: «La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España», *Política y sociedad*, 3, 2020, págs. 887-901.

³⁸ Salazar Benítez, O.: «La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos», *Revista de Derecho Político*, 99, 2017, págs. 107-120.

³⁹ Assisted Human Reproduction Act, S.C. 2004, c. 2 (2004-03-29).

⁴⁰ Emaldi Cirión, A.: «La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley», *Dilemata*, 28, 2018, págs. 123-135.

El pluralismo familiar característico de las sociedades democráticas podría, asimismo, invocarse para reclamar un tratamiento legal de aquellas estructuras familiares que no encajan en el binarismo o modelo binario (dos madres o dos padres) o núcleo familiar monoparental (un padre o una madre).

La legitimación de la gestación por sustitución altruista en nuestro ordenamiento podría articularse a través de un proceso con dos fases bien diferenciadas, destinadas a verificar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos⁴¹. Una primera fase en la que intervendría un notario que verificaría la documentación suscrita conformadora del expediente previo a la fecundación, levantaría acta de notoriedad y elevaría a público el acuerdo de voluntades. Y una segunda fase de control o supervisión jurisdiccional tras el nacimiento, con la intervención del Ministerio Fiscal, a modo de la «adopción prenatal» ya aludida en el informe de la Comisión Palacios.

Los requisitos sustantivos y procedimentales podrían ser los siguientes:

- a) *Gestación altruista o solidaria y sólo de carácter gestacional*. La gestación ha de convenirse sin una motivación económica por parte de la mujer gestante. No se admite el pago de una retribución económica a la gestante. Sí podría contemplarse una compensación por gastos y daños. La mujer gestante no podría aportar su material genético.
- b) *Consentimiento libre e informado*. La mujer gestante debe prestar conformidad libre, voluntaria y consciente en relación a los posibles riesgos del embarazo.
- c) *Limitación de la capacidad de gestar e idoneidad de la mujer gestante*. La cantidad de veces que la mujer podría gestar para otros estaría limitada, debe acreditarse su idoneidad psicofísica, debe tener la nacionalidad española —evitándose el turismo reproductivo— y una edad que no implique embarazo de alto riesgo.
- d) *Respecto a la parte comitente*. Los padres comitentes (soltero o soltera, pareja de igual o diferente sexo, matrimonio o convivencia *more uxorio*) no pueden estar capacitados para llevar a término un embarazo y han de tener la nacionalidad española, una edad comprendida dentro de la misma horquilla que la prevista para la mujer gestante y la suficiente motivación y aptitud para asumir la crianza —una suerte de certificado de ido-

⁴¹ La propuesta que sigue está inspirada en Lamm, E.: *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, Barcelona 2013; Salazar Benítez, O.: «La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos», *Revista de Derecho Político*, 99, 2017, págs. 107-120 y Serrano Ochoa, M. A.: «El interés superior del menor como eje vertebrador de la futura regulación de la gestación por sustitución solidaria en España», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 129, 2023, págs. 117-144.

- neidad preadoptivo—. Al menos uno de los padres de intención habría de serlo también biológico.
- e) *Registro nacional ad hoc y vínculos familiares o de amistad.* Tanto la mujer gestante como los padres de intención han de figurar inscritos en un registro nacional y acreditar fehacientemente vínculos familiares o de estrecha amistad.
 - f) *Revocación.* Iniciado el proceso de gestación, el consentimiento sólo podría ser revocado por la mujer gestante, ya sea para interrumpir voluntariamente su embarazo, ya sea reclamando para sí, dentro de un plazo razonable, la filiación. En ningún caso la revocación podría acarrearle perjuicio o demérito alguno ni responsabilidad contractual.
 - g) *Determinación de la filiación.* La filiación será determinada en sede judicial tras el nacimiento. El juez corroborará que el convenio de gestación se ajusta a la ley y no contiene cláusula ninguna contraria al orden público y, en particular, a los derechos fundamentales. Por auto o sentencia, el juez declarará la paternidad y la maternidad legal siempre en beneficio del interés superior del menor. Ello no impedirá que el niño o niña pueda conocer, cuando tenga suficiente madurez y en todo caso alcanzada la mayoría de edad, el modo en que fue concebido y la identidad de quien lo gestó.

Por lo demás, y teniendo en cuenta el cúmulo de repercusiones de la gestación por sustitución en diferentes ámbitos de nuestro ordenamiento, parece evidente que, en buena lógica jurídica, el legislador debiera ir más allá y no sólo modificar la LTRA sino también otras leyes sobre filiación, adopción, matrimonios entre ciudadanos del mismo sexo, igualdad, etc.

En efecto, admitida la gestación por sustitución altruista, habría que acometer una revisión profunda de nuestro sistema filiatorio, de suerte tal que, junto a la adopción (filiación adoptiva) y a la filiación derivada del parto (filiación por naturaleza), se admitiera otro tipo legal derivado del uso de cualquiera de las técnicas de reproducción médicamente asistida que la práctica clínica hace ya posible. Esto es, un tipo legal fundado en la voluntad procreacional o, en expresión del Código de Familia o Familias cubano de 2022, en la «filiación asistencial».

Finalmente, incluso cabría plantear la posibilidad de que la mujer gestante con vínculos familiares o de estrecha amistad con los padres de intención pudiera mantener una cierta relación con el menor. Si la mujer gestante pudiera relacionarse de algún modo con él, a modo de persona allegada con régimen de visitas, la reforma del Código Civil y otras normas que reconocen el interés superior del niño sería el cauce idóneo para así admitir la llamada multiparentalidad —demanda jurídica reciente en el Derecho de Familia que permite el reconocimiento de las

familias en las que la parentalidad es ejercida simultáneamente por varios sujetos-. Como se ha dicho, el debate sobre la gestación por sustitución nos remite ineludiblemente al debate en torno a la multiparentalidad y paternidad socioafectiva⁴². Es una opción legislativa que podría considerarse, en la línea de algunas experiencias de Derecho comparado como Argentina, Brasil, Cuba, California o las provincias canadienses de Ontario y Columbia Británica.

VI. La necesidad de un mayor compromiso en favor de la determinación y eficacia de la filiación por gestación por sustitución habida en el extranjero

Con independencia de que las Cortes Generales adopten la solución que legítimamente consideren más oportuna en torno a la gestación por sustitución, hay consenso en la doctrina en cuanto a la necesidad de reforzar la determinación y eficacia de la filiación por gestación por sustitución producida en el extranjero. Se deben hacer mayores esfuerzos para reducir el riesgo de incertidumbre jurídica que socava la identidad y vida familiar de los menores y que, más allá de la filiación, puede tener consecuencias negativas en otras parcelas de su patrimonio jurídico. Nuestro ordenamiento jurídico no ofrece cauces legales adecuados para garantizar satisfactoriamente los derechos legítimos de los menores.

Ya se ha insistido en que nuestra LTRHA excluye de su ámbito de regulación la gestación subrogada, al considerar nulo cualquier contrato que suponga la renuncia por parte de la mujer a la filiación materna (art. 10.1). La solución española se basa así en el principio *mater semper certa est*, de modo que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (art. 10.2).

Así y todo, pese a la prohibición, se han ido abriendo paso soluciones conciliadoras o reconocedoras de ciertos efectos. En esta dirección, especial interés revisten la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) —actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJ-FP)— de 6 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, revalidada por la Instrucción de 18 de febrero de 2019. Instrucciones que vinculan a los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la sentencia del Tribunal Supremo —Sala Primera— de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello. La finalidad

⁴² Pérez Gallardo, L. B. y Heras Hernández, M. M. (eds.): *Propuestas para un nuevo derecho de filiación: la multiparentalidad*, Olejnik, Santiago 2022, págs. 95-118.

de ambas instrucciones es dotar de protección jurídica al interés superior del menor en los casos de gestación por sustitución. Para ello, establecen los criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida.

El problema es que estas soluciones son ciertas o fragmentarias y, por tanto, perfectibles. O, dicho de otro modo, la solución española del reconocimiento de la filiación por gestación por sustitución en el extranjero se caracteriza por una gran inseguridad jurídica, paliada en parte por un papel competencialmente forzado de la DGRN a través de sus instrucciones de 5 de octubre de 2010, 14 de febrero de 2019 y 18 de febrero de 2019⁴³.

A pesar de los esfuerzos de la DGRN y los preceptos de la Ley del Registro Civil de 2011, la cuestión del reconocimiento de la filiación queda condicionada por el límite del orden público, tal y como ha subrayado el Tribunal Supremo en las sentencias de 2014 y 2022. La dificultad deriva de que dicho límite, que es impreciso y debería interpretarse restrictivamente, se aplica como un orden público colectivo o sustancial, apuntalando un concreto modelo de organización social a partir de una valoración de las circunstancias del caso concreto; la lesión efectiva, o no, a los valores protegidos por el ordenamiento español se constata *ad casum*.

En el reconocimiento global o internacional de la filiación de una forma más completa y segura se viene trabajando desde hace tiempo en el seno de la Unión Europea y de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado o HCCH, a fin de alumbrar un Reglamento⁴⁴ y un Convenio o Protocolo⁴⁵ en los que se siente claramente el principio de que la excepción de orden público debe, en estos casos, aplicarse atenuadamente y siempre observando los derechos y principios fundamentales establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) y, en especial el derecho a la no discriminación por razón de filiación.

⁴³ Roca Trías, E.: «Dura Lex Sed Lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 69, 2179, 2015, págs.301-338.

⁴⁴ Rodríguez Pineau, E.: «La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas», *Cuadernos de Derecho Privado*, 6, 2023, págs. 148-180.

⁴⁵ Albornoz, M. M.: «La filiación y la gestación por sustitución en el trabajo de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado», en González Martín, N. (ed.): *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez. Perspectivas de Derecho Comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 2021, págs. 1-26.

VII. Ilación

Quizá resulte ingenuo pensar que la gestación por sustitución altruista o solidaria va a cubrir una demanda que previsiblemente crecerá con su legalización y, en paralelo, con un mayor compromiso en favor de la filiación por gestación por sustitución habida en el extranjero, pero mucho más ingenuo es creer que la cancelación o prohibición absoluta e incondicionada de esta práctica beneficia a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en el proceso. Son precisamente las políticas restrictivas en materia de reproducción asistida las que coadyuvan a tratar a la mujer gestante como mercancía, estimulando un turismo reproductivo lamentable por contrario a su dignidad y derechos fundamentales.

El legislador está facultado para, de un lado, regular la gestación por sustitución altruista o solidaria y, de otro, reconocer más eficazmente la filiación por gestación por sustitución habida en el extranjero. Del texto constitucional de 1978 no deriva ningún límite que conduzca inexorablemente a su inconstitucionalidad. Una ponderación razonable y equilibrada, conforme al principio de proporcionalidad, de los distintos derechos, bienes y valores de relevancia constitucional incididos avalaría su corrección constitucional.

Entre las dos posturas antagónicas enfrentadas —(a) la Constitución prohíbe la gestación por sustitución y (b) la norma fundamental impone su regulación—, se abre paso una tercera opción: es el legislador democrático el que ha de calibrar y decidir dentro del apreciable margen de configuración que ostenta. El legislador es quien debe sopesar con detenimiento los riesgos y las posibilidades de la gestación subrogada. Y ello, obviamente, sin perjuicio de que la jurisdicción constitucional controle *a posteriori* la constitucionalidad de la ley que, de algún modo, ampare una práctica a día de hoy tan controvertida.

SOBRE EL LENGUAJE DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA

RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ
Universidad de La Rioja

I. Algunas limitaciones del lenguaje

El lenguaje es patrimonio compartido de la especie humana; en nuestra cultura europea —en Aristóteles y antes— es una característica que identifica al ser humano como tal y articula socialmente el gregarismo propio de la especie. Obviamente no hablamos de cualquier lenguaje, pues tal recurso es patrimonio compartido con otros seres vivos en algún sentido. Hablamos del lenguaje articulado, es decir, del *logos*.

Aquí tratamos sólo de los problemas asociados a esa forma superior y sofisticada de lenguaje, pues el *logos* presupone una maraña de códigos compartidos que a su vez se teje mediante ese mismo lenguaje. Aquéllos códigos se construyen con términos, signos o palabras en fin, cuyo valor es el de su significado, el del concepto al que apelan, que siempre es abstracto por concreta que sea la cosa descrita mediante el vocablo¹.

La inevitable servidumbre de toda abstracción remite lógicamente para su concreción al universo individual propio y a la representación implícita que requiere. De ahí el enojoso asunto del *dia-logos* que caracteriza nuestra especie que lo es siempre en tiempo y circunstancia singulares².

¹ Por todos sigue teniendo vigencia la obra de Bühler, K., *Teoría del lenguaje*, Alianza Ed.: Madrid, 1979, trad. Julián Marías. Cfr. especialmente cap. III.

² Tan complejo asunto ha sido tratado de muchos modos. Me remito, por todos, a Cornford, F.M. *From Religion to Philosophy. A Study in the Origins of Western Speculation*, 1980, Edward Arnold Ltd: Londres. Hay versión española, trad. de Antonio Pérez Ramos, Ariel: Barcelona, 1984, pp. 62-63. «Pero se da la circunstancia de que, incluso antes de que pudiésemos comenzar a pensar por cuenta propia, hemos adoptado y asimilado este común esquema de concepciones que hemos heredado, el cual nos rodea por

De ahí que ya Aristóteles dejara grabado el patético deseo de quien habla: «... que el nombre posee cierto significado y que su significado es uno»³.

Concluamos pues que todo sistema lingüístico queda sometido a una exigencia siempre insatisfecha, pues nos consta sobradamente la imposibilidad de hacer corresponder cada palabra con una significación única. No ya en el *diálogo*, sino incluso para con uno mismo. De ahí el interminable desarrollo de los sistemas lingüísticos, obligados como están a replicar la complejidad irreductible de la polisemia para, aun desde la inalcanzable utopía de la univocidad, confinarla en lo posible y, en su caso, ser capaz de fletar un término para cada uno de los significados arracimados en los términos más agobiados. Este desempeño es desde luego necesario, permanente e ineludible pues el lenguaje, otra vez Aristóteles, es condición de posibilidad de la experiencia⁴.

Algo de todo ello sucede con el término eutanasia y asociados.

II. Derecho y lenguaje

El lenguaje jurídico es bastante más que un léxico experto y por tanto un asunto complejo, como ha puesto de manifiesto la lingüística jurídica. En efecto el lenguaje del derecho es, definitivamente, un sistema de signos específico que dificulta o cuestiona, según se mire, la definición misma de derecho.

El derecho es una expresión cultural avanzada de las sociedades que se articula mediante un sistema de signos comunicacionales. Pero lengua y derecho entablan un conjunto de interacciones de las que no somos conscientes, para el caso de que seamos capaces de percibir las⁵.

doquiera y nos llega de modo natural e incuestionable —como el aire que respiramos—, se nos impone y limita nuestros movimientos intelectuales de infinitud de maneras, a cuál más sutil e irresistible, en virtud de que es inherente al mismo idioma que necesitamos usar para expresar la idea más sencilla.

Obviamente, esa masa de representaciones colectivas sufre constantes y graduales cambios, en gran medida debidos a los esfuerzos críticos de pensadores que, de vez en cuando, consiguen introducir hondas modificaciones. Asimismo, difiere en cada época de la historia, en cada grupo delimitado del mapa intelectual de los hombres, e incluso dentro de esos grupos, ya en menor grado, en cada nacionalidad. De aquí que constituya un error suponer que la naturaleza humana es más o menos la misma en todo tiempo...

³ *Metafísica*, 4.1006b7

⁴ «Aristóteles y el lenguaje», Aubenque, P., *Estudios Clásicos*, 150, 6-32, 2016, p. 23.

⁵ «Le pouvoir de la langue, du droit et de la langue ne doit pas être sous-estimé. Ils créent, forment et déterminent séparément et conjointement, collectivement et individuellement des forces culturelles formatives qui imprègnent notre initiation sociétale dans la logique culturelle de nos propres comportements.»

Sigo estas consideraciones de Cacciaguidi-Fahy al hilo de sus reflexiones sobre la obra de Gérard Cornu, *Linguistique juridique*. En Cacciaguidi-Fahy, S., (2008) «Quelques réflexions sur la linguistique juridique ou la jurilinguistique», *Int J Semiot Law* 21:311-317, pp. 312 y 316.

Como advirtió entre otros Hart las expresiones o términos jurídicos no son meras réplicas del mundo empírico al que sin embargo se dirige el derecho. Pero, por otro lado, fletar un significado cierto de un término jurídico implica un cierto «lastre de teoría»⁶.

III. El laberinto etimológico de la eutanasia

La mayor advertencia sobre la conveniencia de un uso prudente de la etimología como recurso semántico reside en la del propio término: *etimon* (verdadero) *logos* (estudio). En lingüística *etimo* alude a palabra matriz de la que derivan otras, que lógicamente poseen significados próximos pero distintos, a veces muy distintos y pudiendo llegar a ser contradictorios⁷. De modo que los estudios etimológicos han sido comparados con mucho fundamento como una ciencia que transita por el laberinto semántico que cada palabra lleva sobre sí. En síntesis, un vocablo no cambia sino de idioma a idioma pero su significado está expuesto a toda peripecia imaginable en su propio idioma y, desde luego, cuando emigra o se importa a otros. Todo indicaría que es poco aconsejable aventurar el significado de una palabra por la apelación a su *etimo*: tanto menos aconsejable cuanto mayor la distancia con el tiempo y el entorno cultural en que se acuñó. La peripecia etimológica se aproxima así a un enigmático laberinto donde emergen y naufragan significados que acaban por desorientar al detective lingüístico que se aventura en esa maraña. Hasta el punto de que, en muchas ocasiones, la apelación —preferiblemente— a la grafía griega como acreditación etimológica de una palabra debe entenderse como un modo de salida exitoso del expediente; a condición de que exitoso no se entienda como satisfactorio. Se evita así la impotencia de claudicar expresamente ante los sucesivos léxicos que han vestido, o desnudado, una palabra a lo largo de su trayectoria histórica. En resumen, el origen etimológico o léxico muy frecuentemente no revela el significado actual del término, sino que más bien lo encubre, altera o transmuta. De este modo, la etimología acaba devolviéndonos

Sobre la estructura del lenguaje jurídico como lenguaje especializado, Gémard, J.-C. (1990). «Les fondements du langage du droit comme langue de spécialité. Du sens et de la forme du texte juridique.» *Revue générale de droit*, 21(4), 717-738. <https://doi.org/10.7202/1058214ar>

Sobre la gama de lenguajes jurídicos y sus interrelaciones, Wroblewski, J. (1988) «Les langages juridiques : une typologie». *Droit et société*, n°8, 1988. *Le discours juridique. Langage, signification et valeurs*. pp. 13-27, doi : <https://doi.org/10.3406/dreso.1988.983>.

⁶ En De Páramo Arguelles, J.R. (1984), *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, pp. 44 ss.

⁷ Un significado que es víctima de la propia añagaza que sugiere pues nada hay más arriesgado que asegurar que una palabra posee un significado verdadero. *ἔτυμον*, en su origen en lengua griega, equivalía a «significado verdadero».

un frecuentemente apasionante elenco de vestigios semánticos que sólo nos suele servir para concluir que tras cada palabra hay siempre un enigma⁸.

Al término eutanasia le subyace un paradigma de lo descrito. La palabra original griega, εὐθανασία, del griego tardío según todos los indicios, ha terminado vertida a muchos idiomas europeos occidentales, por sí o con la complicidad de la lengua latina. Pero su adaptación no sólo ha sido léxica sino también semántica al estar expuesta a las cambiantes circunstancias creenciales, sociales y culturales, hasta el punto de poder concluir que reúne los caracteres de una palabra *abierta*⁹.

IV. El término eutanasia en lengua española y en otras

En lengua castellana la palabra se acoge inicialmente, hasta donde conozco, en el Diccionario de Ramón J. Domínguez de 1853. Con tres significados distintos: médico, teológico y filosófico¹⁰. Muy parecido significado en el Diccionario del mismo año de Gaspar y Roig¹¹. Similar igualmente el Diccionario de Vicente Salvá de 1879¹². El de Elías Zerolo reproduce en 1895 exactamente el lema de

⁸ Recientemente, véanse las breves pero sugerentes indicaciones al respecto en Basile, G. y De Nina, A., (2023), «The core notion of euthanasia in its primordial beginnings», *Clinical Therapeutics*; 174 (2):146-147.

⁹ La sugerencia de mantener una prudente contención etimológica resulta de cualquier aproximación a la peripecia histórica de las prácticas eutanásicas o suicidas en nuestras culturas más próximas. Puede verse como advertencia el excelente estudio de Cavina, M., (2015) *Andarsene al momento giusto. Culture dell'eutanasia nella storia europea*, Il Mulino: Bologna. A él pertenecen estas palabras introductorias. «[...] il fervore intorno alle pratiche eutanasiche si è già registrato in Europa a partire dalla tarda Antichità e sino a tutto il XIX secolo. Si trattava di esperienze caratterizzate da un'ampissima varietà tipologica, contrassegnate talvolta dalla clandestinità, consolidate in particolari nicchie sociali e culture popolari. Nel furtivo colpo di grazia al commilitone moribondo, nella ricerca ossessiva di un improbabile martirio, nell'impropria strumentalizzazione degli apparati della pubblica giustizia, nella tacita azione di un medico compiacente o di una «badante» compassionevole, nell'istituzionalizzazione consuetudinaria di «professionisti» della buona morte, in mille superstizioni e in mille rituali tinteggiati di una singolare religiosità, possiamo rintracciare quell'istanza forse troppo umana di un ultimo gesto di pietà.», p. 2.

¹⁰ «Eutanasia, s. f. Patol. Muerte dulce, sin dolor, sin agonía. Teol. Muerte en estado de gracia. Filos. Arte de proporcionar una muerte dulce, una buena muerte.» *Diccionario Nacional o Gran Diccionario Clásico de la Lengua Española* de Ramón Joaquín Domínguez (1846-47), Madrid-París, Establecimiento de Mellado. Se cita por la 5ª edición de 1853.

¹¹ «Eutanasia: s.f. Filos.: arte de proporcionar una muerte dulce. Med.: muerte dulce, tranquila, sin agonía, ni dolor alguno. Rel.: muerte en estado de gracia». *Biblioteca Ilustrada de Gaspar y Roig. Diccionario enciclopédico de la lengua española, con todas las voces, frases, refranes y locuciones usadas en España y las Américas Españolas*, Tomo I, Madrid, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, editores, 1853.

¹² Eutanasia. s.f. 1. Filos.: arte de proporcionar una muerte dulce. 2. Med.: muerte dulce, tranquila, sin agonía, ni dolor alguno. 3. Rel.: muerte en estado de gracia». Vicente Salvá, *Nuevo Diccionario de la lengua castellana por la Real Academia Española, añadido con unas veinte y seis mil voces, acepciones, frases*

Salvá.¹³ Miguel de Toro y Gómez prescindirá de la acepción filosófica en 1901¹⁴. Alemany reproducirá a Toro y Gómez conceptualmente en su primera acepción y literalmente en la segunda, pero incluyendo un simulacro de etimología latina y otra griega¹⁵. Rodríguez Navas y Carrasco recuperó la acepción filosófica de Gaspar y Roig de 1853 en sus estrictos términos y la acepción religiosa, incluyendo además una rigurosa etimología griega por primera vez¹⁶. La decimoséptima edición del Diccionario, de 1947, realiza una contundente amputación de acepciones, suprimiendo la filosófica y la religiosa y reduciendo todo a una lacónica y sucinta ausencia de sufrimiento físico¹⁷. Nueve años después la Academia introduce una novedad de enjundia al incorporar a la acepción anterior una subespecie de muerte sin dolor: la muerte *provocada* que, al decir de la RAE, constituiría el sentido preciso y ajustado del término eutanasia.¹⁸ Los diccionarios de 1970 y 1984 repetirán exactamente en su literalidad el lema del diccionario de 1956.¹⁹

Sin embargo, la RAE publicará en ese mismo año de 1984 una revisión del tomo III del Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española que contenía el término que nos ocupa²⁰. Pero se produce un cambio de enorme transcendencia para la oficialización de lo que ya ha comenzado a emerger en las sociedades avan-

y locuciones, entre ellas muchas americanas [...], 8.^a ed. París, Suplemento. Librería de Garnier Hermanos, sucesores de D. V. Salvá, 1879.

¹³ *Diccionario enciclopédico de la lengua castellana*, Elías Zerolo. París, Garnier hermanos, 1895.

¹⁴ «Eutanasia. f. Med. Muerte sin dolor. Rel. Muerte en estado de gracia». *Nuevo diccionario enciclopédico ilustrado de la lengua castellana*. Miguel de Toro y Gómez. París — Madrid, Librería Armand Colin — Hernando y Cía., 1901.

¹⁵ «Eutanasia. (del lat. euthanasia y éste del gr. euthanasia). f. Med. Muerte tranquila, dulce, sin padecimientos. Rel. Muerte en estado de gracia». *Diccionario de la Lengua Española*, de José Alemany y Bolufer, Barcelona, Ramón Sopena, 1917.

¹⁶ «Eutanasia, f. Filos. Arte de proporcionar una muerte dulce. Med. Muerte tranquila, sin dolor ni agonía. Rel. Muerte en estado de gracia.— Del gr. εὖ, bien y θάνατος, muerte». *Diccionario general y técnico hispano-americano de Manuel Rodríguez Navas y Carrasco*, Madrid, Cultura Hispanoamericana, 1918.

¹⁷ «Eutanasia. (Del gr. εὖ, bien y θάνατος muerte) f. Med. Muerte sin sufrimiento físico.» Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Decimoséptima edición. Madrid .Espasa-Calpe, 1947.

¹⁸ *Eutanasia. (Del gr. εὖ, bien, y θάνατος, muerte.) f. Med. Muerte sin sufrimiento físico y, en sentido restricto, la que así se provoca voluntariamente*. Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Décimotercera edición. Madrid .Espasa-Calpe.1956. Real Academia Española. «

¹⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. Décimonovena edición. Madrid. Espasa-Calpe. 1970. Y Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Vigésima edición. Madrid. Espasa-Calpe. 1984.

²⁰ «eutanasia. f. Med. Muerte sin sufrimiento físico y, en sentido restricto, la que así se provoca voluntariamente. //Doctrina que justifica la acción de facilitar la muerte sin sufrimiento a los enfermos sin posibilidad de curación y que sufren.» Real Academia Española. *Diccionario manual e ilustrado de la lengua española*. Tercera edición revisada. Tomo III. Divorciado-Incógna. Madrid .Espasa-Calpe. 1984.

Este diccionario tuvo cuatro ediciones y se concibió como un compendio del DRAE. Su función la cumple en la actualidad el Diccionario Esencial de la Lengua Española.

zadas: la construcción de los fundamentos justificativos de la acción de cooperar a la muerte de otro ser humano dadas determinadas circunstancias. Nótese que no se define la acción, reflejada en la primera acepción, sino su justificación moral o ética. En términos lingüísticos podríamos hablar de una dislocación del significado del término que define una acción general, una concreta o restricta y una tercera que justifica la segunda. El Diccionario Manual e Ilustrado, en su cuarta y última edición, de 1989, mantendrá inalterado el lema de 1984²¹.

En el año 1992, la vigesimoprimer edición del DRAE se desmarcará de modo muy significativo de las novedades introducidas en el Diccionario Manual e Ilustrado²². Volverá nada menos que a la primera acepción de la decimoséptima acepción de 1947, que reproducirá en su literalidad y que a su vez parodiaba la de Toro de 1901. Se podrá además el significado *restringido*, es decir, sacando del idioma español la acción de ayudar —provocar— a la muerte de otro. Se erradicaba además la eutanasia como doctrina o tendencia ya entonces perfectamente reconocible en múltiples autores y teóricos. Y todavía más, se introducía una segunda acepción especialmente perversa y preñada de ideología, al diluir la distinción entre muerte provocada, eutanasia, y muerte *ayudada*, mediante la ampliación de dosis de fármacos que indirectamente aceleraban la muerte de quien está en fase terminal.

El año 2001, en la vigesimosegunda edición del DRAE, se mantendrá la primera acepción de la edición anterior, pero con modificaciones sensibles en la segunda aunque alterando, al invertirlo, el orden o jerarquía de acepciones respecto de la edición de 1992²³.

Finalmente, la 23ª edición, versión 23.7 última disponible, supone una intervención fuerte en la acepción problemática, en la medida en que es la que ha soportado los efectos de los cambios médicos, sociales y valorativos. Frente a la pretensión de incluir los términos «acción u omisión» de la edición anterior se optará por una acotación precisa, «intervención deliberada». Frente a la justificación de la acción u omisión expresa se precisa ahora el fin estricto, «poner fin a la vida», sin implicaciones valorativas o justificativas. Frente al castizo y tradicional término, «desahuciado», se incluirá el más técnico y preciso, «sin perspectiva de cura»²⁴.

²¹ Real Academia Española. *Diccionario manual e ilustrado de la lengua española*. Cuarta edición revisada. Madrid. Espasa-Calpe. 1989.

²² «eutanasia. (Del gr. εὖ, bien, y θάνατος, muerte) f. Med. Muerte sin sufrimiento físico. 2. Acortamiento voluntario de la vida de quien sufre una enfermedad incurable, para poner fin a sus sufrimientos». Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. Vigésimoprimer edición. Madrid. Espasa-Calpe. 1992

²³ «eutanasia. 1. f. Acción u omisión que, para evitar sufrimientos a los pacientes desahuciados, acelera su muerte con su consentimiento o sin él. 2. f. Med. Muerte sin sufrimiento físico.» Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. Vigésimosegunda edición. Madrid. Espasa-Calpe. 2001.

²⁴ «eutanasia. Del lat. cient. euthanasia, y este del gr. εὐθανασία euthanasía 'muerte dulce'. 1. f. Intervención deliberada para poner fin a la vida de un paciente sin perspectiva de cura. 2. f. Med. Muerte

De todo lo anterior podemos concluir que el término eutanasia, en el seguimiento de su uso en lengua castellana científicamente documentado en repertorios académicos, ha mantenido un primer significado o acepción permanente, equivalente a «muerte sin sufrimiento físico» o fórmulas muy próximas a ella: un significado pues puramente descriptivo. Sin embargo, sólo en raras ocasiones esta acepción ha reinado como único significado, únicamente en la 17ª edición de 1947.

El problema, para lo que interesa a esta investigación, se origina en la 18ª edición de 1956, que se mantendrá en sus mismos términos en las 19ª (1970) y 20ª (1984)²⁵. La edición de 1956 reinó —por sí o a través de otras— durante 36 años; y no cualesquiera, pues cubre una gran parte de la segunda mitad del siglo xx que, según sabemos, fueron los años en que la gestión del final de la vida de las personas en los sistemas de salud avanzados comenzó a poner de manifiesto serios problemas.

Lo determinante del largo reinado de la acepción de 1956 es que en un único término fundía un doble significado. Recuértese su textualidad: «*Med. Muerte sin sufrimiento físico y, en sentido restricto, la que así se provoca voluntariamente*». Así pues, un doble significado, atribuido por la máxima autoridad lingüística, a un término que incluye una fusión de significados que alentará su banalización al incluir la muerte sin dolor y la acción de provocación de la muerte. Todo indicaría que pretendió así hacerse eco, siquiera como evocación más que como significado expreso, de lo que para entonces era ya de dominio público: el exterminio de seres humanos de modo sistemático y, en muchas ocasiones, provocando la muerte *clínica* mediante determinadas prácticas en la Alemania nazi. Pero también podría ser otra la explicación²⁶.

Muy recientemente, con la aprobación de la LORE, parece haberse producido algunas modificaciones, quizá no suficientemente reflexionadas, en otros diccionarios. Debemos destacar sin duda los lemas recogidos en el Diccionario panhispánico de términos médicos²⁷. En él se incluye el término eutanasia cuya transcripción literal se reproduce²⁸.

sin sufrimiento físico.» Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. 23ª edición. Versión electrónica 23.7. 2023.

²⁵ Como ya hemos visto las cuatro ediciones del Diccionario Manual e Ilustrado seguirá su propio ritmo, bien que sin desviarse sensiblemente de su superior, el DRAE.

²⁶ Ello sería distinto, lógicamente, de la acepción acogida entre 1853 y 1918 como «Arte de proporcionar una buena muerte», o «una muerte dulce», definida como acepción «filosófica».

²⁷ Ha sido presentado públicamente al tiempo de la redacción de este trabajo, el día 13 de setiembre de 2023. Diccionario panhispánico de términos médicos (dptm.es) (a. 5-12-2023). Se trata de una iniciativa de la Real Academia Nacional de Medicina de España (RANME) y la Asociación Latinoamericana de Academias Nacionales de Medicina, España y Portugal (ALANAM). Según se indica se actualizará periódicamente.

²⁸ DPTM Resultados — Diccionario panhispánico de términos médicos. Eutanasia

«1 [ingl. death without suffering] s.f. Muerte natural, tranquila, sin molestias ni dolores físicos y sin sufrimiento emocional.

2 [ingl. rightful death] s.f. Muerte en las condiciones elegidas por la persona de manera libre y autónoma, de conformidad con sus valores y deseos.

3 [ingl. merciful death, mercy killing, euthanasia] s.f. Acto directo y necesario dirigido a provocar, de forma inmediata, la muerte de otra persona que desea morir y así lo solicita. Para que este acto sea considerado como tal, deben concurrir varios requisitos, a saber, la mayoría de edad de la persona que solicita la muerte, las condiciones mentales necesarias para que la persona comprenda su situación y, comprendida esta, que de forma libre y sin coacción manifieste su deseo de morir y solicite expresamente ayuda para su muerte, así como la existencia de una situación de sufrimiento de la persona difícil de soportar; este sufrimiento suele deberse a una enfermedad grave, incurable, persistente, o progresiva y resistente a tratamientos específicos y paliativos, enfermedad que mantiene a la persona en situación de dependencia para actividades y cuidados elementales.

Observaciones de acepción La situación legal en relación con la eutanasia varía según los distintos países. En algunos está teniendo lugar una regularización progresiva para retirarla del código penal y de su condición de delito (homicidio); en otros se mantiene su consideración de delito. Desde la terminología médica y la comunidad científica, en la actualidad se rechazan por no considerarse adecuados ciertos términos relativos a la eutanasia, entre ellos «eutanasia activa», «eutanasia pasiva», «eutanasia directa» y «eutanasia indirecta». No debe confundirse con —> suicidio asistido, que consiste en poner fin a la propia vida con los medios facilitados por otra persona.

Observaciones de lema. Se recomienda precaución con este término, que se usa con significados muy distintos.»

E igualmente se acoge el lema de suicidio asistido²⁹.

«suicidio asistido [ingl. assisted suicide]

1 Acto por el que una persona que desea morir pone fin a su propia vida de forma consciente, directa y activa, con los medios químicos o farmacológicos que le son proporcionados por una segunda persona que se presta a ayudar a morir a la primera porque esta no puede realizar todo el procedimiento por sí misma. Para que sea considerado como tal, deben concurrir varios requisitos, a saber, la mayoría de edad de la persona que desea morir, funciones mentales íntegras de esta persona para poder comprender su estado de salud, todo lo relativo a esta y su situación personal en relación con sus necesidades y cuidados y que, comprendido todo ello, de forma libre y sin coacción la persona exprese su deseo de morir

²⁹ DPTM Resultados — Diccionario panhispánico de términos médicos. Suicidio asistido

y solicite la ayuda que necesita para ello, así como la existencia de una situación de sufrimiento de la persona difícil de soportar; este sufrimiento suele deberse a una enfermedad grave, incurable, persistente, o progresiva y resistente a tratamientos específicos y paliativos, enfermedad que mantiene a la persona en situación de dependencia para actividades y cuidados elementales. La acción directa y necesaria con consecuencia de muerte es realizada por sí misma por la propia persona que desea morir.

Sinónimos de lema

eutanasia suicida

suicidio eutanásico

suicidio médico asistido

Observaciones de lema

La situación legal en relación con el suicidio asistido varía según los distintos países. En muchos de ellos está siendo objeto de una regularización progresiva para despenalizarlo. En muchos otros, este acto tiene un tratamiento jurídico punitivo, pero con penas atenuadas. || No debe confundirse con —> eutanasia[3], por la que una persona pone fin a la vida de otra y no a su propia vida.»

Pero el esfuerzo de la Academia, con ser meritorio, no puede superar la mañana. De modo que, al incluir el lema *suicidio eutanásico* se afirma que equivale a *suicidio asistido*.³⁰ Respuesta igual se obtendrá al lema *eutanasia suicida* que se iguala sin más a *suicidio asistido*.³¹

Este diccionario se alinea nítidamente con los criterios establecidos en la LORE. Ello es evidente al introducir en la tercera acepción requisitos descriptivos de la acción con los requerimientos legales que lo configuran como un acto exento de punibilidad en aquélla norma. Se inserta de este modo una llamativa borrosidad en las definiciones pues, en la acepción tercera de la voz eutanasia se invoca una acción genérica, mientras que en la acepción suicidio se especifica que, más allá de ayudas, es el propio sujeto el que se causa la muerte. Eutanasia de la acepción tercera incluiría el suicidio asistido así definido, más allá del voluntarioso paliativo que el propio diccionario incluye exigiendo no confundir lo que las palabras que lo designan confunden³².

Evidentemente el esfuerzo del Diccionario, repitámoslo, es meritorio. Pero quizá en exceso voluntarioso al irrumpir en un terreno semántico babélico. Agravado todavía más por el plausible esfuerzo de sus autores por alinear los significa-

³⁰ DPTM Resultados — Diccionario panhispánico de términos médicos. Suicidio eutanásico

³¹ DPTM Resultados — Diccionario panhispánico de términos médicos. Eutanasia suicida

³² «No debe confundirse con —> eutanasia[3], por la que una persona pone fin a la vida de otra y no a su propia vida».

dos con los términos acogidos en la LORE que, como veremos más adelante, no está precisamente en condiciones de ayudar. En resumen, este Diccionario reafirma las dificultades de uso del término eutanasia, según la propia advertencia que incluye al final de la voz eutanasia, aunque el Diccionario no se la aplicó a sí mismo de modo tajante³³.

Esta excursión necesariamente breve por la evolución del término eutanasia nos permite concluir que un término que plantea tamañas dificultades en la fijación precisa de su significado cierto, en poco puede ayudar cuando se vea además sometido a los rigores suplementarios de la ciencia y la técnica jurídicas. Difícil objetivo el de conseguir certeza jurídica cuando el propio término acredita dificultades insalvables para asegurar un conjunto cierto y fiable de significados. Añádase a ello que el objeto jurídico de la LORE es nada menos que el de asegurar el modo y los casos en que la muerte de una persona a su instancia pero mediante personas involucradas en ello que pueden o no padecer persecución penal. Quizá todo ello explique que el término eutanasia nunca se ha utilizado en una norma jurídica legal española hasta la aprobación de la LORE. Había razones para ello como el recorrido histórico muestra: un término que en menos de dos siglos ha incluido, incluso, significados que mutuamente se rechazaban.

No deberíamos de finalizar este apartado sin aludir sumariamente a lenguas próximas para poner de manifiesto sus propias dificultades, a fin de conocer mejor las nuestras³⁴.

Alemania y su lengua componen una situación aleccionadora. En ella conviven términos de historia muy diferente. *Selbsttötung* define una acción de destrucción de la vida de naturaleza absolutamente privativa del propio sujeto: darse muerte de propia mano. *Suizid*, palabra más tardía en la lengua alemana, alude a la acción de privarse de la vida pero admite importantes variaciones de significado. Así *Suizidentscheidung*, decisión de suicidarse; *Suizidhelfer*, colaboradores al suicidio y, desde luego, *Suizidhilfe*, suicidio asistido. La palabra *Euthanasie* ha sufrido en Alemania una evolución asociada a su uso en la época nazi y antes, donde llegó a formar parte de modo expreso del arsenal de términos identificadores de los proyectos de exterminio nacional-socialista por lo que se incluyó entre los términos sometidos expresamente a los procesos de desnazificación³⁵. En la actualidad

³³ «Observaciones de lema. Se recomienda precaución con este término, que se usa con significados muy distintos».

³⁴ Una visión autorizada de conjunto sobre la regulación en derecho comparado en Cámara Villar, G. (2021) «La regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en el mundo. Panorama general y comparado», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXVII, pp. 399-464.

³⁵ La *Lingua Tertii Imperii* (LTI) acuñada por Klemperer, V., (2001) *LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, Minúscula: Barcelona. Sin embargo la idea de exterminar eutanásicamente a las personas discapacitadas o con malformaciones es anterior a las prácticas nazis. Fue formulada por una corriente penal de mucho eco no sólo en Alemania en la década de los veinte del siglo pasado.

todo indica que el término se ha recuperado, reintroducido o normalizado, con un uso obviamente distinto más próximo a nuestro significado genérico. Sin embargo en el ámbito jurídico institucional todo parece indicar que se mantiene una rígida veda de uso³⁶. El término *Euthanasie* se ha sustituido por el de *Sterbehilfe*, pero no sucede lo mismo en el lenguaje escrito no jurídico, en donde *Euthanasie* ha recuperado su uso, bien que no en el sentido de la época nazi, aunque lo incluya. En todo caso, no se usa para aludir a la ayuda al suicidio, donde reina el término *Sterbehilfe*. Todo parece indicar que el término *Suizid*, prácticamente un neologismo en comparación con los demás términos con los que convive resulta ser en el que más cómodamente se desenvuelve el *BvG*³⁷. De modo que, como vemos, el ordenamiento alemán anda lejos de tener totalmente resuelto el problema léxico y semántico.

Menos problemas plantea la lengua francesa por lo que se refiere al ordenamiento jurídico de la República francesa, en donde durante las últimas décadas se mantiene un debate público al hilo de diversas iniciativas legislativas y, también, al de determinados casos, *Affaire Lambert* en particular³⁸. La ayuda a morir no está autorizada en Francia, pero no hay discrepancia en la aceptación de la distinción en la ayuda activa para morir, *aide active a mourir*, que incluye dos vías posibles, *le suicide assisté et l'euthanasie*³⁹.

Paradójicamente, la norma belga en su versión francesa, *Loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie*, no distingue los diversos modos de ayuda a morir y podría decirse que ha virado en sentido contrario al resto de las legislaciones, afirmando

El libro de referencia es el de Binding, K. y Hoche, A., *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, Verlag von Felix Meiner: Leipzig, 1922. Accesible en <https://www.gutenberg.org/files/44565/44565-h/44565-h.htm> (a. 10-7-2023). Un minucioso estudio, excelente, sobre la gestión lingüística de la desnazificación, incluyendo el término *euthanasie* en Dodd, W J, (2018) *National Socialism and German Discourse. Unquiet Voices*, Palgrave-MacMillan: Londres.

³⁶ En la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre la constitucionalidad de prácticas comerciales de ayuda a morir, *BvR 2347/15*, es notoria la ausencia, para aludir a prácticas de auxilio o colaboración al suicidio, del término *Euthanasie*. En su único uso se utiliza en una acepción precisa para exponer la posición del recurrente, §164.

³⁷ En la citada *BvR 2347/15* el análisis cuantitativo arroja una ausencia de uso —salvo en un caso— del término *Euthanasie*, y un uso masivo de los términos *Selbsttötung* y *Suizid*. Aquél designaría más bien la acción de privarse de la vida y *Suizid* la determinación o decisión de privarse de la vida; quizá.

³⁸ *Affaire Lambert et autres c.France*, STEDH, 5-6-2015.

³⁹ Definiciones muy precisas y ajustadas en *Rapport de la Convention Citoyenne sur la fin de vie*, abril de 2023. https://medias.vie-publique.fr/data_storage_s3/rapport/pdf288846.pdf (a. 20-5-2023). Posee un excelente Glosario con precisas definiciones que despejan cualquier confusión.

En la actualidad la legislación francesa, *loi Claeys-Leonetti*, de 2016, aprobada tras cuatro años de debates, autoriza únicamente la «sédation profonde et continue jusqu'au décès». En el momento de redactar estas páginas está anunciada la próxima presentación de un Proyecto de Ley que afronte la regulación de la ayuda a morir, que se prevé, tras varios retrasos, para febrero de 2024.

que el término eutanasia incluye cualquier método aplicado, ya sea proporcionar la medicación para su autoadministración o mediante intervención directa del personal sanitario⁴⁰.

Finalmente la lengua inglesa plantea también problemas parcialmente irresolubles⁴¹. *Euthanasia* y *mercy killing* son palabras que pueden llegar a tener un mismo significado e incluso aplicarse indistintamente a personas y animales, lo que sólo muy recientemente se está comenzando a abrir paso en lengua castellana en donde se está sustituyendo parcialmente al uso de la palabra *sacrificio* cuando se trata de matar animales para alimento humano, aunque también este significado está viendo debilitado su uso.

Assisted suicide o *Assisted dying* son términos mucho más recientes y nacen sin duda al hilo de los nuevos escenarios abiertos por el conocimiento clínico del final de la vida. A partir de los años 70 del pasado siglo se abre camino con el significado preciso de acción por el que una persona se priva de su vida con la ayuda de otra debido a los sufrimientos producidos por la enfermedad incurable que padece⁴².

V. El problema de acotar el *espacio eutanásico*

Una descripción ordenada del supuesto de hecho del final de la vida de un ser humano provocado a petición propia constituye, como habrá podido sospecharse tras todo lo anterior, una difícil misión. Ajustaremos nuestra aproximación, en todo caso, al entorno del ordenamiento jurídico español vigente.

En lengua castellana el término eutanasia es, como ha quedado probado, impreciso, pudiendo llegar a ser muy impreciso y desde luego siempre polisémico, lo que resulta de varios factores que ordenamos a continuación.

⁴⁰ La indiferenciación entre suicidio asistido y eutanasia en *Avis relatif aux soins palliatifs, à l'euthanasie et à d'autres décisions médicales concernant la fin de vie* del *Ordre des médecins* belga, de 21 de marzo de 2003.

⁴¹ Históricamente *mercy killing* heredaría el francés *coup de grâce* a finales del siglo XVII mediante fórmulas intermedias como *mercy-stroke* y *stroke of grace* siempre con significado similar. El término *euthanasia* se abrirá paso a mediados del siglo XIX y convivirá con *mercy killing* aunque con clara preeminencia progresiva de esta última. *Thesaurus of Oxford English of Dictionary*. (a. 3/8/2023). El uso en USA ofrece una mayor variabilidad aunque en general *euthanasia* incluye casi siempre una acepción ilícita criminal.

⁴² Muy recientemente el órgano de acusación en procesos penales, *The Crown Prosecution Service*, similar pero no igual a nuestra Fiscalía, ha revisado, por cuarta vez, tras la realización de una consulta pública, la *CPS Guidance* que fija los términos y condiciones en que el CPS perseguirá los casos de ayuda a morir, *Consultation on public interest guidance for suicide pact and 'mercy killing' type cases..* Resultados y modificaciones en *Homicide: Murder, manslaughter, infanticide and causing or allowing the death or serious injury of a child or vulnerable adult* (aa. 3-11-2023).

Se trata de una palabra con varias acepciones, alguna de ellas más allá de lo que el Diccionario dice. Así, en el ámbito de la bioética y en cualquiera de sus corrientes o concepciones, la palabra eutanasia incorpora un claro contenido valorativo en términos, para entendernos, filosófico, enlazando así con todo el trazado histórico que arranca —como poco— de las raíces mismas de la cultura europea occidental. Posee por tanto una enorme riqueza de contenido y, sin duda, ha contribuido durante los últimos dos siglos a activar reflexiones e impulsar debates de relevancia social notoria que, finalmente, han condicionado modificaciones jurídicas o decisiones jurisprudenciales. Pero, a riesgo de ser expeditivos, esa idea y término de eutanasia se convierte, en el espacio del derecho vigente, en un auténtico factor desestabilizador al contaminar los procesos técnico-jurídicos con valores sin duda nobles pero turbadores de la idea misma de estado de derecho contenida en un ordenamiento concreto. El juez, por seguir simplificando, está sujeto a la Constitución y a la ley, pero no a volver ambas contra su percepción de los valores y principios siendo que aquéllas son la plasmación constituyente de ellos.

El término eutanasia ha jugado a su vez un papel central en la ciencia penal española estudiosa de estos supuestos, pues ha descrito un espacio en el que se ha producido la construcción de los tipos de lo injusto de inducción o auxilio al suicidio contenidos en el Código Penal⁴³. Un precepto que también persigue a quien llegara al punto de «suicidar» a la víctima, lo que el Código Penal vigente describe «[...] la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte», lo que empareja difícilmente dos acciones distintas, cooperar y ejecutar. El artículo 143 se inserta en el *Libro II. Título I. Del homicidio y sus formas*, una ubicación sistemática algo turbadora, pues difícilmente el suicidio puede concebirse como una forma de homicidio. O quizá su ubicación resulte de una latencia histórica que no acaba de despegarse y que asocia el suicidio a disvalor o reproche⁴⁴.

⁴³ «Artículo 143. 1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.

3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.

4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia.»

⁴⁴ Para la evolución en el derecho español hasta llegar al art. 143 vigente, Núñez Paz, M.A. (1999), *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Madrid: Tecnos, pp. 341-384.

Sobre los problemas que plantean estos temas y en concreto este precepto del C. Penal vigente se ha pronunciado la doctrina penal de modo nutrido⁴⁵. Mencionaremos ahora, de entre ellos, el de la inconsistencia de mantener un supuesto de hecho común de referencia para los subtipos del art. 143 CP. Si se repara en la redacción del precepto se observará que los supuestos descritos en los párrafos 1 y 2 suponen actos accesorios de la acción principal —inducción y cooperación necesaria— realizada por el suicida. Sin embargo el párrafo 3 describe una acción imposible si se refiere a idéntico supuesto, pues es evidente que nadie suicida a otro, sino que lo mata incurriendo en una acción tipificada, en su caso, como homicidio o asesinato. Como indica Romeo Casabona es un caso de homicidio-suicidio más allá de que pueda compartirse esa categoría penal, en lo que no debemos entrar⁴⁶. Dicho de otro modo, parece evidente que el supuesto del p.3 describe un tipo de acción distinta —un diferente supuesto de hecho— para la que no cabe usar la palabra suicidio pues este término se reserva, si es que las palabras significan algo, a la acción realizada «de propia mano». Y por otro lado quien así muere no es un suicida ni tampoco refleja en modo alguno la decisión de morir de, en este caso en sentido propio, la víctima; o en otro caso la disposición es técnicamente deficiente al no reflejar la voluntad de quien será víctima de la acción de otro. Sin embargo el párrafo 4 vuelve a recuperar la solicitud, es decir, una expresión de voluntad de privarse de la vida. Estas deficiencias de técnica normativa han sido desde luego tratadas por la doctrina penal como decimos y no entraremos en ello.

Ahora bien, la LORE introduce en el C. Penal por primera vez en su historia el término eutanasia, ausente hasta el momento de todos los Códigos penales y normas represivas españolas anteriores hasta donde conozco, así como también de la normativa de otro tipo referida a seres humanos⁴⁷. Y aquí tenemos un problema porque el término eutanasia, utilizado típicamente por la dogmática jurídica penal durante décadas no significa lo mismo que el término insertado por la LORE. Ni, por lo mismo, puede pretenderse que el término de la LORE signifique ni incorpore la dogmática del derecho represivo. Ni tampoco que la LORE se deba a dicha

⁴⁵ Un estudio monográfico sobre la LORE desde una perspectiva penalista en Barquín Sanz, J., (2021) «Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia tras la reforma de 2021», *Cuadernos de Política Criminal*, 133, I, Época II, mayo 2021, pp. 5-59. De Romeo Casabona, C. M^a, Sola Reche, E. y Boldova Pasamar, M. A., (coords.), (2023) *Derecho Penal. Parte Especial*, 3^a ed., pp. 43 ss. Así como la bibliografía mencionada en ambos.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 56, aunque bien podría ser que Romeo hubiera usado el término como recurso descriptivo para destacar una cierta contradicción.

⁴⁷ Para el creciente uso del término eutanasia en animales y su generalización con antelación a la LORE, Cfr. Chueca Rodríguez, R. (2023), «La Ley Orgánica de regulación de la eutanasia y su aplicación», *Derecho y Salud*, vol. 32 (*Extraordinario*), p. 56n.

metodología. Un asunto que sin duda va a llevar un largo tiempo de adaptación en nuestro ordenamiento⁴⁸.

El punto de conexión, desde las normas penales, se produce al determinar que dos supuestos específicos descritos en la LORE en el art. 3 g) incurrirían en uno u otro de los tipos descritos en los párrafos 2, 3 o 4 del art. 143 CP. El precepto introducido en el p-5 art. 143 CP ha incluido, para dichos supuestos una exclusión de responsabilidad penal de sus autores. La dogmática penal entiende que quienes así actúan realizan todos los requisitos del supuesto de hecho y por tanto quedan incurso en el ámbito de la norma represiva, aunque no realizan un acto punible al concurrir una causa de justificación. Desde este punto de vista el incumplimiento, esencial y más dudosamente en los aspectos menores, de los requisitos descritos en la LORE —en lenguaje penal causa de justificación— enervaría la exclusión de la responsabilidad criminal. Desde el punto de vista del Código Penal este planteamiento es irreprochable, pero no resulta tan convincente desde la necesaria satisfacción del principio esencial de todo ordenamiento jurídico, su unidad.

Tras los pronunciamientos de *Mortier vs Bélgica* y las SSTC 19/2023, 19 de marzo, y 93/2023, 12 de setiembre, todo indica que se requiere una importante revisión de la regulación penal a la vista de lo dispuesto en la LORE. La doctrina constitucional de ambas sentencias, en resolución de sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por los GGPP Vox y Popular respectivamente, ha fijado algunos criterios que seguramente requieren revisar, desde un punto de vista de técnica legislativa, el art. 143 CP y quizá también la propia LORE.

Las acciones eutanásicas componían hasta ahora un conjunto de supuestos penalmente perseguibles al identificar el legislador un disvalor en las acciones tipificadas. El propio acto suicida era, en la inmensa mayoría de la doctrina hasta hace muy poco, una acción ilícita no tipificada por razones de política criminal, pero alineada en cuanto a disvalor a los tipos descritos.

Pues bien, la primera base a revisar es la que concibe el suicidio como una acción que pugna con los valores del ordenamiento. Más allá de las diversas concepciones morales o ideológicas sobre la disponibilidad de la propia vida, el ordenamiento constitucional español se asienta sobre el principio de autodeterminación individual y, más allá de él, sobre el libre desarrollo de la personalidad como uno de

⁴⁸ Sobre el asunto podrán detectarse indicadores del problema en los debates parlamentarios. Véase por ejemplo Seoane Rodríguez, J.A (2022), «Debates legislativos. Sobre muerte digna y eutanasia: Una aproximación al caso español», en *Debatiendo leyes. Estudios sobre justificación parlamentaria de la legislación*, Oliver-Lalana, A. Daniel. Ed., Dykinson: Madrid, especialmente pp. 121ss, 147-148. Hay versión inglesa, «Legislative Debates on Death with Dignity and Euthanasia. An Approach to the Spanish Situation», *Debating Laws. Studies on Parliamentary Justification of Legislation* (2023), Springer, pp. 88ss y 111.

los fundamentos del Estado constituido. Nuestra Constitución no contiene pues un principio de indisponibilidad de la vida individual, sino una prohibición —relativa como es obvio— de que el Estado disponga en modo alguno de la vida de las personas, incluido un compromiso por la defensa de la vida de quien desea vivir.

La segunda requiere replantear el alcance de las categorías dogmáticas construidas desde la ciencia penal en cuanto a su convivencia con una regulación estatal de procesos de ayuda a morir en determinados casos descritos en la LORE. No podemos ahondar aquí y ahora en ello pero, de nuevo simplificando mucho el problema, repárese en las dificultades de gestión que experimenta la LORE al aceptar la distinción, dentro de una ley de regulación de la «eutanasia», de una modalidad o subespecie de eutanasia y otra de suicidio asistido en los términos descritos. Subyace a todo ello la ausencia, en la LORE para el caso, de una construcción jurídica consistente en la línea de lo sugerido discreta y respetuosamente por la doctrina constitucional de las SSTC 19 y 93/2023.

Ciertamente este es un asunto dificultoso, pero que debe ser afrontado. Nos encontramos ante una Ley Orgánica que reconoce un derecho constitucional, deducido del contenido de unas normas de derecho fundamental, para cuyo ejercicio establece un procedimiento administrativo y una prestación al servicio de ello. Sin embargo nuestro ordenamiento jurídico lo configura como la realización de un supuesto de hecho tipificado penalmente que, en determinadas circunstancias, no será perseguido por concurrir una causa de justificación descrita en una Ley. Resulta así que los actores al servicio del procedimiento y, en su caso, llamados a realizar la prestación se desenvuelven en un entorno en que, a un tiempo, desempeñan el ejercicio de un deber y la comisión de actos que integran un tipo delictivo del que se sustraerán sólo a condición de que satisfagan, en una medida por determinar con posterioridad a la comisión del conjunto de los actos descritos en el tipo, los requisitos descritos en la causa de justificación contenida en una Ley a la que remite el p-5 del art. 143 CP.

La LORE, en este punto, ha sucumbido a la poderosa influencia de la inercia represiva de sólido fundamento dogmático propio de las normas penales, como lo prueba la distinción, fundada en la diferencia entre los subtipos de los supuestos descritos en el art. 143 CP, entre «suicidio asistido» y «eutanasia». Se trata de una tradicional diferenciación que discrimina entre diversos grados de colaboración al suicidio o muerte de otro a petición con la finalidad que le es propia: la graduación del disvalor de la acción mediante su encaje en uno de los tipos prescritos en la norma penal. Sin embargo, desde el sistema LORE, esa diferenciación posee una relevancia estrictamente sanitaria a decisión del suicida en relación con el método de aplicación de la dosis letal.

A nuestro entender el Tribunal Constitucional invita sutilmente a utilizar los términos penales en su lugar propio, al tiempo que advierte sobre el resbaladizo

terreno que en la actualidad configura la taxonomía tradicional en la materia y, sobre ella, la disparidad doctrinal al respecto⁴⁹.

VI. La LORE y su *nomen iuris*

La Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia contiene una regulación novedosa de un tema difícil. Su mera existencia, afrontando un problema evidente y desde luego de creciente presencia en algunas situaciones y supuestos de vidas terminales o especialmente difíciles por inviables, debe medirse como plausible. La norma se ha integrado en nuestro ordenamiento, ha desplegado su eficacia y se está aplicando con normalidad. Todo ello puede valorarse como un éxito tratándose como es el caso de un proceso nuevo y delicado por razones obvias. Bien entendido que este juicio se afirma desde la precisa definición de su objeto: resolver el creciente problema planteado a pacientes y sanitarios por determinados supuestos debidos inicialmente al avance de los recursos clínicos en los sistemas de sanidad más modernos.

Lo antedicho no considera los aspectos éticos o morales asociados a situaciones notoriamente patéticas como las que atiende la LORE, pues sobre esto las sociedades libres parecen proporcionar un criterio mayoritario favorable a ayudar a anticipar el final vital a quien, además de encontrarse en las situaciones descritas en la norma correspondiente, así lo quieran y manifiesten de modo firme y continuado.

Las dificultades que enfrenta la LORE son, han sido, y probablemente serán, de distinta naturaleza. De entre ellas sólo vamos a enumerar aquéllas relacionadas con la terminología y el lenguaje utilizado: un asunto que debilita sensiblemente la certeza y calidad jurídica exigible a una Ley en general y a ésta en particular. Nada por supuesto que no tenga arreglo técnico-jurídico que al parecer no fue posible paliar en el proceso legislativo en sede parlamentaria.

En primer lugar, el proceso de elaboración de la norma ha estado envuelto en un entorno mediático superpuesto al debate experto, algo seguramente inevitable pero no tanto como la notoria victoria del primero. Por todos y como prueba

⁴⁹ «Nuestro pronunciamiento ha de restringirse, por lo tanto, a esta concreta cuestión, sin alcanzar a otros posibles supuestos relativos al fin de la propia vida que pudieran darse en la realidad y que no son objeto de regulación en la LORE, [...]. El Tribunal se atenderá asimismo a la sinonimia sentada por el legislador entre la expresión «eutanasia» y la locución «prestación de ayuda para morir», y no hará tampoco cuestión de la identificación normativa, bajo la genérica denominación de eutanasia, de las dos modalidades previstas en el art. 3 g) LORE: administración directa al paciente de una sustancia letal por el profesional sanitario competente, por un lado, y prescripción o suministro de tal sustancia por dicho profesional de manera que el paciente se la pueda auto administrar, de otra parte. Sea o no discutible tal equiparación conceptual desde unos u otros enfoques dogmáticos o académicos, este extremo no ha suscitado controversia entre las partes.» STC 19/2023/6 B) a).

máxima, repárese en el propio nombre de la LORE, que obviamente no se corresponde con el objeto que realmente regula, cualquiera que fuere el significado que se atribuya al término eutanasia de entre las múltiples acepciones que lo bambolean y sobre el que ya nos hemos advertido.

En segundo lugar, y entrando ya en el bosque eutanásico de significados que emboscan la LORE, tanto la lengua castellana como las demás aludidas sumariamente nos previenen claramente de la dificultad de fijar unos significados con la taxonomía requerida para una regulación jurídica cierta y precisa, tan necesaria especialmente para estos asuntos. Este aspecto es, en la LORE, mejorable.

En tercer lugar, la LORE contribuye a la confusión acumulando usos y acepciones que remiten a, y requerirían por tanto, vocablos distintos. Todo lenguaje, y más el técnico, posee palabras distintas para significados diferentes o, en otro caso, disciplina la polisemia mediante un «sistema de usos» en forma de ordenación jerárquica de acepciones. Nada de esto sucede en la LORE sino cabalmente todo lo contrario, contribuyendo así a dificultar el escenario objeto de regulación donde deben actuar los actores implicados.

El término eutanasia se usa en la LORE en 21 casos, incluido el de su denominación y el de su alusión refleja recogida en la Disposición final primera, que descontamos ahora. De los 19 usos restantes hay que destacar un primer dato significativo: en la parte dispositiva el término se menciona en tres ocasiones con un uso formulario y genérico, es decir, por alusión al *nomen iuris* y sin contenido material propio⁵⁰.

Constatamos así que la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia no ha requerido de ninguna definición del término para la regulación de los procesos que sin embargo establece y que debiera figurar lógicamente en su lugar propio, art. 3. *Definiciones.*

Los restantes 16 usos del término eutanasia los encontramos en el generoso Preámbulo de la LORE que ocupa más de un tercio del total de la extensión de la ley. Tan singular dato deberá tener una, o varias, explicaciones y quizá una especialmente destacable: el legislador ha contribuido a enmarañar el ovillo del grupo semántico eutanásico encubriendo las dificultades y los condicionamientos, que desde luego le superaban, bajo la alfombra siempre amable del texto preambular. Pero, por seguir con la metáfora, el bulto es demasiado voluminoso. En resumen, se han dispuesto los procesos precisos para la declaración de un derecho a la ayuda a morir definido como prestación, pero a costa de destartalar definitivamente el término eutanasia. Precisamente en el momento en que dicho término se introducía en nuestro Ordenamiento por primera vez, quizá con alguna ligereza si recordamos las consideraciones anteriores.

⁵⁰ Arts. 6.4, 14 y 17.5 LORE.

Veamos el asunto con cierto detenimiento teniendo en cuenta que ha sido el propio legislador el que nos ha reconducido, a falta de mejor opción, a este análisis tan necesario del texto introductorio que adquiere así una relevancia notoria⁵¹. El Preámbulo, devenido en ineludible «libro de claves» del concepto de eutanasia, destila polisemia y denota en ocasiones una llamativa desenvoltura semántica, expresada en un auténtico racimo de significados.

Encontramos en primer lugar un uso *genérico* del término, eutanasia como ámbito o espacio, un significado laxo que pone a disposición del lector y de su imaginación la variadísima gama de supuestos que agrupa, sumergiéndose en una suerte de metalenguaje. Incluye aquí la inevitable alusión a su etimología que, como dejamos ya dicho, no facilita las cosas pues no es difícil colegir que bajo el término «buena muerte» los seres humanos podemos incluir una variadísima gama de formas de final de nuestra vida. En cualquier caso la lacónica referencia nada propone ni deduce. En esta misma línea genérica debe situarse la alusión al «*debate sobre la eutanasia*», a la «*legalización y regulación de la eutanasia*», a «*dos modelos de regulación de la eutanasia*» (en los países de nuestro entorno), a «*que la eutanasia es una práctica legalmente aceptable*», a «*los supuestos en los que la eutanasia no deba ser objeto de reproche penal*». No obstante ese carácter genérico incluirá también una subdivisión que se dirá apoyada en «*nuestras doctrinas bioética y penalista*» en base a la cuál quedará limitada en la norma a «*aquella que se produce de manera activa y directa*». Se excluyen por tanto, sin que quede claro dónde se confinan, la denominada «eutanasia pasiva» y la «eutanasia activa indirecta». Siempre quedará la duda, seguramente para otras doctrinas, si estas subespecies son acciones eutanásicas o no, más allá de que no sean objeto directo de normación en la LORE. Este grupo de acepciones genéricas incluye una primera definición en los siguientes términos, «*acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento*». Cabe deducir de este nutrido grupo de apelaciones al término genérico de eutanasia que su uso es, básicamente, apologético, o sea, requerido para justificar la necesidad de la norma que se presenta. Sin embargo debe llamarse la atención sobre la carga interpretativa que, en ausencia de compromiso definitorio en el texto dispositivo, introducen estas consideraciones para la intensa demanda hermenéutica que las disposiciones que le siguen requieren.

⁵¹ La propia STC 19/2023/2 b) refiere esta singular circunstancia aclarando el alcance del uso de los preámbulos en el enjuiciamiento constitucional, aunque después reitera que en ningún caso los preámbulos pueden constituir objeto de declaración de inconstitucionalidad. La STC 19/23 destaca precisamente por el uso recurrente del preámbulo en las argumentaciones, lo que no ocurre en la 94/23 en donde apenas se alude a él, indicando una vez más el carácter ancilar de este segundo pronunciamiento respecto del primero.

Será el propio preámbulo el que, más adelante, acotará, frente a aquéllos usos genéricos el significado legal auténtico del término eutanasia en la LORE despejando con ello las «modalidades» aludidas. Eutanasia es, definitivamente y a sus efectos, la eutanasia activa. «[...] *eutanasia activa es la acción por la que un profesional sanitario pone fin a la vida de un paciente de manera deliberada y a petición de este, cuando se produce dentro de un contexto eutanásico por causa de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o enfermedad grave e incurable, causantes de un sufrimiento intolerable.*» La pregunta que surge inmediatamente es por qué motivo esta definición no se halla incluida en el art. 3 LORE dedicado precisamente a las definiciones. A este mismo grupo de alusiones específicas pertenecen «*la legalización y regulación de la eutanasia*», «*un nuevo derecho individual como es la eutanasia*», «[...] *la eutanasia conecta con un derecho fundamental...*». El Preámbulo determina que estas alusiones se ligan a la definición ya acotada y delimitada. De esta eutanasia es por tanto de la que hablamos en la Ley. Pero no exactamente.

La LORE parece soportarse sobre semántica menos firme cuando, fiel a la decisión de unir su suerte a término tan disparejo, debe atacar una definición de los supuestos de hecho precisos y concretos de eutanasia que la ley regula: «[...] *supuestos en los que la eutanasia no deba ser objeto de reproche penal*» en ejercicio de clara inconsecuencia con la previa declaración de *única* eutanasia y, más allá, en evidencia de una incomprensible exculpación suplementaria en términos penales si, como es el caso, ya se han declarado ambos supuestos como espacios de ejercicio de un derecho individual.

Esta inconsecuencia se agudiza, inevitablemente, a la hora de distinguir «[...] *entre dos conductas eutanásicas diferentes*». De un lado, sigue el Preámbulo, la «eutanasia activa», cuando no obstante y según el legislador ya no existe otra a los efectos de la ley, sino la eutanasia sin más. Ésta consiste en, deberemos repetirlo ahora, «*la acción por la que un profesional sanitario pone fin a la vida de un paciente de manera deliberada y a petición de este, cuando se produce dentro de un contexto eutanásico por causa de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o enfermedad grave e incurable, causantes de un sufrimiento intolerable*». Y, de otro, una *segunda* conducta eutanásica: «*aquella en la que es el propio paciente la persona que termina con su vida*» con la colaboración del personal sanitario preciso para facilitarle los medios (medicamentos y dosis que ingerirá por sí mismo). Abre así paso el legislador a *dos conductas eutanásicas*, pero una única y auténtica eutanasia y una segunda conducta eutanásica que, sin embargo, no es eutanasia en el sentido de la LORE; o no del todo. O una eutanasia *activa* y otra que no. En cuyo caso, si la LORE se ocupa tan sólo de la eutanasia activa cabrá entender que el segundo supuesto no es propiamente una eutanasia; pero sí una conducta eutanásica. He aquí un serio problema taxonómico.

Sin embargo en el texto dispositivo el planteamiento es otro y, desde luego, más acorde con lo que la LORE pretende regular: una prestación de ayuda a morir a quien quiere y está en condiciones, según la ley, de privarse de la vida, es decir, de suicidarse⁵².

Ahora bien, esta distinción entre estas dos «conductas eutanásicas» en términos de la prestación que se define es irrelevante, salvo en términos de práctica sanitaria, art. 11.2 y 3 LORE. Hasta el punto de que la opción por una u otra está a disposición del suicida, a quien la ley habilita para obtener la ayuda que precise, siempre a voluntad suya y de acuerdo a las condiciones clínicas concretas, art. 11.1 LORE.

Esta precisa diferenciación, que desde un punto de vista sanitario no va más allá de un diferente protocolo de actuación, adquiere como se ve una importancia llamativa en el Preámbulo de la LORE, aunque confusa, y en el art. 3 g).

La razón no es sino la persistencia *ultra vires* de la dogmática penal. Esa distinción responde a la idea, sin duda correcta desde el derecho represivo, del distinto disvalor de quien coopera a la muerte de otro o quien directamente la causa, para el caso a petición propia. Lo que viene a indicar que, más allá de lo que la ley declara y promete, y como no deja dudas al respecto la modificación de los ahora p.4 y 5 del Código Penal introducida mediante la Disposición final primera LORE, se está introduciendo una doble concepción de la ayuda a morir en nuestro ordenamiento y en la misma norma.

De un lado aquélla que desde la perspectiva penal describe dos modalidades de acciones típicas, antijurídicas y culpables que, si se realizan en los términos de la LORE, no dan lugar a responsabilidad penal⁵³.

De otro un derecho subjetivo que supone el ejercicio de una o varias, no entraremos ahora en ello, facultades o poderes iusfundamentales en los términos —sólo parcialmente satisfactorios— deducidos de las SSTC 19 y 93/2023.

Pero el ejercicio de un derecho conferido por el ordenamiento no puede nunca tener como objeto la realización de una acción típica, antijurídica y culpable ni, por utilizar otro término utilizado por el legislador LORE, un derecho puede consistir en una acción que define como una «conducta eutanásica despenalizada».

La cuestión a plantearse sería cuántos de estos problemas no habrían quedado

⁵² «Art. 3. Definiciones. g) «Prestación de ayuda para morir»: acción derivada de proporcionar los medios necesarios a una persona que cumple los requisitos previstos en esta Ley y que ha manifestado su deseo de morir. Dicha prestación se puede producir en dos modalidades:

1.ª) La administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente.

2.ª) La prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte.»

⁵³ Lo que, como señala Romeo Casabona, lleva al delicado asunto del grado de exigibilidad del escrutinio requerido por la LORE, *op. cit.*, pp. 54-55.

despejados si se hubiera acudido a un uso más comedido y razonable de la terminología y la semántica disponible. Si hubiéramos situado en el *nomen iuris* de la Ley su auténtico objeto, la ayuda a morir, y hubiéramos denominado que aquélla es sólo posible si la persona ha decidido privarse de la vida en determinadas condiciones. Unas condiciones que, en ambos modos de ayuda, no hacen sino proporcionar los medios sin los que no podría ejecutar la decisión adoptada de acuerdo al derecho de que dispone. Manteniendo, como es lógico, las normas represivas en su terreno propio.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE, A VUELTAS CON EL VELO ISLÁMICO

PEDRO CRUZ VILLALÓN
Universidad Autónoma de Madrid

I. La construcción gradual de una jurisprudencia constitucional

Al cabo de seis años del inicio de su jurisprudencia sobre la materia¹, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) continúa debiendo responder a cuestiones prejudiciales relacionadas con las normas de neutralidad religiosa e ideológica en la apariencia externa de los trabajadores (neutralidad indumentaria) en el seno de la empresa y, muy en particular, con la prohibición del uso del velo islámico o *hiyab* en el puesto de trabajo². No debiera extrañar, tratándose de una materia delicada y compleja, como las abogadas generales advirtieron desde aquel primer momento³. Es así como esas dos primeras cuestiones prejudiciales de procedencia francesa, tratadas por el TJUE en paralelo en 2017, estaban desde el principio llamadas a encontrar continuación escasos años más tarde en forma de otras tantas procedentes ahora de Alemania y Bélgica. A ritmo anual desde 2021, el juez europeo ha vuelto sobre la cuestión primero en los asuntos acumulados

¹ *Samira Achbita*, *Centrum voor gelijkheid van rassen en voor racismebestrijding* y *G4S Secure Solutions NV* (C-157/15), Sentencia de 14 de marzo de 2017; Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott de 31 de mayo de 2016 (en adelante citada, al igual que usa el TJUE, como *TG4S Secure Solutions*); *Asma Bougnaoui*, *Association de défense des droits de l'Homme (ADDH)* y *Micropole SA* (C-188/15), Sentencia de 14 de marzo de 2017; Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston de 13 de julio de 2016.

² Siempre en interpretación de 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 (en adelante, *la Directiva*)

³ Julaine Kokott y Eleanor Sharpston, en sus Conclusiones en los asuntos *G4S Secure Solutions* y *Asma Bougnaoui*, respectivamente.

WABE y *HM Müller*⁴, seguidos en 2022 con el asunto *SCRL*⁵ y finalmente por el momento en 2023 con el asunto *Commune d'Ans*⁶. Parece así llegado el momento de actualizar mi anterior análisis sobre la materia, desarrollado sobre la exclusiva base de las sentencias fundacionales de 2017⁷, en homenaje al mismo tiempo a la persona y a la obra del profesor Gregorio Cámara Villar en el momento de su jubilación.

Cabe adelantar ya cómo el agregado de estas tres resoluciones es revelador de la riqueza de las cuestiones constitucionales vinculadas a la referida facultad del empleador, en ejercicio de la libertad de empresa, de impedir el uso del *hiyab* en el lugar de trabajo en el marco de una opción de neutralidad ideológica y religiosa. Si en 2017 se dio una respuesta positiva, descartando la presencia de una discriminación directa y, condicionadamente, de una discriminación indi-

⁴ Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 15 de julio de 2021 en los asuntos *Wabe eV* (C-804/18) y *MH Müller GmbH* (C-341/19). ECLI:EU:C:2021-594). Conclusiones del Abogado General Athanasios Rantos de 25 de febrero de 2021. Cfr. Elijah Granet, Op-Ed: «Missed opportunities: the Court of Justice fails to fix the unprincipled mess on religious garb in the workplace». EU-LawLive, 21st July 2021; Erika Howard, «Headscarf-wearing employees and the CJEU: What employees can and cannot do», ERA Forum, Springer, 2021, 22 September 2021, <https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-021-00689-z>. Es de señalar, por la peculiaridad de la circunstancia, que, escasas semanas más tarde de la presentación de las conclusiones del Abogado General, la ya ex Abogada General británica, Eleanor Sharpston, a quien habían sido encomendados estos asuntos acumulados, procedió a divulgar el texto sus propias Conclusiones (*shadow opinion*) en estos asuntos acumulados, tal como les habían sido inicialmente encomendados: <http://eulawanalisis.blogspot.com/2021/03/shadow-opinion-of-former-advocate.html>. Me limito a señalar aquí cómo, a diferencia de los anteriores asuntos, *Wabe* concierne a una empresa, en alguna medida, ideológica. En efecto, se trata de una empresa que regenta un elevado número de guarderías infantiles (KITAs, por el acrónimo alemán). Esto hace que la empresa disponga, de manera bastante evidente, de su propia guía en la que se exponen las líneas básicas, educativas y otras, de su actuación. Ahora bien, interesa señalar que esta dimensión de la empresa no da lugar a un desarrollo específico en el tratamiento del asunto. Por su parte, el asunto *MH Müller* versaba sobre una opción de neutralidad selectiva, en el sentido de que sólo afectaba al uso de signos «vistosos y de gran tamaño».

⁵ Asunto *L.F y S.C.R.L. (C-344/20)*, sentencia de 13 de octubre de 2022, Conclusiones de la Abogada General Laila Medina de 28 de abril de 2022. El asunto concierne a la candidatura a un puesto de trabajo por parte de una persona una persona de religión musulmana, que resulta rechazada por la empresa en cuestión por su negativa a llevar descubierta su cabeza.

⁶ Asunto *OP contra Commune d'Ans* (C-148/22), Sentencia de 28 de noviembre de 2023, Conclusiones del Abogado General Anthony M. Collins de 4 de mayo de 2023. El asunto concierne a la negativa de un ayuntamiento de aceptar el uso del *hiyab* por parte de una empleada del mismo.

⁷ Pedro Cruz Villalón, «Todavía Samira. A propósito de Joseph H. H. Weiler, 'Je suis Achbita'», en, Peter Häberle, Francisco Balaguer Callejón, Ingo Wolfgang Sarlet, Carlos Luis Strapazon, Augusto Aguilar Calahorra (coords.), *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel: libro homenaje a Jörg Luther*, 2020, pp. 51-68. Publicado igualmente como, *id.*, «Still on Hijab Bans in the Workplace. A propos de, Joseph H. H. Weiler, 'Je suis Achbita'», en, C. Izquierdo-Sans et al. (eds.), *Fundamental Rights Challenges*, Berlín, Springer, 2022, pp. 91-104.

recta⁸, en los tres últimos años esta jurisprudencia inicial ha ido afinándose mediante el posicionamiento del TJUE sobre extremos tales como la circunstancia de que con ello se esté impidiendo a la trabajadora el cumplimiento de un precepto religioso, o la tolerancia respecto de signos externos de escasa dimensión, o la eventual cualificación del problema tratándose de un empleador público, entre otros tantos. Sólo la discriminación desde la perspectiva de género, de entre las cuestiones elevadas por los órganos judiciales, continúa de momento sin respuesta, pero también el modo como el TJUE explica esta negativa es merecedor de atención. Como en los asuntos de 2017, las Conclusiones de los Abogados Generales han seguido poniendo de manifiesto la facilidad con la que el uso prohibido del *hiyab* revela la individualidad intelectual e incluso emocional de sus autores. Por fin, apenas parece necesario advertir del carácter puntual y escasamente sistemático de los comentarios que siguen, contruidos a partir de los referidos tres asuntos: juntos me han parecido expresivos de un ejercicio de jurisprudencia en el curso del cual se manifiesta la condición constitucional del juez europeo.

II. El *hiyab*: su cualificación como mandato religioso

Comienzo mi comentario por la primera de las dos cuestiones prejudiciales acumuladas en *WABE* y *MH Müller*. A mi modo de ver, la cuestión más singular que plantea el Tribunal de lo Laboral de Hamburgo en *WABE* es la conexión que establece entre la neutralidad religioso/ideológica y la práctica religiosa. El porte del *hiyab*, en efecto, no se presenta ahora en términos de simple expresión de una identidad o, como mucho, de confesión de fe religiosa, sino en términos de *práctica* religiosa en el sentido de asunción de un mandato religioso, el de cubrir la cabeza de un determinado modo⁹. El tribunal nacional no hace particular esfuerzo en argumentar esta circunstancia, pero con ello viene a elevar el rigor de una instrucción empresarial de esta naturaleza para según qué trabajadores, en este caso, trabajadoras. Y plantea la cuestión tanto en términos de discriminación directa como indirecta¹⁰.

⁸ Subordinada notablemente a la dificultad de un trabajo fuera del contacto directo con los clientes.

⁹ «1) ¿Supone una instrucción unilateral del empresario...una discriminación directa...de los trabajadores que, por mandamientos religiosos de cubrimiento, siguen determinadas reglas vestimentarias? 2) Supone...una discriminación indirecta...de una trabajadora que, debido a su fe musulmana, lleva un pañuelo en la cabeza?»

¹⁰ Al mismo tiempo, el tribunal nacional plantea incidentalmente la cuestión de una posible discriminación indirecta por razón de género, pero este extremo será abordado más adelante. Finalmente, el tribunal abrirá aquí la cuestión, que reaparecerá en *MH Müller* y sobre todo en *SCRL*, de un

Es interesante advertir cómo, de forma expresa, para el TJUE apenas tiene relevancia la circunstancia de que el porte del *hiyab* no sea sólo un acto de expresión o de confesión religiosa sino un acto de práctica o acatamiento de un mandato religioso. El Abogado General no puede responder de forma más expeditiva cuando se limita a decir que la opción empresarial de neutralidad ha de ser examinada objetivamente, «y no en función de consideraciones subjetivas propias de cada uno de ellos (los trabajadores)»¹¹. En definitiva, la Gran Sala tampoco dará un tratamiento autónomo a esta cuestión. Siguiendo sin complicación a *G4S Secure Solutions*, declarará que la opción empresarial de neutralidad es en sí misma legítima, sin que en todo caso suponga una discriminación directa¹². De este modo, el centro de gravedad de la respuesta en *WABE* pasa a ser ocupado por los requisitos de una opción de neutralidad indumentaria desde la perspectiva de la discriminación indirecta.

Y no hay más. El caso es, sin embargo, que la circunstancia en cuestión no pertenece en modo alguno al género de lo anecdótico: la renuncia a un signo religioso o ideológico que se lleva con un alcance de mera expresión de una convicción de este género puede ciertamente suponer una «molestia particular», como se dirá ocasionalmente, pero difícilmente se traducirá en la disyuntiva de aceptar la instrucción del empleador, o renunciar al puesto de trabajo. Esto último, sin embargo, es lo que la experiencia demuestra estar implícito en el caso del uso del *hiyab*¹³.

nivel superior de protección de la igualdad de trato apoyado en el art. 8.1 de la Directiva, eventualmente fundamentado en disposiciones constitucionales.

¹¹ Punto 54.

¹² No entro aquí en la cuestión de los requisitos impuestos a la opción de neutralidad, ante el supuesto de una discriminación indirecta, tal como se contienen en la Directiva 2000/78, se especificaron en *G4S Secure Solutions* y se refuerzan ahora. Baste reproducir el punto 79 de la sentencia, llevado literalmente al fallo: «...una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones...puede estar justificada por la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa ante sus clientes o usuarios, siempre que, en primer lugar, este régimen responda a una *verdadera necesidad* del empresario, necesidad que incumbirá a éste acreditar tomando en consideración especialmente las expectativas legítimas de dichos clientes o usuarios y las consecuencias desfavorables que sufriría sin tal régimen, habida cuenta de la naturaleza de sus actividades o del contexto en el que éstas se inscriben; en segundo lugar, esa diferencia de trato sea *apta* para garantizar la correcta aplicación de dicho régimen de neutralidad, lo que implica que el mismo régimen sea seguido *de forma congruente y sistemática*, y, en tercer lugar esa prohibición se limite a lo *estrictamente necesario* en consideración a la amplitud y gravedad reales de las consecuencias desfavorables que el empresario pretende evitar mediante tal prohibición» (*subrayados míos*).

¹³ Ver al respecto *infra*, al hilo de las Conclusiones de la Abogada General Medina en el asunto SCRL.

III. Entre lo visible y lo vistoso: una cuestión de tamaño

La cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Federal de lo Laboral alemán en la segunda de las cuestiones prejudiciales acumuladas, *MH Müller*, está centrada toda ella en el concreto punto de si es admisible reducir la prohibición de signos religiosos o ideológicos a los «vistosos y de gran tamaño» como en el caso había hecho la empresa. La cuestión viene motivada, en efecto, por la norma de neutralidad de la empresa, que ciñe la prohibición a dichos signos¹⁴, siendo ésta una especificación que no había sido abordada anteriormente.

Como la acumulación de este asunto con *WABE* lleva a desdibujar el perfil de esta otra cuestión prejudicial, conviene destacar cómo el Tribunal Federal Laboral alemán comienza planteándola en los sencillos términos referidos en su primera pregunta. Ahora bien, con vistas a la hipótesis de recibir una respuesta negativa, el órgano judicial pregunta sucesivamente, primero, si la conclusión negativa podría ver modificado su sentido teniendo en cuenta, primero, la incidencia de los preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales y del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativos a la libertad de conciencia y de religión y, segundo, los correlativos preceptos de la Constitución nacional, esto último con apoyo en la previsión del art. 8.1 de la Directiva relativa a una posible mejor protección de la igualdad de trato por parte de los Estados miembros¹⁵.

Llamativa en este asunto es la discordancia entre el Abogado General y la Gran Sala del TJUE. Por distintos motivos. Mientras el primero no deja sin respuesta ninguno de los extremos planteados, la Gran Sala se sirve de la indicada acumulación procesal acordada para dejar sin respuesta parte de la cuestión. Así, en concreto, la pregunta de partida, es decir, la referida a lo que he llamado la neutralidad *selectiva* practicada por la empresa será respondida en el sentido de considerarla legítima¹⁶. Esta propuesta de respuesta dejaría sin objeto las restantes, no obstante lo cual el Abogado General, opta por dar respuesta a las preguntas subsidiarias. Lo hace con un enfoque digno de atención, pero que entra en contradicción con su argumentación relativa a la primera pregunta.

En efecto, la posición del Abogado General es interesante en su concepción estrictamente *relacional* del asunto: La Directiva no tendría que ver con las liber-

¹⁴ Exactamente en el original, «auffällige großflächige Zeichen», traducido al francés como «ostentatoires de grandes dimensions».

¹⁵ Vid. *infra* apartado 4.

¹⁶ Punto 79: «A este respecto, reconozco que los símbolos religiosos pueden ser más o menos visibles según las distintas confesiones. No obstante, acoger este argumento equivaldría necesariamente a prohibir, con el fin de aplicar una política de neutralidad, el uso de cualquier signo de convicciones políticas, filosóficas o religiosas, lo que resultaría paradójico a la luz del objetivo de la Directiva 2000/78, que es luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones».

tades de religión e ideológica en sí mismas consideradas sino sólo con el objetivo de la igualdad de trato. Esto hace que dichas libertades, estén en la Carta de Derechos Fundamentales (CDF en adelante) o en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH en adelante), sean irrelevantes a la hora de encuadrar la igualdad de trato. Desde esta perspectiva, sólo hay que vigilar que la protección de estas libertades no redunde en un trato discriminatorio. Esto le lleva también a considerar que el art. 8.1 de la Directiva no es aquí relevante¹⁷.

La Sentencia, por su parte, se aparta con frecuencia de las Conclusiones respecto de *MH Müller*. Para empezar, la Gran Sala es tajante a la hora de cerrar el paso a una opción empresarial de neutralidad religiosa/ideológica ceñida a los signos vistosos y de gran tamaño¹⁸. En su criterio, se trata de una opción que incurre incluso en una discriminación directa, prácticamente imposible de salvar¹⁹. En realidad, podría decirse que lo determinante no es tanto el tamaño o lo que se califica como «signos vistosos», cuanto el que sean o no «visibles». Es lo que resulta de los puntos 77 y 78 de la Sentencia, cuando en el primero de ellos se hace constar que sólo es legítima la prohibición «si no se admite ninguna manifestación *visible*» y, en el segundo, cuando se declara que sólo es justificable dicha prohibición si «cubre toda forma *visible* de expresión de las convicciones políticas filosóficas o religiosas»²⁰.

A partir de aquí, y a diferencia de las Conclusiones, el TJUE deja sin respuesta la primera pregunta subsidiaria, la relativa a la incidencia de la CDF y del CEDH. Este extremo de la cuestión no es menor toda vez que detrás de él se sitúa la doctrina del TEDH en el muy conocido caso *Eweida*, donde éste amparó el derecho de una azafata de vuelo a llevar al cuello una cruz de reducido tamaño²¹. De hecho, el Abogado General se había mostrado partidario de admitir la distinción en función del tamaño, citando precisamente esta jurisprudencia en su apoyo²². Por último, la sentencia tampoco entra en la segunda pregunta subsidiaria, la relativa al citado art. 8.1 de la Directiva²³.

¹⁷ *Vid. infra* apartado 4.

¹⁸ Puntos 71-78.

¹⁹ Punto 78. «...Una prohibición limitada al uso de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas que sean vistosos y de gran tamaño puede constituir una discriminación *directa* basada en la religión o las convicciones que, en cualquier caso, no puede justificarse sobre la base de esa disposición»

²⁰ Hay que tener en cuenta que el Tribunal de Justicia incorpora una referencia incidental a cómo, en las circunstancias del asunto *WABE*, se exigió y se consiguió de una trabajadora que prescindiese de llevar una cruz al cuello, se supone que de reducido tamaño. El Tribunal, lejos de censurar esa exigencia, da a entender que es lo único que puede considerarse congruente.

²¹ Caso *Eweida y otros contra Reino Unido*, sentencia de 15 de enero de 2013, párr. 94: «...La cruz de la señora Eweida era discreta y no se deterioraba su apariencia profesional...»

²² Puntos 72 y 73.

²³ *Vid.* de nuevo apartado 4.

En conclusión de este punto conviene señalar ante todo cómo de este modo el TJUE ha excluido toda opción empresarial de neutralidad que introduzca una distinción según el tamaño de los signos de identidad religiosa/ideológica de los trabajadores²⁴. No es frecuente ver al juez europeo apartándose implícita pero inequívocamente de la jurisprudencia del TEDH. Pero es parte inexcusable del mandato de congruencia o consecuencia que aparece repetidamente en esta jurisprudencia. La neutralidad empresarial, como opción, no admite excepciones. Esto es ciertamente así en términos de igualdad de trato. Pero en términos de libertad religiosa, o simplemente de libertad de expresión, en definitiva en términos de proporcionalidad, es muy discutible que se impida a un trabajador llevar cualquier signo visible, por ejemplo en el ojal de la chaqueta, sólo porque tenga una connotación religiosa o ideológica. En realidad, asistimos aquí a una tensión entre el principio de igualdad y un determinado derecho sustantivo. Con la particularidad de que se resuelve en favor de las exigencias de la igualdad de trato. Y, a poco que hurguemos, comprobaremos que la realidad subyacente es que estos pequeños signos no molestan en absoluto, en tanto los calificados de «llamativos y de gran tamaño» pueden molestar y mucho. Con lo que se llega a una cuestión, la de los «prejuicios», que no aparecerá sino colateralmente hasta el asunto *SCRL*²⁵.

IV. La sombra del superior nivel de protección

El art. 8.1 de la Directiva 2000/78, bajo el epígrafe «Requisitos mínimos» declara textualmente que «(l)os Estados podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva». No es difícil ver aquí la sombra del artículo 53 de la coetánea Carta de Derechos Fundamentales en trance de promulgarse en Niza. La cuestión es cómo se da una superior protección a un derecho, no sustantivo, sino de contenido relacional, como es la garantía de la igualdad de trato. Entiendo que el sentido de este precepto debe enfocarse desde la perspectiva de los supuestos bajo los cuales la Directiva *tolera* discriminaciones, específicamente las indirectas. Como quiera que sea, los órganos judiciales nacionales acuden en un segundo momento en auxilio interpretativo del precepto en cuestión: primero en la pareja *Wabe y MH Müller* y de nuevo en *SCRL*. Lo que ocurre es que la claridad del problema se nubla en alguna medida al mezclarse con la posibilidad de invocar disposiciones nacionales de rango constitucional. Veámoslo sin más preámbulos.

²⁴ No se plantea la cuestión del término de comparación, pero se trata de un supuesto en el que la comparación tiene lugar en el interior de un mismo motivo de discriminación y, más concretamente, en el interior del primer término del binomio «religión o convicciones». *Vid. infra*, apartado 5.

²⁵ *Vid. infra* apartado 5.

Para empezar, el art. 8.1. de la Directiva se cuela de lleno en los asuntos acumulados *WABE* y *MH Müller*, pero con la particularidad de que los contextos son bastante diferentes. En el asunto *WABE* la cuestión de la mejor protección se plantea en conexión con la doctrina del juez constitucional nacional relativa a la exigencia de «un riesgo suficientemente concreto» como premisa para la restricción del derecho fundamental en este caso a la libertad religiosa²⁶. Por su parte, en *MH Müller*, como ya ha habido ocasión de mencionar, la misma cuestión se plantea en relación con la exigencia de que la opción de neutralidad se extienda a cualesquiera signos, sin consideración a lo reducido de su tamaño. El caso es que la acumulación de estos dos asuntos, como ya se indicó, permite a la Gran Sala tratar el tema desde la sola perspectiva de *WABE*, o sea, la exigencia nacional de un riesgo suficientemente concreto, dejando sin respuesta la perspectiva del tamaño de los signos²⁷.

Al igual que ocurría con la invocación de los derechos de la CDF y del CEDH, el Abogado General trata esta cuestión desde su perspectiva de separación radical entre el objetivo de la igualdad de trato y la garantía de la libertad religiosa, de tal modo que el art. 8.1 de la Directiva carecería aquí de relevancia. Lo esencial es que la igualdad de trato no sufra daño.

La Gran Sala se aparta de nuevo aquí de las Conclusiones. La invocación de la jurisprudencia constitucional nacional va a ser traducida como insuficiencia del simple deseo de los clientes de un entorno neutro. El TJUE va a insistir en la condición de la Directiva como «marco general» compatible con un margen de apreciación por los Estados miembros. De este modo, las disposiciones constitucionales nacionales pueden permitir un mayor rigor en los requisitos de la opción empresarial de neutralidad religioso/ideológica, y ello concretamente «al examinar el carácter adecuado de una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones»²⁸.

A partir de aquí, la cuestión de la mejor protección (art. 8.1 de la Directiva) se plantea de nuevo en el asunto *SCRL*. Ocurre, sin embargo, que la presentación de los términos en los que en este asunto se invoca el referido precepto exige ya, como premisa, ocuparse de la siguiente cuestión, la de si cabe tratar autónomamente la discriminación basada en la religión, en concreto, separadamente de la discriminación basada en las convicciones.

²⁶ Pregunta 2 b).

²⁷ El Abogado General no necesita tratar la cuestión del tamaño de los signos desde la perspectiva del art. 8.1 de la Directiva desde el momento en que, como se ha visto, se muestra a favor de la opción empresarial por la neutralidad reducida a los signos vistosos y de gran tamaño.

²⁸ Punto 4 del fallo.

V. Una discusión acaso no tan bizantina: copulativas y disyuntivas

La Directiva 2000/78 se dirige específicamente contra la discriminación, en términos literales, «por motivos *de religión o convicciones*, de discapacidad, de edad o de orientación sexual»²⁹. La cuestión que, de modo hasta cierto punto sorprendente, se ha planteado es la de si los Estados miembros pueden tratar como motivos de discriminación diferentes la religión «y» las convicciones, eventualmente con fundamento en el reiterado art. 8.1 de la Directiva³⁰. En concreto, ¿puede interpretarse la conjunción disyuntiva «o», eventualmente con apoyo en el reiterado art. 8.1 de la Directiva, en el sentido de la conjunción copulativa «y»?³¹ No va a ser sencilla la explicación de lo que será la primera de las preguntas en *SCRL*.

Para empezar habría que preguntarse cómo es que se hace esta pregunta en este asunto cuando *ya* el TJUE la ha respondido en *WABE* y *HM Müller*. Así es, en efecto. En los puntos 47 a 51 de dicha sentencia se desarrolla toda una argumentación que comienza con la declaración, con insistencia en la repetida partícula copulativa «o», de que «a efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78, los términos «religión» y «convicciones» se consideran «las dos caras de un mismo y único motivo de discriminación», para terminar concluyendo cómo tal circunstancia no impone el que la comparación deba abordarse a partir del exclusivo contraste entre las personas con convicciones religiosas o ideológicas y las carentes de ellas. Hay que tener en cuenta que todos estos pasajes se encuentran integrados en el seno de la respuesta a la primera pregunta en *WABE*, relativa a si la opción de neutralidad puede constituir un supuesto de discriminación directa cuando es halla implicada la observancia de un precepto religioso, todo ello sin conexión alguna con dicha pregunta. De hecho, en la propuesta del Abogado General de respuesta a esta misma pregunta no cabe encontrar referencia alguna a la supuestamente espinosa cuestión.

La explicación a esta dificultad es tan sencilla como la siguiente. Cuando el Tribunal de lo Laboral de Lieja, en la primera mitad de 2020 eleva su cuestión

²⁹ En este sentido, la Directiva es continuación de las directivas referidas a la igualdad de trato entre hombres y mujeres (posteriormente refundidas en la Directiva 2006/54) y de la inmediatamente precedente Directiva 2000/43, de 29 de junio, relativa a la igualdad de trato independientemente de su origen racial o étnico.

³⁰ «1) ¿Debe interpretarse el artículo 1 de la Directiva en el sentido de que la religión y las convicciones son las dos caras de un mismo criterio protegido o, por el contrario, en el sentido de que la religión y las convicciones son dos criterios distintos, a saber, por un lado, el de la religión, que comprende las convicciones inherentes a la misma y, por el otro lado, el de las convicciones, del tipo que sean?»

³¹ El tribunal de origen explica cómo, más allá de que la legislación nacional diga literalmente «religión o convicciones», en la práctica este enunciado se interpreta como dos motivos distintos.

prejudicial en *SCRL* (C-344/2020), todavía no existe la Sentencia de 15 de julio de 2021 en los asuntos *WABE y MH Müller*. La propia Abogada General en el asunto *SCRL* hace notar esta circunstancia³². Lo que de este modo hace la Gran Sala es *adelantar* la respuesta a una cuestión prejudicial pendiente, que ya ha efectuado por tanto su entrada en el TJUE. Desde luego, no es la primera vez en que el Tribunal de Justicia adelanta su respuesta a una cuestión que tiene pendiente de resolver o, bien que la trata combinadamente en idéntica fecha en el marco de una estrategia jurisprudencial que no es difícil de captar³³. De este modo, cuando ya la Sala Segunda responde a la cuestión en el asunto *SCRL*³⁴ parece como si el tribunal de Lieja ignorase una reciente jurisprudencia del TJUE. Una explicación, ciertamente no completa, de por qué la Gran Sala contesta a lo esencial de *SCRL* en *WABE y MH Müller* es que ello le va a permitir la remisión a una Sala, la Segunda en el caso, el tratamiento del asunto *SCRL*³⁵. En otras palabras, el *obiter* contenido en *Wabe y MH Müller* podrá ahora transformarse sin dificultad en la *ratio decidendi* de *SCRL*, lo que nos permite ya centrarnos en este asunto.

Ya hemos señalado cuál era la primera de las preguntas en el asunto *SCRL* y cómo la Sala Segunda puede darle respuestas con relativa facilidad con apoyo en el referido *obiter* anterior. Pero esa no es la única pregunta. La cuestión prejudicial se completa con otras dos, de las cuales la primera de ellas tiene carácter subsidiario. En efecto, de forma similar a como se hacía en el asunto *WABE y MH Müller*, plantea la posibilidad de obviar una respuesta negativa a la primera mediante la invocación del ya conocido art. 8.1 de la Directiva, es decir, la posibilidad abierta a los Estados Miembros de proporcionar una mejor protección de la igualdad de trato. Y será interesante notar cómo se ha pedido a la Abogada General encargada del caso que sus conclusiones se ciñan a esta sola pregunta.

Por fin, en una tercera pregunta el tribunal belga plantea hasta seis supuestos diferentes como acaso calificables de discriminación directa. A través de esta pluralidad de hipótesis el tribunal nacional pretende confrontar al TJUE con diferentes escenarios que por sí mismos podrían dar lugar a una discriminación directa. No es cuestión de mencionar cada uno de ellos³⁶. Baste decir que su sentido general es el de destacar la singularidad de la prohibición de llevar el *hiyab* en el lugar de trabajo.

³² Punto 22.

³³ Para lo primero, asunto *ASJP* (C-64/16), Sentencia de 27 de febrero de 2018; para lo segundo, asuntos *Johann Åkerberg Fransson* (617/10), de 26 de febrero de 2013, y *Stefano Melloni* (C-399/11), Sentencia de igual fecha.

³⁴ Puntos 24-29.

³⁵ A la vez que limitar las conclusiones en este asunto a la segunda de las preguntas allí planteadas.

³⁶ Van del contraste con el caso de trabajadores sin religión o convicciones al contraste con el uso no prohibido de la barba.

Interesa de nuevo aquí comenzar con un elemental comentario de las Conclusiones de la Abogada General. Ya se ha señalado cómo el TJUE le ha pedido que ciña su labor a la segunda de las preguntas, es decir, la relativa a la incidencia del art. 8.1 de la Directiva. Las Conclusiones así lo harán, pero ello no impedirá llevar a cabo un ejercicio de argumentación, realmente tortuoso, en torno a la relevancia de la primera pregunta, es decir, de las consecuencias de interpretar «religión o convicciones» como uno o dos motivos de discriminación³⁷. En todo caso, las Conclusiones de la Abogada General Laila Medina merecen ser leídas con atención en la medida en que reflejan inquietudes hasta ahora no presentes en la jurisprudencia sobre el velo islámico. Sobre todo, lo que importa es que da una última clave del tratamiento autónomo del motivo religión: se vuelve de este modo mucho más espontánea la apreciación de esta discriminación con el carácter de directa³⁸.

Dicho todo lo anterior, las Conclusiones se plantean por fin si los Estados miembros, con apoyo en el margen de apreciación que se deriva del art. 8.1 de la Directiva pueden dar un tratamiento autónomo al motivo basado en la religión. La respuesta contenida en ellas tiene dos dimensiones, que deben ser tratadas diferentemente. La primera de ellas se refiere a la cuestión de principio, tal como se acaba de enunciar, que la Abogada General responde afirmativamente. Lo hará con detenimiento³⁹, invocando una categoría o, cuando menos un término, el de ética, de aparición no precisamente frecuente en las Conclusiones y aun menos en las Sentencias del TJUE. Esto le permite hacer referencia a la posible incidencia de prejuicios sociales, pero también a poner en cuestión la fórmula de la «particular molestia» empleada en el asunto *WABE* a la hora de aplicarla a las consecuencias de la neutralidad indumentaria en el caso del velo islámico. Es aquí donde se integra el pasaje que he situado en la cabecera del apartado con el que se cierran estas páginas. En definitiva: los Estados pueden, según ella, tratar la religión como motivo autónomo de discriminación.

Ahora bien, hay una segunda dimensión en su respuesta, que hace que la anterior conclusión no sea definitiva, en todo caso por lo que hace a la legislación belga. El último apartado de las Conclusiones se dedica a la Ley General contra la Discriminación por medio de la cual Bélgica ha implementado la Directiva. La

³⁷ Imposible resumir aquí el hilo argumental de las conclusiones en el apartado B de su análisis (puntos 34-51). A partir de una larga digresión sobre las formas de comparación, ya sea intergrupo o intragrupo y sus diferentes consecuencias, las conclusiones vienen en definitiva a poner de manifiesto cómo el tratamiento autónomo del motivo *religión*, en todo caso desligado del motivo *convicciones*, es posible apreciar con más exactitud las consecuencias para una trabajadora de la opción empresarial por la neutralidad indumentaria.

³⁸ Lo que debe ser puesto en conexión con la diversidad de hipótesis desplegadas en la tercera de las preguntas.

³⁹ Puntos 52 a 67.

Abogada General observa en este punto cómo el legislador belga ha reproducido la fórmula disyuntiva «religión o convicciones», lo que tiene como consecuencia que no se pueda sostener que este Estado miembro haya hecho uso de la posibilidad que le ofrece el art. 8.1 de la Directiva en orden a introducir un tratamiento autónomo del motivo basado en la religión. Y es que, para que ello fuera así se hace preciso que el legislador nacional hubiera abordado «esa diferenciación en el momento de la adopción o posterior modificación de la norma por la que se transpone la Directiva 2000/78 en cada Estado miembro»⁴⁰.

Con esto va siendo hora de fijar la atención en la Sentencia de la Sala Segunda en el asunto *SCRL*. Ya conocemos el modo como, con toda sencillez, se responde a la primera pregunta en aplicación de lo adelantado en *WABE* y *MH Müller*: se trata de un único e inescindible motivo⁴¹. Es interesante cómo tras esta respuesta la Sala salta a la tercera pregunta, es decir, al momento en el que el tribunal nacional suscita una pluralidad de hipótesis como posibles situaciones de discriminación directa. E igualmente interesante es la respuesta que se ofrece. En ella, el TJUE se muestra imperturbable. A través de una respuesta que tiene algo de petición de principio⁴², se declara cómo, desde el principio de esta jurisprudencia, se ha considerado que la opción empresarial de neutralidad *no* integra un supuesto de discriminación directa, sin que implícitamente vengan a desvirtuar esta consideración las distintas hipótesis enunciadas en la pregunta, que por lo demás no merecen atención específica.

Es así como se llega al análisis de la pregunta relativa a la incidencia del art. 8.1 de la Directiva. Ya hemos visto la respuesta diferenciada de la Abogada General. En este punto, la Sala hace la opción de comenzar destacando el carácter de la Directiva como «marco general» por principio favorable permitir que los Estados miembros operen con un nítido margen de apreciación que les permita tener en cuenta el contexto específico de cada uno de ellos. Esto conduce, por ejemplo, a que en la ponderación entre los diversos derechos implicados los Estados puedan otorgar mayor relevancia a la libertad religiosa que a la libertad de empresa, siempre que ello se desprenda de su Derecho interno⁴³. Ahora bien, sin apartarse en esto de la Abogada General, éste no sería el caso de la legislación belga.

A partir de aquí la Sentencia aborda la cuestión tal como la plantea el tribunal de origen, es decir, no en función del margen de apreciación inherente a una Directiva que configura un «marco general», sino específicamente en función de su art. 8.1. El margen de apreciación tiene sus límites, de tal modo que éste no puede conducir a que los Estados miembros escindan los motivos de discriminación que

⁴⁰ Punto 68.

⁴¹ Puntos 24-29.

⁴² Cfr. punto 58.

⁴³ Punto 52.

son objeto de la Directiva, «so pena de desvirtuar el texto, el contexto y la finalidad del motivo» en cuestión y con ello el efecto útil de la Directiva⁴⁴. Un «enfoque segmentado» del motivo tendría como consecuencia crear subgrupos de trabajadores, con menoscabo del referido «marco general»⁴⁵. Todo lo cual le lleva a concluir que tampoco con base en el art. 8.1 de la Directiva puede un Estado miembro escindir el motivo basado en la «religión o las convicciones», lo mismo si se hace en la legislación nacional o en la interpretación que de ella los órganos judiciales lleven a cabo.

Al final de toda esta historia se mantiene la incógnita acerca del *horror* con el que el TJUE contempla la hipótesis de la religión como un motivo autónomo de discriminación. Da la sensación como si por esta vía se abriese la posibilidad de considerar la opción empresarial de la neutralidad indumentaria en cuanto aplicada al velo islámico como fuente de una discriminación de carácter directo. Pero todo esto es a la postre, hasta donde se me alcanza, confuso. En definitiva, SCRL parece una llamada al orden dirigida al juez nacional, en el sentido de no buscar vías alternativas que lleven a concluir una interpretación de la prohibición del velo como discriminación directa.

VI. Hace su entrada el empleador público: el asunto *Commune d'Ans*

El más reciente de los asuntos relativos al velo islámico aporta la gran novedad de versar sobre una opción de neutralidad indumentaria suscrita, no como hasta ahora por un empleador privado, sino por un empleador público, en este caso un ente local, el ayuntamiento belga de Ans. El asunto *OP contra Commune d'Ans*⁴⁶ tiene en efecto el gran interés de ser la primera ocasión en la que el TJUE ha de abordar una prohibición de neutralidad religiosa/ideológica decidida por un ente público⁴⁷. Esta circunstancia, debidamente destacada por el Abogado General desde el primer momento y que motiva el que, una vez más, el asunto se confíe a la Gran Sala, tiene la capacidad de cambiar mucho las cosas. Ante todo, porque hace desaparecer por completo de este escenario el derecho fundamental a la libertad de empresa, tan presente desde *G4S Secure Solutions*, con toda la compañía de los *clientes* de la empresa. El ejercicio de ponderación entre la libertad religiosa y la

⁴⁴ Punto 54.

⁴⁵ Punto 55.

⁴⁶ Asunto *OP contra Commune d'Ans* (C-148/22), de 28 de noviembre de 2023.

⁴⁷ Este será el objeto de la primera pregunta. El objeto de la segunda y última de las preguntas, de interés no menor a la primera, la posible concurrencia de una discriminación por motivos de sexo, será tratado en el siguiente apartado.

libertad de empresa deja de tener sentido. Ahora bien, en compensación aparecen otras categorías de similar alcance, como el principio de neutralidad del servicio público o, por utilizar el lenguaje del Abogado General, «la necesidad de protección de los derechos y las libertades de los ciudadanos, que implica el particular respeto de todas las convicciones filosóficas o religiosas»⁴⁸.

Esta no es, sin embargo, la única peculiaridad del asunto. El ente local ha impuesto la neutralidad indumentaria en todas sus dependencias, con independencia de que sus empleados se hallen o no en contacto directo con el público. Es lo que el ayuntamiento califica como el objetivo de conseguir un «entorno administrativo totalmente neutro», siendo el objeto central de la primera pregunta⁴⁹. La otra peculiaridad es la relevancia que en este asunto adquiere el contraste entre la norma y su aplicación. Es de tener en cuenta que hay bastantes pruebas de que el ayuntamiento ha procedido con arreglo a lo que en la cuestión prejudicial se califica de «neutralidad de geometría variable», dando a entender que el ente local se encuentra lejos de hacer una aplicación de la norma de manera general y consecuente⁵⁰.

A la hora de dar respuesta a la primera de las preguntas en orden lógico, es decir, la de si los poderes públicos tienen algún género de restricción a la hora de imponer una política de neutralidad religiosa/ideológica el TJUE se encuentra con una posición radical por parte de Francia, que llega a plantear la cuestión en términos de identidad nacional, todo ello con una cierta simpatía de principio por parte del Abogado General Anthony Collins al respecto. No obstante, las Conclusiones descartan que, como sugiere Francia, el supuesto pueda tener el carácter de un «requisito profesional esencial y determinante» susceptible de imponerse a una discriminación directa⁵¹.

Comenzando por dichas Conclusiones, cabe decir de modo muy conciso que, una vez negada sin dificultad la presencia de una discriminación directa, el examen de la eventual concurrencia de una discriminación indirecta es objeto de una argumentación particularmente minuciosa toda vez que la justificación del objetivo de un «entorno administrativo totalmente neutro», con la consiguiente afectación de los empleados que no se encuentran en contacto directo con el público, va a suponer un apartamiento de la doctrina establecida desde *G4S Secure*

⁴⁸ Punto 64.

⁴⁹ «Puede interpretarse el artículo 2, apartado 2, letras a) y b), de la Directiva en el sentido de que autoriza a una Administración pública a organizar un entorno administrativo enteramente neutro y, por ende, a prohibir el uso de signos propios de cualquier tipo de convicción a todos los miembros del personal, están o no en contacto directo con el público?».

⁵⁰ Lo que da lugar a que Suecia haya propuesto en sus observaciones que se aprecie aquí un supuesto de discriminación directa.

⁵¹ Puntos 86-92.

Solutions. Para complicar más las cosas, la política de neutralidad, que se califica de neutralidad «excluyente», no la adopta el Estado miembro, que está lejos de haber inscrito en su Constitución un principio de neutralidad, sino que la adopta un ente local concreto, y ello en un contexto en el que otros ayuntamientos que son objeto de cita han optado por una política de diferente signo, calificada de «neutralidad inclusiva»⁵². Se hará pues preciso que el ente local en cuestión justifique específicamente su necesidad de adoptar esta política. Y está también, por no alargarnos más, la circunstancia de claros indicios de neutralidad «de geometría variable», extremo este que el Abogado General remite a la comprobación del órgano judicial. En definitiva, y con una serie de condiciones, las Conclusiones se mostrarán a favor de la opción de neutralidad excluyente en todas las dependencias del ente público⁵³.

La Gran Sala no se ha apartado esencialmente de la propuesta del Abogado General. De una parte, excluye que la norma municipal suponga una discriminación directa, a menos que se constate que no se ha exigido su cumplimiento de manera consecuente y sin excepciones⁵⁴. La completa exigencia de la neutralidad en todo el espacio administrativo podría venir legitimada por un principio de neutralidad del servicio público que la Gran Sala deduce del art. 9 de la Constitución belga, así como en los principios de imparcialidad y de neutralidad del Estado. Cada Estado miembro, comprendidas las entidades infraestatales, gozan de un margen de apreciación en la respectiva concepción de la neutralidad del servicio público. Será, en definitiva, este margen de apreciación, rodeado de un determinado número de condiciones, el que permita al TJUE aceptar la legitimidad del «entorno administrativo enteramente neutro»⁵⁵.

VII. El género, ¿una discriminación discriminada?

El pronunciamiento más explícito surgido del seno del TJUE en relación con la eventual presencia de una discriminación por razón de género en el contexto que nos ocupa es, a mi juicio, el que a continuación reproduzco: «...si los empresarios imponen como política general normas internas de neutralidad, en realidad las mujeres musulmanas...sufrirán...una grave desventaja en cuanto a la posibilidad de convertirse en trabajadoras. A su vez ello puede dar lugar a apartarlas del mercado de trabajo, fuente de desarrollo personal y de integración social, lo cual

⁵² Sobre esta tipología, ver el punto 66 de las Conclusiones. En concreto, la neutralidad inclusiva supone la permisividad generalizada en el modo de vestir o en los signos que se exhiban.

⁵³ Punto 77.

⁵⁴ Punto 28.

⁵⁵ Punto 41, esencialmente reproducido en el fallo.

supondría una discriminación que va más allá de la religión y que se extiende además al género...considero importante subrayar que esa doble discriminación es una posibilidad real...».

El problema de la anterior declaración es que, como sus mismos términos dejan entrever, no estamos aquí ante una resolución judicial, sino ante unas Conclusiones, en este caso las de la Abogada General, Laila Medina, en el asunto *SCRL*⁵⁶. De hecho, resulta inútil buscar consideraciones de este tipo en las sentencias aquí examinadas. La realidad, dicho sea ya, es que el TJUE ha conseguido hasta ahora evitar el examen de la opción empresarial de neutralidad religiosa/ideológica desde la perspectiva de una discriminación, sea directa o indirecta, por motivo de género.

Con ello nos encontramos ante la paradoja de que la manifestación por excelencia del principio de igualdad de trato en el empleo, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, con su consiguiente configuración como posible motivo de discriminación⁵⁷, puede decirse que resulta hasta el presente ella misma *discriminada* por comparación con los motivos de discriminación contemplados en la Directiva 2000/78. En definitiva, no hay nada que decir sobre cómo el TJUE enfoca la cuestión del velo islámico desde una perspectiva de género. Pero esta ausencia de doctrina es interesante ya en consideración al modo como el TJUE, primero en *WABE* y *MH Müller* y últimamente en *Commune d'Ans*, ha evitado hasta ahora pronunciarse al respecto⁵⁸.

Se da la circunstancia de que, específicamente en el asunto *WABE*, el Tribunal de lo Laboral de Hamburgo plantea en sus preguntas, por dos veces, tanto en el contexto de una discriminación directa como de una discriminación indirecta, la hipótesis de una discriminación, literalmente, por razón «de religión o de sexo»⁵⁹, siempre limitando la cuestión prejudicial de interpretación a la Directiva 2000/78 y sin específica argumentación respecto del segundo de los motivos de discriminación citados.

En las Conclusiones del Abogado General Rantos se contiene un pasaje que en sus primeras líneas podría llevar a pensar que la perspectiva de la discriminación por motivos de género va a ser objeto de consideración. Merece la pena reproducirlo *in extenso*:

⁵⁶ Punto 66.

⁵⁷ Desde la Directiva 76/207/CEE.

⁵⁸ Con ocasión de mi anterior comentario sobre la materia, tuve la oportunidad de hacerme eco de un pasaje de las Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott en el asunto *G4S Secure Solutions* en el que, aun sin mayores consecuencias, apuntaba la hipótesis de una discriminación por razón de género con repercusión en el preceptivo control de proporcionalidad. Pp. 65-66. Punto 121 de las referidas Conclusiones.

⁵⁹ Vid. supra nota 8, donde la pregunta por una discriminación indirecta se enuncia explícitamente respecto de «trabajadoras».

«Si bien corresponderá al tribunal remitente comprobar este extremo, procede señalar que, según las apreciaciones de ese órgano jurisdiccional, la norma controvertida en el asunto C-804/18 afecta, desde un punto de vista estadístico, casi exclusivamente a trabajadoras que llevan un pañuelo debido a su fe musulmana, de modo que el Tribunal de Justicia partirá de la premisa de que esta norma constituye una diferencia de trato basada indirectamente en la religión»⁶⁰.

«*Trabajadoras* que llevan un pañuelo debido a su fe musulmana»: Si prescindimos del elemento étnico, sobre el que en mi anterior comentario me permitía llamar la atención⁶¹, en estas pocas palabras se resume la intensidad de la discriminación indirecta, tal como es descrita por el órgano remitente y que se acepta como punto de partida («premisa»), todo ello sin prejuzgar aún su posible legitimidad en función de otros elementos. Se trata, por supuesto y por definición, de personas situadas en una relación de trabajo *dependiente*, se trata —«casi exclusivamente»— de *mujeres* y se trata —de nuevo casi exclusivamente— de personas practicantes de una religión determinada, la musulmana. Sin que tampoco deba pasarse por alto la circunstancia modal expresada con el vocablo *debido* («debido a su fe musulmana»), aludiendo así a un deber, se entiende de carácter religioso.

Todo esto llevaría a entender que se está *prima facie* ante un supuesto de discriminación indirecta, que requerirá la consiguiente justificación. Lo que ocurre es que, como se ha visto, el pasaje citado termina dando un giro reconduciendo la discriminación a la sola dimensión religiosa.

Dejando, pues, atrás las citadas consideraciones, las Conclusiones citadas despachan en escasas cuatro líneas la mención expresa del tribunal nacional a una eventual discriminación por razón de género: Ni este motivo, se dice, se encuentra incluido en la Directiva 2000/78 ni la resolución de remisión contiene elementos suficientes para examinar la cuestión desde esta perspectiva⁶². La respuesta de la Gran Sala, en plena coherencia con la propuesta del Abogado General, es simple: la cuestión prejudicial versa explícita y exclusivamente sobre la Directiva 2000/78, la cual no tiene en su punto de mira la discriminación por razón de género, que por el contrario es hoy el objeto de la Directiva 2006/54⁶³.

⁶⁰ Punto 59.

⁶¹ P. 66.

⁶² Punto 59: «...Sin embargo, de una parte, tal discriminación no es objeto de la Directiva 2000/78, único acto jurídico mencionado en la cuestión prejudicial. Por otra parte, considero que la resolución de remisión no contiene elementos de hecho suficientes para examinar si existe o no una discriminación por razón de sexo en un asunto como el del litigio principal...». La respuesta se completa con una nota a pie de página indicando que este motivo de discriminación es por el contrario objeto de otra Directiva, en concreto la 2006/54.

⁶³ «Con carácter preliminar, por lo que respecta a la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, a la que se alude en esta cuestión, ha de indicarse que, como señaló el Abogado

Como pude anticipar, el enfoque de la cuestión en el asunto *WABE y MH Müller* se ha visto confirmado y desarrollado muy recientemente en el asunto *Commune d'Ans*. La segunda y última de las preguntas allí dirigidas al TJUE concernía específicamente a la discriminación por motivo de género. La cuestión prejudicial plantea esta perspectiva, no de pasada, sino frontalmente: el objetivo de un entorno administrativo totalmente neutro, ¿podría ser legítimo «aun cuando esta prohibición neutra parece afectar mayoritariamente a las mujeres y, en consecuencia, podría constituir una discriminación encubierta por razón de género?».

La pregunta es tan nítida que ya no podrá ser despachada por el Abogado General en cuatro líneas como tampoco por la Gran Sala de manera tan expeditiva. El desarrollo de las respectivas respuestas es más extenso, pero la conclusión alcanzada es la misma. El Abogado General ha antepuesto el tratamiento de esta segunda cuestión⁶⁴, extendiéndose en consideraciones sobre el sentido de la cuestión prejudicial como instrumento de cooperación entre el juez nacional y el juez europeo, lo que a su vez requiere por parte del primero la definición del entorno fáctico así como la exteriorización de las razones precisas que hacen necesaria la interpretación del Derecho de la Unión. Nada de esto habría hecho, en su criterio, el juez nacional que «se ha basado únicamente en algunos argumentos invocados por OP, sin precisar cuáles son». Por último, se recuerda de nuevo que la discriminación por motivos de género no forma parte de la Directiva 2000/78. La Gran Sala, con un lenguaje parcialmente diferente, no se apartará en definitiva de las Conclusiones, cuyos argumentos reitera, ahora con invocación expresa de los requisitos formales que el Reglamento de Procedimiento exige y, como es lógico, recordando que la Directiva 2000/78 no es la que en este punto habría que haber citado.

Desde luego, llama la atención que el Tribunal de lo Laboral de Lieja incurra a comienzos de 2022 en el mismo error que el cometido por el Tribunal de lo Laboral de Hamburgo cuatro años antes en el asunto *WABE*, teniendo en cuenta la respuesta dada en este extremo por el TJUE seis meses antes. Con independencia de lo cual, es llamativo el modo como se argumenta la negativa a tomar en consideración una pregunta formulada esta vez en términos tan inequívocos. Sobre todo teniendo en cuenta que el TJUE ha desarrollado una jurisprudencia que va en un sentido muy distinto, tal como resulta de la propia Sentencia en *G4S Secure Solutions*⁶⁵.

General en el punto 59 de sus conclusiones, este motivo de discriminación no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, único acto del Derecho de la Unión mencionado en dicha cuestión. Por lo tanto, no procede examinar la existencia de tal discriminación» (punto 58).

⁶⁴ Puntos 31-39.

⁶⁵ Punto 33: «...según reiterada jurisprudencia, el hecho de que el órgano jurisdiccional remitente haya formulado una cuestión prejudicial refiriéndose únicamente a determinadas disposiciones del Derecho de la Unión no impide que el Tribunal de Justicia le proporcione todos los criterios de

VIII. Consideración final

El uso de una prenda de cabeza por parte de trabajadoras musulmanas, específicamente en el desempeño de su trabajo, con frecuencia en cumplimiento de un mandato religioso, ha concluido exigiendo la intervención de su Tribunal de Justicia. La prohibición del uso de esta prenda en el lugar de trabajo, en el contexto de la opción del empleador por la llamada neutralidad indumentaria, ha conducido a que el juez nacional se haya visto precisado del auxilio interpretativo del TJUE respecto de la normativa europea relevante al caso, muy concretamente de la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad en el empleo y la ocupación, dirigida específicamente a luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual.

La jurisprudencia, de indudable alcance constitucional, generada por el TJUE con el singular apoyo de sus Abogados Generales ha puesto de manifiesto la opción estratégica de aquél por una prudente intervención de mínimos, facilitada en particular por el carácter de marco general de la Directiva. Dicho con concisión, la referida opción empresarial ha sido convalidada, como parte de una política adoptada de forma consecuente, alejada de toda forma de discriminación que pudiera considerarse específica respecto de estas trabajadoras. Sin duda, queda pendiente el examen del problema desde la perspectiva género, en el que el TJUE ha conseguido evitar entrar por el momento con un argumento, en definitiva formal, escasamente convincente. Por fin, la adopción de una política de este tipo por parte de entes públicos nacionales, que el TJUE apenas acaba de empezar a abordar, deja ya entrever la necesidad de mantener o incluso reforzar el ámbito de decisión propio de los Estados.

interpretación que puedan serle útiles para resolver el asunto del que conoce, aun cuando no haya hecho referencia a ellos al formular sus cuestiones... (sentencia de 12 de febrero de 2015, *Oil Trading Poland*, C-349/13, EU:C:2015:84 y jurisprudencia citada)».

LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA ELÍAS MÉNDEZ

Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. Introducción

La tradicional definición de la igualdad parte del principio de igualdad formal de todas las personas ante la ley, que obviamente abarca la igualdad jurídica entre mujeres y hombres.¹ Este principio básico rige, por una parte, en el Derecho interno de los Estados miembros, dados los principios democráticos exigibles a cualquier Estado que forme parte de la Unión Europea. Y obedece también en el Derecho de la Unión Europea a la coherencia con los principios democráticos que la rigen (art. 2 TUE). Progresivamente, también las disposiciones orientadas a la consecución de la igualdad material se han ido incorporando al acervo del Derecho constitucional común europeo², pero ello no resta relevancia a la importante apuesta política y jurídica que la UE ha venido haciendo en varios ámbitos, y que han ido transformando y conformando el status jurídico de la mujer en la Unión Europea³.

El original artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, que establecía el «principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo», obedeció, como es sabido, a razones

¹ Cámara Villar, G., «La igualdad de género: una mirada general a sus fundamentos en los diferentes niveles y espacios constitucionales», *Artículo 14, una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico*, ISSN 1696-6988, N.º. 31, 2009, págs. 24-29. Mujer y derecho a la educación.

Cámara Villar, G., «Mujer y derecho a la educación», en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (coords.), *Género y derechos fundamentales*, 2010, ps. 551-580.

² Häberle, P., «Derecho constitucional común europeo», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 79, 1993, ps. 7-46.

³ Gómez Sánchez, Y., «Desafíos para la igualdad en la sociedad contemporánea: género», coord. en Aragón Reyes, M., Valadés Ríos, D. y Tudela Aranda, J., *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, 2023, ps. 581-608.

de competencia entre empresas y, por tanto, económicas. Conviene recordar que no fue hasta 1997 cuando, con el Tratado de Ámsterdam, se incluye el derecho de igualdad como derecho fundamental, incluyendo asimismo la igualdad de trato entre mujeres y hombres entre los objetivos y misiones de la entonces Comunidad Europea⁴. Paulatinamente, el desarrollo de los derechos fundamentales en la UE ha supuesto asimismo la toma de conciencia con respecto a la importancia de la igualdad material de mujeres y hombres, de la que ha hecho finalmente bandera⁵.

En los siguientes apartados detallaremos el haz de derechos diseñados para lograr la efectividad de la igualdad real, que conforman el actual status de la mujer en la UE, y apuntaremos aquellas parcelas que el Derecho de la UE ha, no obstante, relegado.

II. Los derechos de las mujeres en el Derecho de la Unión Europea

En el análisis del estatuto jurídico de la UE no estudiaremos los textos de referencia por orden cronológico, sino por orden jerárquico y tipología, de tal modo que empezaremos por el Derecho primario, para a continuación descender al secundario, dedicando finalmente atención a la jurisprudencia⁶. Por razones de espacio, no podemos ser exhaustivos en la descripción del Derecho secundario ni de la jurisprudencia, así que trataremos de seleccionar los instrumentos jurídicos y sentencias más relevantes que han sido determinantes en la configuración del estatuto jurídico de la mujer en la UE.

2.1. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA IGUALDAD ENTRE SEXOS EN LA UNIÓN EUROPEA

La no discriminación y, expresamente, la igualdad de género son consagradas en el Tratado de la Unión Europea como valor (art. 2) y como objetivo (art. 3.3),

⁴ Mangas Martín, A., «Cincuenta años de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Unión Europea: Balance», en *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 283-324.

⁵ Saldaña Díaz, M. N., «Alcance del principio de participación equilibrada de género en el marco jurídico internacional: Naciones Unidas, Unión Interparlamentaria, Consejo de Europa y Unión Europea», *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, nº. 14, 2019 (Ejemplar dedicado a: Violencia contra las mujeres: miradas sin fronteras), ps. 423-442.

Galera Victoria, A., «Crisis económica, estado social e igualdad de género en la Unión Europea», en García Herrera, M. A., Asensi Sabater, J., Balaguer Callejón F., *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, 2015, ps. 691-708.

⁶ Balaguer Callejón, F. (comp.) y Balaguer Callejón, M. L. (comp.), *Legislación sobre igualdad de género*, Tecnos, 2018.

lo que se reitera en el Tratado de Funcionamiento, formulándose un principio de transversalidad (*mainstreaming*) (arts. 8 y 10). Se regulan los procedimientos legislativos para adoptar los principios y acciones para luchar contra la discriminación por razón de sexo, sin perjuicio de las medidas que adopten los Estados miembros (art. 19 TFUE).

Los Tratados permiten también a la UE apoyar y completar la acción de los Estados miembros en la promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral y el trato en el trabajo (art. 153, ubicado en el Título X, sobre política social). El artículo 157 TFUE exige a los Estados miembros y a la UE garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, y en aras a garantizar la plena igualdad en la práctica en la vida laboral se habilita a los Estados miembros la posibilidad de adoptar acciones positivas.

Resulta preceptivo abordar también el análisis de las disposiciones de la Carta de derechos fundamentales de la UE que, como es sabido, cronológicamente no supone un punto de partida, sino de llegada, tras una larga lucha por los derechos y libertades como parte esencial del proyecto europeo. Lo que en la Carta se recoge tiene por tanto desde un punto de vista jurídico la lectura de su fuerza legal por el reconocimiento otorgado por el Tratado de Lisboa (al mismo nivel de los Tratados, según dispone el art. 6 TUE), y desde un análisis material, cabe subrayar que se han escogido los contenidos más relevantes en el contexto de la UE para ser incluidos en tal relevante documento.

En el Título III de la Carta, dedicado a la igualdad, encontramos así la consagración de la igualdad formal (igualdad ante la ley, art. 20), y también la prohibición de discriminación, en primer lugar, por razón de sexo (art. 21). El artículo 23 proclama específicamente la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, destacando los campos del empleo, el trabajo y la retribución. Además, añade expresamente una previsión que permite («constitucionaliza», si adoptamos la perspectiva del carácter cuasi constitucional de la Carta) las acciones positivas: «El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

En el Título IV de la Carta, bajo la rúbrica «solidaridad», encontramos dos disposiciones relevantes. Así, el artículo 33 parte de un principio clásico de protección a la familia, pero consagra asimismo, de forma más innovadora en un texto de derechos fundamentales, la conciliación de la vida familiar y profesional como objetivo, lo que concreta en el derecho de toda persona a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso pa-

rental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño. A continuación, en el artículo 34, se expresa el reconocimiento de la UE del derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales, enumerando entre los supuestos habilitantes para ello en primer lugar la maternidad, y remitiéndose para la concreción del derecho a la normativa europea y nacional sobre la materia.

Con esto, quedan configurados los grandes pilares de la igualdad entre mujeres y hombres en la UE. Partiendo de un principio de igualdad formal y de no discriminación por razón de sexo, se enfatiza la trascendencia de alcanzar la igualdad en todos los ámbitos, justificando así un principio de *mainstreaming*, que se proyecta especialmente en el ámbito laboral. Se provee además el fundamento jurídico para la introducción de acciones positivas. En el contexto de la solidaridad, que nos remite al carácter social de la UE, se ha optado por consagrar el objetivo de la conciliación de la vida familiar y profesional, que se traduce en medidas concretas en los ámbitos laboral y prestacional.

Resulta conveniente hacer también referencia en este ámbito al Pilar Europeo de Derechos Sociales, la declaración de la UE sobre principios y derechos sociales, firmada en noviembre de 2017 en Gotemburgo por los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo de la UE y de la Comisión. El Pilar Europeo de Derechos Sociales establece 20 principios y derechos clave para apoyar unos mercados laborales y unos sistemas de bienestar justos y que funcionen correctamente. Está concebido principalmente para la zona del euro, pero es aplicable a todos los Estados miembros de la UE que deseen formar parte de ella. Según la presentación oficial, «cumplir los principios y derechos definidos en el Pilar Europeo de Derechos Sociales es una responsabilidad conjunta de los Estados miembros, las instituciones de la UE, los interlocutores sociales y otras partes interesadas»⁷. Se trata, por tanto, de un texto cuya fuerza jurídica estriba de momento en su proclamación formal.

Entre estos veinte principios formales del Pilar Europeo de Derechos Sociales hay varios de interés para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Así, el segundo principio se dedica específicamente a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, además de reiterar el clásico principio de igualdad de retribución. También se formula el principio de igualdad de oportunidades en relación con el empleo, la protección social, la educación y el acceso a bienes y servicios a disposición del público, con independencia de, entre otros motivos, el género, añadiendo el compromiso de fomentar la igualdad de oportunidades de los grupos infrarrepresentados para la consecución de la igualdad real (principio 3). En el Capítulo I, Igualdad de oportunidades y de acceso al

⁷ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=1226>

mercado de trabajo, el segundo principio se dedica específicamente a la igualdad de género: «a. La igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres debe garantizarse y fomentarse en todos los ámbitos, también en relación con la participación en el mercado laboral, las condiciones de trabajo y de empleo y la progresión de la carrera. b. Las mujeres y los hombres tienen derecho a la igualdad de retribución para un trabajo de igual valor.» Además se formula el principio de igualdad de oportunidades como derecho a la igualdad de trato y de oportunidades en relación con el empleo, la protección social, la educación y el acceso a bienes y servicios a disposición del público, con independencia de, entre otros motivos, el género, añadiendo además el compromiso de fomentar la igualdad de oportunidades de los grupos infrarrepresentados, para la consecución de la igualdad real (principio 3).

Resulta de gran interés el principio 9 (equilibrio entre vida profesional y vida privada), situado en el capítulo 2 relativo a condiciones de trabajo justas, porque concreta una serie de medidas para la consecución de la igualdad material: el derecho de los padres y las personas con responsabilidades asistenciales a permisos adecuados, a unas condiciones de trabajo flexibles y a servicios de asistencia, con igualdad de acceso de mujeres y hombres a dichos permisos, «debiendo animárseles a utilizarlos de forma equilibrada.» Destacamos de esta previsión la formulación de un principio de flexibilidad en el trabajo cuando el cuidado de menores o dependientes lo requiera y a la formulación de un derecho de acceso a servicios de asistencia que entendemos vinculado al carácter social de la UE y de los Estados miembros. Asimismo, cabe subrayar la promoción de la asunción de una responsabilidad compartida entre hombres y mujeres en el cumplimiento de los deberes de cuidado.

También el principio 11, que proclama el derecho de los niños a una asistencia infantil asequible y de buena calidad, puede redundar en beneficio de políticas de igualdad de género y acceso de las madres y padres al mercado laboral. Finalmente, el principio 15 proclama la necesidad de que mujeres y hombres tengan las mismas oportunidades para adquirir derechos de pensión.

Muy ilustrativo respecto a los problemas detectados y los datos que justifican la introducción de estas medidas resulta la documentación que acompaña al Pilar Europeo: «Las desigualdades de género se ven exacerbadas por unas modalidades de permiso o de trabajo flexible inadecuadas, y por la falta de acceso a servicios de cuidados formales. La falta de permisos pagados para los padres —en relación con las madres— o la insuficiencia de incentivos para hacer uso de ellos pueden intensificar aún más las diferencias de género en lo que respecta a la vida laboral y las responsabilidades familiares. (...) Garantizar la calidad del trabajo flexible y un uso equilibrado de las modalidades de trabajo flexible entre mujeres y hombres es esencial para lograr el equilibrio entre vida laboral y vida privada para todos y una

misma independencia económica entre hombres y mujeres, evitando ampliar la brecha de género»⁸.

2.2. DERECHO DERIVADO

Como ya hemos dicho, acometer un análisis exhaustivo de la normativa sobre igualdad de género de la UE resulta imposible por razones de espacio. Tratamos, por tanto, de analizar dicha normativa de Derecho secundario siguiendo un doble criterio de temática y tipo de fuente.

A lo largo de los años, la Comisión Europea ha venido acompañando esta evolución con la selección de prioridades y estrategias de trabajo. Haciendo un recorrido por los últimos veinticinco años, podemos por ejemplo señalar la estrategia marco sobre la igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005)⁹ y la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, por la que se aprobó el Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010¹⁰. Este Plan incluía seis áreas prioritarias: la misma independencia económica para las mujeres y los hombres; la conciliación de la vida privada y la actividad profesional; la misma representación en la toma de decisiones; la erradicación todas las formas de violencia de género; la eliminación de los estereotipos sexistas, y la promoción de la igualdad de género en la política exterior y de desarrollo.

La Comunicación de la Comisión de 5 de marzo de 2010 titulada «Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres» recogía la Carta de la Mujer, Declaración de la Comisión Europea aprobada con motivo del Día Internacional de la Mujer 2010 en conmemoración del 15º aniversario de la adopción de la Declaración y la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer celebrada en Pekín, y del 30º aniversario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹¹. La Carta de la Mujer aspiraba a promover de forma más eficaz la igualdad entre mujeres y hombres en Europa y en el mundo, enumerando los aspectos principales de la igualdad entre mujeres y hombres, y justificando la necesidad de la transversalidad. La Carta explica las principales estrategias adoptadas por la Comisión en favor de la igualdad entre mujeres y hombres: igualdad de independencia económica; igualdad de retribución por un

⁸ https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/gender-equality-work-life-balance_en.pdf

⁹ COM(2000) 335.

¹⁰ COM (2006) 92 final.

¹¹ COM(2010) 78.

trabajo de igual valor; igualdad en la toma de decisiones; dignidad, integridad y fin de la violencia sexista; y fomento de la igualdad más allá de la UE (acción exterior). También en 2010, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 21 de septiembre contenía la Estrategia para la igualdad entre hombres y mujeres 2010-2015¹². Estas estrategias constituyeron un marco para la coordinación de las actuaciones en todos los ámbitos de actividad de la UE, válidas también para el periodo 2016-2019, años en que el Compromiso Estratégico para la Igualdad de Género vino a orientar el trabajo de la Comisión en materia de igualdad entre sexos en los siguientes años.

La Comunicación de la Comisión Europea: Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 constituye la base del trabajo de la Comisión Europea en materia de igualdad entre hombres y mujeres para el presente período, estableciendo los objetivos estratégicos y las acciones clave, e inspirando instrumentos como la reciente Directiva 2023/970, ya citada¹³. Los objetivos fundamentales de la actual Estrategia son poner fin a la violencia de género, combatir los estereotipos de género, colmar las brechas de género en el mercado de trabajo, lograr la participación en pie de igualdad en los distintos sectores de la economía, abordar la brecha salarial y de pensiones entre hombres y mujeres, reducir la brecha de género en las responsabilidades asistenciales y alcanzar el equilibrio entre mujeres y hombres en la toma de decisiones y la actividad política.

Situándonos ahora en el marco de los instrumentos normativos, debemos subrayar que el primer ámbito en el que se ha profundizado en el Derecho europeo de igualdad entre sexos ha sido, a partir del histórico art. 119 del Tratado de Roma, el laboral, si bien inicialmente desde una perspectiva estrictamente liberal, sin comprender derechos sociales.¹⁴ La materia de empleo y emprendimiento sigue siendo una de las grandes áreas del Derecho europeo de género, si bien progresivamente se ha ido extendiendo a aspectos también sociales. Así, subrayamos en el ámbito laboral 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 y la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre

¹² COM(2010) 491 final.

¹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 COM(2020)152 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52020DC0152>

¹⁴ Balaguer Callejón, M. L., «La Constitución europea y la igualdad de género», *Revista de derecho constitucional europeo*, n° 3, 2005, ps. 273-292.

hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

La Comunicación de 18 de julio de 2007 de la Comisión Europea vino a incidir específicamente sobre las posibilidades de actuación contra las diferencias de retribución entre mujeres y hombres¹⁵, mientras que la Recomendación 2014/124/UE de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, lo hizo sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia¹⁶. En 2023 se ha aprobado la Directiva (UE) 2023/970 relativa al refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento. La Directiva debe estar transpuesta a la legislación nacional a más tardar el 7 de junio de 2026.

En relación con aspectos también sociales, merece la pena mencionar la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE),¹⁷ que estableció los derechos básicos de todas las mujeres antes y después del embarazo en la UE. La Recomendación del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas,¹⁸ aborda el cuidado de los hijos como un elemento necesario para el equilibrio entre la vida laboral y personal de hombres y mujeres. La Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la histórica Directiva 2010/18/UE del Consejo, que estableció en su día que todos los trabajadores con hijos (tanto hombres como mujeres) tienen derecho a un permiso parental de una duración mínima de cuatro meses, y que podían solicitar un cambio del tiempo de trabajo durante un cierto período después de volver de un permiso parental. La Directiva de 2019 establece los siguientes derechos: El padre tiene derecho a un permiso de paternidad de al menos diez días laborables en torno al momento del nacimiento del hijo. Cada uno de los progenitores tiene derecho a un permiso parental de un mínimo de cuatro meses, dos de los cuales son retribuidos e intransferibles. Los progenitores pueden solicitar el disfrute de su permiso de forma flexible, ya sea a tiempo completo, a tiempo parcial o en múltiples períodos. Todo trabajador que preste cuidados o ayuda personales a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar tiene

¹⁵ COM(2007) 424 final de 18.7.2007.

¹⁶ DO L 69 de 8.3.2014, pp. 112-116.

¹⁷ Versión consolidada actual: 26/07/2019. ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1992/85/oj>

¹⁸ Council Recommendation 92/241/EEC.

derecho a un permiso para cuidadores de cinco días laborables al año como mínimo. Todo trabajador progenitor de un hijo de hasta al menos ocho años de edad, así como todo cuidador, tiene derecho a solicitar la reducción del horario laboral, un horario de trabajo flexible y condiciones de flexibilidad en el lugar de trabajo. La Directiva va indisolublemente unida a la Estrategia Europea de Cuidados, que tiene como objetivo garantizar unos servicios asistenciales de calidad, asequibles y accesibles en toda la Unión Europea y mejorar la situación tanto de los cuidadores (profesionales o informales) como de los receptores de cuidados¹⁹. El plazo de transposición para los Estados miembros es el 2 de agosto de 2022. El 13 de noviembre de 2023, la Comisión Europea ha decidido llevar a Bélgica, Irlanda y España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por no haber notificado las medidas nacionales de plena transposición de los derechos de la UE en materia de conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores²⁰.

Más allá de este ámbito, la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, aspira a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. La Directiva 2004/113/CE del Consejo aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres fuera del mercado laboral, en el acceso a bienes y servicios y su suministro. A raíz, entre otras, de la Resolución del Consejo de 29 de mayo de 1990 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, la Comisión Europea aprobó en 1992 un Código de buenas prácticas en materia de acoso sexual para reprimir el acoso sexual en el trabajo. El 24 de julio de 1996, la Comisión lanzó una Comunicación relativa a la consulta de los interlocutores sociales sobre la prevención del acoso sexual en el trabajo.

También cabe mencionar la Decisión 2000/407/CE de la Comisión relativa al equilibrio entre hombres y mujeres en los comités y los grupos de expertos creados por ella y, en 2012 la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa al equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de las empresas: «En toda la Unión Europea (UE), las mujeres están notablemente menos representadas en los puestos directivos de las empresas. Tras varios intentos de fomentar la autorregulación como medio para abordar este problema y a falta de resultados generalizados, en 2012 la Comisión Europea emitió una comunicación y una propuesta para una nueva ley», lo que se concretó en una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecuti-

¹⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia Europea de Cuidados COM/2022/440 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022DC0440>

²⁰ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_5372

vos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines.²¹ Este largo camino cristaliza finalmente en la Directiva (UE) 2022/2381 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas, que se apoya en el artículo 23 de la Carta de derechos fundamentales y en la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 de la Comisión Europea, que incluye, como ya hemos mencionado, el logro del equilibrio entre géneros en la toma de decisiones entre sus objetivos fundamentales. La Directiva debe estar transpuesta a la legislación nacional a más tardar el 28 de diciembre de 2024.

Con respecto a la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica resulta muy destacable la reciente publicación, ya prácticamente cerrado este trabajo, 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. La Directiva establece normas mínimas para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. En concreto, esta nueva norma aporta la definición de los delitos y de las sanciones en los ámbitos de la explotación sexual de mujeres y menores y de la delincuencia informática; detalla los derechos de las víctimas de todas las formas de violencia contra las mujeres o de violencia doméstica antes de los procesos penales, durante su transcurso y durante un período de tiempo adecuado tras tales procesos; y establece la protección y el apoyo a las víctimas, la prevención y la intervención temprana. Conviene destacar la atención que la Directiva dedica a la delincuencia informática, desde la preocupación que expresa acerca del uso de los medios tecnológicos para nuevas formas de violencia e intimidación o la amplificación por los mismos de formas de agresión y acoso.²² Punto de referencia importante es el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 2014, conocido como el Convenio de Estambul, y que constituye como es sabido el marco internacional más amplio para abordar de forma integral la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.²³ En el Dictamen 1/19 del TJUE de 6 de octubre de 2021 sobre la firma

²¹ COM(2012) 614 final de 14.11.2012].

²² 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.

²³ DOUE núm. 1385, de 24 de mayo de 2024, páginas 1 a 36. <https://www.boe.es/doue/2024/1385/L00001-00036.pdf>

Ventura Franch, A., «El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género: El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica», *Revista de Derecho Político*, nº 97, 2016, ps. 179-2

Thill, M., «El Convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante específico sobre violencia de género», *IgualdadES*, nº 2, 2020, ps. 157-196. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/igualdades/numero-2-enerojunio-2020/el-convenio-de-estambul-analisis-iusfeminista-del-primer-instrumento-europeo-vinculante-especifico-0>

del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, el Tribunal de Luxemburgo aclara las modalidades de adhesión de la Unión al Convenio de Estambul y su base jurídica.²⁴ El 21 de febrero de 2023, el Consejo solicitó la aprobación del Parlamento para adoptar las dos decisiones sobre la ratificación del Convenio. También cabe mencionar la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 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 Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo;²⁵ la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección²⁶, y 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 Consejo²⁷.

Por último, pero no por ello menos importante, podemos destacar la dimensión internacional de la política europea de la igualdad entre hombres y mujeres, que se concreta en la estrategia para la igualdad de género en la política de desarrollo. En 2001, el «Programa de acción para la integración del factor género en la cooperación de la Comunidad al desarrollo 2001-2006» había venido a sentar las bases para el desarrollo del trabajo de la Comisión Europea en este ámbito. Posteriormente, el Reglamento (CE) nº 1567/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, que expiró el 31 de diciembre de 2006, estableció un marco financiero para la ejecución de acciones en materia de salud y derechos en materia de reproducción y sexualidad. Además, el Reglamento (CE) nº 806/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, que expiró el 31 de diciembre de 2006, preveía un presupuesto de 9 millones de euros para financiar acciones específicas en este ámbito. El Consenso Europeo de 2005 identificó la igualdad de género como uno de los objetivos fundamentales para reducir la pobreza. En 2007, en su Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, de 8 de marzo, titulada «Igualdad de género y capacitación de las mujeres en la cooperación al desarrollo», la Comisión presentaba directrices para mejorar la integración de la igualdad de género y reforzar el papel de la mujer en la política de cooperación al desarrollo de la Unión Europea (UE). También propone acciones concretas en ámbitos en los que esta desigualdad es más pronunciada en los países en desarrollo²⁸.

²⁴ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62019CV0001\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62019CV0001(02))

²⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32011L0036>

²⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32011L0099>

²⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32012L0029>

²⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 8 de marzo de 2007, «Igualdad de género y capacitación de las mujeres en la cooperación al desarrollo» [COM (2007) 100 final — no publicada en el Diario Oficial].

En 2015 la Comisión Europea y el Servicio Europeo de Acción Exterior adoptaron un nuevo marco de actuación de la UE sobre igualdad de género y empoderamiento de la mujer en las relaciones exteriores de la UE para el período 2016-2020²⁹. El Reglamento (UE) 2021/947 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de junio de 2021 por el que se establece el Instrumento de Vecindad, Cooperación al Desarrollo y Cooperación Internacional — Europa Global, incluye entre sus ámbitos de actuación en materia de retos mundiales la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas³⁰.

Para cerrar este apartado cabe recordar que se han creado en la UE varias instituciones que trabajan específicamente en favor de la igualdad de género, principalmente un Instituto Europeo de la Igualdad de Género (Reglamento (CE) n° 1922/2006) y un Comité Consultivo de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (Decisión 2008/590/CE de la Comisión, actualizada en 2013)³¹. Por otra parte, la Red Europea de Organismos de Igualdad (Equinet) se creó para promover una aplicación uniforme de la legislación de la UE en el ámbito de la no discriminación y la igualdad de trato. La red se centra especialmente en la igualdad entre mujeres y hombres, y muchos de sus miembros tienen el mandato de trabajar en la igualdad de género. La red reúne a 46 organizaciones de 34 países europeos, incluidos todos los miembros de la UE. El 8 de diciembre de 2022, la Comisión presentó una propuesta de Directivas sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato entre las personas con independencia de su origen racial o étnico, la igualdad de trato entre las personas en asuntos de empleo y ocupación con independencia de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y la igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de seguridad social y en el acceso a bienes y servicios y su suministro, y por la que se suprimen el artículo 13 de la Directiva 2000/43/CE y el artículo 12 de la Directiva 2004/113/CE³².

Como hemos podido constatar, han sido los derechos de no discriminación en el ámbito laboral y, en algunos casos, social, los que han recibido mayor atención en la UE, y gozan por tanto de un mayor grado de consolidación y garantía a través de la fuerza jurídica vinculante de las directivas. En cambio, el incipiente progreso en la lucha contra el acoso sexual o el equilibrio entre hombres y mujeres

²⁹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_15_5690 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_15_5691

³⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32021R0947>

³¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32008D0590>

³² Jone Elizondo-Urrestarazu, «Equality bodies: new standards, new challenges», *IgualdadES*, n° 9, 2023, <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/igualdades/numero-9-juliodiciembre-2023/equality-bodies-new-standards-new-challenges>

en los puestos directivos de los sectores público y privado se ha venido tradicionalmente plasmando en meros instrumentos de *soft law* y solo con carácter muy reciente en instrumentos con fuerza jurídica vinculante.

2.3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE

El Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), en la línea de su destacada labor en favor de los derechos fundamentales, ha sentado también importantes precedentes contra la discriminación de género en sus sentencias³³. Al igual que en el caso de la normativa comunitaria, no pretendemos ser exhaustivos, sino solamente acometer una selección de precedentes significativos³⁴. La actividad del Tribunal de la UE es obviamente coherente con los principios y derechos consagrados en el Derecho de la UE, lo que explica que un importante número de sentencias se dedique a los principales temas enumerados en el apartado anterior.

Podemos, por tanto, en primer lugar distinguir una línea jurisprudencial dedicada a la interpretación y aplicación del principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres. Así, el caso Defrenne (C-43/75), en el que se confirma que dicho principio tiene efecto directo y debe ser garantizado por los Tribunales nacionales. Con carácter más reciente, la sentencia Tesco Stores de 3 de junio de 2021 (asunto C-624/19), el Tribunal de Luxemburgo establece que el artículo 157 del TFUE debe interpretarse en el sentido de que tiene efecto directo en litigios entre particulares en los que se invoca la vulneración del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un «trabajo de igual valor».

En relación con el trabajo a tiempo parcial, el Tribunal ha señalado también que existe discriminación en la remuneración diferenciada del personal a tiempo parcial, que es preponderantemente femenino (línea jurisprudencial que va desde el caso Jenkins (C-96/80, sentencia de 31 de marzo de 1981), pasando por el caso Boetel (C-360/90) hasta la sentencia Espadas Recio (C-98/15). También resulta de interés el caso Danfoss (C-109/88), que establece la inversión de la carga de la prueba cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, doctrina confirmada en Enderby (C-127/92). Se explicita la exigencia de que el empresario debe justificar mediante factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo las diferencias de retribución

³³ Carmona Contreras, A.M. (dir.), *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales: un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

³⁴ Hemos seguido como pauta la selección que realiza Mangas Martín A, *op. cit.*

También puede consultarse: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/59/la-igualdad-entre-hombres-y-mujeres>.

que se producen entre dos funciones de igual valor, una de las cuales es ejercida casi exclusivamente por mujeres y la otra principalmente por hombres. La especial atención a la discriminación indirecta que supone la mayor presencia de mujeres en el trabajo a tiempo parcial y su diferente tratamiento se aborda también en los casos Nimz (C-184/89), Gester (C-1/95) y Elbal Moreno (C-385/11). En el caso Nimz (C-184/89), se establece que concurre discriminación indirecta en el sistema de promoción profesional cuando se favorece a las personas trabajadoras a tiempo completo respecto de las empleadas a tiempo parcial, en aquellos supuestos donde la mayoría del personal empleado a tiempo parcial son mujeres. Y este mismo razonamiento es aplicable a las diferencias del cálculo de antigüedad entre trabajadores a media jornada y a jornada completa (caso Gester, C-1/95). En la Sentencia Elbal Moreno (C-385/11), el Tribunal europeo consideró la legislación española en materia de pensión de jubilación contributiva de los trabajadores a tiempo parcial discriminatoria, porque al exigir un periodo de cotización proporcionalmente más elevado para trabajadores a tiempo parcial (en su mayor parte, mujeres) instaura una diferencia de trato. En la sentencia Violeta Villar Láiz de 8 de mayo de 2019 (asunto C-161/18), el TJUE consideró que la normativa española sobre el cálculo de las pensiones de jubilación de los trabajadores contratados a tiempo parcial es contraria al Derecho de la Unión si se estima que es especialmente desfavorable para las trabajadoras, confirmando así la doctrina que ha venido sentando en esta línea.

Una sentencia muy relevante que vino a corregir la doctrina Kalanke (C-450/93) fue también en su día el caso Marshall (C-409/95), en el que se estableció que las acciones de discriminación positiva no son contrarias al principio de no discriminación. La sentencia Badeck (C-158/97) añadió que tampoco las normativas para la promoción de las mujeres en funciones públicas son contrarias al principio de no discriminación.

La protección frente a la discriminación por embarazo o maternidad se ha concretado en casos como Dekker (C-177/88), Habermann-Beltermann (C-421/92), Webb (C-32/93) o Mahlburg (C-207/98), pero también en M Brown (C-394/96), en el que el despido de la trabajadora se produjo durante el embarazo y fue motivado por ausencias debidas a incapacidad laboral derivada del mismo. La Sentencia Mahlburg (C-207/98) resuelve el caso de la negativa a contratar a una mujer embarazada para un puesto de trabajo por tiempo indefinido, basándose en una prohibición legal que impide que la mujer embarazada, durante el periodo de su embarazo, ocupe desde el primer momento dicho puesto. La Sentencia Paquay (C-460/06) establece la prohibición de notificar una decisión de despido a causa del embarazo o nacimiento de un hijo durante el periodo de protección al que se refiere dicho artículo, así como adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar dicho periodo. El caso Thibault (C-136/95) con-

sideró discriminatorio el no contabilizar, a efectos de promoción profesional, los días de ausencia por permiso de maternidad.

El Tribunal de Luxemburgo ha resuelto en su Sentencia *Association Belge des Consommateurs Test-Achats y otros* (C-236/09) una cuestión prejudicial sobre la validez del art. 5.2 (permiso parental) de la Directiva 2004/113/CE, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, resolviendo: El art. 5.2) de la Directiva 2004/113 es inválido con efectos a partir del 21 de diciembre de 2012, negando que una disposición pueda permitir a los Estados miembros en cuestión mantener sin limitación temporal una exención de la regla de primas y prestaciones unisex. Esto va en contra de la consecución del objetivo de igualdad de trato entre hombres y mujeres, que es la finalidad de la Directiva 2004/113, y es incompatible con los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

La Sentencia *Gueye y Salmerón Sánchez* (C-483/09) resuelve cuestiones prejudiciales planteadas desde España en relación con las medidas de protección de las víctimas de violencia de género. En este asunto, el Tribunal de Justicia resuelve «1. Los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la imposición obligatoria de una medida de alejamiento de duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho penal de un Estado miembro, a las personas que cometen delitos de violencia en el ámbito familiar, aun cuando las víctimas de dichos delitos se opongan a la aplicación de tal pena. 2. El artículo 10, apartado 1, de la Decisión marco 2001/220 debe interpretarse en el sentido de que permite a los Estados miembros, habida cuenta de la categoría particular de delitos cometidos en el seno de la familia, excluir el recurso a la mediación en todos los procesos penales relativos a tales delitos».

En razón de lo expuesto, podemos afirmar que el Tribunal de Luxemburgo ha realizado, a través de su jurisprudencia, una importante labor en pro de la garantía y efectividad de los derechos que conforman el status jurídico de la mujer en la UE en casos concretos, en aplicación de la normativa europea, incidiendo además positivamente en su desarrollo y consolidación.³⁵ Cabe destacar la labor pretoriana en el ámbito de los supuestos de discriminación indirecta (trabajo a tiempo parcial y sus consecuencias) que venía perjudicando a las mujeres.

No obstante, la doctrina también ha venido detectando resistencias del Tribunal a una aplicación decidida de las normas europeas en favor de los derechos

³⁵ FREIXES SANJUÁN, T., «La igualdad de mujeres y hombres en el derecho de la Unión Europea. Especial referencia a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Pastor Gosálbez, I. (coord.), Román Martín, L., (coord.), Giménez Costa, A. (coord.), Figueruelo Burrieza, A. (coord.), *Integración europea y género*, Tecnos, 2014, ps. 15-65.

de la mujer, en especial cuando los derechos se persiguen a través de las acciones positivas. A pesar de que estas acciones están recogidas en la normativa europea, el Tribunal de Luxemburgo ha mostrado reticencias a su aplicación. Estas voces destacan el escrupuloso respeto del TJUE al principio de igualdad formal, frente a un cierto grado de resistencia frente a instrumentos de la lucha por la igualdad que remueven dicho principio³⁶.

III. Consideraciones finales

El punto de partida de la posición jurídica de la mujer en la UE es la igualdad ante la ley y, por tanto, la igualdad formal de derechos y obligaciones respecto al hombre. Este estatuto jurídico se afianzó a medida que los derechos fundamentales fueron cobrando fuerza en una UE cuyo origen quedaba limitado a las razones económicas. Tempranamente, se incluyó en el Tratado de Roma la prohibición de discriminación salarial, medida que quedó congelada en el tiempo como única referencia, de talante económico, a la discriminación de género hasta la aprobación del Tratado de Ámsterdam. No obstante, de forma progresiva, el desarrollo de este principio, a la par que otros derechos y libertades, y la preocupación por la igualdad efectiva entre hombres y mujeres condujeron al fortalecimiento de las medidas de igualdad, que han experimentado un importante desarrollo también en áreas sociales, transformando así la tradicional definición jurídica de este concepto.

Actualmente, la igualdad entre mujeres y hombres se erige en valor fundamental y objetivo de la Unión, además de derecho fundamental, y la lucha contra la discriminación también por razón de sexo debe impregnar todas sus políticas y acciones. Su enunciación se concreta en el derecho de la mujer en la UE a la igualdad ante la ley, a la prohibición de discriminación por razón de sexo y a la igualdad en todos los ámbitos, destacando los campos del empleo, el trabajo y la retribución. Se permiten las medidas de discriminación positiva del sexo menos representado.

La superación de un enfoque puramente formal y liberal en la lucha contra la discriminación ha llevado asimismo a la proclamación de la conciliación de la vida familiar y profesional como objetivo, lo que se concreta en el derecho de toda persona a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un

³⁶ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE», *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4765>

permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño. Se formula también un derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales en caso de maternidad. La dimensión social de la Unión Europea se muestra así en este haz de derechos y se pone al servicio de la consecución de la igualdad real.

Un importante elenco de Directivas ha conformado un mínimo de derechos orientados a la protección de la maternidad y frente a la discriminación a la que puede dar lugar. Se trata de un principio de no discriminación que se ha extendido también a la seguridad social y al acceso a bienes y servicios.

Otros campos en los que se ha avanzado han sido el de tratar de combatir el acoso sexual en el trabajo, o, de forma más reciente, la promoción del equilibrio entre mujeres y hombres en el liderazgo público y empresarial, reforzando el papel de la mujer en la política de cooperación al desarrollo de la UE. Se han diseñado estrategias por la Comisión europea para la igualdad entre mujeres y hombres en ámbitos como la igualdad de independencia económica; igualdad de retribución por un trabajo de igual valor; igualdad en la toma de decisiones; dignidad, integridad y fin de la violencia de género; y promoción de la igualdad de género más allá de la UE.

El derecho de los padres y las personas con responsabilidades asistenciales a los permisos adecuados, a unas condiciones de trabajo flexibles y a servicios de asistencia, la promoción de la responsabilidad asistencial compartida entre mujeres y hombres, el derecho de los niños a una asistencia infantil asequible y de buena calidad y la igualdad de oportunidades para adquirir derechos de pensión se formulan como principios sociales en el Pilar Europeo de Derechos Sociales y han ido avanzando en las normas con fuerza jurídica vinculante.

El conglomerado de derechos que este acervo jurídico ha proporcionado al status de la mujer en la UE es, sin duda, relevante, y ha contribuido a reforzar su posición jurídica. Se han detectado carencias, no obstante, en cuanto a la efectividad en la aplicación de estos derechos. En el campo más desarrollado (laboral y social) porque en ocasiones a pesar del tenor literal de la norma jurídicamente vinculante solo la reivindicación concreta del caso particular ante el Tribunal de Justicia UE ha logrado el respeto y efectividad del derecho. Por otra parte, con respecto a los ámbitos más novedosos en la UE y menos desarrollados, los déficits se explican por tratarse de instrumentos sin fuerza jurídica vinculante o que solo recientemente han adquirido dicha fuerza normativa, quedando históricamente a merced por tanto de la voluntad efectiva de los Estados miembros. Campos, por tanto, como el acoso sexual, la paridad o composición equilibrada en ámbitos públicos y privados, la violencia de género o el lenguaje de género han resultado tradicionalmente descuidados en el ámbito europeo, concretados en medidas sectoriales o de carácter promocional. De ahí la relevancia de destacar de nuevo la

reciente aprobación 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, que ya comentábamos anteriormente. Con respecto al ámbito de mayor desarrollo, se debe seguir profundizando en la duración de los permisos parentales para el cuidado de menores y dependientes y en el fomento de la corresponsabilidad.

En todo caso, es innegable que el grado de reconocimiento formal y material de la igualdad entre sexos en la Unión Europea permite a la misma ocupar en este ámbito un lugar de vanguardia en el contexto mundial, conformando un importante conjunto de derechos sobre los que seguir avanzando. La Unión Europea desempeña así un papel de liderazgo impulsando la legislación de los Estados miembros e influyendo como referente en el necesario progreso de la igualdad entre mujeres y hombres lo que, cabe recordar, no solo es una cuestión de justicia, sino también un elemento imprescindible para el bienestar del conjunto de la población y el progreso de las sociedades.

LOS DERECHOS EN TIEMPO DE CONFLICTO. UNA PERSPECTIVA EUROPEA

TERESA FREIXES SANJUÁN
Universidad Autónoma de Barcelona

I. Introducción

Con todo lo que estamos viendo en estos tiempos, da la impresión de que Europa ha sido «raptada» por los populismos, los nacionalismos, la crisis, la tergiversación de los conceptos o, entre otras, la disolución de las antiguas certezas en las procelosas aguas de procesos como el Brexit, la situación política en Italia, el auge de la extrema derecha en Holanda y Alemania o las resistencias del denominado Grupo de Visegrado sobre la postura común europea en relación con la emigración. Sólo nos ha faltado la guerra de Ucrania y el conflicto en Oriente Medio o los ataques hutíes al comercio internacional, comprendiendo el nuestro, en el Mar Rojo. No es la primera vez que aludo a ello, pero creo que es necesario reiterarlo, porque de otro modo no se acaba de entender lo que nos está pasando, a distintos niveles. Está, sobre todo, la pregunta, sin respuesta todavía, de cómo va a abordar la Unión Europea el embrollo en el que todo esto la ha metido. Es necesario realizar una reflexión introspectiva y, a la vez, facilitadora de un análisis que intente encontrar respuestas plausibles. Esa Europa «campeona» de los derechos se está enfrentando a situaciones de conflicto, a veces directamente de guerra, y no sé si la cercanía de las próximas elecciones al Parlamento Europeo puede favorecer, o no, que lleguemos a conclusiones y posturas pertinentes,

Cuando Jean Henri Dunant fundó el Comité Internacional de la Cruz Roja seguramente no imaginó la aplicación y el desarrollo que aquellas normas mínimas para el respeto de la dignidad humana en tiempo de guerra han llegado a tener en nuestra Historia reciente. Su experiencia personal y la punzante descripción

que realizó de la batalla de Solferino¹ constituyen un clásico imprescindible para entender por qué no todo vale en una guerra, por qué se tienen que cumplir reglas humanitarias tanto respecto de los combatientes como respecto de la sociedad civil y por qué aún en tiempo de guerra los derechos han de imponer ciertas condiciones y mantener ciertas garantías.

De aquella experiencia derivaron sendos tratados internacionales que iban mucho más allá de las reglas establecidas hasta ese momento por los estados para ser aplicadas en conflictos bélicos. Los Convenios de Ginebra, adoptados en paralelo al establecimiento y crecimiento de la Cruz Roja, pretendieron mejorar la suerte de las víctimas de la guerra, tanto de los combatientes, como de los prisioneros y de la sociedad civil que se veía inexorablemente involucrada en los acontecimientos. El primero fue adoptado en 1864 y le siguieron los de 1906, 1929 y 1949. A todo ello se denominó Derecho Internacional Humanitario, debido a que se ocupaban de la suerte de los militares heridos en campaña, los prisioneros de guerra, la población civil no participante en las hostilidades. Se constataba, que aún en situación de conflicto, aún en medio de una guerra, estuviera o no oficialmente declarada, los derechos, al menos no todos ellos, no podían esfumarse ni del ordenamiento jurídico ni de la vida práctica.

La ONU, posteriormente, a partir de 1968, abordó los principios básicos del Derecho de la guerra, partiendo de la Declaración de San Petersburgo, que databa de 1868, y de la Convención de La Haya de 1888. Era necesario fijar los derechos y obligaciones de las partes beligerantes y limitar los medios con los que se hacía daño al enemigo, pues, como expresé al inicio de este texto, no todo es válido desde las regulaciones del Derecho de la guerra.

La libertad, entendida como el conjunto de los derechos, queda puesta en entredicho, evidentemente, por todo conflicto bélico y queda directamente afectada por lo que acontece en tal situación, ya se trate de un conflicto bélico internacional (entre países distintos) o de un conflicto bélico interno (como el derivado de un golpe de estado o una guerra civil), pero no puede desaparecer enteramente ni tan siquiera en estos casos. La libertad no es un ente abstracto en sí misma considerada, puesto que se compone de diversas potestades que dan origen a diversos tipos de derechos y libertades, los cuales deberán ser minuciosamente analizados para determinar hasta qué punto pueden ser legal y legítimamente restringidos o suspendidos. Para ello tendremos que analizar, además de los principios del Derecho Internacional Humanitario, qué sucede con los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos en tiempo de guerra o conflicto que ponga en peligro

¹ La batalla de Solferino tuvo lugar en 1859 entre los ejércitos franco-sardo y austro-húngaro. Murieron más de 40.000 personas. Henry Dunant, médico nacido en Ginebra, narró los hechos teniendo en cuenta los terribles sufrimientos de heridos y prisioneros, así como los enormes esfuerzos que hizo la población civil de la zona para ayudar a paliarlos.

la vida de la nación y cuáles son las disposiciones constitucionales de los estados, la Constitución española básicamente, que se refieren a los conflictos bélicos y al régimen de las libertades y derechos cuando se está en tiempo de guerra.

II. El Derecho Internacional Humanitario como paradigma universal

Si la libertad queda en entredicho en situación de conflicto bélico, varios de sus componentes no pueden ser destruidos y van a ser objeto de salvaguarda jurídica pese a las hostilidades. Así, aún en el caso de que no exista previsión en las reglas internacionales, las personas civiles, e incluso los combatientes quedan bajo la protección del denominado Derecho de gentes, que deriva de los principios de humanidad y los que se establezcan como conciencia pública. A ello se le denomina «Cláusula Martens», en honor del filósofo ruso que la acuñó durante la Conferencia de Paz de La Haya de 1899.

Además, de los convenios de Ginebra deriva la obligación de tratar con humanidad a las personas que no participen de forma directa en las hostilidades, la exigencia de no discriminación por ningún tipo de motivos, la inviolabilidad de los no combatientes y el principio de seguridad para impedir la toma de rehenes que no hayan participado en el conflicto y para prohibir que nadie sea condenado y/o ejecutado sin los derechos que acompañan a lo que denominamos el derecho a un juicio justo. De ello se infiere que es necesario distinguir entre personas combatientes y personas no combatientes, porque la esfera de libertad acuñada por los derechos de los que son titulares cada uno de estos dos grupos, es substancialmente distinta en algunos aspectos pese a que el denominado Derecho de la guerra otorga a quienes dirigen las hostilidades el derecho a elegir los medios de acción que consideren más oportunos o convenientes.

Es necesario señalar también que la población civil y sus bienes no pueden constituir objetivos legítimos porque los ataques siempre deben estar dirigidos hacia objetivos militares. Ello implica que la población no combatiente no puede perder sus derechos en forma absoluta y que las restricciones o límites a que se pueden verse sometidos en tiempo de guerra, tienen a su vez sus contralímites puesto que incluso sus bienes materiales tienen establecida una protección concreta: No se pueden destruir los bienes que son necesarios para la supervivencia de la población civil y también debe ser salvaguardado el patrimonio cultural. Algo que constantemente se olvida.

Dado el desarrollo armamentístico, que puede incluir hoy en día armas de precisión, cuyos efectos colaterales (a veces directamente queridos) inciden directamente en la misma población civil, no se consideran legítimos los ataques de

instalaciones cuya destrucción pueda significar por sí misma un peligro sobre la población, por ejemplo, ataques que puedan implicar daños en centrales nucleares, depósitos de sustancias peligrosas, presas o diques, así como en edificios civiles como pueden ser escuelas u hospitales. Todo aquello que pueda originar sufrimientos y daños superfluos o innecesarios queda fuera de la cobertura de lo que podríamos considerar actos lícitos de guerra. Y tampoco se considera admisible el uso de armas de destrucción masiva, ni el de armas químicas o bacteriológicas.

Todo ello significa que combatientes y no combatientes no gozan de la misma esfera de libertad, puesto que la caracterización jurídica de sus potestades es diferente. El combatiente tiene menos límites y menos derechos que el no combatiente. Pero, ¿a quién consideraremos combatiente o no combatiente a tales efectos? Según el Derecho de la guerra son combatientes los ejércitos y las milicias y los cuerpos de voluntarios que se les pueden agregar en un conflicto; también lo son los componentes de cualquier resistencia organizada que se una a las fuerzas regulares, la población que tome espontáneamente las armas frente a un invasor, aunque no se trate de población de territorio ocupado y los guerrilleros, siempre que lleven sus distintivos identificadores y usen armas abiertamente. También esto es frecuentemente olvidado.

Es evidente, si repasamos los acontecimientos bélicos del pasado y del presente siglo, que estas reglas dejan de cumplirse en múltiples ocasiones. Por ello se ha considerado que, al menos en territorio europeo que es dónde tenemos normas vinculantes y una cierta práctica al respecto, deben ser respetados los tratados reguladores de derechos humanos, los cuales contienen previsiones de regulación de derechos y garantías para estos supuestos de guerra o conflicto armado. Y se han establecido también tribunales internacionales, como los tribunales ad-hoc para Bosnia-Herzegovina o para Ruanda y el Tribunal Penal Internacional², que diri-

² El Estatuto del Tribunal Penal Internacional fue adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 y entró en vigor el 1 de julio de 2002. Se contaba ya con la experiencia de los tribunales ad-hoc para Bosnia-Herzegovina y para Ruanda dirigidos a sancionar los crímenes internacionales más graves, como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, cuyos reglamentos, elaborados con la colaboración, según los casos, de organizaciones como *Juristes sans frontières*, *Médecins du monde* o *Reporteurs sans frontières*. Me involucré personalmente con *Juristes sans frontières* para colaborar en el establecimiento del reglamento del Tribunal especializado para Bosnia-Herzegovina y el Tribunal Penal Internacional. Tuvimos en cuenta que poder contar con las pruebas suficientes para poder encausar a los responsables de los crímenes allí cometidos precisaba de una cuidadosa metodología ya que los posteriores juicios debían realizarse con todas las garantías, tal como se iba plasmando en las reglas de procedimiento a medida que avanzaba la redacción del reglamento; la evidencia de que quienes primero llegan a la zona de conflicto son el personal sanitario y los reporteros, hizo que también elaborásemos sendas guías y formularios para que los integrantes de estos colectivos presentes en la zona pudieran recoger de primera mano la información, de tal manera que pudiera posteriormente ser residenciada ante los tribunales. Es evidente que fue imposible conseguir la protección jurídica de todas las víctimas, pero unas docenas de casos pudieron concluir con condenas por genocidio o crímenes contra humanidad.

men las responsabilidades de los estados por crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad. Los denominados Juicios de Nuremberg o los Juicios de Tokio constituyen el precedente de estos tribunales, si bien los actuales cuentan con reglamentos y normas de procedimiento muy rigurosos para evitar que sus resoluciones puedan ser calificadas de «políticas» como sucedió en el caso de sus antecesores y para asegurar que sean dictadas con todas las garantías propias del Estado de Derecho.

III. La Europa de los Derechos y su puesta en riesgo

Tras la Segunda Guerra Mundial, Europa ha pasado por distintas etapas, caracterizadas por la persecución de una paz que se vio alterada, además de por todo lo que envolvió a lo que se ha denominado «Guerra fría», por la guerra en los Balcanes y, actualmente, por la guerra en Ucrania derivada de la invasión rusa, el conflicto bélico entre Israel y Hamás conllevando la crisis por los rehenes que la organización terrorista retiene y, entre otros, los ataques hutíes, respaldados por Irán al comercio que transcurría por el Mar Rojo. La geopolítica que caracterizó a la Europa de la segunda mitad del siglo xx ha virado substancialmente durante este primer tercio del siglo xxi, a pesar de que hoy contamos con organizaciones internacionales y supranacionales cuyo marco objetivo pretende teóricamente garantizar una paz en libertad para todo el continente.

Además de las regulaciones derivadas de las tradiciones constitucionales de los estados, dos son las organizaciones de ámbito europeo, el Consejo de Europa y la Unión Europea, sobre las que se basa el sistema europeo de derechos y libertades que, además, es controlado por sendos tribunales cuyas sentencias han marcado hitos tales como convertir a las personas en sujetos de un Derecho internacional que anteriormente sólo estaba dirigido a los estados. El Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, además de otras normas adoptadas por estas organizaciones que inciden en los derechos y libertades de las personas en tiempos de conflicto bélico, constituyen el eje principal de la garantía de los derechos que, incluso en tales tiempos, deben ser resguardados.

1. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU APLICACIÓN EN TIEMPO DE GUERRA

Tal como manifiesta el Consejo de Europa, cuando se adopta el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en 1950, los estados signatarios quisieron refor-

zar algunos de los derechos que se habían proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, dotándolos de mejor efectividad al ser incluidos en un tratado internacional y garantizándolos con la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No se pudieron entonces garantizar todos por las reticencias de muchos estados, especialmente respecto de la posible inclusión de derechos de contenido económico y social. A este Convenio de 1950 se le han venido añadiendo diversos Protocolos, que tienen también valor jurídico de tratado, en los que diversos derechos económicos y sociales han encontrado acogida.

Ya desde su primera redacción este Convenio, que es aplicable a toda persona sujeta a la jurisdicción de los estados signatarios, es decir, no sólo a sus nacionales sino a toda persona que se encuentre en el territorio, incorpora artículos en los que se evidencia que se puede estar incurso en un conflicto bélico. Por ello algunos de los derechos que en él se reconocen, pueden estar sujetos a ciertos límites derivados de una tal situación, que hay que tener presentes en todo caso y en el contexto en el que se regulan.

El art. 1 CEDH, regulador del derecho a la vida, establece que la muerte puede ser lícita a los ojos del Convenio cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario. Así, el caso de legítima defensa; también para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente y para reprimir conforme a la ley una revuelta o insurrección.

El art. 15 CEDH regula el denominado «derecho de derogación», es decir, las situaciones, similares a las que se denominan estados excepcionales, en las que los Estados signatarios pueden no aplicar las garantías establecidas en el Convenio, si bien ello con ciertos límites y siempre que ello no vaya en contra de otras obligaciones de respeto a los derechos derivadas del Derecho Internacional. Según este artículo, para ejercer el derecho de derogación tiene que existir una situación de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, es decir, tenemos que estar en una situación de conflicto, que puede ser bélico en cualquiera de sus modalidades. Además, existen derechos que no pueden ser nunca derogados, ni en situación de guerra o conflicto de cualquier tipo, por expresa disposición de este mismo artículo. Son el derecho a la vida, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra y la prohibición de la tortura y de la esclavitud o servidumbre, o el principio de legalidad penal. Por ello a estos derechos se les caracteriza como absolutos, mientras que el resto pueden ser limitados. Además, cuando se ejercita el derecho de derogación, los estados tienen que informar al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas, las causas que las justifican y la fecha en que dejen de ser efectivas las derogaciones y el Convenio vuelva a estar plenamente en vigor. La libertad, en su conjunto, se ve, pues, afectada, por una situación de guerra o conflicto pero, aún así, las afectaciones no

pueden ser absolutas y están sometidas a límites. Nótese también que el Convenio habla de «situación de guerra», porque no es necesario que la guerra haya sido declarada formalmente; lo que importa es si se vive en guerra. Además el Convenio considera también como causa justificada del ejercicio del derecho de derogación a la existencia de un peligro para la vida de la nación; evidentemente, este peligro tendrá que ser real, verificable y de una magnitud tal que constituya una amenaza a la nación en su conjunto.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en diversos casos que le han llegado sobre este «derecho de derogación», ha interpretado el art. 15 CEDH complementando lo que éste dispone para comprobar si esa restricción de libertad es o no correcta. En este sentido señalaré que, para el TEDH, además de una situación de guerra o conflicto bélico de cualquier tipo, el terrorismo constituye uno de los supuestos habilitantes para aplicar el derecho de derogación. También es importante destacar que existe un cierto margen de discrecionalidad de los estados en la apreciación de las circunstancias que aconsejan la derogación, lo que implica que pueden decidir, bajo ciertos límites, sobre el contenido de las derogaciones. De todos modos, el derecho de derogación, para el TEDH, tiene carácter supletorio, de manera que sólo se justifica su uso en caso de imposibilidad o insuficiencia de aplicación efectiva de otras medidas que no supongan tal suspensión de derechos. En cuanto al contenido de la suspensión de derechos, muchas veces incluye la suspensión de algunas garantías, si bien hay que determinarlo en relación con el derecho y con el supuesto de hecho concreto. La derogación de esos espacios de libertad, equivalente a una suspensión de derechos, está también sujeta a ciertos límites, porque ha de estar acompañada de suficientes garantías procesales y de una rápida fiscalización judicial y no se puede destruir por completo la esencia de los derechos que sean objeto de la suspensión. Evidentemente los derechos que el convenio considera inderogables no pueden ser objeto de suspensión cuando un estado ejercite el derecho de derogación.

En tiempo de guerra o conflicto bélico o puesta en peligro efectivo de la vida de la nación, pues, cabe derogar espacios de libertad, cabe suspender ciertos derechos, pero con límites y garantías, tal como exige el Convenio Europeo de Derechos Humanos y garantiza el Tribunal de Estrasburgo.

2. CONEXIÓN ENTRE EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Aunque el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario son dos sistemas jurídicos distintos, cada vez se acercan más en su aplicación a hechos que son susceptibles de subsumirse en cada uno de ellos.

La misma Corte Internacional de Justicia así lo recuerda en varias de sus sentencias desde que emitió la primera al respecto en 2004.

El asunto que podríamos considerar «piloto» (sienta las bases a seguir) es el Caso Kononov contra Letonia, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De esta sentencia se pueden extraer importantes conclusiones al respecto:

- La protección de la población civil deriva de la garantía del derecho a la vida.
- El Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre la base de su art. 7, que garantiza el principio de legalidad penal propio de todo Estado de Derecho, justifica la responsabilidad penal individual por crímenes de guerra sobre civiles no combatientes, sin que pueda alegarse prescripción de tal delito y aplicando las reglas del Derecho internacional humanitario.

La esfera de libertad protegida por el Derecho internacional de los derechos humanos y por el Derecho internacional humanitario permanece y se complementa, pues en el primero contamos con derechos no derogables como es el principio de legalidad penal y en el segundo se pretende garantizar las leyes y costumbres de la guerra que protegen tanto a combatientes como a ciudadanos no combatientes. Ambos sistemas se acercan, pues, para salvaguardar un mínimo de libertad aún en tiempo de guerra.

IV. La suspensión de Derechos en la constitución Española aplicable a los tiempos de guerra o conflicto bélico

Las constituciones de los estados regulan también cómo quedan afectados los sistemas de derechos internos en los casos de guerra o cualquier otra situación de conflicto. La fundamentación de estas suspensiones de derechos reside en que es necesario delimitarlas correctamente para determinar qué esferas de libertad se salvaguardan y qué derechos o garantías pueden quedar afectados o suspendidos. Para ello se suelen declarar estados excepcionales, estados de guerra, estados de crisis... la nomenclatura depende de cada país.

En España, la Constitución regula los estados excepcionales en el art. 55.1 y se regula su puesta en práctica en la Ley Orgánica 4/1981. La normativa prevé que puedan existir tres tipos: el de alarma, para hacer frente a catástrofes o crisis sanitarias de todo tipo, como vimos durante la pasada pandemia; el de excepción para hacer frente a problemas de orden público; y el de sitio para hacer frente a ataques al orden constitucional y situaciones de conflicto bélico.

El estado de alarma sólo permite limitaciones a los derechos o establecimiento de obligaciones económicas o de otro tipo. El estado de excepción y el estado de sitio permiten suspender determinados derechos: la libertad personal y sus garantías (excepto el habeas corpus en estado de excepción, aunque sí puede ser suspendido vale que volvé en el supuesto del estado de sitio); el secreto de las comunicaciones y la inviolabilidad del domicilio; la libertad de circulación y residencia; la libertad de expresión y el derecho a recibir información veraz, así como la necesidad de contar con autorización judicial para el secuestro de publicaciones; el derecho de reunión y/o manifestación y el derecho a la huelga o a declarar un conflicto colectivo.

Con la declaración de cada estado excepcional, no necesariamente han de suspenderse todos los derechos objeto de posible suspensión en el estado excepcional concretamente declarado, que puede ser el de excepción o el de sitio pues el estado de alarma no puede comportar suspensión de derechos como así ha declarado el Tribunal Constitucional en sentencias recientes que afectaban a las restricciones previstas en los estados de alarma que fueron declarados para hacer frente a la crisis sanitaria derivada de la pandemia. Así lo ha considerado el Tribunal Constitucional al dictar las sentencias correspondientes a las impugnaciones de los estados de alarma decretados para hacer frente a la pandemia. Véase las sentencias 148/21, de 14 de julio y 183/21 de 27 de octubre. En ellas se declararon parcialmente inconstitucionales los decretos dictados por el Gobierno estableciendo sendos estados de alarma.

La Constitución, en consecuencia, regula la lista de derechos que pueden ser suspendidos y al declararse los estados de excepción o de sitio, hay que singularizar cuáles de entre ellos efectivamente se suspenden, teniendo además en cuenta que en el estado de sitio, es el apropiado para hacer frente a una situación de conflicto bélico o de ataque al orden constitucional, el Gobierno designaría a la autoridad militar que, bajo su dirección, tendría que ejecutar las medidas apropiadas para hacer frente a la situación, quedando el resto de poderes públicos sujetos a lo que la autoridad militar ordenara. Ello significa que, por una parte, en el estado de sitio, quedan alteradas las competencias de las autoridades civiles, pero el resto de derechos del sistema, los que afectan a la ciudadanía, se salvaguardan, ya que no es toda la esfera de libertad constitucionalmente prevista lo que queda suspendida, no son todos los derechos posibles los que se suspenden en cada caso, sino únicamente las esferas parciales correspondientes a los derechos o las competencias que efectivamente queden incluidos en la declaración del Estado de sitio.

Se trata, pues, de tres estados excepcionales específicos para hacer frente a distintas situaciones, cuanto más graves más intensos en la suspensión de derechos y en la afectación del funcionamiento de las instituciones públicas. El menos grave es el de alarma y el más intenso el de sitio. Por ello, para que tales estados

excepcionales sean declarados, el parlamento, es decir, los elegidos por la población, tiene una intervención tanto más intensa cuanto más graves son las causas habilitantes y, en consecuencia, más profunda la alteración de libertad que conlleva la respuesta legalmente prevista.

Así, el estado de alarma es decretado por el Gobierno, quien lo comunica posteriormente al Congreso de los Diputados; el estado de excepción, que ya permite suspensión de derechos, necesita ser autorizado por el Congreso de los Diputados para que pueda dictarse el correspondiente decreto por parte del Gobierno y el estado de sitio debe ser directamente acordado por el Congreso de los Diputados por mayoría absoluta, ya que altera el funcionamiento institucional y puede comportar, también, suspensión de derechos.

Como puede fácilmente deducirse, frente a una situación de guerra o conflicto armado, provocado desde el exterior o derivado de enfrentamientos internos, es el estado de sitio la institución jurídica apropiada, que da respuesta constitucional a los hechos que estén en su base y que fundamentan su aplicación. En tales supuestos, efectivamente, la libertad queda sujeta a fuertes restricciones, los derechos quedan sometidos a suspensiones incluso, que han de ser determinadas por la autoridad a la que la Constitución otorga la competencia para ello. Pero, como he advertido, no tienen por qué ser suspendidas todas las esferas de libertad o todos los derechos legalmente susceptibles de ser suspendidos, sino únicamente aquellos que en el supuesto concreto el Congreso de los Diputados, que es quien podría declarar el estado de sitio, considerase de necesaria suspensión. El resto no tiene que estar sujeto a más limitaciones que las ordinarias para garantizar la vida ciudadana, siempre de acuerdo con la Constitución, las leyes y los tratados internacionales vigentes en España.

V. La suspensión individualizada de Derechos

Además de la suspensión general de derechos regulada por la Constitución, para el estado de excepción y el estado de sitio, en nuestro sistema constitucional, en el artículo 55.2 CE, se regula lo que se ha denominado suspensión individualizada de derechos aplicable básicamente a bandas armadas y elementos terroristas. Este artículo se desarrolla en distintas leyes, especialmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se trata de una suspensión de derechos que hay que aplicar al caso concreto y que afecta a algunas garantías de la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. Se fundamentan, estas suspensiones, en la consideración que realiza el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que en determinadas circunstancias, la acción de bandas arma-

das o elementos terroristas, constituyen conflictos que pueden poner en peligro la vida de la nación.

Al no necesitar de declaración de estado excepcional alguno previo, son medidas que siempre pueden ser utilizadas si se cumple el presupuesto habilitante (acción armada o terrorista poniendo en peligro la vida de la nación) pero que tienen que poder ser judicialmente controladas para que la afectación al derecho fundamental sobre el que se apliquen sea proporcionada y cumpla además con todos los requisitos establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (los cuales a su vez son tenidos en cuenta por los tribunales internos de los Estados miembros del Consejo de Europa en su función de control sobre estas suspensiones de derechos).

Actualmente también la Unión Europea ha entrado a regular algunos aspectos criminales relacionados con la actuación de bandas Armadas o en caso de terrorismo. Aunque no contamos con un Código Penal europeo, si se está produciendo una cierta armonización procesal en torno a las medidas que los Estados miembros pueden tomar para hacer frente a este tipo de conflictos. También podemos mencionar la existencia de normativa europea que incide en las garantías de las víctimas o en la cooperación policial y judicial necesaria para hacer frente a tales actividades delictivas. Así por ejemplo, las directivas de protección a víctimas o, entre otras, la orden europea de detención y entrega. Las divergencias en su aplicación por parte de algunos Estados miembros han dificultado la eficacia de tales normas.

Sin embargo, en coordinación con las medidas europeas de aproximación de las garantías procesales, derivadas tanto de la legislación de la Unión Europea como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el control judicial sobre las suspensiones individualizadas de derechos es muy estricto. En este sentido, si es posible extender la detención provisional en casos de terrorismo, aumentando en 48 horas las 72 horas iniciales, ello solo puede hacerse mediante autorización judicial que ha de recibirse antes de que expire el plazo inicial y, además, tienen que existir controles posteriores para garantizar la proporcionalidad de la duración y el resto de medidas que se apliquen a la persona detenida. Así también, en el caso de la inviolabilidad del domicilio, cuando se suspende la necesidad de autorización judicial previa para efectuar entradas y registros, ello no significa que se puedan realizar de cualquier manera puesto que es necesario que una vez finalizada la actuación policial, se tenga que dar inmediatamente cuenta al juez, tanto de los indicios que justificaron la medida cómo de los resultados obtenidos. Y en los supuestos de intervenciones de medios de comunicación, ya sean telefónicas, telemáticas o que cuenten con cualquier soporte técnico, que tampoco precisan de autorización judicial previa, la intervención judicial ha de realizarse simultáneamente al desarrollo de la medida de control, transcurrido el cual la

persona cuyas comunicaciones hayan sido intervenidas ha de conocer la modalidad e intensidad de la intervención a los efectos de poder presentar, en su caso, los pertinentes recursos para evitar abusos. Constituyen, estas medidas de control, un estándar común que aunque no sea idéntico, es equivalente en prácticamente todos los Estados miembros del Consejo de Europa. Básicamente, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con su efecto de irradiación más allá del caso concreto sobre el que ha recaído cualquier sentencia, la que ha efectuado esta armonización.

VI. Las conexiones entre ordenamientos jurídicos a tener en cuenta en tiempos de conflicto

Nuestro sistema constitucional incluye sendas normas de reenvío a tratados internacionales que también han de ser tenidos en cuenta, por regular suspensiones de derechos o situaciones de conflicto en las que ciertos derechos puedan ser alterados. El art. 10.2 de la Constitución obliga a interpretar los derechos constitucionalmente reconocidos teniendo en cuenta los tratados internacionales sobre estas materias ratificados por España. Al mismo tiempo, la Constitución establece, en el art. 96 que los tratados internacionales válidamente celebrados, formarán parte del ordenamiento interno a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, siendo entonces no sólo normas interpretativas sino de obligado cumplimiento y aplicación.

Entre estos tratados cobra una especial relevancia el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a que se ha hecho referencia con anterioridad, interpretado por el Tribunal de Estrasburgo, que marca los criterios para el ejercicio del derecho de derogación, que es el que equivale a nuestra suspensión de derechos. Ello implica que, si se declarasen los estados de excepción o de sitio, sería necesario efectuar la comunicación al Secretario General del Consejo de Europa a que también hemos hecho referencia, para que desde el Consejo de Europa se pudiera realizar el seguimiento de la suspensión de derechos, teniendo, pues, en cuenta, que sólo los derechos legalmente suspendidos pueden ser derogados, quedando en pie el resto de las esferas de libertad constitucionalmente reconocidas.

Al mismo tiempo, España está obligada al respeto del Derecho Internacional Humanitario, pues ha ratificado y publicado oficialmente el conjunto de tratados que lo componen. Lo que significa que todas aquellas normas del Derecho de la guerra a que hemos hecho referencia, ya sean las dirigidas a los combatientes o al respeto de la población civil, los prisioneros, los bienes básicos de la nación, etc. deben ser también respetadas si fuera declarado un estado de sitio como consecuencia de un conflicto bélico, internacional o interno.

Los derechos, pues, que quedan siempre afectados por cualquier situación de guerra o conflicto bélico, no pueden ser destruidos en su esencia, sino que, mediante el respeto de las reglas constitucionales y de los tratados internacionales, continuarán teniendo determinados ámbitos exentos de intervención. Si se suele decir que la guerra es la continuación de la política por otros medios, también hay que considerar que la finalidad de la guerra justa sólo puede conllevar el restablecimiento de la paz y, con ella, la libertad y el resto de derechos.

VII. A modo de conclusión

Pese a que jurídicamente los problemas relativos a la suspensión de derechos en tiempos de guerra o de conflicto bélico cuentan con una aceptable regulación, los Estados, las Organizaciones Internacionales, la Unión Europea, no hacen gala de una buena coordinación que tenga en cuenta las distintas variables y que, al mismo tiempo, nos dé una cierta seguridad como ciudadanos para saber a qué atenernos. Estábamos acostumbrados a un mundo globalizado que más o menos funcionaba, a la libre circulación y residencia en la Unión Europea, a unos derechos fundamentales comunes en Europa y, de repente, parece que, como castillo de naipes, ese mundo se nos está desmoronando.

No estamos ante el mismo escenario, pero la desazón que invadía a Stefan Zweig en «El mundo de ayer», cuando la vida a la que se estaba acostumbrado se diluía como azucarillo en agua, nos está impregnando también ahora, cuando constatamos prohibiciones, controles y medidas coercitivas, que muchas veces no están suficientemente coordinadas y mucho menos explicadas. Nuestros gobernantes, todos, en el marco global, deberían esmerarse más en este contexto, tan difícil, en el que necesitan contar con la confianza de una ciudadanía que está asistiendo perpleja a lo que algunos están llamando la «tercera guerra mundial», sólo que esta vez sin armas, pero con efectos letales.

Partiendo del precedente frustrado de la Comunidad Europea de Defensa, que intentaron poner en pie los Estados miembros de la entonces recién fundada CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero), pero que no se pudo aprobar por el rechazo de la Asamblea Nacional Francesa auspiciado por De Gaulle y otros «soberanistas», el tema de la política exterior y de defensa europea, estrechamente relacionado en la práctica con las suspensiones de derechos que pueden efectuarse en tiempo de guerra o de conflicto bélico, no ha dejado de estar presente a lo largo de toda la historia de la UE.

Sin embargo, no fue hasta el vigente Tratado de Lisboa que se pudo concretar jurídicamente la competencia europea al respecto, como política en construcción, superando el marco de Mr. Pesc (la figura del Alto representante para la política

exterior y de Defensa, en la que podemos personificar a españoles como Javier Solana) y haciendo que este Alto representante sea, al mismo tiempo, uno de los Vicepresidentes de la Comisión Europea. El Sr. Josep Borrell, otro español en tan destacada misión, clave en un momento en el que la situación internacional pasa por uno de los momentos más complejos en toda la historia de la integración europea. No olvidemos la posición internacional de Rusia y China, su penetración, no sólo económica, en otros continentes, especialmente en África y América Latina, su influencia en los actuales conflictos bélicos y el problema que origina el hecho de que en demasiadas ocasiones no exista una voz unánime entre los Estados miembros y el Alto Representante.

La Conferencia sobre el futuro de Europa ha planteado desde diversas perspectivas la necesidad de contar con una política exterior y de defensa europea potente, que permita que la UE pueda ejercer sus funciones internacionales en un marco jalonado, en los últimos años, por significativos cambios. Como ha sido señalado al inicio de este texto, el Brexit, desplazando el eje trasatlántico, la desestabilización en los Balcanes y, últimamente la invasión de Ucrania por parte de Rusia, la guerra en Oriente próximo y el conflicto en el Mar Rojo, son los asuntos más llamativos en este contexto, aunque no los únicos a destacar, puesto que, desde otro orden de consideraciones, el que los Estados miembros de la UE sean, al mismo tiempo, miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) facilita a veces, pero dificulta otras, la configuración de una política de defensa propia, para la cual tampoco contamos, todavía, con las aportaciones suficientes para que pueda ser instaurada. ¿Se necesitaría, en tal sentido, crear un Ejército europeo? ¿O bastaría con una coordinación entre los ejércitos de los Estados miembros? La discusión no es baladí, puesto que una integración coordinada de las actuales fuerzas armadas nacionales bajo mando europeo nos convertiría en uno de los mayores, y mejores, ejércitos del mundo.

Dar más competencias a la UE en esta materia implicaría, entre otras fórmulas, reforzar las del Parlamento Europeo por ser éste quien representa directamente a la ciudadanía, reflejar de forma realista en los presupuestos de la UE las partidas necesarias desde todas las perspectivas que inciden en tal política, reformular las relaciones con la OTAN y la forma de abordar las acciones armadas conjuntas, así como abandonar la unanimidad en la toma de decisión para no paralizar las actuaciones que deban ser llevadas a cabo.

Pero algunas de estas reformas implican cambios en los Tratados, que todavía no incluyen competencias que ahora, con esta situación tan compleja, se evidencia que son necesarias. Ello comporta que estos cambios han de ser aprobados por unanimidad de los 27 Estados miembros y que, una vez fijados, cada uno de ellos tendría que integrar el nuevo tratado en el sistema jurídico interno conforme a los

procedimientos constitucionales en vigor. Algunas veces, incluso, necesitándose un referéndum, vinculante, que nadie tiene ganado de antemano.

Por ello, teniendo en cuenta precedentes anteriores, como la negativa del parlamento de Francia a la creación de la Comunidad Europea de Defensa o el rechazo que tuvo lugar en ese mismo país, en referéndum, de la Constitución Europea, paralizándose subsiguientemente estas iniciativas, hacen que los pasos que se están dando, aunque indudables, sean extremadamente cautelosos. Ya dijo Jean Monnet que Europa no se crearía de repente, sino mediante pequeños pasos. Aunque, a veces, sobre todo si echamos la vista atrás, la realidad impone reconocer que se han dado, en ocasiones, verdaderos pasos de gigante. Y que sería necesario avanzar en tal sentido para que, aún siendo necesario el instrumento de la suspensión de derechos para hacer frente a ciertos conflictos, contáramos con una política europea más coherente y con mejores instrumentos comunes.

VIII. Conclusiones

Desde los primeros tratados de Derecho Internacional Humanitario que dieron origen a la preservación de un mínimo de humanidad aún en tiempo de guerra, hasta las minuciosas regulaciones constitucionales actuales sobre las suspensiones de derechos en tiempos de conflicto bélico, se ha intentado configurar unos sistemas jurídicos en los que la libertad no quede totalmente destruida ni en los conflictos internacionales ni en los conflictos internos.

Resultan especialmente relevantes, en el marco del Derecho Internacional Humanitario, los Convenios de Ginebra y el establecimiento de sendos Tribunales Internacionales que puedan incluso dirimir responsabilidades individuales por crímenes contra la humanidad. En el ámbito europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Estrasburgo abordan cómo deben responder los estados en caso de guerra o conflictos que pongan en peligro la vida de la nación, teniendo también en cuenta esas normas de Derecho Internacional Humanitario. Estas regulaciones también tienen en cuenta que pese a las restricciones, la libertad no puede quedar totalmente destruida y se tienen que preservar los bienes jurídicos que permitan su restablecimiento.

En el ámbito del Derecho interno son las Constituciones las que establecen los instrumentos con que se puede hacer frente a crisis bélicas de todo tipo, comportando suspensiones de derechos e, incluso, alteración de las competencias constitucionales. La regulación constitucional, normalmente desarrollada en otras leyes, debe también respetar los tratados internacionales, especialmente el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario,

pues la finalidad de los estados excepcionales no puede ser otra que el restablecimiento de las garantías constitucionales en cuanto sea posible.

De ahí que el conjunto de toda esta normativa tenga como objetivo la preservación de la libertad que, en tiempo de guerra, queda efectivamente muy afectada, pero no puede ser destruida porque debe ser restaurada.

Esta obra incorpora más de cincuenta textos en los que se rinde homenaje a la figura y a la obra del ilustre constitucionalista Gregorio Cámara Villar. Se trata de aportaciones que abordan una gran diversidad de temáticas, todas ellas relacionadas con las que ha desarrollado el profesor Cámara Villar a lo largo de su extensa vida universitaria. De la entidad de los trabajos da cuenta la relación de sus autores, que representan varias generaciones de constitucionalistas de España y de Italia, que han querido estar presentes con sus reflexiones en este homenaje. Se trata de un libro fundamental, que ofrece una panorámica, muy extensa y profunda a la vez, de las claves en las que se inspira el debate sobre el Derecho constitucional y europeo de nuestro tiempo.

Francisco Balaguer Callejón
Universidad de Granada

Juan F. López Aguilar
*Universidad de Las Palmas
de Gran Canaria*

María Luisa Balaguer Callejón
*Magistrada del Tribunal
Constitucional*

Baldomero Oliver León
Universidad de Granada

Manuel Aragón Reyes
Universidad Autónoma de Madrid

Miguel Azpitarte Sánchez
Universidad de Granada

Antonio D'Atena
Universidad Tor Vergata

Carlos de Cabo
*Universidad Complutense
de Madrid*

Paolo Ridola
Sapienza Università di Roma

Francisco Miguel Bombillar Sáenz
Universidad de Granada

Daniela Dobre
Universidad de Granada

Enrique Guillén López
Universidad de Granada

Antonio López Castillo
Universidad Autónoma de Madrid

Ricardo Martín Morales
Universidad de Granada

Luis Fernando Martínez Quevedo
Universidad de Granada

Francisco Javier Matia Portilla
Universidad de Valladolid

José Luis Monereo Pérez
Universidad de Granada

Antonio Pérez Miras
Universidad de Granada

Ma Dolores Requena de Torre
Universidad de Granada

Juan Francisco Sánchez
Barrilao
Universidad de Granada

Sixto A. Sánchez Lorenzo
Universidad de Granada

Angelo Schillaci
Sapienza Università di Roma

Augusto Aguilar Calahorra
Universidad de Granada

Miguel José Arjona Sánchez
Universidad de Granada

Abraham Barrero Ortega
Universidad de Sevilla

Ricardo Chueca Rodríguez
Universidad de La Rioja

Pedro Cruz Villalón
*Universidad Autónoma
de Madrid*

Cristina Elías Méndez
*Universidad Nacional
de Educación a Distancia*

Teresa Freixes Sanjuán
*Universidad Autónoma
de Barcelona*

Miguel Ángel García Herrera
Universidad del País Vasco

Yolanda Gómez Sánchez
*Universidad Nacional
de Educación a Distancia*

José Antonio Montilla Martos
Universidad de Granada

Miguel Ángel Presno Linera
Universidad de Oviedo

Tomás Requena López
Universidad de Granada

Susana Ruiz Tarriás
Universidad de Granada

Joaquín Sarrión Esteve
*Universidad Nacional
de Educación a Distancia*

Fausto Vecchio
Università Kore di Enna

José Ángel Marín Gámez
Universidad de Jaén

Eloísa Pérez Conchillo
*Universidad Nacional
de Educación a Distancia*

Elisa Pérez Vera
*Universidad Nacional
de Educación a Distancia*

José María Porras Ramírez
Universidad de Granada

Paloma Biglino Campos
Universidad de Valladolid

Adoración Galera Victoria
Universidad de Granada

Andrea Garrido Raya
Universidad de Granada

Rosa Iannaccone
*Sapienza Università
di Roma*

Alberto López Basaguren
Universidad del País Vasco

Giacomo Palombino
*Centro de Estudios Políticos
y Constitucionales*

María Concepción Pérez
Villalobos
Universidad de Granada

Agustín Ruiz Robledo
Universidad de Granada

María Salvador Martínez
*Universidad Nacional
de Educación a Distancia*

José Tudela Aranda
Letrado de las Cortes de Aragón