

ESTUDIOS SOBRE EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

LIBER AMICORUM

GREGORIO CÁMARA VILLAR

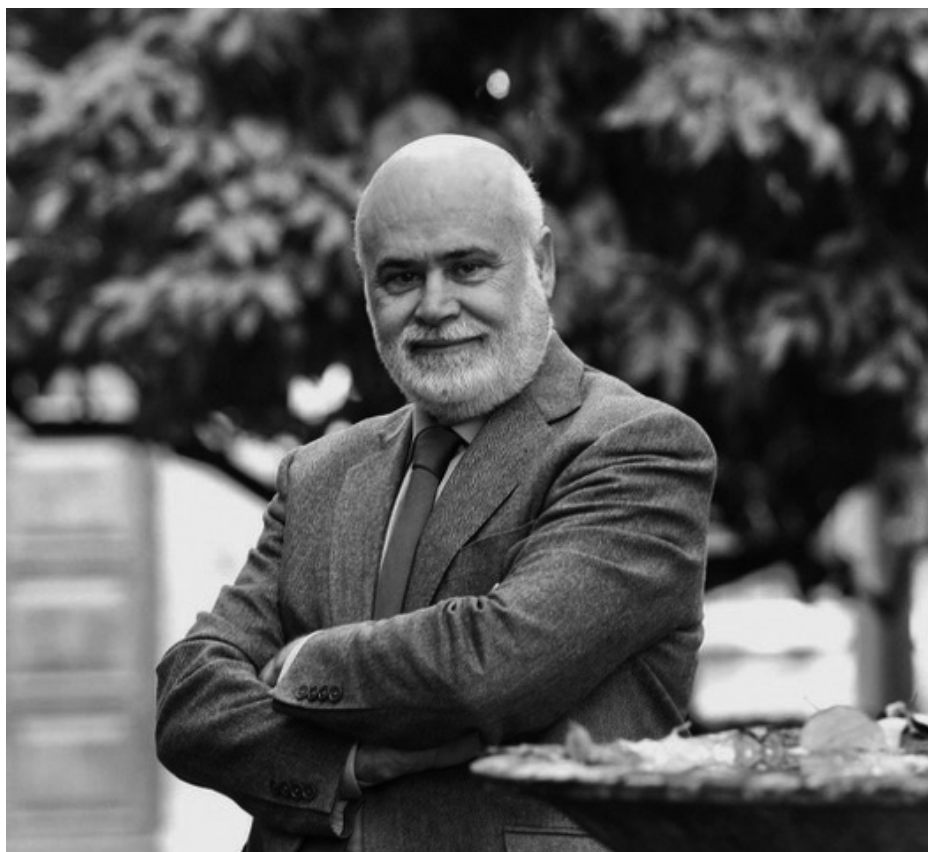
Francisco Balaguer Callejón,
Juan Fernando López Aguilar
y María Luisa Balaguer Callejón
(coord.)

Tomo II

FACULTAD DE DERECHO
ANTIGUO COLEGIO SAN PABLO
SIGLO DE FLO - 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 II

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 II: 978-84-259-2060-8

ISBN CEPC PDF TOMO II: 978-84-259-2058-5

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 Calahorro</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 Tarrias</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 II

ESTADO, MEDIO AMBIENTE Y DECRECIMIENTO¹

MIGUEL ÁNGEL GARCÍA HERRERA
Universidad del País Vasco

I. Introducción

Después de la convulsión de la crisis financiera de la primera década del siglo XXI, después de la ansiedad universal de la pandemia de la segunda década del siglo XXI que generó una apariencia de solidaridad y de trabajo compartido en pos de un remedio que salvara al género humano de una catástrofe humanitaria como la experimentada en situaciones similares (p.e. la mal denominada gripe española que infectó a un tercio de la población y produjo más de 40 millones de defunciones), la tercera década parece caracterizada por una agudizada sensibilidad hacia el cambio climático.

No faltan motivos, como tendremos oportunidad de comprobar con posterioridad, para que se dé respuesta a las alarmantes señales indicadoras de una transformación profunda y quizás irreversible de las condiciones de existencia en los distintos continentes y en las diversas latitudes. En estos contextos se reiteran fenómenos que, aunque es posible encontrar antecedentes aislados de anomalías similares utilizados arbitraria y mal intencionadamente por quienes ridiculizan los temores que consideran infundados al apelar a los precedentes, han impactado en la opinión pública por la intensidad y reiteración de sucesos que han alterado los parámetros en los que se desenvolvían las constantes climatológicas. Aunque las advertencias y admoniciones eran habituales en movimientos sociales, activistas e investigaciones, ha sido preciso que las transformaciones de la naturaleza fueran

¹ Este artículo está integrado en el Proyecto del Ministerio de Educación PID2021-128599NB-I00 Gobernanza multinivel: retos y oportunidades tras la crisis pandémica. Investigador Principal: Alberto López Basaguren.

percibidas como un cambio que percutía en la experiencia social hasta el punto de incidir de forma más o menos dramática. Ya el ascenso de las temperaturas, las sequías persistentes, las precipitaciones intensamente concentradas, la perturbación de las cosechas, etc., se manifiestan de una forma tan aguda que denotan la consolidación de unas nuevas condiciones que auguran unas perturbaciones descontroladas.

El tenaz bombardeo de los medios de comunicación traslada sin sosiego a la opinión pública las evidencias de las variaciones. No puede negarse la eficacia de esta tarea porque consigue superponerse a otros temas que merecían la atención de los debates y consigue captar la atención de una ciudadanía que queda atraída por la espectacularidad de los reportajes publicados en los que se insiste con tonos más o menos sobrecogedores sobre las incertidumbres del futuro de la humanidad. De este modo otros asuntos más incisivos que había merecido una atenta observación son relegados. Con esta observación quiero señalar específicamente a los niveles de desigualdad que merecieron la atención del Foro Económico Mundial, aunque solo fuera por los riesgos derivados para la democracia y la exacerbación de la polarización, que podrían incidir en las condiciones de funcionamiento del orden económico. Pues bien, la inquietud por el cambio climático alimentada por los cambios atmosféricos relega al olvido y arrincona la información sobre la desigualdad en los nichos de las organizaciones especializadas los estudios y las denuncias sobre el reparto de la riqueza y las injusticias consustanciales a la distribución actual de los bienes económicos en el sistema capitalista. Casi por arte de magia lo que interesó en su día pierde súbitamente su atractivo. Se señala con denuedo un tema transcendental que reclama y merece la aplicación de todos los esfuerzos para afrontar las exigencias de una cuestión transversal que debe aunar sin matices a todos en una lucha unitaria para evitar los oscuros augurios anudados al cambio climático. Si la desigualdad era divisiva porque identificaba grupos sociales estratificados y enfrentados, porque incorporaba denuncias sobre apropiaciones injustificables, porque reclamaba cambios que comportarían ganancias y pérdidas, con el cambio climático se podría recuperar, aparentemente, un esquema unitario en el resultado de la acción social debería ser un beneficio general y generalizable porque supondría la consecución de un logro positivo para los seres humanos sin distinción porque redundaría en la detención del deterioro y el establecimiento de condiciones que impedirían el cumplimiento de los pronósticos referidos ni más ni menos que al futuro de la humanidad, al destino de las futuras generaciones.

Sin embargo, esta empalagosa sinopsis de reminiscencias totalizantes debe ser sometida a escrutinio porque resulta insoslayable plantear y responder a múltiples preguntas suscitadas por este incontenible protagonismo del cambio climático y las consecuencias de su encumbramiento. Es inevitable inquirir sobre las tenden-

cias en las que se asienta la preocupación ambiental y sobre el modelo que se preconiza como propuesta alternativa a la entropía producida por el desarrollo económico. La interpelación obligada es si hay voluntad de revisar en profundidad el modelo de reproducción que nos ha conducido hasta el borde del precipicio e impulsar las reformas radicales con las que erradicar los factores que han producido durante siglos esta evolución que reduce la diversidad ecológica y amenaza a la humanidad.

II. Los límites planetarios

Aunque todavía existen grupos negacionistas que rechazan el impacto de la obra humana y rastrean antecedentes para negar la novedad radical del cambio climático, aunque sectores económicos intentan menospreciar y desmentir los argumentos de informes e investigaciones, es cada vez más evidente el deterioro ambiental y la gravedad alcanzada por el menoscabo de los parámetros del ecosistema.

Las ecuaciones y relaciones causales están demostrando su ineficacia. La crisis ambiental no se puede afrontar con medidas aplicadas a un ritmo insuficiente ni con la correlación entre desarrollo y bienestar porque ni las zonas del Sur Global se benefician del crecimiento ni necesariamente el desarrollo económico redundan en el bienestar social, como se demuestra en la correlación establecida entre los niveles económicos alcanzados y los índices de satisfacción, los cuales requieren de un entorno prestacional que no siempre coincide con las cifras macroeconómicas.

Como es sabido, el Congreso de los Estados Unidos encargó a Kuznets en los años 30 del siglo pasado que valorara la economía nacional debido a las apremiantes exigencias financieras planteadas por la Gran Depresión, el *New Deal* y los riesgos de conflagración mundial.

En su trabajo se consagró la adopción del PIB como variable para valorar el crecimiento económico. El papel hegemónico de los Estados Unidos traducido en devenir el eje del sistema monetario, las ayudas a la reconstrucción europea y su papel de gendarme mundial y defensor del orden capitalista, favorecieron que el PIB se convirtiera en el parámetro central con el que medir el crecimiento económico. Si este era fundamental, unos buenos resultados deberían ser prioritarios sobre otra consideración, entre otras cosas, porque a la larga redundarían en una distribución de ingresos que contribuiría a una cierta redistribución de la riqueza más equilibrada. No es complicado desvelar que este presunto beneficio global tiene un substrato que se fundamenta en un sujeto calculador que materializa sus apetencias, que las relaciones económicas se rigen por el sistema

de precios y que no hay límites para el funcionamiento de un mercado en continua expansión².

Pero ya en 1972 en el Informe del Club de Roma sobre los límites del crecimiento se advertía de que si se mantuvieran las tendencias del crecimiento de la población mundial, industrialización, contaminación ambiental, producción de alimentos y agotamiento de los recursos, el planeta alcanzaría los límites de su crecimiento en los próximos cien años con el consiguiente descenso de su población y capacidad industrial.

No obstante, los seres humanos podrían emprender otra vía en la que la estabilidad ecológica y económica permitirían que cada ser humano pudiera satisfacer sus necesidades materiales básicas, gozar de igualdad de oportunidades para el desarrollo de sus potencialidades³.

Que a pesar del impacto teórico y social se vivió de espaldas a estas premoniciones es obvio porque se continuó abrazando obsesivamente el discurso desarrollista. Aunque aumentaba la denuncia teórica, aparecían partidos y movimientos ecológicos y sus postulados empezaban a permear a los partidos de larga historia. El desarrollo económico, aunque no alcanzara las cifras de los denominados treinta gloriosos, recibió un impulso vigoroso con la globalización y el fin de la guerra fría que potenciaron los intercambios gracias a la integración de China en la Organización Mundial del Comercio. Con ello se produjo un incremento decisivo de las emisiones de carbono y el dilema inevitable sobre la convivencia entre crecimiento económico y la reducción de emisiones. Admitido ya el riesgo del dióxido de carbono, qué nivel de exigencias y límites al crecimiento económico podrían imponerse para disminuir los gases de efecto invernadero. Aunque la preocupación ha sido creciente y la sensibilidad social ha crecido, la tendencia consolidada ha consistido en primar y apostar por el crecimiento económico y en confiar que una economía poderosa generará innovaciones tecnológicas con las que afrontar exitosamente el cambio climático⁴. Y en esta orientación se inscribe la pujante transición ecológica que apuesta básicamente por la nueva provisión de energía que sustituya a los combustibles fósiles que han alimentado los procesos económicos del siglo xx y xxi.

Aunque no han cesado las advertencias y proliferan los acuerdos y reuniones internacionales, como las Conferencias de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, los resultados han sido exiguos, ya fuera en los contenidos de los acuerdos o en su aplicación posterior. Predomina, por tanto, el status quo optimista que apuesta y confía en que las herramientas disponibles y venideras permitirán man-

² Laval, Ch. (2007). *L'Homme Économique*, París: Éditions Gallimard., p 132.

³ Meadows, D.H. et al. (1972). *Los límites del crecimiento*, México: Fondo de Cultura Económica. p. 40-

⁴ Hickel, J. (2023). «On Technology and Degrowth». *Monthly Review*. 75. N° 3. 44-50, p. 44.

tener la situación controlada y favorecer la entrada pausada y sin tensiones de las novedades necesarias con las que emprender un giro hacia, al menos, las exigencias ecológicas mínimas.

Esta complacencia no es compartida por los teóricos ecologistas que verifican y otra vez el deterioro acelerado y el carácter timorato e insuficiente de las decisiones que se adoptan y la pervivencia del paradigma de desarrollo a lo que no se renuncia, aunque sean vigorosamente desmentido.

Ya en 2009 Johan Rockström y su equipo de investigadores acuñaron el concepto de límites planetarios entendido como la tasa máxima de extinción compatible con la preservación de la base genética de la complejidad ecológica de la biosfera⁵. Sustancialmente el científico sueco sostiene que el ecosistema tiene la capacidad natural de lograr su regeneración. Pero esta resiliencia se pierde o debilita si se aumenta la presión a partir de ciertos, límites superados los cuales se alcanzan puntos de inflexión concretados en la aparición de fenómenos excepcionales y definitivos caracterizados por su carácter violento y raudo. Acaecidos estos hechos se entra en una zona de incertidumbre en la que la humanidad puede arrostrar serios peligros.

La investigación procedió a enumerar estos límites que identificó como el cambio climático, acidificación del océano, agotamiento del ozono estratosférico, carga de aerosoles atmosféricos, flujos biogeoquímicos, interferencia con el fósforo y el nitrógeno, uso global del agua dulce, cambio del uso del suelo, pérdida de biodiversidad y contaminación química⁶.

A través de diversas actualizaciones se comprueba el estado de la cuestión. Pues bien, en 2023 un estudio encabezado por K. Richardson revisa las mediciones y concluye en el desbordamiento de todas las previsiones debido a la transgresión de los límites parlamentarios entre los que menciona el ciclo del nitrógeno, el deterioro del cambio climático, la deforestación progresiva, la pérdida de biodiversidad, el crecimiento de productos químicos sintéticos, la disminución de agua dulce; sin embargo, se ha mejorado en lo referente a la capa de ozono. Esta enumeración no pretende ser una relación apocalíptica que nos sitúe en la inmediatez de una hecatombe, sino que es la alarma explicitada de un riesgo creciente⁷.

⁵ Rockström, J. *et al.* (2009a). «A safe operating space for humanity», *Nature*, 461, 472-475.

⁶ Rockström, J. *et al.* (2009b). «Planetary Boundaries. Exploring the Safe Operating Space for Humanity». *Ecology and Society* 14 (2):32. Recuperado de <http://www.ecologyandsociety.org/vol14/iss3/art32/>.

⁷ Richardson, K. *et al.* (2023). «Earth beyond six of nine planetary boundaries». *Science Advances*. 13.9.2023. vol. 9. Issue 37, Doi: 10.1126/sciadv.adh2458. Lenton, T., Rockstrom, J., Gaffney, O., Rahmstorf, S., Richardson, K., Steffen, W., & Schellnuber, H. (2020). «Climate tipping points too risky to bet against». *Nature*, 575(7784), 592—595. <https://doi.org/10.1038/d41586-019-03595-0>.

Por otra parte, contribuye a recuperar una visión global del problema y una superación de la visión aislada de cada uno de los factores. Lo importante no son los parámetros de cada uno de los límites sino la interrelación entre ellos. Esta relación dinámica supone que no es suficiente, como sucede en la actualidad, dispensar una atención focalizada en el cambio climático con menoscabo de una visión sistémica con la que poder valorar la capacidad de resistencia planetaria y reaccionar para fortalecer la restauración del ecosistema. Un desarrollo de estas teorizaciones ha sido realizado por K. Roworth y su economía del donut que utiliza la propuesta de los límites planetarios pero los enmarca en una reflexión más amplia porque relaciona los problemas del sistema-Tierra con un fundamento social que permita la creación de un mundo justo y seguro. La lógica interna de la propuesta de Roworth consiste en establecer el nivel necesario de prosperidad por medio de un fundamento social sin que se sobrepasen los límites ecológicos de la Tierra. El complemento aportado en su propuesta estriba en determinar cuáles son los requisitos materiales necesarios para el desarrollo de una vida humana libre y digna porque sin ella no cabría referirse a un mundo justo. Estos contenidos imprescindibles se refieren al agua, alimentos salud, educación, ingresos y trabajo, paz y justicia, participación política, equidad social, igualdad de género, vivienda, relaciones sociales y energía. Es fácil convenir que estas condiciones se dan de forma desigual no entre países desarrollados y no desarrollados, sino también en el seno de cada sociedad con formas sangrantes de desigualdad⁸.

En la economía del donut los límites planetarios representan el techo ecológico y son la parte exterior, mientras que el fundamento social constituye la parte interior. El problema es cómo conjugar ambos aspectos para que el desarrollo social se produzca en el marco de la sostenibilidad planetaria, cómo conseguir la dinámica conjunta de los contenidos internos y externos del donut para que se satisfagan las necesidades presentes y se respeten las condiciones de vida de las generaciones futuras.

En todo caso, esta conexión entre la bondad social de la existencia y la resiliencia ambiental también es problemática porque se demuestra que los intentos de mejora en los fundamentos sociales llevan aparejados el deterioro de los límites planetarios en gran parte debido a que la referencia que guía la intervención está inspirada en el modelo de los países más desarrollados.

Cabe realizar, no obstante, algunas precisiones que ayudan a comprender lo que está en juego. No siempre es necesario intensificar la presión medioambiental porque bastaría con actuar la redistribución de la riqueza que reduciría los consumos excesivos y potenciaría la disposición de bienes comunes, o porque en algunos cam-

⁸ Roworth, K. (2018). *Economía rosquilla: 7 maneras de pensar la economía del siglo XXI*, Barcelona: Paidós, p. 50.

pos sería suficiente con una leve intensificación para conseguir resultados reparadores, como se ha calculado en los programas de lucha contra el hambre en el mundo que no necesitan cantidades desmesuradas para conseguir resultados estimables; y, asimismo, llegados a un determinado umbral ya el bienestar social no se correlaciona causalmente con el desarrollo económico, como demuestra la comparación de los índices de bienestar y esperanza de vida de distintos países situados en posiciones jerarquizadas en la pirámide de la dimensión del PIB, lo que indica que son otros factores los que operan, como las prestaciones sociales, el acceso a la sanidad y enseñanza que dependen en gran medida de decisiones políticas y del modelo social. La consecuencia es que estos temas requieren finalmente una recapitulación global que incida en los temas centrales de la organización política y social. No son problemas que se puedan circunscribir a una mera disposición de datos técnicos y de parámetros de recursos limitados porque conciernen a las decisiones cruciales acerca de la persona, de su libertad e igualdad material y su incidencia en el modo de producción y distribución de lo producido. De ahí que para Roworth la toma en consideración de los elementos implicados reclama un cambio de paradigma porque ya no pueden satisfacerse las legítimas necesidades y expectativas de los desfavorecidos con un esquema de hacia arriba y hacia delante porque lo bueno es el equilibrio del crecimiento en el marco de la economía del donut que preserva la interrelación inclusiva de los fundamentos sociales y los límites planetarios.

De las urgencias y exigencia se hace eco Rockström cuando reitera los riesgos globales que afrontamos traducidos, por ejemplo, en el aumento de la temperatura y en la imperativa y drástica reducción de emisiones hasta su eliminación en 2050 para retornar a la época preindustrial. Pero, en sintonía con las consideraciones anteriores, ello requiere una transformación global en todos los sectores sociales desde la alimentación al suministro de energía, transporte, construcción, producción de bienes, es decir, una transformación de todo el sistema que «abarca la tecnología, innovación, gobernanza, finanzas, modelo de negocios, equidad, valores y cambio de los comportamientos⁹», con el fin de evitar alcanzar los puntos de inflexión desencadenantes del calentamiento global imparable y de los riesgos de interacciones socio-ambientales que causarían riesgos letales a los seres vivos en su conjunto.

III. El pacto verde

Aunque no faltan gestos de hipocresía que hacen convivir la defensa de la ecología con inversiones en combustibles fósiles y la vuelta a la utilización del

⁹ Rockström, J. y Stern, N. (2020). «Science, society and a sustainable future». En J. Rockström et al. *Standing up for a sustainable World: Voices of change*. Cheltenham: Edward Elgar, p. 5.

carbón, o blanquean la energía nuclear por razones de funcionalidad energética, parece innegable que vivimos una fase de efervescencia ecológica. Las advertencias científicas y las reflexiones de la teoría social, algunas de ellas con un lejano pasado, referidas a la necesidad de cambiar el rumbo para evitar el agotamiento de la regeneración del planeta y la irreversibilidad de cambios impactantes para la humanidad parece que finalmente son escuchadas y atendidas. Las invitaciones a la autoridad, a la moderación del consumo, a la sustitución energética, a la visión global del problema ecológico parece que han entrado ya en las agendas de los poderes públicos y de los agentes económicos. La evidencia irrefutable de los cambios y la frecuencia indeseada de fenómenos climatológicos extremos, ya sea como sequías o como precipitaciones torrenciales, ha calado en la sociedad que observa con creciente inquietud la reiteración de hechos que inciden ya en la vida cotidiana en la forma de temperaturas anómalas que afectan a las condiciones de vida, como escasez de bienes debida a la sequía que repercutirá en los precios y hábitos alimenticios, como destrucción de bienes y pérdida de vidas humanas provocadas por los fenómenos meteorológicos. A esta zozobra periférica y sectorial se une la ansiedad económica ante los 'síntomas de consumación de una etapa y la necesidad de afrontar la herencia recibida de décadas de funcionamiento de una economía soberbia y acomodada en el rumbo fijo del beneficio y sedada por la ideología de la autosuficiencia de la lógica del mercado y la generalización a escala mundial de los intercambios, según los postulados neoliberales.

Como ya no cabe soslayar las tesis incontrovertibles de los informes científicos, ratificados por la tozuda confirmación de los fenómenos climáticos, se ha producido un cambio cuasi instantáneo y ruidoso de bando de fuerzas políticos y sectores económicos, de forma que la ya la «etiqueta verde» ha sido adoptada como signo de identidad de nuestra época. Pero esta metamorfosis lleva consigo un carácter apotropaico con la pretensión de ser un conjuro cuya invocación fuera suficiente para realizar el deseo de desvanecer el peligro. Al fin y al cabo, el pretendido éxodo desde los reservorios petrolíferos, contenedores de procesos de transformación química de residuos orgánicos durante millones de años y sobre explotados desde que se inicia la extracción industrial a mediados del siglo XIX, a las futuras verdes praderas se realiza desde el magna de intereses consolidados y su pretensión de pilotar la transición sin cuestionar las relaciones de poder ni derruir el poder económico acumulado. No tiene que sorprender, en consecuencia, que las propuestas que se formulan para la transición estén impregnadas de retórica y que se articulen con calculados pasos para evitar procesos disruptivos.

Articular una alternativa correctora comporta confrontarse con las causas que justifican la necesidad de introducir cambios más o menos profundo en función de la gravedad que se pretende remediar. Esta decisión revisora será, por tanto,

más creíble cuanto mayor sea la capacidad de confrontarse con las causas que han provocado la situación aguda en la que nos encontramos.

Estas breves consideraciones nos sirven de guía para establecer el obligado marco de referencia en el que insertar el desarrollo de la propuesta. Pero las condiciones en las que se plantean la renovación de la cuestión climática, incide decisivamente en que se produzca una pluralidad de propuestas con una vocación más o menos omnicompreensiva.

Aunque no se puede abordar en este momento el complejo tema del marco histórico en el que nos desenvolvemos, es evidente que el problema no se puede plantear en los mismos términos si está consolidada una concepción dominante del orden social que si, por el contrario, la crisis de dicha hegemonía y las formas como se manifiesta inauguran tentativas y tendencias de reconfiguración en el ámbito económico, en la revisión de la relación Estado-economía, en la orientación de las fuerzas políticas, en los problemas conexos de geopolítica, particularmente agudizados en las últimas décadas en la confluencia de ascensos y retrocesos de las grandes potencias, en la definición de espacios de influencias, en las oscilaciones de la multilateralidad, en la expansión en busca de alianzas en las que se ensanchan las áreas de influencias.

Sin duda, la obligada referencia a 2001, 2008 y 2019 nos indican el cambio significativo de escenario que permite acoger la tesis de la crisis del neoliberalismo porque demuestra que las propuestas de autoregulación y autosuficiencia del mercado son insuficientes para los problemas del siglo XXI¹⁰. Pero es oportuno advertir que la magnitud de las cuestiones planteadas abre interrogantes en esta encrucijada. Los cambios en los equilibrios de poder con la eclosión de nuevas potencias, el carácter disruptivo de las nuevas tecnologías, el fracaso de las instituciones globales, la consolidación de sujetos económicos privados de tal dimensión que se han convertido en agentes decisivos por su poder económico y su incidencia todavía en ciernes sobre el trabajo y las relaciones laborales: todo ello configura un cuadro insoslayable en el que hay que inscribir cualquier reforma significativa. Y esta coincidencia y confluencia de factores de tan alto significado lleva incluso a afectar a elementos estructurales hasta ahora considerados como pilares fundamentales que se entendían consolidados como la democracia¹¹ y la mesura centrada de las fuerzas políticas que evitaban el avance de partidos de extrema derecha que, en lo que aquí significativo, se deslizan hacia posiciones negacionistas¹².

¹⁰ Gerstle, G. (2023). *Auge y caída del orden neoliberal. La historia del mundo en la era del libre mercado*, Barcelona: Península, p. 339.

¹¹ Runciman, D. (2019). *Así termina la democracia*. Barcelona: Paidós. Levitsky, S. y Ziblatt, D. (2018). *Cómo mueren las democracias*. Barcelona: Ariel.

¹² Wolf, M. (2023). *La crisis del capitalismo democrático*. Barcelona: Deusto.

En este contexto depende de la ambición teórica de los proponentes la naturaleza de las contribuciones, que pueden ser meramente técnicas y circunscritas a la exposición de parámetros que ofrecen una fotografía del nivel de deterioro, o concentrarse en intentar enderezar el rumbo destructivo de algunos elementos implicados en la devastación parlamentaria, ofrecer ya un cuadro más general en el que operan las profundas interrelaciones sistémicas que reclaman una toma en consideración conjunta, o, finalmente, ahondar en las causas últimas de los estragos producidos y proponer la propuesta alternativa radical que comporta una ordenación social basada en fundamentos nuevos capaces de ofrecer una respuesta novedosa y eficaz a los riesgos civilizatorios que aquejan a la humanidad.

En este apartado nos vamos a centrar fundamentalmente en la fórmula dominante lanzada desde las instituciones y que cuenta con un apoyo político y económico y eco y beneplácito mediático que puede asegurar su mayor o menos vitalidad.

Precisamente por las alusiones referidas anteriormente, en este siglo han proliferado los proyectos revisores de los fundamentos en los que se asentaron los desarrollos socioeconómicos que han caracterizado nuestras sociedades en el vigésimo siglo. Pero después del tsunami neoliberal y su ulterior fracaso, después de las innovaciones que han afectado a los ámbitos político, social y económico, a las organizaciones sociopolíticas, a los colectivos de trabajadores y su nivel de conciencia política, etc., se requería fletar nuevas bases que cohesionaran a las sociedades, integradas ya en el sistema-mundo. De este substrato brotan las diferentes apelaciones a la urgencia de elaborar nuevos pactos que vertebran a la colectividad con fórmulas de agregación de intereses con las que propiciar la inclusión y evitar la desarticulación y marginación, germen de conflictos y de inestabilidad. No podemos olvidar que en el enraizamiento de una desigualdad ya irredenta y en el desconcierto de colectivos incapaces de asumir los cambios de sus condiciones vitales está la proliferación de ofertas públicas radicales que polarizan la sociedad y fomentan la búsqueda de falsos chivos expiatorios, meras pantallas con las que asentar la dirección autoritaria de la sociedad.

En esta lógica se inscribe la elaboración de nuevos pactos sociales que recompongan el consenso político¹³. Como concreción hay que referirse a lo que ahora interesa que es la apuesta por los pactos verdes que tienen, a su vez, distinto espesor teórico según los proponentes¹⁴ que vienen complementadas por una recapitulación sobre la nueva función del Estado¹⁵.

¹³ Wheale, A. (2020). *Modern social contract theory*. Oxford: Oxford University Press.

¹⁴ Arias, X.C. y Costas, A. (2021). *Laberintos de prosperidad*. Barcelona: Galaxia Gutemberg, p. 201.

¹⁵ Gerbaudo, P. (2023). *Controlar y proteger. El retorno del Estado*. Barcelona: Verso, p. 21. Morrone, A. (2023). «Sul «ritorno dello Stato» nell'economia e nella società». *Quaderni Costituzionali*. N° 2, p. 269.

La propuesta del pacto verde¹⁶ fue asumida por la Comisión Europea en 2019 en la Comunicación sobre el Pacto Verde Europeo¹⁷. Su naturaleza queda desvelada cuando es presentada como una nueva estrategia de crecimiento que transformará la Unión Europea en una economía moderna, en una sociedad equitativa, competitiva y eficiente, en la que en el uso de los recursos se eliminarán las emisiones netas.

Inscrito en el marco de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas¹⁸, pretende alcanzar un crecimiento sostenible e integrados que proteja a la naturaleza y a la salud y bienestar por medio de una transición justa e integradora que requerirá una inversión pública masiva y comprometer al capital privado en la financiación de iniciativas en pro del clima y del medio ambiente.

Estos objetivos quedan consagrados normativamente en el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021, que establece el marco de reducción progresiva e irreversible de las emisiones antropógenas para la que se establecen dos plazos de 2030 y 2050 para conseguir la neutralidad climática de la reducción a cero y de las emisiones negativas.

Teóricamente, el denominado *Green New Deal* es considerado como el bloque articulado de propuestas políticas y económicas concretas en beneficios fiscales e inversiones públicas con el fin de conseguir la transición energética por medio de las energías renovables y de proceder a una renovación de la movilidad por medio de la sustitución de los vehículos de combustión por los coches eléctricos. A resultas de ello, la destrucción de puestos de trabajo por las innovaciones tecnológicas será compensado por la nueva creación de puestos con salarios elevados que vigorizarán la economía, lo que, en una dinámica de retroalimentación, generará una dinámica que posibilite nuevas inversiones en un proceso que nos conduzca a una sociedad verde, más integrada y equitativa. Son explícitos los pilares del nuevo horizonte porque supone arrumbar el modelo neoliberal de mercado que es inadecuado para las nuevas tareas. Como antes apuntábamos, con la reiteración remozada de la propuesta se explicita la añoranza de la solución que en el siglo xx consolidó el capitalismo en los tiempos difíciles de

¹⁶ Hickel, J., & Kallis, G. (2020c). «Is green growth possible? *New Political Economy*». 25(4), 469-486. <https://doi.org/10.1080/13563467.2019.1598964>, p. 1105.

¹⁷ Comisión Europea (2019). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, Al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El Pacto Verde Europeo. Bruselas, 11.12.2019. COM (2019) 640 final.

¹⁸ Martín Carretero, J.M. (2022). *El futuro de la prosperidad. El nacimiento de una nueva economía*. Barcelona: Ariel, p. 53. Hickel, J. (2020a). «The World's Sustainable Development Goals Aren't Sustainable». Recuperado de <https://foreignpolicy.com/2020/09/30/the-worlds-sustainable-development-goals-arent-sustainable/>

las primeras décadas del pasado siglo y la esperanza en poder repetir tan brillantes resultados¹⁹.

Es un esquema optimista que se sobrepone al dramatismo de tantas publicaciones de ecólogos que abruma con la gravedad de sus datos. También es un ejercicio de simplismo, porque se confía en que la disminución de gases tendrá el efecto taumatúrgico de la transformación automática de la condición humana, de forma que donde antes imperaba la desigualdad y el pillaje de la naturaleza, reinará la igualdad y el bienestar, gracias a que burocráticamente se imponen unos límites y se establecen unos plazos.

Es sorprendente que se ignore ilusamente el contexto depredador en el que nos desenvolvemos y las resistencias para que prosperen los tímidos propósitos de enmienda lastrados por el peso de los intereses, como se muestra en las dificultades de la COP 28 para asumir la eliminación de los combustibles fósiles, sustituida por la reducción, ya en 2050, de su producción y consumo, y por la meliflua apelación a la financiación de la tecnología de captura y almacenamiento de carbono, a pesar de que se ha demostrado su ineficacia. Al omitir lo fundamental se evidencia la catadura de las empresas energéticas y de los Estados petrolíferos y su predisposición a torpedear las respuestas rápidas e incisivas para doblar la curva de emisiones. De esta forma no solo no se retrocede, sino que se incrementa el uso de recursos energéticos en una situación sobre lo que os advierten con ansiedad los ecólogos más lúcidos.

En este contexto en el que se acumulan los datos negativos y se acrecientan los riesgos, estamos en peores condiciones para encarar los problemas heredados. Como ha afirmado Hickel, la gravedad de la situación es tal que no es posible incurrir en exageraciones porque el alcance del desafío es inmenso hasta el punto de que solo con un giro radical e inmediato podremos enfrentarnos a los años venideros que serán decisivos para nuestra historia²⁰.

El interrogante sustancial es si la propuesta antes expuesta está a la altura de los retos y si se desenvolverse en el mismo marco es un revulsivo suficiente.

La definición del plan como nueva estrategia de crecimiento contiene el nudo problemático de la propuesta comunitaria porque explicita la pretensión de un desarrollo que no recapitula sobre sus fundamentos y aspira a un resultado por medio de un enfoque sectorial.

¹⁹ Saito, K. (2022). *El capital en la era del Antropoceno*. Barcelona: Ediciones B, p. 49. Rifkin, J. (2019). *El Green New Deal Global. Por qué la civilización de los combustibles fósiles colapsará en torno a 2028 y el audaz plan económica para salvar la vida en la tierra*. Barcelona: Paidós, p. 193. Aglietta, M. y Brand, Th. (2014). *Un new deal para Europa. Crecimiento, euro, competitividad*. Madrid: Traficantes de sueños, p. 203.

²⁰ Hickel, J. (2018). «The Hope at the Heart of the apocalyptic Climate Change Report». Recuperado de <https://foreignpolicy.com/2018/10/18/the-hope-at-the-heart-of-the-apocalyptic-climate-change-report/>

Además de una revisión teórica que abordaremos posteriormente, hay dos vertientes que reclaman la atención porque identifican la permanencia de contradicciones, precisamente por conservar el cuadro de referencia.

La primera cuestión significativa es la incapacidad de asumir consecuentemente sus premisas. La reiterada voluntad de alcanzar la neutralidad climática en el año 2050 y de resultados parciales en 2030 está sistemáticamente desmentida por las políticas aplicadas y por los excesos consentidos y por la tolerancia hacia los desvíos. Conseguir los resultados programados requerirían unas decisiones drásticas que no se adoptan sobre el establecimiento de límites, realización de inversiones o posposición de plazos ya establecidos sobre la utilización de vehículos de combustibles fósiles. Se detecta una relativa inconsciencia porque los términos establecidos son inadecuados debido a la falta de una tecnología que hagan viable el cumplimiento de los compromisos.

En segundo lugar, no se realiza tampoco el compromiso de sustitución de la energía por la energía renovable en las dimensiones y plazos necesarios. El esquema adoptado es el mantenimiento del crecimiento económico cuya compatibilidad con la transición ecológica requiere de innovaciones tecnológicas, infraestructuras y productividad de los recursos como vía para contener el ascenso de la temperatura de forma irreversible. El reto consistiría en cómo conseguir que el mantenimiento o incremento del PIB sea compatible con la reducción de emisiones gracias a una tecnología eficaz, lo que denota una confianza ilimitada en que la acción mesiánica de la técnica nos salvará y una invitación a vivir en una burbuja irresponsable porque hagamos lo que hagamos siempre habrá un rescate salvífico que impedirá la catástrofe²¹.

Para alcanzar este logro sería necesario que se produjera el desacoplamiento entre el crecimiento y el consumo de recursos y la reducción de emisiones. Obviamente el ideal es el desacoplamiento absoluto²² que permite independizar a la economía de los gases de efecto invernadero, de aquí se deriva que sería insuficiente que se optara por el desacoplamiento relativo que significa reducir, pero no eliminar las emisiones. Pero se han enunciado serias observaciones sobre el modelo de la economía verde, considerada por Hickel como una distopía²³.

Por una parte, el esquema del crecimiento conduce a un círculo vicioso. La mayor eficacia produce un mayor crecimiento que desemboca en una superior actividad económica que hace más difícil conseguir mantener el ritmo de reducción de emisiones. Se demuestra que la utilización de energía renovables y su

²¹ Hickel, J. (2023a). *Menos es más. Cómo el decrecimiento salvará el mundo*. Madrid: Capitán Swing, p. 141. Hickel, J. (2023b). «On Technology and Degrowth». *Monthly Review*. 75. Nº 3, p. 44.

²² Pollin, R. (2018). «Decrecimiento vs new deal verde». *New Left Review*. Nº 118, p. 10.

²³ Hickel, J. (2023a). *Menos es más. Cómo el decrecimiento salvará el mundo*. Madrid: Capitán Swing, p. 174.

convivencia con las energías fósiles supone no la reducción sino el aumento de su consumo, de las prospecciones y de la explotación, de forma que se considera que todavía no se ha alcanzado el punto de inflexión. Es la dinámica hasta ahora imparable que vincula inexorablemente crecimiento económico y consumo energético porque incluso las energías renovables también contribuyen a mantener el esquema, p.e. los coches eléctricos y su dualidad de reducción de emisiones y el consumo energético de su producción. Por otra parte, las innegables mejoras que se producen en algunos países desarrollados se hace a costa de trasladar las externalidades en forma de costes sociales y materiales a los países del Sur Global, de forma que lo que aparece como ahorro en un lado de la relación, se traduce en incremento en el otro extremo. Quizás ciertas áreas económicas pueden presentar un balance mejorado, pero es a costa del empeoramiento en otras zonas debido a que no se logra el deseado desacoplamiento. El resultado para la humanidad en su conjunto es el de un escenario que no evoluciona en consonancia con la gravedad de la crisis climática.

IV. El decrecimiento

El decrecimiento es una palabra de orden y no un programa político que apure los matices y contenga las concreciones aplicables por doquier²⁴. Precisamente su virtualidad consiste en proporcionar sugerencias e ideas de potencialidad universal susceptibles de una aplicación generalizada. Pero esta capacidad gaseosa de expandirse ilimitadamente presenta la peculiaridad de que su difusión se enriquece con las especialidades espaciales, temporales, culturales y económicas de las sociedades en las que enraizará. Es un modelo que da cabida y ahorma propuestas aportadas por las necesidades de los diversos espacios en los que fructificará. Esta riqueza larvada facilita una adecuación flexible que valora y pondera las urgencias, las necesidades y las innovaciones sutiles para dotar a los colectivos de las herramientas y de las regulaciones para avanzar en la senda de la revisión de las pautas culturales y económicas que rigen empedernidamente.

En primer lugar, como ya se ha apuntado, es preciso que el santo y seña consista en una transformación radical. La divisa que debe guiar no se reduce al mero cambio de pautas y comportamientos que corrijan los excesos o que incorporen conductas que evitan las desmesuras excesivas para el medio ambiente. La comprensión de la situación actual obliga a transcender los detalles para centrarse en la totalidad. La salud y el bienestar sociales no derivan de detalles modestos susceptibles de fácil erradicación, sino que dimana del orden económico que rige

²⁴ Löwy, M. (2023). «Nine Theses on Ecosocialist Degrowth», *Monthly Review*. 75. Nº 3, p. 154.

nuestras vidas. Por ende, plantear el decrecimiento como reverso supone una enmienda a la totalidad al capitalismo en la forma histórica que adopta en el siglo en curso. Ello significa confrontar los valores, principios, técnicas y conductas que conforman las relaciones de producción para construir esa aspiración de igualdad sustancial y de convivencia que se traduce en un buen vivir generalizado. Y al tomar en consideración el conjunto de externalidades referidas a los recursos naturales, condiciones de reproducción, medio ambiente y relaciones de explotación de los países del Sur Global, se deduce que la onda expansiva que alienta el decrecimiento supone una alteración que afecta a los puntos cardinales del sistema dominante.

Si característica de la hegemonía neoliberal ha sido la relación distorsionada entre política y economía, negadora de una lógica democrática, un proyecto alternativo tendrá que recuperar el imperio de la política democrática y su capacidad de subordinar la economía a las necesidades materiales de los ciudadanos y erradicar la apropiación privada de la riqueza.

En la literatura decrecentista destaca la propuesta de Latouche²⁵ referida al círculo virtuoso de las 8 «R». Es un ejercicio taxonómico en el que interrelaciona un conjunto de prácticas imprescindibles para avanzar en la superación de la lógica capitalista del crecimiento, del consumo y del beneficio creciente.

Este círculo virtuoso tiene el acierto lingüístico de enunciar con ocho verbos cuya letra inicial es la erre un compendio acertado de conductas que sintetizan un obrar prudente e incisivo que percute en alguna de las lacas que oscurecen el futuro de nuestras sociedades. Su vocabulario virtuoso se desenvuelve en varios niveles porque tienen proposiciones de diversa naturaleza.

El primer bloque de su elaboración es de carácter conceptual porque se refiere al cambio de valores (reevaluar) y de conceptos (reconceptualizar). En el primer caso considera insoslayable el cambio de valores referido a nuestra ubicación e integración en nuestro entorno natural social y biológico. No podemos asumírnos en conflicto con nuestros semejantes que nos empuja a actitudes belicosas de competencia y agresividad, ni en colisión con la naturaleza que nos impele a esquilmar y destruir los medios que proporcionan la base y soporte de nuestra propia existencia. Hay que dotarse de una nueva axiología con la que construir una ética en la que prime la solidaridad y la colaboración y se fundamente en la relación armoniosa con la naturaleza.

Con la segunda propuesta se invita a la revisión de nuestras ideas (reconceptualizar) con lo que hemos aceptado una concomitancia pervertida de ideas y resultados que desemboca en preferencias de comportamientos prolongadores de la relación que antes denunciábamos. Se alude, pues, a la reordenación de nuestras

²⁵ Latouche, S. (2023). *Introducción al decrecimiento*, Madrid: Editorial Popular, p. 72.

conductas después de depurar nuestra comprensión de la vida al prescindir de criterios adquiridos pasivamente como expresión de las ideas dominantes. Esta pugna adquisitiva y esta apropiación exclusiva se fundamenta en conceptos sociales admitidos como incontrovertibles en virtud de los cuales la escasez es una carencia y la abundancia es una riqueza, definidos en torno a una acumulación desordenada e ilimitada de bienes. Gira, pues, alrededor de la consideración del tener como modelo de comportamiento y de repudio de la idea de escasez aun cuando esté confirmada la frustración de este acopio insaciable. Reconceptualizar significa actualizar el significado de la pareja de conceptos que define nuestras preferencias por medio de la denuncia de la construcción histórica y artificial de la escasez que en los orígenes de la modernidad gracias a la eliminación de bienes comunes y a su apropiación privada que generaron una situación de indigencia de los campesinos privados de medios de subsistencia. Una parvedad perseguida en la actualidad por mor de las privatizaciones que vuelven a repetir la experiencia histórica de la gestión privada de bienes imprescindibles como el agua y la energía.

El segundo bloque contiene referencias estructurales de notable profundidad que enlazan con los argumentos anteriores. Si aceptamos las sugerencias anteriores, sería preciso reestructurar la forma y relaciones de producción porque su leímotiv ya no es la creación irracional de productos para la obtención de beneficios, sino la priorización de necesidades sociales. En la órbita del trabajo desaparece, en consecuencia, la precariedad, la explotación salarial que son sustituidas por una relación de colaboración y solidaridad. Como una concreción de esta idea propone la relocalización como acción que revierte el despliegue globalizador inspirado en la integración en la órbita del capital del mundo humano sin fronteras. En aras de la reducción de costes se realizan incontables e irracionales movimientos que transportan bienes de uno a otro continente para completar un proceso de producción sin tomar en consideración la huella ecológica que supone el desplazamiento de objetos y alimentos que dilatan la cadena de valor.

Y adherida a esta idea como lapa está el esbozo de redistribuir que permite, en positivo, acceder universalmente a los bienes imprescindibles para la existencia digna y, en negativo, evitar los consumos excesivos de los pudientes que despilfarran. Asimismo, significa reaccionar contra la desigualdad Norte-Sur para alentar que los países subdesarrollados mejoren sus parámetros de calidad de vida referidos a las prestaciones sociales sustanciales de sanidad, enseñanza, cuidados, vivienda.

El último bloque se configura en torno a prácticas saludables como reducir, reutilizar, reciclar, que son verbos comprensibles desde su sentido y uso habitual. Es nuestra relación con el consumo la que se revisa para apostar por una disminución de nuestras adquisiciones en gran parte ajenas a nuestras necesidades e influenciadas por la presión publicitaria que genera el impulso del disfrute de bienes superfluos generadores de un crecimiento imparable de la huella ecológica. La

reutilización se inscribe en la misma lógica porque prescribe la prolongación de la vía útil de los productos usados que eviten una ininterrumpida destrucción de los bienes de consumo y la consiguiente producción de nuevos artículos que sería innecesaria si se procediera a su utilización. Y con el reciclaje se trata, como es sabido, de aprovechar para usos diversos y posteriores aquellos materiales susceptibles de ser desgajados de su ubicación concreta en un resultado final para su aprovechamiento en nuevas elaboraciones idóneas a nuestras necesidades. En este bloque prima con claridad el uso racional, exhaustivo, razonable y duradero de los artículos de los que nos servimos para que por medio de la prolongación de su vida útil evitar la utilización de nuevos recursos de energía, de transporte y de generación de residuos, factores que incrementan innecesariamente la huella ecológica y prosiguen la tarea de depredación de la naturaleza y, en muchas ocasiones, el mantenimiento de externalidades lesivas para los países subdesarrollados en el doble aspecto material y personal.

La cualidad sintética, ordenadora, estratificada y estética de la propuesta de Latouche no agota ni pretende agotar el repertorio de medidas de diverso calado que la teoría del decrecimiento ha ideado para hacer viable los cambios exigidos por sus postulados.

En esta estela se sitúan las sugerencias que persiguen también reducir el consumo que redundará en otras disminuciones en cascada que mitigarán el nivel de exigencia sobre los componentes del ecosistema, de forma que disminuirá el consumo de recursos naturales, el deterioro del medio ambiente, emisiones, la deforestación e, incluso, la tan reclamada transición ecológica se podrá realizar en términos menos exigentes. Asimismo, puesto que el resultado último tiene que traducirse en el bienestar individual y colectivo, las propuestas no pueden representar solo una abstracción teórica puesto que deben contribuir a la mejor calidad de vida.

Es interesante comprobar que, a veces, las medidas responden no solo a una lógica ambiental, sino que también son la respuesta a la imposición irracional de la industria que ha abusado sin tasa de los consumidores hasta provocar la regulación pública que ponga límites a los atropellos. En esta apartado hay que recordar el problema de la obsolescencia programada introducida para acortar la vida de los productos por medio de diseños defectuosos que solo consienten una duración prefijada transcurrida la cual es necesario volver a adquirir el producto fenecido para así mantener simultáneamente tanto la tasa de producción como los beneficios. Esta práctica que tiene un lejano origen temporal se ha generalizado a los productos de consumo y se ha replicado también en los aparatos tecnológicos en los que estas prácticas viciadas tienen una especial intensidad. Sorprende la impunidad con la que los fabricantes han actuado por el doble efecto del engaño que se perpetra a las adquirentes y por la reconversión en residuos que operan como

agentes agresivos de contaminación al no ser reutilizados en posteriores fabricaciones. Es abrumador el contraste entre una economía racional y eficaz que aprovechara todas sus posibilidades para conseguir una duración que justificara todos los esfuerzos del trabajo humano y las inversiones aplicadas a los orígenes de los productos y la economía irracional e ineficaz que persigue conscientemente el fracaso temporal de su producción, el desprecio al trabajo invertidos, la promoción desenfrenada de la nueva adquisición de productos también obsoletos en aras de mantener el beneficio.

Otra medida anudada a la anterior en positivo consistiría en imponer la reparación por medio de la existencia de piezas de recambio aseguradas y de tareas de restauración de coste razonable para evitar el absurdo de que sea más económico la adquisición de un producto nuevo que reparar el dañado.

Con incidencia en el ámbito psicológico se señala el efecto pernicioso de la publicidad que genera, en negativo, el sentimiento de escasez y, en positivo, el impulso a la adquisición. Se podría defender el interés de la actividad publicitaria porque proporciona una información que guía la toma de decisión racional del consumidor porque así dispone de los datos esenciales para la adecuación a sus necesidades, la comparación y la elección razonable. Pero no es así, como se comprueba en la nula aclaración de las cualidades del producto. El objetivo no es contribuir a buen comprar sino a excitar al consumo por medio de una manipulación psicológica generadora de una sensación de escasez y de una identificación liberadora con la compra del producto, aunque posteriormente desemboque en una nueva frustración que retroalimente otra vez el proceso. Esta dinámica artificial y provocada explica el bombardeo, el hostigamiento y la insistencia a la que está sometido el consumidor al que se intenta persuadir con un acoso de imágenes con las que ceder a la manipulación e integrarse en la vorágine de un consumo cuyos efectos ecológicos conocemos muy bien: la explotación de la mano de obra, incesantes desplazamientos y transportes de materias primas y productos, consumo irracional, frustración temprana.

Otra sugerencia que necesita una organización social consiste en propiciar el uso social de bienes de utilización discontinua. En la sociedad de consumo se fomenta la adquisición de artículos que se almacenan en los hogares y que solo se emplean esporádicamente. Se denomina pasar de la propiedad al usufructo la creación de fondos de artículos que se pueden guardar en locales compartidos a los que acceder cuando se requiera valerse de dichos artilugios para después de su manejo se vuelvan a depositar para favorecer el uso posterior de otras personas. Esto puede darse, p.e., con herramientas o aparatos domésticos que se pueden compartir porque puede haber una utilización sucesiva sin necesidad de tener una propiedad privada exclusiva y excluyente. No cabe duda de que se precisa de una organización con la que se disponga de un almacenamiento, del control, del acce-

so, de la reparación, etc., todo ello favorecido por los medios tecnológicos disponibles. El ideal se cifra en la posibilidad de conductas de colaboración con respecto a los medios de transporte. Ya se ha conseguido con la disposición de las bicicletas municipales y se aspira a que pudiera generalizarse a los vehículos de motor. La consecuencia sería reducción de la propiedad que menguaría la necesidad de adquisición de los vehículos, su utilización puntual, la disminución de la producción, pero en el anverso se daría el ahorro, la liberación de la preocupación del mantenimiento, el uso racional de los objetos. Es una propuesta verosímil, aunque entre en contraste con los hábitos sociales consolidados, intereses económicos productivistas, y requiera de una implicación pública que establezca las bases organizativas, como así ha sucedido en algunas formas de movilidad.

Es inevitable que proliferen múltiples iniciativas de diversa índole fruto de la espontaneidad y de la inventiva social generados por la imaginación individual que encuentra formas de canalizar sus inquietudes en la organización de cooperativas de bienes, con la práctica de relaciones sociales contrapuestas a la competitividad neoliberal, con la realización de cuidados y convivencias. Pero sin infravalorar estos dinamismos que hay que apreciarlos en su justa medida porque concretan un proyecto ideal, hay que prestar atención a las sugerencias más complejas que inciden en los momentos estructurales susceptibles de establecer las condiciones para asentar un modelo totalizador que vaya más allá de las iniciativas voluntaristas y bienintencionadas que tiene un radio de acción limitado, aunque su carga de ejemplaridad sea considerable.

En esta perspectiva englobadora que pretende conformar un proyecto general, conviven la redefinición del pacto verde sin crecimiento, porque comparte los aspectos esenciales referidos a la reducción de las emisiones de efecto invernadero y la promoción de la transición energética alcanzable, con las energías renovables y la promoción de la transición energética, pero disiente del mantenimiento de la lógica desarrollista promotora de más producción, más ingresos, más consumo. No se está demostrando que la penetración de las energías renovables consiga la reducción de los combustibles fósiles que todavía no han alcanzado el pico de su utilización y en el modelo desarrollista continúa creciendo la exigencia de más energía porque los productos novedosos como los coches eléctricos, aunque efectivos contra las emisiones, demandan un consumo creciente de recursos materiales y el empleo de energía. Desconfían, por tanto, del manido desacoplamiento que consideran inviable en el marco del capitalismo actual.

Conectado con las ideas anteriores está la promoción del bienestar por medio de la aportación de recursos monetarios, el reconocimiento de derechos y prestaciones sociales con los que conformar una vida digna para el conjunto de la población. Como es sabido, la renta básica universal es una idea que preconiza transferir a cada ciudadano una cantidad económica que al ser universal prescinde de requi-

sitos y análisis burocráticos, y que dota al receptor de una autonomía para resolver sus necesidades perentorias y para permitir rechazar relaciones de explotación por disponer de una cobertura básica. A su vez, esta idea es susceptible de desarrollos actualizados que ponen el foco en nuevas esferas de actividad cada vez más significativas y relevantes debido a la alteración de la pirámide demográfica traducida en el envejecimiento de la población. Con el crecimiento proporcional anómalo de los grupos de población de más edad, la tarea de atender a sus necesidades deviene una labor insoslayable. Pero el esquema básico que reposaba en la propia familia y que encomendaba la tarea a las mujeres, ha resultado inviable precisamente por la incorporación de la mujer al mundo laboral. Se crea una necesidad de cuidados de los mayores que ya no puede ser afrontado como tarea no remunerada por los parientes femeninos en el hogar. Ahora precisan de una financiación pública para sufragar los costes que suponen atender a las personas envejecidas y organizar estructuras colectivas que quiebren la identidad mujer-cuidados.

El decrecimiento llega en tiempos especialmente convulsos porque son muchos los temas implicados. Es lógico que la afectación de un factor en un sistema ordenado tenga un efecto multiplicador que tiene una onda expansiva con consecuencias de retroalimentación. Pero estas repercusiones pueden ser más agudas cuando hay una vorágine transformadora que cuestiona pilares sustanciales de la integración social. Uno de ellos es las implicaciones para el mundo laboral y salarial de la propuesta decrecentista. Sin duda uno de los flancos más atacados porque aparece para algunos sectores críticos muy evidente que la reducción del crecimiento implicará la mengua del trabajo, la merma de los ingresos personales, el repudio colectivo de esta expectativa adversa. Sin embargo, en ese vórtice epocal otras innovaciones percuten también en la oferta de puestos de trabajo. Cotidianamente nos bombardean con novedades que parecen desequilibrar la relación trabajador-máquina ante la posibilidad imparable de que en amplias y relevantes parcelas de actividad se proceda a la sustitución del trabajador ya sea por robots o por plataformas. En el año 2023 la irrupción con estrépito de nuevos productos de inteligencia artificial y aplicaciones de *chatbox* ha conmocionado al mundo del derecho que intenta digerir y aclarar cuál podría ser el reducto de actividad creativa y a qué parcela se renuncia y se entrega ya a los procedimientos mecánicos en los que primar la respuesta automática fruto de la acumulación de millones de datos. Con el agravante de que las líneas son fronteras y quebradizas, abatibles por el empuje de nuevos desarrollos que muestran la pujanza del aprendizaje complejo de los *chatbox*. Se produce, pues, una situación de perplejidad porque se exacerban las reacciones que se polarizan. El aspecto de la sociedad sin trabajo es recibido de forma desigual dependiendo de cuál sea la procedencia de la ofensiva porque si tiene visos de configurarse como nuevo nicho de negocio de perspectivas imprevisibles se concentra la atención en las posibilidades de eficacia para alabar

la mejora en el mundo de los negocios mientras que se relegan las reverberaciones en el dominio profesional. Pero la reacción es distinta si el cambio a introducir altera las relaciones de jerarquía y las posiciones sociales consolidadas.

En esta línea recibida con hostilidad se sitúa la propuesta sobre el trabajo fletada por el decrecimiento. Sintéticamente se enuncia cómo disminuir el horario laboral. Históricamente ha sido la lucha obrera la que ha incluido en sus reivindicaciones la eliminación de inhumanas jornadas de ocupación a lo largo del día y semanas y la que ha conseguido la fijación normativa de la duración, los descansos semanales y las vacaciones anuales a las que se han añadido, por ejemplo, los permisos parentales.

Sin embargo, en la actualidad la agresión contra el horario de trabajo se ha acentuado ya que entran en contradicción la oferta derivada del aumento de la productividad, la promoción del consumo, la apropiación de la plusvalía generada por la parte empresarial, con la pérdida de poder adquisitivo, la falta de redistribución de la mejora de la productividad, los efectos de la deslocalización y la privatización en la calidad de los puestos de trabajo, la cada vez más frecuente relación entre pobreza y trabajo, la necesidad de aumentar las horas de trabajo para mantener el nivel de vida por parte de los trabajadores. El tema trabajo, que continúa siendo fundamental para la creación de valor, está aquejado de la doble ofensiva contras las condiciones de su ejercicio y contra la forma de supervivencia en el escenario de su sustitución parcial por la innovación tecnológica y las dudas sobre la capacidad de reponer los puestos de trabajo destruidos por obsolescencia.

Las coordenadas de la reforma del trabajo pasan por la disminución del horario de trabajo, el mantenimiento salarial, el reparto del trabajo disponible para que todos trabajen, aunque sea menos horas. Es evidente que las propuestas antes enunciadas de menor producción y menor consumo redundarían en el número de puestos de trabajo y el menor consumo.

La propuesta de la reducción de trabajo no es nueva. En el siglo xx el poco sospechoso Keynes en su texto «Las perspectivas económicas de nuestros nietos» sostenía que la conjunción del aumento de la productividad y la innovación tecnológica conduciría ya en el próximo año de 2030, un siglo después de la fecha de la conferencia del economista inglés, a la hoy en día inverosímil jornada de 15 horas semanales.

En un esquema desarrollista que pronosticaba que si en cien años con un aumento de 2 por ciento anual «el equipo de capital del mundo habría aumentado en la mitad en veinte años y siete veces y media en un centenar de años. Ello significaría que a largo plazo la humanidad estaría resolviendo su problema económico porque habría capacidad de resolver las necesidades absolutas que tenemos como humanos. Esto significa que la ciencia plantea la posibilidad de afrontar el problema real y permanente de vivir sabia y agradablemente bien». Con optimis-

mo considera que la experiencia nos permitirá disfrutar del botín adquirido de la naturaleza para organizar un plan de vida distinto al que disfrutaban los ricos. «Serán aquellas personas que pueden mantenerse vivas y cultivarse hacia un mayor perfeccionamiento, el propio arte de vida de no venderse por los medios de vida, los que serán capaces de disfrutar de la abundancia cuando esta llegue.» A su juicio, «turnos de tres horas o semana de quince horas pueden eliminar el problema durante muchos años». Es interesante que un economista de su talla se adentrara en el terreno moral para preconizar un cambio de los preceptos morales que han regido históricamente: «Todas las clases de costumbres sociales y prácticas económicas, que afectan a la distribución de la riqueza y de las recompensas económicas, y las sanciones económicas que ahora mantenemos a toda costa porque son terriblemente útiles para promover la acumulación de capital, serán descartadas, si es que no quedamos libres de ellas²⁶».

Que permanecemos muy alejados de esta reflexión es evidente si la comparamos con el bosquejo que hemos hecho de la situación desastrosa del mundo laboral. No en vano preconizar la reducción de la jornada del trabajo provoca resistencias enconadas porque cuestiona la ideología de reproducción, relaja la disciplina porque crea espacios de autonomía hoy impensables, trastoca las prioridades sociales que rigen la conducta social, repercute en las pautas de consumo económico, genera posibilidades de realización ajenas a la esfera de las relaciones de producción y plantea exigencias de redistribución de la riqueza. Por otra parte, uno de los bloques básicos de la reducción horaria reside en el funcionamiento acaparador del capitalismo. Como no sería admisible que una disminución de las horas diarias fuera acompañada de la pérdida salarial, el proceso tendría que basarse en el mantenimiento de la capacidad monetaria. Pero este trabajo reducido y salario conservado solo es posible si los resultados de los incrementos de productividad son repartidos y no acaparados por el capital. Precisamente porque no hay reparto de la riqueza, lo que obliga a mantener la jornada de trabajo para cubrir las necesidades que, por otra parte, son estimuladas artificialmente para mantener incólume el proceso de producción.

Resulta innecesario detenerse, en subrayar, por obvios, los resultados beneficiosos que se derivarían de la aminoración laboral en el ámbito personal y familiar, en la reducción del consumo de bienes y energía, en la disponibilidad de tiempo para una vida con las cualidades humanas que mencionaba Keynes.

Pero también es ostensible el cambio de grueso calado que exige la transformación de la naturaleza del trabajo y de sus formas de desarrollo en el modelo económico.

²⁶ Keynes, J. M. (1930). «Las posibilidades económicas de nuestros nietos». Recuperado en https://www.funcas.es/wp-content/uploads/Migracion/Articulos/FUNCAS_PEE/006art18.pdf

El tema del trabajo y el decrecimiento suscita un encarnizado debate puesto que para algunos el decrecimiento es la peor idea²⁷, para otros es inasumible por los trabajadores²⁸ que obviamente tienen su réplica²⁹. Pero junto al tema de los problemas de la reconfiguración del trabajo, convive otra cuestión capital: la de la financiación porque al reducir los ingresos públicos por el menor consumo y requerir prestaciones y servicios plantea el interrogante de la procedencia de los medios públicos para la afrontan tan ingente tarea.

Es obvio que las líneas maestras de la financiación tienen que responder a una inversión copernicana porque otras son las prioridades que fundamentan las políticas públicas. Si nos referimos a decisiones concretas, deberían enmarcarse en dos coordenadas primordiales inspiradas en la necesidad de disponer de recursos para los objetivos que se quieren conseguir. Por una parte, si se requiere una transformación ecológica con la que evitar el desastre ambiental, es preciso gravar las emisiones de carbono para evitar que compense más polucionar que reducir las emisiones, eliminar las ayudas a la industria de los combustibles fósiles, imponer gravámenes a los consumos lujosos, la contaminación, el tratamiento de residuos, la explotación de los recursos, etc.

Por otra parte, una diferente fuente de ingresos puede provenir del cumplimiento de los regímenes impositivos de las empresas por medios de la supresión de la jungla de reducciones, la imposición a la riqueza y a las sucesiones y las transacciones financieras. Frente a la tendencia habitual de presionar sobre las rentas del trabajo y sobre el IVA, se trata de dar cumplimiento al dictado constitucional de la progresividad impositiva y de corregir la concentración patrimonial por la vía hereditaria que, como se ha demostrado, pone en entredicho la vigencia de la meritocracia como legitimación del sistema. No se puede desconocer que algunas de estas medidas pueden realizarse sin complicaciones en el ámbito estatal como expresión de las mayorías parlamentarias de cada momento; pero otras, como la imposición a las empresas y los movimientos bursátiles, requieren de un régimen internacional que evite los desplazamientos masivos de capitales buscando refugios en regímenes más benignos fiscalmente y de una ofensiva sin cuartel contra los paraísos fiscales que ofrecen esa opacidad frente a

²⁷ McAfee, A. (2020). «Why Degrowth Is the Worst Idea on the Planet». *Wired* 6.10.2020. Recuperado en <https://www.wired.com/story/opinion/why-degrowth-is-the-worst-idea-on-planet>.

²⁸ Neale, J. (2020). «The 'eco' in socialism must mean climate, or we are lost». *Climate&Capitalism*, 11.7.2020. Recuperado en <https://climateandcapitalism.com/2023/07/11/the-eco-in-ecosocialism-must-mean-climate-or-we-are-lost>.

²⁹ Fitz, D. (2023). «Degrowth. How Anti-Worker would it be? Green Social Thought» 10.3.2023. Recuperado en <http://www.greensocialthought.org/content/degrowth-how-anti-worker-would-it-be>. Thornett, A. (2023). «Degrowth and ecosocialism – a reply». *Climate&Capitalism*, 26.9.2023. Recuperado en <https://climateandcapitalism.com/2023<709/2023/in-defense-of-degrowth-a-reply-to-jonathan-neale>.

los esfuerzos estatales de mejorar la recaudación con la que proporcionar prestaciones sociales en mejora del bienestar social. Es evidente que estas medidas son cruciales si tenemos en cuenta la agresiva resistencia de los sectores económicos afectados y los retrocesos que se producen como consecuencia de la presión que ejercen sobre su representación parlamentaria, que emprende políticas de competencia fiscal que redundan en una reducción o eliminación de los impuestos que gravan la riqueza y herencia³⁰.

Pero la financiación de la nueva situación tiene una complejidad considerable porque requiere un funcionamiento del sistema monetario y financiero capaz de soportar la necesidad de inversiones y de garantizar que la economía tenga una dinámica estable y orientada a la transformación ecológica.

Sin compartir la tesis de la teoría monetaria moderna³¹, cabe con Pettifor admitir que en una economía desarrollada y sólida hay dinero para afrontar las reformas que exigen una delimitación de los objetivos y una articulación de la relación economía-Estado en la que a este le corresponde dirigir unos cambios que no pueden confiarse a la voluntad del mercado.

Con la financiarización de la economía, con la desregulación de las actividades financieras y con la autonomía de la autoridad monetaria se crearon unas condiciones que degeneraron en la crisis de 2007-2008. No fue una situación inédita porque anomalías semejantes se produjeron en el siglo xx con las terribles consecuencias conocidas. Cuando estalló la burbuja que amenazó con la voladura del sistema financiero, se intentó corregir el rumbo con una doble actuación letal porque se aumentó la liquidez que benefició al sistema financiero despegado ya de la economía real, y se redujo por medio de la austeridad la capacidad de influencia de la política económica estatal. Era el resultado de que gestionaran la crisis los mismos que la habían provocado y que la resolvieran en beneficio de sus intereses. Después de la Gran Depresión y gracias al nuevo contrato social³², se consiguió embridar la actividad financiera y controlar la inflación. Pero en la crisis de los años 70 se liberaron los controles establecidos y la actividad bancaria, en parte debido a la manipulación de los dólares dimanantes del petróleo, lo que derivó en un aumento de la inflación que fue imputada a la intervención económica del Estado en pos del pleno empleo y a la presión sindical, en vez de dirigir las críticas

³⁰ Piketty, Th. (2013). *Le capital au XXI siècle*, París: Éditions du Seuil. Piketty, Th. (2019). *Capital e Idéologie*, París: Éditions du Seuil. Piketty, Th. (2021) *¡Viva el socialismo!*, Barcelona: Deusto. Saez, E. y Zucman, G. (2021). *El triunfo de la injusticia. Cómo los ricos eluden impuestos y cómo hacerlos pagar*, Barcelona: Taurus.

³¹ Kelton, S. (2021): *El mito del déficit. La teoría monetaria moderna y el nacimiento de la economía de la gente*, Barcelona: Taurus.

³² Kotz, D.M. (2015). *The Rise and Fall of Neoliberal Capitalism*, Cambridge: Harvard University Press, p. 181.

al desorden del sistema financiero, inexorablemente propenso a las crisis periódicas. De forma paralela, cuando estalla la crisis del siglo XXI se identifica a los culpables en la actividad del Estado que obstaculiza el funcionamiento del mercado con su intervención monetaria y en los supuestos excesos de ciudadanos y su gasto desordenado por encima de sus posibilidades que requería como corrección la disciplina de la austeridad³³.

La economista Pettifor considera capital el gobierno de la inflación que solo es posible con el control financiero, pero para prevenir la inflación y gestionar la transición hacia la plena ocupación, un ministro de finanzas debería gestionar los movimientos de capital, regular el crédito y asegurarse de que el sector financiero está sólidamente anclado en la economía real³⁴.

Disponer de las condiciones idóneas para sostener el funcionamiento de una economía que satisfaga las necesidades de bienestar, precisa de un operar al alimón de las instituciones monetarias y fiscales para mantener bajos los tipos de interés, disponer de recursos y estabilizar la economía. La financiación de los poderes públicos se nutrirá de fuentes como el crédito aportado por instituciones bancarias públicas y privadas, los ahorros conseguidos por medio del Tesoro, los ingresos fiscales y la obtención de recursos de los ahorradores. Merece la pena insistir en el control por parte de la autoridad monetaria de los tipos de interés para mantenerlos en un nivel bajo y garantizar que el crédito se oriente al impulso de la actividad productiva y no a manipulaciones especulativas: «el enorme poder de los banqueros centrales no será utilizado exclusivamente, o casi, para la especulación y enriquecimiento del sector privado, como sucede actualmente, sino que será, por el contrario, empleado para financiar inversiones con bajos tipos de interés, en la reducción de la dependencia de la economía real de los combustibles fósiles³⁵».

V. Conclusiones: estado ecológico y planificación

A pesar de todas las advertencias, desgraciadamente en 2022 se han batido los récords de emisión de gases de invernadero y en 2023 la extracción estadounidense ha alcanzado niveles no vistos en otros países por el afán de rentabilizar las décadas de disponibilidad del petróleo. Ya se barrunta el riesgo de que el incumpli-

³³ Tooze, A. (2021). *Crash. Cómo una década de crisis financiera ha cambiado el mundo*, Barcelona: Crítica.

³⁴ Pettifor, A. (2020). *Il Green New Deal. Cos'è e come possiamo finanziarlo*. Roma: Fazi Editore, p. 148.

³⁵ O. c., p. 159.

miento del límite de calentamiento fijado en los Acuerdos de París suponga que se alcance un aumento de temperatura próximo a los tres grados³⁶.

Como confirmación temporal de tan foscos presagios, la última reunión de la COP 28 ha reincidentido en su fracaso, en su inane satisfacción ante una declaración vacua de compromisos pospuestos sin plan de acción y recursos³⁷. Se reitera una y otra vez el tranquilizante de conciencias que sofocan el desasosiego con apelaciones éticas a la relevancia de la naturaleza como entorno imprescindible y a la biosfera como interacción inexcusable.

Y como respuesta actualizada, la narrativa dominante ofrece verdear la reproducción social por medio de la tecnología cuyas innovaciones minorarán o suprimirán los daños presentes, con esa confianza dogmática que obstaculiza interrogarse sobre las causas últimas de la crisis ambiental que no puede ceñirse a unas cuestiones técnicas susceptibles de ser manipuladas y domeñadas.

Poco a poco, los trampantojos con los que se ha pretendido disfrazar una voluntad verde que presidiera constructivamente la reordenación del tratamiento de la energía más acorde con la regeneración de la naturaleza y con la eliminación de las agresiones productivas perpetradas, van mostrando su verdadera índole. Después de las concesiones verbales, como gestos condescendientes a una conciencia social alarmada y amedrentada, después de las afiliaciones superficiales a la cruzada ecológica, se torna al respeto de las jerarquías propias de una economía productivista y financiarizada. Se hace patente la falsedad de la máscara con la que se ha intentado ocultar la continuidad de sus proyectos: no hay alteración de las prioridades sino la verificación de que, si no se alcanza la compatibilidad entre beneficio y naturaleza, la rentabilidad vuelve a imponer el sacrificio del ecosistema en aras del rendimiento económicos, ya sea en la forma de las perforaciones y extracciones, ya sea en el lucro exigido a las inversiones verdes.

El adorno superpuesto de la sensibilidad no paraliza la permanencia de la financiación bancaria de empresas que operan en el sector de los fósiles y que arrojarán a la atmósfera lo que se denomina «bombas de carbono». Estamos ante la reedición del sudario de Penélope ya que lo que se avanza en el ámbito de las renovables se deshace con el mantenimiento de las actividades de extracción y con la financiación de los bancos y fondos de inversión. Superar esta contradicción requiere un cambio de actitud respecto a sus inversiones. Si los contenidos virtuosos son, según el acrónimo inglés, los ESG (ambiental, social y gobernanza), se da una confusión porque empresas petrolíferas alardean de emitir títulos verdes cuyo destino será seguramente menos «puro», ya que se aplicarán a sectores contaminantes.

³⁶ Comito, V. (2023). «Energia pulita, finanza torbida». *Fuori Collana*. 15. Recuperado en <https://fuoricollana.it/energia-pulita-finanza-torbida/>

³⁷ Roberts, M. (2023). «COP 28: business as usual». 16.12.2023. Recuperado en <https://thenextrecession.wordpress.com/2023/12/16/cop28-business-as-usual/>

En el momento en que aumentan las exigencias de inversión en energía (2,5 billones anuales), en la gestión del agua (350.000 millones anuales) y biodiversidad (800.000 millones anuales), es necesario conseguir el convencimiento sobre la necesidad de una actuación conjunta inaplazable sobre las empresas energéticas, sobre instituciones bancarias públicas y privadas, sobre las instituciones financieras internacionales, sobre las bancas regionales de desarrollo, sobre las misiones públicas que tendrían que implicarse también en actividades sin retorno económico como la des-desertificación, la gestión de las aguas potables, la protección de la biodiversidad. Todo ello exigiría, dentro de la lógica conservacionista, medidas que chocan con las limitaciones fiscales, con el endeudamiento de los Estados, con la ideología del equilibrio presupuestario. Dentro de esa lógica habría que recurrir a medidas como la creación de financiación sin endeudamiento para lo que no hay en la actualidad suficiente voluntad política.

Otro problema no desdeñable es la situación de los países no desarrollados. Mazzucatto ha reflexionado sobre la financiación de la transición energética en el Sur global. Su valoración de la conducta de los países dominantes la resume sintéticamente en la expresión *«too little, too late»*. El riesgo de repetir las relaciones que han conducido a la actual situación exige que se preste atención no solo a la cantidad de las inversiones sino también a su calidad³⁸.

No es pequeña la tarea. Inicialmente habría que replantear la deuda global porque los intereses de la deuda dejan exhaustos a los países endeudados e incapacitados para disponer de fondos con lo que afrontar las amenazas que se ciernen sobre ellos.

Según la economista italiana los países del Sur global necesitarán para 2030 más de cuatro billones. Lo que requiere una inversión a largo plazo y orientada a misiones. Sostiene que además de condonar la deuda hay que aportar subvenciones no reembolsables de forma que los préstamos se destinen a objetivos concretos que favorezcan la inversión a largo plazo público-privada.

Una vez más, cuando se afronta el problema, incluso dentro de la lógica del sistema, se reclaman unas condiciones consideradas razonables que resultan difícilmente asumibles por la dinámica de los negocios y por la capacidad de presión de los sectores afectados. El *«demasiado poco, demasiado tarde»* impera inclemente en un sistema que edulcora el discurso con el que se perora propagandísticamente pero que continúa vinculado a la primacía de su concepción basada en el crecimiento y en el beneficio y dispuesto asumir lo que sea compatible con estos

³⁸ Mazzucatto, M. (2023), «We won't tackle the climate crisis unless we transform the financing», *Financial Times*. 15.11.2023. Recuperado en <https://www.ft.com/content/7b509fb6-4616-4461-b94f-b2332bc28c76>

criterios, pero sin asumir sacrificios o renunciaciones que alteren la exigencia de los retornos económicos.

Frente a esta situación inquietante se alza la propuesta del decrecimiento basada en dos premisas. Por una parte, mantiene su escepticismo respecto a las reformas de la transición energética y los planteamientos de los pactos verdes. Se considera que el esfuerzo inversor es tan colosal y urgente, son tan imprescindibles las medidas de sustitución de la energía fósiles y de limitación de su empleo e influencia, es tan insoslayable la ayuda a los países no desarrollados realizables desde una óptica de solidaridad económica y de visión general de la humanidad tan alejada de la mentalidad mercantil, que las reacciones tardías e insuficientes no evitarán que aumenten los riesgos de la escalada de la temperatura. Los intentos de retroceder a la época industrial son inviables mientras perviva la lógica de la acumulación capitalista. Se ha resaltado suficientemente que el salto a la degradación ambiental se inició con la era industrial, puesto que hasta entonces siglos de existencia de la especie humana no habían alterado el equilibrio ecológico. Es al capitalismo como orden económico al que hay que imputar la responsabilidad del estado de cosas. No en vano se comienza a superar la referencia al Antropoceno, como referencia indiferenciada a la obra del ser humano, por el Capitalceno, como atribución concreta y precisa de la huella histórica en la naturaleza³⁹.

No se trata de negar los avances que se realizan en la disminución de las emisiones de carbono ni de apreciar las innovaciones tecnológicas que son imprescindibles para. Al menos, atenúan en la medida de lo posible la gravedad del desafío climático. Es, pues, una convergencia de la responsabilidad del sistema económico y de la necesidad no atendida de acelerar las transformaciones lo que impide visualizar en las propuestas de la transición ecológica la vía de solución de los problemas ecológicos.

Por otra parte, hay una perspectiva más ambiciosa que desborda el problema energético para encarar las consecuencias de la civilización industrial y consumista. La evolución económica confirma que las innovaciones tecnológicas crean unas condiciones que demandan el aumento del consumo de más energía y de nuevos materiales susceptibles de agotamiento, alimentando una espiral que se inspira en la ideología del crecimiento ilimitado. El problema que nos circunda no se limita solo a la renovación energética porque también es apremiante ajustarse a la incapacidad del sistema tierra de regenerarse a la velocidad a la que se desenvuelve el ritmo frenético del consumo de nuestras sociedades desarrolladas. De ahí que el

³⁹ Schmelzer, Ch. y Hofferbert, E. (2023). «Democratic Planning for Degrowth», *Monthly Review*. 75. N° 3, p. 152. Recuperado en <https://monthlyreview.org/2023/07/01/democratic-planning-for-degrowth/#en12backlink>

decrecimiento no pueda resolverse en las energías renovables, por muy importantes que estas sean.

La cuestión es si las tesis del decrecimiento ofrecen una alternativa verosímil al expolio de la naturaleza perpetrado por el capitalismo. Y, ciertamente, no son pocas las dificultades.

Son varias las cuestiones que hay que reseñar. En principio, el término decrecimiento exhibe una inevitable ambigüedad. Como defensa frente a quienes le achacan el riesgo de la recesión, de la pobreza y la escasez, se arguye que su concepción no es cuantitativa sino cualitativa. Esta precesión sobre su naturaleza permite incorporar una triple perspectiva con la que distinguir lo que debe ser eliminado, como la energía fósil o los consumos de lujo, lo que puede ser reducido, como los consumos que demandan una energía insostenible, lo que tiene que ser impulsado como lo relacionado con lo común que supondrá la promoción del uso de los medios públicos, como transporte, vivienda, sanidad, educación. No cabe una simplificación demonizada que se focalice en una supuesta degradación de condiciones de vida porque se incide en la sustitución de los consumos privados por los consumos públicos.

Esta función activadora también se da en los países subdesarrollados que hay que analizarlos desde otros parámetros. Ausentes los excesos occidentales de su modelo de sociedad demandante de un consumo acaparador de bienes y energías y generados de residuos y desperdicios, los países del Sur global necesitan salir de la situación social en la que un porcentaje relevante de su población tiene carencias tangibles por la ausencia de bienes públicos. Padecen los efectos negativos de sus carencias porque sufren la expoliación de recursos, la explotación de la mano de obra, y soportan las externalidades ambientales exportadas por los países desarrollados que permiten a estos exhibir ciertos resultados correctores de los que alardean como si fueran resultados de una política acertada cuando son los efectos reiterados de trasladar las consecuencias negativas en la forma de contaminación y de explotación laboral.

Por otra parte, carecen de instalaciones y prestaciones que en el Norte consideramos imprescindibles. Por ello la falta de atención a necesidades básicas reclama que se realice el esfuerzo de creación de infraestructuras económicas y sociales que sienten las bases de un funcionamiento económico y de satisfacción de los imperativos vitales de alimentación, salud, educación, vivienda, etc.

Pero, como se ha puesto de relieve, no se trata de exportar el modelo del Norte al Sur. Se ha distinguido, porque se corresponde a las respuestas diferentes a la crisis neoliberal, entre la propuesta del Norte orientada al decrecimiento y la del Sur enfocada hacia el posdesarrollo⁴⁰. En esta distinción que indica la existencia de

⁴⁰ Escobar, A. (2015). «Degrowth, postdevelopment and transition: a preliminary conversation». *Sustainability Science*. N° 15. 451-462. DOI 10.1007/s11625-015-0297-5

vías diferenciadas y la ausencia de una propuesta general integradora, se sale al paso del intento de mejorar la situación de los países no desarrollados por medio de un esquema de crecimiento desarrollista.: antes bien, se debe seguir una dinámica macroeconómica en la que juegue un papel capital el criterio medio ambiental y la introducción de las energías renovables, que exigirá además las inversiones cuantiosas a las que nos hemos referido anteriormente.

Otro aspecto no desdeñable es la indeterminación del contenido debido a su carácter instrumental. El objetivo no es el decrecimiento en sí mismo ni los efectos secundarios de la posible reducción de la actividad económica o la hipotética afectación al trabajo y la búsqueda fórmulas alternativas de empleo. La finalidad es una meta ética de bienestar colectivo, de abundancia frugal, de dignidad de la persona, de satisfacción en la vida cotidiana, de pautas morales de solidaridad y colaboración. Para todo ello el decrecimiento es una herramienta modulable al servicio de los objetivos últimos que no se circunscriben solo al ámbito económico porque lo desbordan para plantear un esquema general que abraza los múltiples aspectos de la vida social. Precisamente, por ello, el decrecimiento tiene que ajustarse a las condiciones históricas de los distintos pueblos y admite correcciones permanentes que se corresponden a las necesidades que se trata de satisfacer.

Es este carácter funcional el que debe guiar la adaptación de las medidas reordenadoras de la producción y consumo. Esta situación explica las diferencias entre la antiguas metrópolis y las colonias porque en gran parte el neocolonialismo subsiste por medio del desplazamiento de las externalidades y la imposición de costes económicos, sociales y medio ambientales que se traducen en los hechos deplorables conocidos, como, por ejemplo, la explotación laboral para la obtención de las tierras raras, o la priorización en una época de sequía del uso de recursos hídricos en los centros de datos en menoscabo del consumo humano de agua potable, hecho conocido por las protestas sociales desencadenadas en Uruguay y que actualiza las formas de imposición de las necesidades económicas del Norte.

Con estas observaciones el problema de la realización de la propuesta del decrecimiento sigue en pie. No son pocas ni superficiales las críticas dirigidas al decrecimiento al que se tilda de utopía, con una crítica moralista a la industrialización, carente de un plan para la estabilización climática, sin propuestas institucionales y sin oferta plausible para conseguir el consenso de masas y desbordar con ideas que empeorarían la calidad de vida sin mejoras sustanciales de las emisiones⁴¹.

⁴¹ Seymour, R. (2023). «Trayectorias de “decrecimiento”». *El Salto*. 19.5.2023. Recuperado en <https://www.elsaltodiario.com/decrecimiento/rychard-seimour-trayectorias-decrecimiento>

Ciertamente, hay autores reconocidos como Latouche que, si bien admite el carácter revolucionario del proyecto, considera que no es un proyecto político ni tiene como objetivo la toma del poder. «Al decrecimiento no le preocupa realmente la división ente la derecha y la izquierda ni los juegos resultantes en el tablero político⁴²». La heterogeneidad de los escenarios aconseja desenvolver más el plano cultural que económico, por medio de la propuesta de una democracia de las culturas. No se trata de tomar el poder sino de promover una revolución cultural que más radical porque desembocaría en «una refundación de la política y otra forma de concebir, producir, distribuir y consumir la riqueza, o más sencillamente, de responder a la pregunta fundamental: ¿‘cómo vivir’?⁴³». Reflexión tan respetable como insuficiente.

Como hemos visto con anterioridad, la teoría del decrecimiento desgrana una serie de propuestas de indudable valor si se llegaran a aplicar (energías fósiles, industrias contaminantes, jornada laboral, abolir la publicidad, etc.), pero son sugerencias fragmentarias con las que no es fácil conformar un proyecto capaz de resolver las delicadas cuestiones que se plantearían si avanza la aplicación del proyecto decrecentistas.

Como reconoce Löwy, el decrecimiento en no es una alternativa económica y una perspectiva social⁴⁴ y: hay que confrontarse directamente con la imposibilidad de conciliar el capitalismo y el decrecimiento. Esto supone el tránsito hacia el ecosocialismo, lo que significaría la convergencia de dos esquemas teóricos. De esta forma, se avanza hacia la superación de lo que se considera que es una carencia notable porque es necesario integrar el sistema económico en la narrativa del decrecimiento y reaccionar a las contradicciones capitalistas⁴⁵. Es tan simple como identificar el sistema económico responsable y postular su reemplazamiento.

Si se quiere sustituir es preciso afrontar las dos cuestiones centrales del Estado y de la Economía. En las actuales circunstancias se ha producido un retorno del Estado al compás de la crisis del neoliberalismo y de las necesidades de transformación del sistema económico y de su funcionamiento energético. Cuando hay que realizar reformas sustanciales en el modelo capitalista siempre el poder político ha estado detrás de la creación de condiciones sociales con la aportación de ayudas. A pesar del aparente repudio que realizan exponentes empresariales sobre la intervención del Estado y la prepotencia con la que se defiende su ámbito de decisión, históricamente se ha confirmado que sería imposible emprender las transformaciones sin el concurso del Estado, como se ratifica actualmente con las

⁴² Latouche, S., o. c., p. 86.

⁴³ *Ibidem*, p. 88.

⁴⁴ Löwy, M. (2023). «Nine Theses on Ecosocialist Degrowth», *Monthly Review*. 75. N° 3, p. 156.

⁴⁵ Chen, Ying. (2023). «Degrowth – What’s in a Name? Assessing Degrowth’s Political Implications». *Monthly Review*. 75. N° 3, p. 166.

ayudas de Estados Unidos y la Unión Europea para la transición ecológica como fórmula para propiciar la nueva acumulación capitalista.

El segundo aspecto se refiere al sistema económico alternativo susceptible de soportar el cambio consustancial a la recreación social necesaria para la nueva comunidad basada en la limitación energética.

Por una parte, el Estado tiene que integrar en sus objetivos con un vigor inusitado la consecución de la protección medioambiental. Ya no basta con las viejas proclamas constitucionales de defensa del paisaje porque el problema ha adquirido una dimensión civilizatoria. Como sostiene Kolasi en su propuesta del Estado ecológico, es preciso alcanzar una estabilidad macroenergética por medio de la definición de un equilibrio energético que sería definido según las condiciones locales referidas al marco político, social y económico. El resultado sería, como ya se ha insistido, alcanzar y mantener la regeneración del mundo natural en lo que concierne no solo a la temperatura sino también al consumo de energía y al mantenimiento de la biodiversidad y de los ecosistemas. Esta tarea no puede confiarse al ideario del crecimiento ni a la lógica del mercado basada en el beneficio y los precios que, por otra parte, no son ese mecanismo espontáneo de la teoría económica liberal sino un instrumento de poder, utilizado como medio para una lucha presidida por los objetivos de controlar el mercado, extraer plusvalías, monopolizar para conseguir un beneficio mayor, el control de los recursos y la organización de la sociedad según sus intereses. Por ello es necesaria la actuación del Estado que establezca no solo un marco de convivencia sino también la reproducción ecológica⁴⁶. Obviamente la tarea del Estado no se agota en la definición de un marco energético con todas sus implicaciones porque la capacidad performativa de que goza por medio del derecho le permite abordar una tarea de transformación de la sociedad. Pero esta referencia a la dimensión ecológica y energética sirve para resaltar el perfil del que debe dotarse específicamente para afrontar los riesgos ya mencionados.

Estas nuevas condiciones deberán reflejarse en el texto constitucional que tendrá que acoger con una contundencia inédita la nueva urgencia. Ante la crisis existencial generada por el dato ecológico tiene que dotarse de una primacía acorde con la premura de nuestras necesidades.

El significado profundo consiste en el valor que hay que atribuir a la recepción constitucional del medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas, como esta reflejado en el art.9.3 de la Constitución italiana por medio de la reforma introducida por la ley constitucional n.1, de 11 de febrero de 2022. Los conteni-

⁴⁶ Kolasi, E. (2018). «The Physics of Capitalism». *Monthly Review*, 70, N° 1. Recuperado en <https://monthlyreview.org/2018/05/01/the-physics-of-capitalism/> Kolasi, E. (2021). «The Ecological State». *Monthly Review*. 72. N° 8. Recuperado en <https://monthlyreview.org/2021/02/01/the-ecological-state/>

dos ecológicos constitucionales deben convertirse en el marco que englobe la actividad social, política y económica al consagrarse en las actuales circunstancias una protección exigida por la gravedad del desafío existencial. En cuanto principio fundamental de naturaleza civilizatoria sanciona un cambio cualitativo que comporta una forma de ponderación con otros principios y derechos en la que asignar una posición preeminente por el contenido esencial que encierra, volcado hacia la defensa de la vida natural porque se ha llegado a un punto en el que opera como premisa sin la cual es inviable el resto de la Constitución⁴⁷.

El segundo aspecto se refiere al sistema económico alternativo susceptible de soportar el cambio consustancial a la recreación social necesaria para la nueva comunidad basada en el problema de los límites planetarios. Para ello el término decrecimiento tiene que vincularse con una economía planificada contrapuesta a la anarquía de la producción y consumo específica del mercado y del mecanismo de los precios.

Si se adopta como bandera la atención a las necesidades sociales y el abandono del crecimiento verde se requiere una disminución programada y selectiva de la actividad económica, como vía para el aumento de la igualdad y bienestar⁴⁸.

Es conocido el lastre que pesa sobre la planificación cuyos vicios se exageran hasta la saciedad y cuyos resultados están demonizados por su identificación sin matices con la experiencia rusa cuyo desenlace arrastra consigo todos los elementos implicados. Frente a la añeja crítica de la imposibilidad de ordenar las preferencias y de sustituir al mecanismo del mercado como coordinador por medio de los precios de la oferta y demanda, en la actualidad la mejora de los recursos tecnológicos permitiría aplicar a la sociedad, con criterios guiados por el bienestar de las personas, las técnicas que son usadas por las grandes empresas globalizadas y los instrumentos disponibles ya en el sector público. Es innegable la complejidad de la tarea porque, en ocasiones, p.e., la reducción de emisiones, requerirá una compleja gobernanza que abarque simultáneamente los múltiples niveles de decisión y la apreciación de las diversas condiciones.

La relación entre decrecimiento y planificación debe emprenderse porque se necesitan. Ambos términos, decrecimiento y planificación, se van a condicionar con intensidad ya que el decrecimiento para ser verosímil tendrá que dotarse de instrumentos programatorios y la planificación tendrá que atender a las exigencias específicas del decrecimiento.

En esta ocasión debemos conformarnos con hacernos ecos de la reflexión emprendida sobre el binomio que tendría temas de referencia como la promoción

⁴⁷ Morrone, A. (2022). «La Costituzione del lavoro e dell'ambiente. Per un nuovo contratto sociale». *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*. 176. N° 4. 514-544. DOI: 10.3280/GDI.2022-176001.

⁴⁸ Schmelzer y Hofferbert, (2023), o. c.

selectiva y la reducción de producción, la planificación del abastecimiento social desde la perspectiva de igualdad, la planificación del desarrollo tecnológico, la asunción de un esquema de justicia global superadora, una democracia de la economía⁴⁹.

Es evidente que faltan desarrollos y concreciones y que es necesario profundizar y concretar, identificar medidas, organizar instituciones. La experiencia demuestra que en estos temas se avanza con las propuestas teóricas y, sobre todo, se progresa gracias a las posibilidades históricas y las iniciativas elaboradas por los grupos sociales que concretan los proyectos de forma autónoma y en el calor de los conflictos. En todo caso, las limitaciones y carencias no son mayores que las presentan las propuestas dominantes y su incapacidad de contestar a las grandes cuestiones sobre los riesgos de los límites planetarios: aquí sí que no hay respuestas.

⁴⁹ Schmelzer y Hofferbert (2023), cit., p. 144.

SIGNIFICADO E INCIDENCIA EN LA TUTELA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS DEL PROTOCOLO 16 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. El convenio europeo como parte del sistema multinivel de derechos: del catálogo para la reconstrucción de Europa a la aspiración de un tribunal europeo último

Es seguramente innecesario recordar que los actuales sistemas democráticos en Europa están articulados en un sistema multinivel, afirmación que ya pocos niegan, aunque la interpretación sobre su alcance y sobre cómo opera, son temas más controvertidos. La aplicación de un sistema multinivel es especialmente interesante en materia de derechos fundamentales porque es en este ámbito donde se presentan mayores problemas, pero donde también podemos encontrar interesantes aportaciones a la garantía de los derechos¹.

El ordenamiento jurídico español es hoy, sin duda, un ordenamiento multinivel en el que coexisten un número muy elevado de normas de distinta jerarquía, naturaleza, ámbito de aplicación y, especialmente, diferentes centros de producción normativa. Así, el ordenamiento articula las normas emanadas de los órganos centrales del Estado y de los órganos de las Comunidades Autónomas que, de conformidad con la Constitución española, poseen capacidad normativa en el ámbito de sus respectivos territorios. Y, de igual manera, unas y otras coexisten con las normas (y también principios y objetivos) emanadas de organizaciones, instituciones o acuerdos internacionales. Entre estas últimas, los tratados, convenios, acuerdos de diferente naturaleza, declaraciones y normas relativas a derechos

¹ No puedo extenderme en estas páginas a la teoría multinivel a la que he tenido la oportunidad de referirme en trabajos anteriores. Por todos, *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*, Madrid, 2023, pp. 43-48 y cita 70.

ocupan un lugar relevante, pues el reconocimiento y la tutela de los derechos han encontrado en el ámbito de las organizaciones supranacionales e internacionales² un marco fundamental para su desarrollo y defensa³. Por tanto, no cabe hoy acercarse al estudio de los derechos sin integrar las obligadas referencias a la tutela supranacional e internacional, aunque resulta igualmente obligado distinguir en dichos ámbitos las diferentes organizaciones e instituciones, pues tanto el reconocimiento como la tutela tienen diferente alcance en cada una de las instancias estudiadas. Por tanto, el sistema de derechos y libertades español no es exclusivamente un sistema de producción interna (nivel central, nivel autonómico....) sino también de producción externa, supranacional e internacional, diversidad que no se agota en la elaboración de las normas, sino que se extiende a la protección, ya sea institucional o jurisdiccional.

En este contexto, cabría preguntarse si una organización multinivel conduce o puede conducir a un sistema único de derechos fundamentales en Europa, si tal sistema único reportaría beneficios en orden a la mejor garantía de los derechos y si debería llevar aparejado también un Tribunal «último». De esta amplia pregunta, tan solo abordaremos aquí un aspecto muy concreto como es la incorporación del Protocolo 16 al Convenio Europeo y su repercusión en el sistema de derechos multinivel europeo, en la medida en la que incorpora una nueva competencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que aspira a consolidar su posición como Tribunal último en materia de tutela de los derechos en Europa.

Adelanto cierto pesimismo respecto a las dos preguntas formuladas: a que se pueda alcanzar un sistema único de protección de derechos y a que, de lograrlo, generara una mejor protección, incluida la posibilidad de que uno de los tribunales —especialmente el TEDH— terminara siendo el tribunal «último» en un sistema «único». Intentaré exponer algunas de estas dudas, a continuación.

En primer lugar, favorece la candidatura del TEDH como tribunal «último» las dificultades que existen para que tal posición fuera ocupada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La delimitación competencial del Tribunal de Justicia al Derecho de la Unión y el limitado número de Estados miembros (veintisiete en la actualidad frente a los cuarenta y seis que forman parte del CEDH) impide la proyección territorial que requeriría un Tribunal europeo último. Con la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales, el Tribunal de Justicia ha debido afrontar el reto de aplicar e interpretar la Carta de los Derechos

² Aplico la distinción entre ámbito supranacional (Unión Europea) y ámbito internacional (otras organizaciones internacionales como Naciones Unidas, Consejo de Europa, UNESCO...).

³ ROMBOLI, Silvia, «El rol del Protocolo N. 16 al CEDH en el diálogo entre tribunales para una protección de los derechos más uniforme. Reflexiones al hilo de sus características y de la propuesta italiana de ratificación», en *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, volumen II, Derechos fundamentales, CEPC/BOE, Madrid, 2020, p. 42.

Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), no solo en el contexto del Derecho de la Unión, sino también en sus relaciones con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y con los derechos que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, ya que tal y como previene el artículo 6.3 del TUE, unos y otros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales. La esperanzadora redacción de los artículos 52.3 y 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales parecía avalar el reconocimiento y aplicación de un «mejor estándar», interpretación que, sin embargo, ha sido rechazada, al menos en su tesis más esencial, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁴.

En segundo lugar, tampoco los tribunales constitucionales de los Estados⁵ parecen estar llamados a desempeñar la función de último garante europeo de los derechos al quedar circunscritos a sus respectivos ordenamientos nacionales y al escaso interés que han mostrado en la consolidación de un estándar mínimo europeo de protección de los derechos fundamentales, que podría haberse creado a partir de la interpretación constitucional de los respectivos tribunales supremos o constitucionales⁶. De otra parte, cabe subrayar que la reivindicación de algunos tribunales constitucionales de sus competencias en materia de tutela de derechos (específicamente de la Corte Constitucional italiana y del Tribunal Constitucional Federal de Alemania⁷, y en un sentido muy diferente, del Tribunal Constitucio-

⁴ Pueden verse las SSTJUE 26 de febrero de 2013 (asunto C399/11. Melloni v Ministerio Fiscal y asunto C617/10. Åkerberg Fransson) y la posterior de 5 de diciembre de 2017 (asunto C42/17. Taricco), entre otras.

⁵ O, en su caso, los tribunales supremos que tengan atribuido el control de constitucionalidad en países que han adoptado un sistema de control difuso.

⁶ No desconozco la dificultad de esta propuesta. Las muy diferentes funciones de los tribunales limitan esta posibilidad. La Corte Constitucional italiana, que carece de la función de «amparo» constitucional por violación de los derechos fundamentales o las singulares competencias del Consejo Constitucional francés, son algunas muestras de ello. Sin embargo, nada impediría que, al menos, los tribunales constitucionales con competencias similares en materia de tutela de derechos avanzaran hacia la fijación de un estándar mínimo.

⁷ Como es conocido, la relación entre el principio de primacía, férreamente garantizado por el Tribunal de Justicia, y las competencias de los tribunales constitucionales de los Estados miembros, no siempre ha sido pacífica. El TJUE y algunos tribunales constitucionales han discrepado en supuestos en los que estaban implicados el Derecho de la Unión y los derechos fundamentales reconocidos en la constitución nacional. Así, el Tribunal Constitucional italiano, en su Sentencia *Frontini*, de 27 de diciembre de 1973, afirmó que la Comunidad no disponía de una competencia que le permitiera, en su caso, violar los derechos inalienables de la persona humana. El Tribunal de Justicia (STJ *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978) reiteró su doctrina y afirmó que los órganos jurisdiccionales internos estaban obligados por la primacía del Derecho comunitario. En parecido sentido al Tribunal Constitucional italiano, se pronunció el Tribunal Constitucional alemán en su Sentencia *Solange I*, de 8 de junio de 1984. La cuestión de fondo era que ambos Tribunales Constitucionales entendían que el Derecho comunitario, al no disponer en aquel momento de un catálogo de derechos al que someterse, podría, hipotéticamente, vulnerar algunos de los derechos constitucionales del ordenamiento constitucional nacional. La consecuencia jurídica era, pues, que los Tribunales Constitucionales de Italia y Alemania

nal de Polonia⁸), se alzó frente a las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión, pero no frente a las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin duda, la diferente naturaleza jurídica del Convenio Europeo y del Derecho de la Unión y el sistema de ejecución de sus respectivas sentencias, especialmente durante la segunda mitad del siglo xx, explicaría en parte este hecho. En todo caso, la importancia de los tribunales supremos o constitucionales como garantes de los derechos no debe ser cuestionada y sus competencias como interpretes supremos de sus respectivas constituciones no debe ser sustituida.

La tesis del llamado «diálogo entre tribunales» se ha centrado en las relaciones institucionales entre tribunales internacionales y, en ningún caso, ha dado como resultado la fijación de un estándar mínimo. Con la referencia al «diálogo judicial» no se alude realmente a una influencia recíproca, mediante voluntaria cooperación y discrecional recepción de tópicos o estándares de unos a otros ordenamientos desligados ya se trate de intercambios entre Tribunales o de préstamos entre Tribunales internacionales⁹. No puede afirmarse, pues, que exista una integración sistemática y estable de la jurisprudencia emanada de diferentes tribunales formando un estándar interpretativo mínimo, más allá de las referencias que voluntariamente y para avalar su propia posición, tome un tribunal de otro.

Así, pues, la candidatura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para constituirse en este Tribunal último parece ser, pues, la más viable. De lo cual no debe deducirse automáticamente que sea también lo más idóneo en orden a la mejor

entendían que debían reservarse una competencia de *revisión* sobre las normas comunitarias que pudieran violar los derechos fundamentales insertos en el ordenamiento constitucional. Las sentencias del Tribunal Constitucional italiano (Sentencias *Granital*, de 8 de junio de 1984 y *Fraga*, de 21 de abril de 1989) y del Tribunal Constitucional alemán (Sentencias *Solange II*, de 22 de octubre de 1986 y *Soviet*, de 12 de mayo de 1989) aportaron nuevas posiciones al respecto. La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30 de junio de 2009, relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa, volvió a poner de manifiesto las siempre complejas relaciones jurídicas entre la Unión y los Estados miembros, en orden a la consolidación e interpretación de un sistema jurídico multinivel.

⁸ De naturaleza muy diferente son las controversias entre el Tribunal Constitucional de Polonia y el TJUE. En la STJUE 2 de marzo de 2021 (asunto C-824/18), el Tribunal de Justicia resolvió una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de Polonia sobre la interpretación del art. 267 del TFUE y los arts. 4.3 y 19.1 1 del TUE y afirmó que las reformas legislativas en materia de nombramiento de jueces del Tribunal Supremo y su control judicial podrían ser contrarias al Derecho de la Unión. Por su parte, el Tribunal Constitucional de Polonia, en una sentencia sin precedentes (ref. K No 3/21, de 7 de octubre) declaró inconstitucionales varios artículos del Tratado de la Unión Europea (TUE), entre ellos, el que establece la primacía del Derecho de la UE. Puede consultarse también: STJUE de 27 de octubre de 2021 (asuntos acumulados C 585/18, C 624/18 y C 625/18), en la que se condena a Polonia a una multa coercitiva al mantenerse la legislación nacional relativa a la Sala disciplinaria del Tribunal Supremo que preveía sanciones a jueces en su actividad jurisdiccional.

⁹ LÓPEZ CASTILLO, Antonio, «La confluencia entre tribunales constitucionales, TEDH y TJUE», en *AFDUAM*, 22, 2018, p. 137.

garantía de los derechos, ni siquiera que sea posible. Los intentos de articulación del Convenio Europeo y del Derecho de la Unión han sido una constante en la evolución de ambas organizaciones internacionales, sin resultados significativos hasta el momento, lo que puede deberse quizá a que no es el sistema idóneo. Las diferentes redacciones del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea dan muestra de ello. El contenido actual de dicho precepto, en su apartado 2, establece la obligación de que la Unión Europea se adhiera al Convenio Europeo (previsión que, como es conocido, no se ha cumplido por las dificultades jurídicas que entraña dicha adhesión explicitadas en el Dictamen del Tribunal de Justicia 2/2013, de 18 de diciembre de 2014)¹⁰. Con todo, hasta llegar a la redacción actual del artículo 6.2 TUE se han producido diferentes iniciativas encaminadas todas ellas a lograr que el Convenio Europeo y el Tribunal de Estrasburgo fueran los referentes en materia de derechos en la Unión¹¹. Todo ello a pesar del reconocimiento del valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagrado por el Tratado de Lisboa en 2009¹². Los trabajos entre el Consejo de Europa y la Unión Europea para la adhesión de esta última al Convenio Europeo se han mantenido a lo largo del tiempo, pero, a partir de 2019, se han incrementado los esfuerzos de ambas organizaciones para el cumplimiento del artículo 6.2 TUE¹³, aunque las dificultades señaladas en el Dictamen del Tribunal de Justicia no han podido ser solventadas totalmente. Sin duda la adhesión de la Unión Europea consagraría al Tribunal Europeo de Derechos

¹⁰ No desconozco que las Comunidades en su momento y la actual Unión Europea han firmado Convenios específicos del Consejo de Europa, en la mayoría de los cuales se hacen reservas o puntualizaciones. Estimo que la naturaleza del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el alcance de la prevista adhesión de la UE al mismo generan problemas de mayor calado, que requieren medidas diferentes.

¹¹ Recordemos que, avanzada la década de los setenta el Tribunal de Justicia incluyó en sus sentencias *Nold*, de 14 de mayo de 1974 y *Hauer*, de 13 de diciembre de 1979, referencias a la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 como criterio material y como estándar de protección de los derechos en el ámbito comunitario. También fue en la década de los setenta cuando se planteó por primera vez la posibilidad de que la Comunidad se adhiriera formalmente al Convenio Europeo de Derechos Humanos, con lo que dicho texto habría pasado a formar parte del Derecho de la Unión. Esta posibilidad se plasmó en diversos documentos, entre ellos en el *Informe* de la Comisión sobre la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario, de 14 de febrero de 1976; en la *Declaración* conjunta del Parlamento, el Consejo y la Comisión, de 5 de abril de 1977 y en el *Memo-rándum* de la Comisión de 4 de abril de 1979, sobre la Adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio de Roma de 1950. Sin embargo, ninguno de estos esfuerzos llegó a término y la adhesión no llegó a producirse. Como es conocido, el mencionado Dictamen del Tribunal de Justicia 2/2013, cerró nuevamente la posibilidad de adhesión.

¹² CÁMARA VILLAR, Gregorio, «Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado constitucional», en *ReDCE*, n.º 4, Julio-Diciembre de 2005, p. 26.

¹³ El 31 de octubre de 2019 la Comisión Europea y el Consejo de Europa declararon su intención de retomar las negociaciones para la adhesión. Desde 2012 a 2023 se ha celebrado diecinueve reuniones entre representantes de la Unión Europea y del Consejo de Europa a este fin.

Humanos como ese Tribunal último del sistema multinivel europeo, con consecuencias de gran calado, tanto para la Unión como para todos los Estados miembros. El Dictamen negativo del Tribunal de Justicia sobre la adhesión interrumpió el proceso, pero el Consejo de Europa persistió en su objetivo de incorporar a la UE al Convenio. Paralelamente, comenzó a trabajar en un mecanismo que afianzará su posición de preeminencia respecto de los tribunales supremos y constitucionales de los Estados. A este objetivo responde la aprobación del Protocolo 16, que se analiza en epígrafes posteriores. Señalemos previamente algunas dificultades para que el CEDH y su Tribunal se constituyan en el referente último en materia de derechos en Europa.

II. Diferencias entre niveles normativos y jurisdiccionales

Como ya se ha señalado, la esencia de un sistema multinivel de derechos sería la interrelación entre dichos niveles y su máxima expresión sería la aplicación del mejor estándar en cada caso. Como más adelante se indica, a ese logro se opone la existencia de catálogos de derechos muy diferentes y órganos de garantía que atiende a principios y procedimientos jurídicos igualmente diversos. En el nivel de la Unión Europea, como también se dijo, los artículos 52.3 y 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales parecían avalar el reconocimiento y aplicación de un mejor estándar, interpretación que, sin embargo, ha sido rechazada por el TJUE¹⁴. De otra parte, el margen de apreciación que, en casos concretos, reconoce el TEDH al Estado implicado en un caso no puede considerarse un reconocimiento del mejor estándar, sino de un ámbito de discrecionalidad del Estado para que el asunto controvertido se resuelva conforme a la legislación nacional y no conforme a la interpretación del Tribunal Europeo. Finalmente, la fijación de un mejor estándar nacional por los tribunales constitucionales no sería fácilmente aceptado por los demás Estados, pero tampoco por el TJUE ni por el TEDH.

Así, pues, el sistema multinivel no lleva a un estándar único para todos los niveles sino a un procedimiento sucesivo para los niveles interno (Estados), internacional (CEDH), actualmente con preeminencia de la jurisdicción del TEDH, y a un procedimiento basado en los principios de competencia y primacía para los casos que impliquen a los ordenamientos de los Estados miembros y al ordenamiento de la Unión Europea.

Un sistema único de derechos requeriría superar las importantes diferencias entre los ordenamientos que integran los diferentes niveles (estatal, internacional y supranacional), diferencias que están en la base misma de su origen, fines y fun-

¹⁴ Singularmente, las mencionadas SSTJUE de 26 de febrero de 2013, asunto C399/11, Mello-ni y asunto C617/10. Åkerberg Fransson.

cionamiento, lo cual dificulta extraordinariamente su consecución y no garantiza, como vengo señalando, la mejora del sistema actual.

Recordemos que la democracia, singularmente, el sistema constitucional democrático tuvo en su origen y mantiene como objetivo principal la garantía de la libertad; libertad que se ha adjetivado en una pluralidad de derechos y libertades que, de manera secuencial, han ido aumentando y transformándose a la par que se transformaban los sucesivos modelos de Estado de Derecho¹⁵. En el sistema constitucional democrático, como señala F. Balaguer, «democracia y derechos mantienen una relación de recíproca dependencia, de tal manera que no es posible hablar de democracia sin derechos ni podemos garantizar la viabilidad de un sistema de derechos fundamentales sin la existencia de condiciones democráticas»¹⁶. Señala igualmente el Prof. Balaguer que actualmente se desarrolla «un derecho constitucional de la integración supranacional que está generando nuevas condiciones a las que se somete hoy, en diversa medida —dependiendo de la también diferente incidencia de ese derecho constitucional supranacional— la relación entre democracia y derechos»¹⁷. En los niveles supranacional e internacional, la «simetría entre democracia y derechos se rompe en parte por la ausencia de un espacio pluralista en el que se articule el juego entre mayorías y minorías»¹⁸. Estas diferencias resultan esenciales para la construcción de un espacio único de derechos en Europa y justifican que no haya sido posible lograrlo hasta el momento. Así, pues, nos encontramos con diferencias en estos niveles difícilmente superables; diferencias que están en el propio origen de cada uno de esos niveles y traen causa en los objetivos que animaron su creación. Efectivamente, no es lo mismo «una protección exclusivamente jurisdiccional, basada en un contexto ordinamental limitado tan sólo al instrumento internacional de protección (CEDH) en el que no hay posibilidad de interacción con un legislador democrático, que un contexto en el que esa interacción se produzca, aunque de manera incipiente respecto de la democracia pluralista (UE). Tampoco es irrelevante, desde esa perspectiva, que la función de los tribunales sea el control de la mayoría gobernante o que el contexto ordinamental e institucional sea distinto justamente por la inexistencia de una democracia pluralista (UE)»¹⁹.

Por un lado, no es fácil comprender ni el origen ni la evolución del Consejo de Europa ni de las originarias Comunidades sin vincular su nacimiento a las devastadoras consecuencias de la Segunda Guerra Mundial y al acuerdo político de los

¹⁵ Me he referido en trabajos anteriores a las generaciones de derechos y a su relación con los modelos de Estado. Por todo, *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 34-41.

¹⁶ BALAGUER, FRANCISCO, «I contesti ordinamentali della tutela multilivello dei diritti», *La cittadinanza europea* 2/2023, pp.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

países más severamente afectados por el desastre bélico de unir esfuerzos, por un lado, en pro de la unidad de los pueblos de Europa en torno a un catálogo mínimo de derechos y libertades y, por otro lado, a una integración económica que asegurara la cohesión de los Estados, objetivos de naturaleza política que se canalizaron respectivamente con la creación del Consejo de Europa y de las Comunidades Europeas²⁰. En lo que respecta a la protección de derechos, el proyecto culminó con la creación el 5 de mayo de 1949 del Consejo de Europa²¹ y la posterior aprobación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio de Roma), al que han seguido dieciséis Protocolos Adicionales que lo completaron y modificaron, aunque no todos ellos fueron ratificados por la totalidad de los Estados²² ni, actualmente, están todos ellos vigentes. Las Comunidades iniciaron su andadura en torno a los grandes sectores económicos para la reconstrucción: el carbón y el acero, la energía atómica y el mercado común europeo²³. La incorporación inicial de las cuatro libertades originarias: libertad de circulación, de mercancías, de trabajadores, de capitales y de circulación de servicios representaba claramente el objetivo económico perseguido. Es cierto,

²⁰ La declaración del ministro francés de Asuntos Exteriores, R. Schuman, realizada el 9 de mayo de 1950, abrió la puerta a la creación de las iniciales Comunidades Europeas. Su propuesta de poner bajo una autoridad común en una Organización internacional, abierta a otros Estados, la producción franco-alemana del carbón y del acero fue aceptada por Alemania, Bélgica, Italia, Luxemburgo y Países Bajos dando lugar a la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (C.E.C.A.), por el Tratado de París, el 18 de abril de 1951. Los Tratados de Roma, firmados en 1957, establecieron la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), que décadas después dejarían paso a la actual Unión Europea. Sobre el nacimiento y evolución de las Comunidades puede consultarse mi trabajo: *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 67-80.

²¹ Las conclusiones del Congreso de La Haya, celebrado entre el 7 y el 10 de mayo de 1948, animaron al gobierno francés, apoyado por el gobierno belga, a auspiciar una Conferencia preparatoria. Con la renuencia de Gran Bretaña se creó un Comité para el estudio de la unidad europea, compuesto de dieciocho miembros de los cinco países integrantes del *Tratado de Bruselas* (Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Francia y Gran Bretaña) que, en enero de 1949 y a la luz de los informes de dicho Comité, decidieron crear el *Consejo de Europa*, lo que se llevó a cabo con la firma del Tratado de Londres, el 5 de mayo de 1949, por los cinco países del Pacto de Bruselas más Dinamarca, Irlanda, Italia, Noruega y Suecia. Sobre el nacimiento y evolución del Consejo de Europa puede consultarse mi trabajo: *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 122-128.

²² España inició el proceso de incorporación al CEDH antes de aprobarse la Constitución de 1978 y con el solo aval del inicio de su proceso de elaboración. Nuestro país ingresó el 24 de noviembre de 1977 en el Consejo de Europa y ratificó el Convenio de Roma en 1979 (BOE, núm. 243, de 10 de octubre), que había entrado en vigor en el 3 de septiembre de 1953. En lo que se refiere a la incorporación a las Comunidades Europeas, España solicitó la adhesión el 26 de julio de 1977 que se formalizó el 12 de junio de 1985, con la firma del Tratado de Adhesión y la integración efectiva con efectos del 1 de enero de 1986.

²³ Me he referido al nacimiento y evolución de CECA (1951), EURATOM (1957) y CEE (1957) en trabajos anteriores. Puede consultarse: *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 67 y sigs.

sin embargo, que también se recogieron principios esenciales como el imperio del Derecho, a través del establecimiento del Tribunal de Justicia, y el principio de democracia, mediante la creación de la Asamblea y, sobre todo, la prohibición de discriminación en relación con la nacionalidad y el sexo (arts. 119 y 120 del Tratado de Roma). Con todo, la ausencia de un catálogo inicial de derechos no puede imputarse a un olvido²⁴, sino que es más bien producto del contexto histórico que buscaba, como ya se ha indicado, objetivos de naturaleza económica, ya que con la creación del Consejo de Europa y la aprobación del Convenio Europeo se cubría el importante aspecto de la tutela de los derechos. Este inicial reparto extraoficial de competencias, entre el Consejo de Europa y las entonces Comunidades, se mantuvo durante algo más de dos décadas hasta que progresivamente tomo fuerza la tesis en el seno de la Comunidad Económica que el logro de mayores avances económicos no podría conseguirse sin caminar paralelamente hacia una unión política²⁵, a la creación, en suma, de una *Europa de los ciudadanos*. Comenzaron entonces las iniciativas para incorporar los derechos a la Comunidad, iniciativas que se desplegaron en torno a dos tesis que se han mantenido hasta el día de hoy: a) la vinculación material y formal de la Comunidad Económica al Convenio Europeo de Derechos Humanos, tesis hoy plasmada en el mencionado artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea que establece la obligación de incorporación de la UE al Convenio; y b) la tesis de que la Unión debía adoptar un catálogo propio de derechos, lo cual se consiguió con la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales²⁶,

²⁴ PÉREZ VERA, E.: «El Tratado de la Unión Europea y los Derechos Humanos», en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, n.º 2 (1993), pág. 460, y «La protección d'humanite en droit international», en VV.AA.: *La protection internationale des droits de l'homme*, Bruxelles, Editions de l'Université, 1977.

²⁵ DUPARC, C.: *La Comunidad Europea y los Derechos Humanos*, Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1993, p. 11.

²⁶ El Consejo Europeo de Colonia, el 3 y el 4 de junio de 1999, adoptó una Decisión del Consejo (anexo IV, Conclusiones de la Presidencia), relativa a la elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ya que, como se afirmó en la citada Decisión, la evolución de la Unión exigía la redacción de una Carta de Derechos Fundamentales que permitiera poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance. Todas estas previsiones se cumplieron y el Consejo Europeo de Tampere, de 10 y 11 noviembre de 1999, acordó la composición del órgano que debía elaborar el proyecto de Carta. Este órgano —la Convención— se reunió en sesión constitutiva el 17 de diciembre de 1999 y posteriormente de forma regular en las sedes del Parlamento y del Consejo hasta la culminación de sus trabajos. La Convención presentó ante el Consejo Europeo de Biarritz los días 13 y 14 de octubre el proyecto de Carta de Derechos Fundamentales que se había elaborado durante los diez primeros meses de ese año 2000, aunque se acordó posponer su proclamación hasta el siguiente Consejo Europeo, el de Niza, el 7 de diciembre de 2000, donde la Carta de Derechos Fundamentales fue proclamada aunque no fue incorporada, con fuerza jurídica vinculante, a los Tratados ni al Derecho de la Unión hasta la adopción del Tratado de Lisboa en 2009; sin embargo, el Parlamento sí adoptó la decisión de que la Carta tuviera aplicación en el ámbito interno del propio Parlamento.

considerándose que debía darse una definitiva solución al reconocimiento y tutela de un elenco propio de derechos y libertades en el seno de la Unión Europea. Las dos corrientes que durante décadas han defendido tesis contrapuestas respecto al sistema de incorporación de los derechos a la UE (adhesión al Convenio Europeo o catálogo propio) se encuentran actualmente recogidas en el TUE (art. 6.2) y en el Derecho de la Unión, con la incorporación al mismo de la Carta, con el mismo nivel jurídico que los Tratados.

Este breve bosquejo confirma la dificultad actual de lograr el mandato de adhesión del artículo 6 TUE, que solo contempla una de las teorías, es decir, que el Convenio Europeo sea la referencia en materia de derechos en la Unión. Pero eso ya no es posible, los Tratados, la Carta y el Derecho derivado han consolidado un verdadero sistema de derechos propio de la Unión, defendido, además, por el principio de primacía. Sistema de derechos insuficiente, sin duda, sobre todo por la ausencia de un procedimiento específico de tutela ante el Tribunal de Justicia, pero irreversible. Un Tribunal de Justicia que, con todo, ha sido garante de los derechos en el ámbito de la Unión, aunque lo haya llevado a cabo, como era exigido, en el estricto marco de los principios del Derecho de la Unión.

De un somero análisis del catálogo de derechos contenidos en el Convenio Europeo y de los derechos reconocidos en la actual Unión Europea, en los Tratados, en la Carta que los codifica y en el Derecho derivado, se desprende la dificultad de que el Convenio Europeo, integrado principalmente por derechos civiles y políticos de primera y segunda generación, sea la referencia última en materia de derechos en la Unión, donde su propio ordenamiento incorpora también derechos de tercera y cuarta generación, derechos absolutamente necesarios para afrontar los innumerables retos de la globalización y la digitalización. Por otro lado, la concurrencia de ambos catálogos y sistemas, dentro del propio ordenamiento de la Unión Europea, que sería una de las consecuencias de la adhesión prevista en el artículo 6.2 TUE, presenta problemas procedimentales de extraordinario calado, muchos de los cuales ya fueron puestos de manifiesto por el Tribunal de Justicia en su Dictamen 2/2013. Lo mismo sucede en la comparación entre el catálogo de derechos del Convenio Europeo y los catálogos constitucionales y, sobre todo, el desarrollo que estos derechos tienen en los respectivos ordenamientos democráticos de los Estados europeos. Desarrollo que es fruto de los propios sistemas democráticos pluralistas que muestran las legítimas opciones legislativas producto de ese pluralismo político²⁷. La interpretación del TEDH, como *ultima ratio*, puede llegar a anular el ámbito de discrecionalidad legislativa que, en el marco de cada Constitución, le está reconocida al legislador nacional, incluso en derechos que

²⁷ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, «I contesti ordinamentali della tutela multilivello dei diritti», ob. cit, pp

tienen un reconocimiento expreso en el ordenamiento nacional y que son tutelados indirectamente a través del Convenio, por la ausencia de regulación expresa (son ejemplo de ello, la incidencia de la IA en los derechos, pero también asuntos relativos a derechos sociales de gran importancia actual, como la vivienda, el trabajo o el consumo)²⁸. Precisamente, el respeto a este ámbito nacional está en la base misma del reconocimiento del margen de apreciación que puede aplicar el Tribunal Europeo, lo cual abunda en la tesis de que el Convenio Europeo fue creado para desenvolverse en el ámbito de la protección internacional y no en el ámbito de la protección constitucional.

De igual manera, el procedimiento de tutela ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es disímil de la tutela que realiza el Tribunal de Justicia. Estas diferencias derivan tanto de los diferentes catálogos de derechos que aplica cada Tribunal como de los procedimientos establecidos en cada caso. La configuración del catálogo de derechos del Convenio Europeo y el margen de apreciación nacional²⁹ singularizan la labor jurisdiccional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y lo vinculan a su objetivo originario: establecer un catálogo de derechos básicos que puedan ser respetados por diferentes Estados con diferentes ordenamientos. Es un fenómeno reciente que veamos en el Convenio y en el TEDH el referente «último» y, para algunos, el referente «único» del sistema multinivel de derechos. Este fenómeno es de naturaleza política, no jurídica. Ni el convenio ni la doctrina del Tribunal están llamados a esta función y sí a continuar la inmensurable labor realizada hasta ahora. Sin embargo, el Consejo de Europa no parece renunciar a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos asuma nuevas competencias ni a que su jurisprudencia sea la *ultima ratio*. A este objetivo debe vincularse la adopción del Protocolo n.º 16, al que nos referimos en el epígrafe siguiente.

III. El protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos

Como es conocido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tenía ya reconocida una competencia de naturaleza consultiva en los artículos 47, 48 y 49

²⁸ Aunque la Carta Social Europea sí recoge derechos de tercera generación, no tiene la protección jurisdiccional del TEDH, por lo que tiene una incidencia menor en el problema que estamos describiendo.

²⁹ Como es conocido, el denominado «margen de apreciación nacional» es de creación jurisprudencial y aparece en los casos *Handyside* (1976) y *Sunday Times* (1979) contra el Reino Unido. Se incorporó al Preámbulo del Convenio Europeo por el artículo 1 del Protocolo N.º 15. El margen de apreciación («the breadth of deference») de los Estados en un caso concreto, representa la renuncia a aplicar el Convenio en favor de la norma nacional.

del CEDH, función de consulta que puede ser instada por el Consejo de Ministros, al menos, por mayoría de sus miembros y que debe referirse a cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos, pero que no puede afectar ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el Título I del Convenio y a sus Protocolos, ni sobre las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultas de la presentación de un recurso previsto por el Convenio (art. 47 CEDH). Conforme a esta competencia consultiva el Tribunal puede determinar si la solicitud consultiva presentada es de su competencia, atendido el contenido del mencionado artículo 47. Si el Tribunal considera procedente la solicitud emitirá una opinión motivada que podrá adoptarse por unanimidad o por mayoría. En este último caso, los jueces pueden formular una opinión separada. La opinión del Tribunal se comunica al Comité de Ministros, que había elevado la solicitud de consulta. En suma, la opinión consultiva incorporada al Convenio articulaba un diálogo entre el Comité del Ministros y el Tribunal y, lo que resulta de mayor interés, no podía afectar al núcleo interpretativo del Tribunal en cuanto al alcance y extensión de los derechos contenidos en el Convenio (arts. 1-18).

El Protocolo 16 regula una nueva competencia consultiva del Tribunal Europeo de naturaleza radicalmente distinta. Destacaremos algunas notas distintivas del Protocolo con relación a las preguntas iniciales de estas páginas³⁰. Es decir, si el Protocolo 16 responde a la tesis de avanzar para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se constituya en el Tribunal último de un sistema de derechos europeo único.

³⁰ Como se ha indicado anteriormente, no es objeto de este trabajo analizar el contenido del Protocolo en todos sus aspectos, sino vincular su adopción en la evolución político-jurídica del Convenio y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sobre el Protocolo N.º 16 pueden consultarse, entre otros: CACHO SÁNCHEZ, Yaelle, «Últimos desarrollos en el marco de la competencia consultiva: el Protocolo N.º 16 y el art. 29 del Convenio de Oviedo en la Práctica reciente», en *Revista General de Derecho Europeo* 56 (2022); HINOJOSO ROJAS, Manuel, «El Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Anuario español de derecho internacional*, vol. 34, 2018; «Se inicia el diálogo entre las jurisdicciones nacionales de más alta instancia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista General de Derecho Europeo* 52 (2020); MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, «Las opiniones consultivas del TEDH. Una idea no del todo convincente. Notas sobre el Protocolo 16 al CEDH», en *Revista General de Derecho Europeo* 54 (2021); PASTOR PALOMAR, Nuria, «La entrada en vigor del Protocolo número 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Revista General de Derecho Europeo* 47 (2019); ROMBOLI, Silvia, «El rol del Protocolo n. 16 al CEDH en el dialogo entre Tribunales para una protección de los derechos más uniforme. Reflexiones al hilo de sus características y de la propuesta italiana de ratificación», en *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, Vol. II, Derechos Fundamentales, CEPC/BOE, 2020, pp. 41-62; TOMAS MALLÉN, Beatriz, «La efectividad del Protocolo N.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y su potencial impacto constitucional en España», en *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, vol. 70/1, enero-junio, 2022.

1. OBJETIVOS Y ELABORACIÓN DEL PROTOCOLO 16: DEL GRUPO DE SABIOS A LA RATIFICACIÓN POR LOS ESTADOS

Como se ha señalado, el Protocolo 16 incorpora una nueva y muy diferente función consultiva. La propuesta de ampliar la competencia del TEDH para emitir dictámenes consultivos de característica diferentes a las reguladas en los citados artículos 47 a 49 del Convenio estaba contenida en el informe al Comité de Ministros del denominado *Grupo de Sabios*³¹, creado en el Plan de Acción adoptado en la Tercera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa (Varsovia, 16-17 de mayo de 2005). Al Grupo se le encargó que analizara la eficacia a largo plazo del mecanismo de control del CEDH, incluidos los efectos iniciales del Protocolo 14, por el que se modifica el mecanismo de control del Convenio (13 de mayo de 2004) y las demás decisiones adoptadas en mayo de 2004 y que presentara propuestas que fueran más allá de las medidas ya implementadas, preservando al mismo tiempo la filosofía básica en que se basaba la Convención³².

En su Informe³³, el Grupo de Sabios concluyó que podría reforzarse la eficacia de dicho control creando una nueva competencia consultiva del TEDH, en virtud del cual «los tribunales nacionales pudieran solicitar al Tribunal dictámenes consultivos sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus protocolos», a fin —y esto es relevante— de fomentar el diálogo entre los tribunales y reforzar el papel «constitucional» del TEDH. Efectivamente, el Grupo señala que el derecho al recurso individual (arts. 34 y 35 CEDH) es el rasgo más distintivo del mecanismo de control del Convenio (apdo. 23 del Informe) y que este «mecanismo de protección confiere al Tribunal al mismo tiempo una función de control individual y una misión constitucional» (*constitutional mission*)³⁴. El control individual consiste en verificar la conformidad con el Conve-

³¹ Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers of the 979bis Meeting, 15 de noviembre de 2006, doc. CM(2006)203.

³² El Grupo de Sabios se creó en el otoño de 2005 y elaboró un informe provisional que fue presentado por su Presidente al Comité de Ministros el 19 de mayo de 2006 en el contexto del 116º período de sesiones ministerial (documento CM (2006)88). Los ministros tomaron nota del contenido de este informe provisional y pidieron al Grupo que prosiguiera sus esfuerzos para presentarles un informe definitivo antes de finales de 2006. Como se ha indicado, el 15 de noviembre de 2006, el Comité de Ministros recibió el informe del Grupo de Sabios, que fue presentado a los diputados en su 984ª reunión (17 de enero de 2007) por el Presidente del Grupo Gil Carlos Rodríguez Iglesias, de España.

³³ https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7893. Última consulta: 21 de enero de 2024.

³⁴ Sobre los aspectos constitucionales del CEDH puede consultarse, entre otros, GARCÍA ROCA, Javier, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

nio de cualquier injerencia de un Estado en los derechos y libertades individuales y en formular constataciones sobre cualquier violación por parte del Estado demandado; mientras que la misión constitucional lleva al TEDH a establecer principios y normas comunes en materia de derechos humanos y a determinar el nivel mínimo de protección que deben respetar los Estados (apdo. 24 del Informe). Recoge así el Grupo la extendida idea de que la labor del TEDH ha superado el ámbito estricto del Derecho internacional para implicarse activamente en la definición del alcance de los derechos «constitucionales». Aunque siga hablándose del establecimiento de un estándar mínimo de los derechos protegidos, en realidad las sentencias del Tribunal, principalmente, en las últimas décadas, representan el «estándar» aplicable a cada caso concreto, no tanto un estándar mínimo de carácter general.

De otra parte, el Grupo reconoce en su Informe que la credibilidad del sistema de protección establecido en el CEDH depende en gran medida de la ejecución íntegra de las sentencias del Tribunal, mediante la cual se refuerza el prestigio del Tribunal y la eficacia de su acción y tiene también el efecto de limitar el número de demandas que se le presentan (apdo. 25 del Informe). El incremento de asuntos recibidos y las dificultades para tramitarlos era uno de los puntos sobre los que el Grupo de Sabios debía pronunciarse y proponer medidas ante el peligro cierto de que el mecanismo de protección colapsara. El informe señala que la tendencia se ha agravado desde la entrada en vigor del Protocolo n.º 11 y la supresión de la Comisión Europea de Derechos Humanos³⁵. En lo que a estas páginas interesa, debe destacarse la denuncia que contiene el Informe sobre este problema de saturación del TEDH, hasta el punto de que se demanda que se acepten las medidas que se proponen en el Informe (entre ellas la creación de la nueva función consultiva) para permitir al «Tribunal concentrarse en su función de guardián de los derechos humanos, liberándolo de todo un conjunto de litigios que le suponen una carga innecesaria» de forma que pueda cumplir con su misión de «controlar el respeto de los derechos humanos por parte de los Estados» (apdo. 36 del Informe) y establecer las normas de conducta necesarias para cumplir con el Convenio (apdo. 37 del Informe). Como a continuación se indica, este último aspecto, será también esgrimido para la defensa del nuevo sistema de función consultiva en la medida en la que la resolución de una previa opinión consultiva evitaría litigios posteriores.

Antes de decantarse por la propuesta de una nueva función consultiva, el Grupo rechazó otras posibilidades como la de crear «tribunales regionales de pri-

³⁵ El Grupo señala en su informe que más del 90% de los asuntos presentados ante el Tribunal son declarados inadmisibles. A finales de septiembre de 2006, había 89.000 asuntos pendientes ante el Tribunal, de los que 24.650 comunicaciones individuales estaban pendientes de «regularización» como demandas (apdo. 27 del Informe).

mera instancia», al considerar que podría generar divergencias en la jurisprudencia, problemas de procedimiento y elevar los costes. También rechazó la posibilidad de reconocer al TEDH un poder discrecional para decidir sobre la admisión o no de los asuntos (sistema análogo al procedimiento de *certiorari* del Tribunal Supremo de USA y, con los necesarios matices, del sistema del Tribunal español sobre la admisión de los amparos), por considerar que resultaría ajeno a la filosofía del sistema de protección establecido en el Convenio³⁶.

Para abordar los problemas que el Grupo de Sabios detecta en su informe respecto al funcionamiento del Tribunal, se proponen diversas medidas que se refieren a la estructura y modificación del mecanismo judicial, a las relaciones entre el Tribunal y los Estados Parte en el Convenio, a los medios alternativos (no judiciales) o complementarios de resolución de litigios y al estatuto institucional del Tribunal y de los jueces³⁷. De estas medidas, nos interesa destacar la que se refiere a la «Formas de cooperación entre el Tribunal y los órganos jurisdiccionales nacionales-Opiniones consultivas», en la cual se dibuja el nuevo mecanismo de consulta.

El Grupo estudió la posibilidad de institucionalizar los vínculos entre el Tribunal y los más altos órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y debatió la introducción de un mecanismo de remisión prejudicial siguiendo el modelo del existente en la Unión Europea. Sin embargo, el Grupo rechazó esta posibilidad porque entendió que el «mecanismo prejudicial representa un modelo alternativo al control judicial establecido por el Convenio, que exige el agotamiento de los recursos internos» y que la «combinación de ambos sistemas crearía importantes problemas jurídicos y prácticos y aumentaría considerablemente la carga de trabajo del Tribunal» (apdo. 80 del Informe), pero sí consideró de utilidad «introducir un sistema en virtud del cual los tribunales nacionales pudieran solicitar al Tribunal opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus protocolos», lo cual representaría a juicio del Grupo de Sabios una innovación que favorecería el diálogo entre los tribunales y reforzaría el papel «constitucional» del Tribunal (apdo. 81 del Informe).

³⁶ Aunque no es objeto de estas páginas, el Informe contiene propuestas de diferente alcance como la creación de un Comité Judicial, que desempeñaría, en particular, funciones que, en virtud del Protocolo n.º 14, se atribuyen a los comités de tres jueces y a los jueces únicos.

³⁷ Estas medidas se ordenan en el Informe en diez epígrafes: 1. Mayor flexibilidad del procedimiento de reforma del aparato judicial; 2. Establecimiento de un nuevo mecanismo de filtro judicial; 3. Potenciación de la autoridad de la jurisprudencia del Tribunal en los Estados parte; 4. Formas de cooperación entre el Tribunal y los órganos jurisdiccionales nacionales — Opiniones consultivas; 5. Mejora de los recursos internos para reparar las violaciones del Convenio; 6. La concesión de una satisfacción equitativa; 7. El procedimiento de «sentencia» piloto; 8. Los acuerdos amistosos y la mediación; 9. Ampliación de las funciones del Comisario de Derechos Humanos; 10. La dimensión institucional del mecanismo de control.

El Informe estableció una serie de pautas que se han visto reflejadas en el contenido del Protocolo n.º 16 y que podemos sintetizar en las siguientes:

- Carácter facultativo de la solicitud de los órganos jurisdiccionales nacionales y los dictámenes del Tribunal no vinculantes.
- Reglas específicas y diferentes para esta opinión consultiva del TEDH respecto de la consulta regulada en los artículos 47-49 del Convenio.
- Ampliación del ámbito material de la consulta respecto de la regulada en los citados artículos 47 a 49 del CEDH, eliminando la restricción contenida en el artículo 47.2³⁸.
- Ampliación de las posibilidades de consulta de los Estados Parte de forma que puedan presentar al TEDH observaciones sobre las cuestiones jurídicas respecto de las cuales se solicite un dictamen.
- Establecimiento de condiciones muy estrictas para evitar que una proliferación de solicitudes de dictamen pueda colapsar el funcionamiento del Tribunal, teniendo en cuenta que las solicitudes de dictamen y las observaciones de los Estados miembros deberán ser traducidas. Por otro lado, la resolución de estas solicitudes consultivas no debería representar la actividad principal del Tribunal, que seguiría centrada en la emisión de sentencias.

Tras el Informe del Grupo de Sabios, la Conferencia de Alto Nivel de Esmirna sobre el futuro del Tribunal (26 y 27 de abril de 2011), en su Declaración final, « [invitó] al Comité de Ministros a reflexionar sobre la conveniencia de introducir un procedimiento que permita a los más altos tribunales nacionales solicitar al Tribunal opiniones consultivas sobre la interpretación y aplicación del Convenio que contribuyan a aclarar las disposiciones del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal, proporcionando así una mayor orientación con el fin de ayudar a los Estados Partes a evitar futuras violaciones». El Comité de Ministros asumió el encargo de elaborar un protocolo facultativo al Convenio y a adoptarlo. En su sesión 122ª el Comité de Ministros (23 de mayo de 2012) encargó al Comité Director de Derechos Humanos (CDDH) la redacción del texto que se elaboró durante dos reuniones de un Grupo de Redacción de composición restringida, pero en cuyos debates se tuvo en cuenta la opinión del TEDH (Documento de reflexión sobre la propuesta de ampliar la competencia consultiva del Tribunal), antes de ser examinado por el Comité plenario de expertos sobre la reforma del

³⁸ El art. 47.2 establece: *Estas opiniones no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el Título I del Convenio y de sus Protocolos, ni sobre las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto por el Convenio.*

Tribunal (DH-GDR), tras lo cual el proyecto fue examinado de nuevo y aprobado por el CDDH en su 77.^a reunión (22 de marzo de 2013) para su presentación al Comité de Ministros. También la Asamblea Parlamentaria, a invitación del Comité de Ministros, fue escuchada a través de su Opinión n.º 285 (2013) sobre el proyecto de Protocolo el 28 de junio de 2013³⁹.

Finalmente, en su 1176.^a reunión, los Delegados de los Ministros examinaron el texto elaborado y acordaron adoptarlo como proyecto de Protocolo n.º 16 del Convenio, tomando nota de la elaboración también de un documento explicativo del mismo. El 2 de octubre de 2013, el Protocolo 16 fue abierto a la firma de los Estados Parte en el CEDH. Veinticinco Estados lo han firmado, veintidós de los cuales lo han ratificado también⁴⁰. El Protocolo n.º 16 entró en vigor el 1 de agosto de 2018 cuando, al menos diez Estados, lo ratificaron, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del propio Protocolo. El número de Estados que han ratificado el Protocolo n.º 16 (22 Estados) representan casi el 50% de los Estados miembros del Consejo (46 Estados), pero debe destacarse que entre los que no han ratificado dicho Protocolo se encuentran Estados como Austria, Dinamarca, Alemania, Irlanda, Italia, Noruega, Portugal, España, Suecia, Suiza y Reino Unido, lo cual podría significar que la nueva opinión consultiva presenta problemas para insertarse en los ordenamientos internos de algunos Estados, tal y como se defiende en estas páginas.

2. ALCANCE POLÍTICO V. ALCANCE CONSTITUCIONAL DEL PROTOCOLO N.º 16

Como se puso de manifiesto en el Informe del grupo de Sabios, la creación de esta opinión consultiva tenía, entre otros objetivos, disminuir la litigiosidad ante el TEDH, ya que se defendió que las opiniones consultivas, de tramitación mucho menos exigente que la de un litigio completo, resueltas por el Tribunal fijarían criterios homogéneos y estables que disminuirían la propensión al litigio⁴¹.

³⁹ En esta Opinión favorable, la Asamblea Parlamentaria, destaca que: «probablemente» el nuevo mecanismo de consulta pueda fortalecer el vínculo entre el Tribunal y los tribunales superiores de los Estados mediante un diálogo judicial que facilite la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal por los tribunales nacionales y que el nuevo sistema ayudará a un tránsito entre la relación *ex post* a una relación *ex ante*, entre el Tribunal y los tribunales de los Estados Parte que favorecerá la interpretación de las disposiciones de la Convención en el foro interno, salvando —a largo plazo— los valiosos recursos del Tribunal, ya que permitirá la resolución más rápida de casos similares en el plano nacional y también reforzará el principio de subsidiariedad.

⁴⁰ Última consulta el 30 de enero de 2024: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyid=214>.

⁴¹ MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel «Las opiniones consultivas del TEDH. Una idea no del todo convincente. Notas sobre el protocolo 15 al CEDH», *Revista General de Derecho Europeo* 54 (2021), p. 218.

Como puede desprenderse de las opiniones vertidas en los diferentes documentos para la elaboración del Protocolo 16, a los que resumidamente se ha hecho referencia en el epígrafe anterior, la idea central primigenia era la de crear un mecanismo igual a la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Solo el estudio realizado por el grupo de Sabios que supo detectar los problemas de procedimiento que podrían derivarse de la implantación de una cuestión prejudicial ante el TEDH, modificó el sentido de la propuesta hacia un mecanismo alternativo que, pretendiendo lo mismo, pudiera sin embargo encajar mejor en el sistema jurisdiccional del TEDH. Ello no podía lograrse sin perder algunas de las características propias de la cuestión prejudicial, entre ellas, y de manera muy significativa, la obligatoriedad de elevar la cuestión prejudicial cuando el órgano jurisdiccional nacional aprecie posible colisión con el Derecho de la Unión y la igual obligación de cumplir estrictamente con la decisión del TJUE.

Ninguno de los anteriores aspectos está incluido en la nueva función consultiva del TEDH, que puede ser presentada por los órganos jurisdiccionales de «mayor rango» que haya designado el Estado, con carácter facultativo, sobre «cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos», en el marco de un asunto del que esté conociendo. La petición debe ser motivada y debe «proporcionar los elementos jurídicos y fácticos pertinentes del asunto» al que se refiera la petición (art. 1 del Protocolo) y las resoluciones del TEDH no son vinculantes para el órgano jurisdiccional solicitante.

En todo caso, de los documentos citados se desprenden una serie de notas que muestran los objetivos políticos en la reforma del TEDH. La propia propensión del Tribunal a constituirse en Tribunal «último» del sistema de derechos en Europa le ha llevado a una sobrecarga de trabajo que es puesta de manifiesto en los trabajos preparatorios del Protocolo 16. Pero esta aspiración choca con elementos relevantes que lo dificultan extraordinariamente. Como ya pusimos de manifiesto, el primero de estos elementos es el propio contenido del Convenio, recordemos que se trata de un catálogo básicos de derechos civiles y políticos de primera y segunda generación al que se han incorporado el derecho de propiedad (art. 1 del PA) y el derecho a la instrucción (art. 2 PA) junto a ellos se incluyó también en este Protocolo Adicional el compromiso de los Estados Parte de organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con voto secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo, que vino a reconocer el derecho de participación política en su vertiente de derecho de sufragio activo.

El segundo elemento que se enfrenta a la aspiración de TEDH como tribunal último, es el propio sistema de enjuiciamiento del Tribunal que deriva, solo en parte, de la regulación contenida en el Convenio. La primera cuestión alude al

principio de subsidiariedad que, como es conocido, no figuraba en la redacción original del Convenio Europeo en 1950 y que es de creación jurisprudencial (caso lingüístico belga, 1968, y Handyside, 1976). Su incorporación formal al Preámbulo del Convenio se produjo a través del Protocolo n.º 15, junto con el margen de apreciación de los Estados, al que se hizo referencia anteriormente.

Una primera opinión sobre el principio de subsidiariedad nos podría llevar a afirmar que se trata de un límite a la actuación del TEDH que solo actuaría cuando se hubieran agotado las vías nacionales (art. 35.1 CEDH) y, en ese sentido, su incorporación al Preámbulo del Convenio habría significado una «autolimitación» del propio Convenio y de su Tribunal. Además, a este principio de subsidiariedad se une el reconocimiento por parte del Tribunal del margen de apreciación de los Estados, en casos concretos. Así, pues, de una lectura conjunta de ambos elementos, podríamos concluir que el mandato al TEDH es precisamente la de no ser un Tribunal último en el sistema europeo, ni disputar a los tribunales constitucionales de los Estados su criterio interpretativo, sino volver a sus orígenes y ser el Tribunal de garantía del Convenio que, en 1950, era el catálogo de derechos último y, en la práctica único, cosa que ya no sucede. La evolución de los sistemas constitucionales democráticos en Europa y, sobre todo, la extensión y profundización de la Unión Europea han incluido nuevos agentes. La misión del TEDH no es sustituir a uno u otros sino articular un estándar mínimo en el que debería tomar en consideración el estándar nacional y el estándar de la Unión. Sin duda, los Estados Parte se comprometen al cumplimiento del Convenio y a que los derechos en él contenidos sean respetados en sus correspondientes ámbitos territoriales, lo cual puede implicar una acción legislativa⁴², pero ello no implica necesariamente la extensión de la actividad interpretadora del TEDH a misiones «constitucionales».

Así, pues, en un análisis político nos encontramos con una evolución del Tribunal, guiada por reformas en el Convenio y por su propia interpretación que le alejan de su originaria misión pero que no le dotan de los instrumentos necesarios para desempeñar un papel diferente al que animó su creación.

3. INCIDENCIA DEL PROTOCOLO N.º 16 EN LA RELACIÓN ENTRE LOS TRIBUNALES DE LOS ESTADOS, EL TJUE Y EL TEDH

Además, de lo ya señalado anteriormente, la incorporación este nuevo mecanismo consultivo no deja de generar preocupación en lo que respecta a las relacio-

⁴² LÓPEZ GUERRA, LUIS, «Subsidiariedad y sistema multinivel», Doc. Del TEDH. Accesible en: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20150522_OV_Lopez_Guerra_Madrid, 2015, p. 4.

nes entre el TEDH y los tribunales de los Estados que sean designados por estos como interlocutores válidos para solicitar una opinión consultiva regulada en el Protocolo n.º 16. Se han señalado los posibles conflictos de competencias entre los tribunales ordinarios y constitucionales y el TEDH y la compleja relación triangular entre los anteriores y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en el nivel supranacional. Se ha señalado igualmente el desplazamiento de los tribunales constitucionales, principales garantes de los derechos en los sistemas constitucionales posteriores a la segunda guerra mundial en favor de los tribunales internacionales y supranacionales⁴³, con resultado muy desiguales. De una parte, también se han señalado aspectos positivos del Protocolo n.º 16 en el sistema de protección multinivel y como instrumento para el diálogo judicial⁴⁴ y no se aprecian problemas respecto de la función de los tribunales internos en la medida en la que la opinión consultiva es facultativa para aquellos⁴⁵ y la resolución del TEDH no es vinculante. Sin embargo, no puede negarse que, si un tribunal nacional decide solicitar una opinión consultiva en el marco del caso que tenga que resolver, no podrá apartarse de la decisión que adopte el TEDH, puesto que ello dejaría expuesta su sentencia a la ulterior decisión del litigio que, con toda seguridad, interpondría la parte interesada. En consecuencia, resulta innegable que sería el TEDH el que determine la resolución del caso en la instancia nacional.

No es nueva en el ámbito del Consejo de Europa la idea de que la interpretación de los derechos no puede hacerse sino a través de la interrelación entre la protección nacional y la protección internacional. Pero de esta premisa se ha pasado a una preeminencia *de facto* de la interpretación internacional, protagonizada por el TEDH, y ello a pesar del principio de subsidiariedad que preside la aplicación del Convenio.

De otra parte, ya hemos señalado cómo esta función consultiva desarrollada en el Protocolo n.º 16 es la segunda opción del Grupo de Sabios, una vez que constataron la inconveniencia de establecer un mecanismo igual a la cuestión prejudicial que se sustancia ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se ha destacado acertadamente que una singularidad de la opinión consultiva del Protocolo n.º 16 es precisamente que se sustancia «entre tribunales», es decir, entre los tribunales superiores que los Estados designen y el TEDH⁴⁶, cuando «tradicio-

⁴³ DICOSOLA, Maria; FASONE, Cristina y SPIGNO, Irene, «The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System», *German Law Journal*, Vol. 16, No 06, p. 1395.

⁴⁴ TOMAS MALLÉN, Beatriz, «La efectividad del Protocolo N.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y su potencial impacto constitucional en España», ob. cit, p. 414.

⁴⁵ *Idem*, p. 415.

⁴⁶ Estas opiniones consultivas, pese a compartir denominación con las del Pacto de San José de Costa Rica, se diferencian en que mientras aquéllas se formulan en abstracto (art. 64.1 CADH), éstas

nalmente y como principio general la función consultiva de un tribunal internacional o, si se quiere, su competencia para emitir una opinión consultiva, se ha establecido para que un órgano político se dirija al tribunal pertinente solicitándole que este dé su parecer sobre una cuestión jurídica»⁴⁷. No solo se ha evitado establecer una verdadera cuestión prejudicial (acertadamente, porque los problemas procedimentales eran de gran calado como señaló el Grupo de Sabios en su Informe) sino que también se ha dado a este nuevo mecanismo una denominación que no es la propia, ya que este tipo de relaciones entre tribunales suele reconocerse en el Derecho internacional bajo la fórmula de «cuestión prejudicial», «recurso prejudicial», «reenvío prejudicial» u otras parecidas y de la que es buen exponente de la misma la que se da en la Unión Europea⁴⁸.

La tesis de que el TEDH sea tribunal último se ve reforzada, sin duda, por el Protocolo n.º 16 pero, como venimos defendiendo, también puede generar disfuncionalidades. La opinión consultiva está encaminada a conseguir una interpretación última por el TEDH, pero es facultativa para los órganos judiciales nacionales, por lo que no generará una doctrina uniforme en todos los casos y podría producir asimetrías⁴⁹. Hay que recordar que si Grupo de Sabios rechazó la posibilidad de incluir una consulta prejudicial similar a la que existe en el Derecho de la Unión Europea fue precisamente por considerar que rompería la filosofía de la protección del Convenio y del Tribunal Europeo.

Las implicaciones que la opinión consultiva puede tener en la protección de derechos por los tribunales constitucionales mediante los recursos de amparo merecen atención. Uno de los riesgos más evidentes es que, en sistemas como el español, el recurso de amparo de ser un «cauce accesible y efectivo de prestación de tutela, podría llegar a considerarse como un trámite preciso solo por excepción al efecto de agotar la vía judicial previa al acceso ante el TEDH» lo que podría llevar, a su vez, a que el Tribunal Constitucional fuera «interlocutor episódico del TEDH»⁵⁰. La cuestión es de tanto calado, que, como se ha señalado acertadamente, la «fun-

han de solicitarse de modo incidental, en el marco de un asunto del que esté conociendo el órgano jurisdiccional estatal (art. 1.2). SEVILLA DURO, Miguel Ángel, «El Protocolo núm. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: El diálogo entre tribunales para la configuración de un espacio europeo de derechos», *Anales de Derecho*. <http://revistas.um.es/analesderecho>.

⁴⁷ HINOJOSO ROJAS, Manuel, «El Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Anuario español de derecho internacional*, vol. 34, 2018, p. 683.

⁴⁸ *Idem*, 685.

⁴⁹ DICOSOLA, María; FASONE, Cristina y SPIGNO, Irene, «The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System», ob. cit., p. 1395.

⁵⁰ LÓPEZ CASTILLO, Antonio, «La confluencia entre tribunales constitucionales, TEDH y TJUE», ob. cit., p. 155.

ción de interlocución que, en tanto que garante último de los DDFE, por definición, corresponde al Tribunal Constitucional, debiera llevar a reconsiderar la cuestión en su integridad»⁵¹ que quedaría sustancialmente afectada por una posible ratificación del Protocolo n.º 16 por nuestro país. A ello se suma «el establecimiento de vías de revisión de sentencia firme (a partir de lo dispuesto en el artículo 5 bis LOPJ) en los diversos órdenes jurisdiccionales (arts. 510 *LEC*, 954 *LE-Crim*, 102 *LJCA*, 328 *LPM*), como consecuencia de la declaración de vulneración del CEDH mediante sentencia del TEDH, siempre que, por su naturaleza y gravedad, persistiesen efectos que no pudiesen cesar de otro modo, entonces, se entenderá aún mejor el grado de excentricidad en que puede llegar a situarse el TC, por lo que a la configuración del espacio europeo de los derechos fundamentales se refiere. Limitándose, en buena medida, a seguir la doctrina del TEDH a medida que le llegue en amparos que justifiquen su especial trascendencia constitucional»⁵². Situación poco deseable para una efectiva tutela de los derechos constitucionales.

4. FINAL

La incorporación de una nueva opinión consultiva a las funciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos refuerza, sin duda, sus competencias y permitirá también una mayor interrelación entre los tribunales nacionales y el TEDH, pero ello no se hará sin que los tribunales ordinarios de los Estados y, en su caso, el Tribunal Constitucional no deban adaptar su interpretación a la del Tribunal Europeo. Las relaciones entre el Tribunal de Justicia y el TEDH siguen pendientes del devenir de la previsión de adhesión de la UE al Convenio contemplada en el artículo 6.2 del TUE.

Se han señalado en estas páginas algunas dificultades para esta adaptación, en los términos en los que se derivarían de la aplicación del Protocolo n.º 16, entre ellos las diferencias radicales entre los contenidos de los catálogos de derechos de los Estados e incluso del Derecho de la Unión Europea y el catálogo del Convenio Europeo. Igualmente, hay diferencias esenciales entre la interpretación que realiza el Tribunal Europeo y la del Tribunal de Justicia. El primero, ante la necesidad de extender la aplicación del Convenio Europeo mucho más allá de los derechos en él reconocidos expresamente, parece más un legislador que un intérprete, mientras que la interpretación del Tribunal de Justicia y de los tribunales constitucionales, se ajustan al catálogo de derechos y a su desarrollo, ya sea por ley en los Estados o

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² *Ibidem.*

mediante el Derecho derivado en la UE. En ambos casos, disponen de un catálogo de derechos materialmente multinivel, en el sentido de que los derechos están reconocidos en las constituciones o en el Derecho primario y en la legislación de desarrollo o derecho derivado, lo que dibuja un marco más concreto al que los tribunales deben ajustarse. Por el contrario, el TEDH dispone de un margen mucho más amplio no solo para su interpretación sino para la definición del propio contenido de cada derecho reconocido en el Convenio.

Por último, se ha señalado también que la evolución de las competencias del TEDH y la propia interpretación de este no son ajenas a un objetivo político que es mantenerse y avanzar en su consideración como Tribunal último de un sistema europeo de derechos.

SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y PRESUPUESTO HABILITANTE DEL ESTADO DE ALARMA

JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS
Universidad de Granada

I. Introducción

Decía el juez Holmes que los casos difíciles hacen mal derecho. Hemos tenido ejemplos notorios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sin pretender exhaustividad, basta recordar las críticas a la incoherencia interna de la sentencia sobre la expropiación de Rumasa (STC 111/1983) o a la devaluación del Estatuto de Autonomía como fuente del Derecho en la STC 31/2010. La STC 148/2021, de 14 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados de Vox en relación al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, demuestra de forma palmaria que la apreciación del insigne jurista norteamericano era acertada. Ciertamente, el Tribunal Constitucional se enfrentaba a un caso difícil. Debía enjuiciar la respuesta dada por los poderes públicos a una crisis sanitaria cuya gravedad no parece necesario justificar, absolutamente inédita y para la que, como es obvio, no existían los instrumentos jurídicos precisos pues seguramente nadie pensaba que podía ocurrir una pandemia de esta magnitud. Sin embargo, a esa situación compleja responde el Tribunal con una sentencia deficiente, en la forma y en el fondo, como ponen de manifiesto los cinco votos particulares, mejor argumentados que la propia sentencia.

Cuando el objeto es complejo, y sometido al debate político, las sentencias del Tribunal Constitucional deben estar bien argumentadas en su fundamentación jurídico-constitucional y, a su vez, aplicar una cierta autocontención, evitando disquisiciones de política constitucional que no resulten precisas. La STC 148/2021 hace lo contrario. La *ratio decidendi* es somera, apodíctica y, en algunos

puntos, incongruente, como expondré a continuación. Pero, por el contrario, en un sorprendente fundamento jurídico final, el 11, se adentra en razonamientos de política constitucional, ajenos a la función constitucional que le compete, acaso como una suerte de *excusatio non petita* en relación al fallo.

Pero, más allá de la crítica a la técnica jurídica, lo trascendente es que la sentencia hace una interpretación de la limitación de derechos fundamentales y del presupuesto habilitante de los estados de excepción con consecuencias trascendentes tanto para el desarrollo constitucional como para la aplicación de medidas ante una catástrofe natural o humana que pueda producirse en el futuro. En concreto, los dos aspectos más criticables son la confusión entre la suspensión y la limitación de derechos como categorías jurídicas y, especialmente, la expansión del concepto de «grave alteración del orden público» que sostiene para poder presentar una crisis sanitaria derivada de una pandemia como presupuesto habilitante de la declaración del estado de excepción en España. El profesor Cámara ha dedicado buena parte de su actividad investigadora a los derechos fundamentales, hasta ser reconocido como uno de los mejores especialistas en España. Por ello, parecía importante llamar la atención en su *Liber Amicorum* sobre los efectos negativos que tiene esta sentencia desde la teoría de los derechos fundamentales y la afectación de éstos en las situaciones de excepcionalidad constitucionalmente previstas en el art. 116 CE.

Finalmente, en una perspectiva distinta, también parece necesario mencionar otra objeción a la sentencia, externa a la argumentación jurídico-constitucional pero relevante. A mi juicio, el principio de deferencia al legislador democrático, del que deriva la conservación de la norma a través de la interpretación conforme, ha sido soslayado en esta sentencia al enjuiciar las medidas limitadoras de la libertad deambulatoria, que no cuando se enjuician medidas similares en relación al derecho a la educación, la libertad religiosa o la libertad de empresa. Y todo ello, en una sentencia dictada por un Tribunal incompleto, tras la renuncia de un magistrado, y en el que tres de sus miembros ya no gozaban en plenitud de la garantía de independencia que conlleva la inamovilidad, pues habían cumplido su mandato.

II. La confusión entre suspensión y limitación de derechos

Un primer objeto de crítica de la STC 148/2021, como se apuntaba antes, es la confusión de suspensión y limitación de derechos fundamentales. Dos categorías jurídicas que tienen su régimen jurídico propio son asimiladas por el Tribunal utilizando el argumento de que cuando hay muchas limitaciones nos encontramos ante una suspensión del derecho, sin concretar cuantas limitaciones son necesarias

y cuándo termina la limitación y nos hemos situado en la suspensión. La STC 83/2016, al enjuiciar la primera aplicación del estado de alarma en España en relación a la huelga de los controladores aéreos, había distinguido ambas categorías. Sin embargo, ahora, el Tribunal Constitucional parte de una concepción distinta, que podemos denominar «material», de la categoría de suspensión de derechos en cuanto se define a partir de la intensidad de las limitaciones previstas por el legislador. Según el Tribunal, el decreto declarativo del estado de alarma puede establecer restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales que excedan las ordinariamente previstas pero «estas restricciones, aunque extraordinarias, no son ilimitadas y no pueden llegar hasta la suspensión del derecho, so pena de vaciar igualmente de sentido el art. 55.1 de la Constitución», esto es, en lugar de diferenciar ambas categorías jurídicas las gradúa pese a la evidente imposibilidad de precisar el punto en el que termina la limitación y estamos ante la suspensión del derecho.

Frente a ello, explican los distintos votos particulares que se están mezclando dos categorías jurídicas con un régimen jurídico distinto. Señala el magistrado Xiol que la suspensión ha de entenderse como la cesación temporal de la eficacia de un acto o norma jurídica como consecuencia de una expresa declaración que así lo establezca. De esa forma, durante el tiempo que se determine la suspensión de la norma por quien esté habilitado para ello en el ordenamiento jurídico, dicha norma perderá su eficacia y, en su caso, se aplicará el régimen excepcional establecido en la normativa de excepción. Este régimen jurídico es nítidamente distinto al de la limitación de un derecho, que no conlleva la pérdida temporal de la eficacia de la norma que lo regula, al margen de la intensidad de dichas limitaciones.

Por el contrario, el planteamiento «material» del Tribunal soslaya las categorías jurídicas para adentrarse en una suerte de valoración subjetiva de lo fáctico. En ese sentido, dice literalmente la sentencia que la cuestión a dilucidar es en qué medida el «derecho a circular por el territorio nacional se ve (simplemente) limitado o (directamente) suspendido». Resulta criticable esta concepción dicotómica. Es evidente que no estamos, ni podemos estar, ante una «simple» limitación de derechos. Para ello no son necesarios los estados excepcionales previstos en la Constitución pues cualquier derecho es susceptible de ser limitado por el legislador en el ejercicio de su libertad de configuración, siempre que la finalidad que persiga esté constitucionalmente justificada, se respete el contenido esencial del derecho y el principio de proporcionalidad¹. El derecho constitucional de excepción previsto por la Constitución en el artículo 116 CE no conlleva en ningun-

¹ Cámara Villar, G. (2023), «El sistema de los derechos y las libertades fundamentales en la Constitución española», En F. Balaguer Callejón (coord.), G. Cámara Villar, J.F. López Aguilar, M.L. Balaguer Callejón, J.A. Montilla Martos. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, p. 69

na de sus formas: alarma, excepción y sitio, una «simple» limitación del derecho. Muchas leyes orgánicas prevén limitaciones, incluso intensas, al ejercicio de los derechos. En el ámbito que nos ocupa procede recordar el artículo 3 de la LO 3/1986, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública que habilita a adoptar las medidas «que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». Si se declara un estado excepcional es porque las restricciones deberán ser especialmente intensas y tienen un alcance general, como era el caso, aunque los límites no son claros y merecerían una mejor concreción. Sin embargo, eso no significa que el derecho esté suspendido, esto es, que la norma reguladora de su ejercicio haya perdido temporalmente su eficacia. Incluso, desde la perspectiva fáctica que adopta el Tribunal, entre la «simple limitación» y la suspensión está el supuesto de la limitación muy intensa, que se ajusta mejor a la realidad del Real Decreto 463/2020, como recoge la propia sentencia en relación a la libertad de empresa o el derecho a la educación.

Por tanto, no correspondía dilucidar en el marco del art. 116 CE si nos encontrábamos ante una restricción muy estricta del derecho, presupuesto del estado de alarma, o ante una suspensión pues es una decisión que corresponde adoptar al legislador democrático, que ha optado por el estado de alarma. La cuestión debería ser enjuiciar si, una vez tomada la decisión, las concretas medidas adoptadas por el legislador gubernamental en el marco del estado de alarma superaban el juicio de proporcionalidad. Sin embargo, no es este el presupuesto de partida del Tribunal en relación a la libertad de circulación, aunque si lo es cuando se ocupa de la posible vulneración del derecho de educación, la libertad de empresa o la libertad religiosa, como analizamos después.

En efecto, en relación a la libertad deambulatoria, el Tribunal Constitucional no se adentra en la configuración y consecuencias jurídicas de la suspensión de derechos, y su distinción con la limitación. Resuelve que nos encontramos ante una suspensión del derecho pues «basta la mera lectura de la disposición para apreciar que ésta plantea la posibilidad de circular no como regla sino como excepción». Ello supone, nos dice el Tribunal, una restricción general en cuanto a los destinatarios y de altísima intensidad en cuanto al contenido. Por ello, tal restricción aparece más como una «privación» o «cesación» del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una «reducción» de un derecho o facultad a menores límites.

Esta es la argumentación que utiliza el Tribunal Constitucional para adoptar una decisión trascendente como es declarar la inconstitucionalidad de las limitaciones establecidas a la libertad de circulación en el marco del estado de alarma y para sostener luego que debería haberse declarado el estado de excepción. El juego de la regla y la excepción no sólo es de escasa finura jurídica sino que será utilizado en sentido opuesto en otros fundamentos jurídicos en relación a otros derechos

fundamentales. Igual ocurre con el uso apodíctico de conceptos jurídicos como «privación», «cesación», «reducción», sin detenerse en su significado. Parece pretender, como hemos indicado antes, una suerte de argumentación factual al margen de la configuración y los efectos jurídicos.

Sin embargo, ni desde una perspectiva jurídico-formal ni desde la fáctica, que parece acoger el Tribunal, nos encontramos ante una suspensión de derechos.

En el primer sentido, ya hemos apuntado que, en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, la suspensión de un derecho, que le hace perder temporalmente su eficacia, puede ser adoptada sólo en los supuestos y siguiendo el procedimiento constitucionalmente previsto. Cualquier otro caso de restricción de derechos no es una suspensión sino una limitación, por muy amplia que sea. El Tribunal parece oponerse a esta idea cuando indica en el Fundamento Jurídico 5 que ello supondría dejar «en manos de la autoridad competente la noción misma de suspensión, otorgándole la posibilidad de limitar otros derechos fundamentales mediante el simple expediente de afirmar (unilateralmente, sin posibilidad de debate y autorización parlamentaria previos, ni de control jurisdiccional ordinario) su carácter meramente restrictivo y no suspensivo». No resulta fácil interpretar esta argumentación pues es evidente que el hecho de considerarlo una limitación no impide el control constitucional ni el control jurisdiccional ordinario de las medidas, sino justo lo contrario pues precisamente al no declararse suspendido el derecho, sino limitado, se mantienen incólumes sus garantías y la decisión va a ser sometida al test de proporcionalidad. En consecuencia, no es cierto que sea suficiente con que el Gobierno no declare la suspensión para que no puedan controlarse por el Tribunal Constitucional excesos en las restricciones admitidas por nuestro ordenamiento constitucional. Cualquier medida restrictiva incluida en una norma legal podrá ser sometida por el Tribunal Constitucional al juicio de proporcionalidad para valorar si es idónea, necesaria y proporcionada. Lo que no resulta posible, en un acercamiento estrictamente jurídico-constitucional, es considerar que está suspendido el derecho cuando no se ha producido esa declaración formal por el constitucionalmente competente para ello y evitar con ello la aplicación del juicio de proporcionalidad.

Pero es que incluso desde la perspectiva material o factual que acoge la mayoría del Tribunal, tampoco puede sostenerse que el derecho haya sido suspendido en el sentido de restricción general o total de su ejercicio, sino que ha sido objeto de una restricción muy intensa, como muestran dos hechos. En primer lugar, la libertad deambulatoria pudo seguir ejerciéndose, aún con las intensas limitaciones establecidas en el decreto de alarma. Se indicaban los supuestos en los que se podía circular: para ir a trabajar, al médico, a comprar, a entidades financieras o de seguros, por causa de fuerza mayor o a cualquier otra actividad de análoga naturaleza. Lo que se limitaba en un contexto de contagio masivo de la población de una

enfermedad mortal era la circulación sin un objeto determinado. Incluso, ante el agravamiento de la pandemia, con un crecimiento exponencial del número de muertos, se aprobó el Real Decreto Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra la COVID-19. Se trataba de limitar aún más los motivos para salir del domicilio, en definitiva, de seguir limitando una libertad de circulación que seguía ejerciéndose. Y ese ejercicio ha de hacerse de forma individual porque es una forma de evitar los contagios, sin que se entienda bien cómo afecta esto a la libertad de circulación como derecho individual, en el sentido que indica el Tribunal Constitucional para justificar la declaración de inconstitucionalidad. En segundo lugar, las sanciones impuestas por la autoridad gubernativa al ejercicio de la libertad de circulación en contra de lo previsto en el RD 463/2020 han podido ser recurridas en todo momento para que el juez ordinario pudiera valorar si el ejercicio de la libertad de circulación había sido adecuado en ese marco normativo excepcional. Lógicamente, esto resulta posible porque el derecho no estaba suspendido, esto es, no ha cesado temporalmente su eficacia a través de la suspensión.

De hecho, la confusión de la sentencia es clara cuando señala que la suspensión se configura como una «cesación, aunque temporal, del ejercicio del derecho y de las garantías que protegen los derechos» (FJ 3). Es evidente, entonces, que no estamos ante una suspensión del derecho pues durante el estado de alarma siguió ejerciéndose, aún de forma limitada y no desaparecieron esas garantías pues cualquier sanción por vulnerar las limitaciones ha podido ser recurrida en defensa del ejercicio del derecho.

Llegados a este punto, procede plantearse los motivos por los que el Tribunal parte del planteamiento de considerar suspendido el derecho desde una perspectiva fáctica, pese a la debilidad jurídica de la argumentación. El *petitum* de la demanda requería que el Tribunal Constitucional procediese a determinar «en qué casos una limitación de la libertad deambulatoria es tan pronunciada que queda incluso fuera de las facultades extraordinarias propias del estado de alarma». Se trataba, en definitiva, de ponderar esas limitaciones con los bienes jurídicos que pretenden protegerse mediante la decisión adoptada como el derecho a la salud pública o a la vida. Sin embargo, el Tribunal evita entrar en esa ponderación, en definitiva en la aplicación del juicio de proporcionalidad, con el argumento de que al haberse producido una suspensión del derecho, constitucionalmente prohibida para el estado de alarma, no hay necesidad de ponderar. Indica el magistrado Conde-Pumpido, en su voto particular, con dureza pero, a mi juicio, con tino, que nos encontramos ante una suerte de atajo argumental para lograr una declaración de inconstitucionalidad evitando valorar si las medidas adoptadas por el legislador

respetan el principio de proporcionalidad, esto es, si son idóneas para la consecución de la finalidad legítima que pretenden; necesarias, por no existir otras menos incisiva en el derecho fundamental y de eficacia pareja, y razonables por derivarse de ellas más beneficios para el interés general que perjuicios sobre el derecho en cada caso comprometido. Mediante este atajo, por un lado, se elude un juicio de constitucionalidad más riguroso y complejo, basado en el principio de proporcionalidad y, por otro, permite que se produzca la declaración de inconstitucionalidad de la medida adoptada aun cuando la misma pudiese superar tal juicio de proporcionalidad.

En ese sentido, en lugar de realizar el juicio de proporcionalidad de las medidas adoptadas por el legislador en el marco del estado de alarma para valorar si tienen cabida en la Constitución, el planteamiento de la sentencia es distinto. En primer lugar, comprueba si se respeta el principio de legalidad para constatar lo obvio: el decreto de alarma tiene fuerza y valor de ley y la LOEAS proporciona cobertura formal para una limitación excepcional de la libertad constitucional de circulación. A continuación, valora si las medidas adoptadas no implican una suspensión de los derechos fundamentales afectados, anunciando que solo si concurren las circunstancias anteriores, si se respeta el principio de legalidad y no se suspende el derecho, entrará a enjuiciar si las medidas son idóneas, necesarias y proporcionadas atendiendo a la situación de pandemia.

Este es el punto clave. El debate sobre la suspensión de derechos permite soslayar la valoración de las medidas adoptadas en el caso de la libertad de circulación. Como afirma, con ironía, el magistrado Ollero, «partiendo apriorísticamente de la presunta existencia de una suspensión del derecho, es difícil no declarar inconstitucional todo lo que se mueva».

Ya hemos dicho que el planteamiento es erróneo tanto desde una perspectiva formal, pues se están mezclando dos categorías jurídicas con un régimen jurídico distinto, como incluso desde la material pues el derecho se había ejercido y se mantenían las garantías propias del ejercicio del derecho. En consecuencia, lo que debería haber hecho el Tribunal, como hemos reiterado, es aplicar el test de proporcionalidad para valorar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas y enjuiciar, a partir de ello, su posible inconstitucionalidad. Ocurre que si hubiera actuado así, difícilmente hubiera podido declarar la inconstitucionalidad de dichas medidas. En el contexto de la más grave pandemia que ha sufrido la humanidad en un siglo, la estricta limitación de la libertad de circulación hasta permitir sólo la salida del domicilio en determinadas circunstancias y mantener confinada a la ciudadanía el resto del tiempo era idónea, necesaria y proporcionada pues, como recuerda el entonces Presidente del Tribunal en su voto particular, «en una valoración científica, y no política, la Organización Mundial de la Salud consideró como factores decisivos de la difusión del virus la movilidad y los des-

plazamientos, así como las reuniones privadas en grupos acumulados». Difícilmente podía considerarse que existían medidas menos restrictivas de la libertad de circulación y que fueran igual de eficaces y es evidente que tampoco pueden ser desproporcionadas al ponderar los derechos pues la colisión entre el derecho a la vida y la libertad de circulación era palmaria, como desgraciadamente hemos comprobado.

III. La extensión del concepto de orden público para defender que debería haberse declarado el Estado de Excepción

Una decisión del Tribunal Constitucional que puede tener consecuencias en el futuro es la extensión del concepto de «grave alteración del orden público» a fin de poder presentar la pandemia como presupuesto habilitante de la declaración del estado de excepción.

La actuación del «máximo intérprete» de la Constitución en este punto es difícilmente comprensible pues no era una cuestión planteada por los recurrentes. En el recurso de inconstitucionalidad se planteaba enjuiciar la constitucionalidad de las medidas adoptadas en el marco del estado de alarma. Sin embargo, tras haberse declarado la inconstitucionalidad de las medidas restrictivas de la libertad de circulación y residencia, el último fundamento jurídico de la sentencia argumenta que las medidas adoptadas hubieran requerido la declaración del estado de excepción.

Pero ¿por qué se adentra el Tribunal en estas apreciaciones de política constitucional, ajenas tanto a la demanda como al fallo? Sabemos que el artículo 116 CE no establece el presupuesto habilitante de la declaración de los estados excepcionales de alarma, excepción y sitio. Sin embargo, si lo hace la ley orgánica a la que remite el art. 116.1 CE para regular estos estados, sus competencias y limitaciones. En ese sentido, la LOEAES establece como uno de los presupuestos habilitantes del estado de alarma las «crisis sanitarias», junto a otros supuestos que se mencionan expresamente en su artículo 4 como las catástrofes naturales, los accidentes de gran magnitud, la paralización de los servicios esenciales o las situaciones de desabastecimiento. Por el contrario, para la declaración del estado de excepción se requiere una grave alteración del orden público, del libre ejercicio de los derechos y libertades o del normal funcionamiento de las instituciones democráticas, según el artículo 13. Como hemos visto, el Tribunal no se limita a sostener que las medidas previstas por el legislador gubernamental eran contrarias a la Constitución al suponer una suspensión de derechos, constitucionalmente prohibida en el estado de alarma, sino que sostiene, bordeando los límites de su función constitucional, que debería haberse declarado el estado de excepción. Además, para mantener esa posición debía salvar el obstáculo literal del art. 4 LOEAES pues cualquier

jurista persa entendería que una pandemia es una «crisis sanitaria» y no una «grave alteración del orden público», especialmente cuando resulta evidente que durante el desarrollo de dicha pandemia no se habían producido alteraciones del orden público, más allá de algunas «cacerías» en el centro de Madrid. El problema es que considerar una pandemia como una grave alteración del orden público que habilita la declaración del estado de excepción supone tanto una expansión del concepto de orden público como una flexibilización del estado de excepción que puede tener graves consecuencias en el futuro.

A mi juicio, la interpretación del Tribunal Constitucional es insostenible, por distintos motivos. En primer lugar, y empezando por lo menos trascendente, una vez que el Tribunal se ha adentrado en razonamientos de política constitucional al responder a una pregunta que nadie había planteado: ¿cuál era el estado excepcional que debería haberse declarado para hacer frente la pandemia de la Covid-19?, puede cuestionarse por un motivo estrictamente temporal que el estado de excepción previsto en nuestro ordenamiento sea la respuesta adecuada a una crisis sanitaria con la magnitud de la pandemia que hemos sufrido. Como sabemos, el estado de excepción no se puede extender, en ningún caso, más allá de 60 días, por las graves suspensiones de derechos que permite, y dos meses es un plazo insuficiente para hacer frente a una grave pandemia, como desgraciadamente se comprobó. En segundo lugar, el elemento nuclear estriba en que el Tribunal Constitucional parte de que se aplica uno u otro estado excepcional atendiendo a la gravedad de la situación, y no a su naturaleza. Esta distinción gradualista de los estados excepcionales contradice la interpretación resultante de la regulación establecida en la ley orgánica a la que remite expresamente el art. 116 CE para imponer una interpretación contraria a lo expresamente establecido en la LOEAS². Hasta este momento, no se había discutido que los estados de alarma, de excepción y de sitio fueron previstos en la Constitución para atender a crisis de distinta naturaleza. El estado de excepción para crisis de naturaleza política, que conllevan una grave alteración del orden público, y el estado de alarma para hacer frente a crisis ocasionadas por graves catástrofes, naturales o humanas, como es, en definitiva una crisis sanitaria. Sin embargo, como resalta la magistrada Balaguer, el Tribunal Constitucional soslaya todo lo anterior para traducir el silencio de la Constitución sobre las causas por las que se puede declarar uno u otro estado excepcional en irrelevancia constitucional. En tercer lugar, en relación a lo anterior, la LOEAS establece el presupuesto habilitante de uno y otro estado excepcional no de forma arbitraria sino vinculándolo a los derechos fundamentales que, conforme al artículo 55.1 CE, pueden verse afectados, limitados en un caso y suspendidos en

² López Basaguren, A. (2022), «El Tribunal Constitucional frente a la emergencia pandémica (SSTC 148/2021, 168/2021 y 183/2021)». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 125, p. 258.

otro. Mientras en el caso del estado de alarma son crisis naturales o humanas para atender a las cuales es necesario limitar la libertad de circulación, para el estado de excepción el presupuesto habilitante es la grave alteración del orden público y se pueden suspender, durante un máximo de 60 días, no sólo la libertad de circulación y residencia sino también el plazo máximo de detención preventiva, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, la libertad de expresión, la libertad de información, la prohibición del secuestro de publicaciones, el derecho de reunión y manifestación, el derecho de huelga o las medidas de conflicto colectivo. La interrelación entre los derechos fundamentales que pueden resultar afectados y el presupuesto habilitante de cada uno de los estados excepcionales había sido pacífica hasta este momento. Sin embargo, como apuntaba al inicio, para sostener que la respuesta del legislador gubernamental a la pandemia hubiera debido ser la declaración del estado de excepción, el Tribunal Constitucional se ve obligado a flexibilizar el presupuesto habilitante de ese estado excepcional a través de la extensión de lo que significa «grave alteración del orden público». No puede negar que desde los debates constituyentes y luego en la LOEAEs el estado de alarma es la figura constitucionalmente prevista para atender a «alteraciones graves de la normalidad» derivadas de «crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves». Sin embargo, considera que «no se puede excluir que una epidemia, por grave que resulte, habilite al Gobierno para declarar otro estado que no sea el de alarma».

Evidentemente, no es así. Para hacer frente a una epidemia no es adecuado el estado de excepción pues no hay posibilidad alguna de mantenerlo más allá de 60 días pero, sobre todo, no es necesario suspender la libertad de información, la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones, entre otros derechos, sino que va a afectar a la libertad de circulación, con incidencia indirecta en otros derechos que ven limitado su ejercicio al limitarse la circulación. Cuestión distinta es que la situación de pandemia hubiera provocado graves alteraciones del orden público y con ello, por tanto, pudiera advertirse el presupuesto habilitante para la declaración del estado de excepción. Sin embargo, es evidente que esa no era la situación el 14 de marzo de 2020 y, por tanto, no existía el presupuesto habilitante para declarar el estado de excepción sino el estado de alarma.

Lo grave es que el Tribunal se adentra por una vía claramente restrictiva del ejercicio de derechos fundamentales cuando pretende una interpretación integradora de las circunstancias habilitantes de los estados de alarma (naturales o tecnológicas) y de excepción (políticas, alteración del orden público). Dado que para declarar el estado de excepción era necesaria la grave alteración del orden público, y ésta no existía, considera que la pandemia conlleva por sí misma dicha alteración. En este sentido, entiende que el art. 13 LOEAEs cuando se refiere a las circunstancias justificativas de la declaración del estado de excepción omite cualquier

referencia a las motivaciones, centrándose en los efectos perturbadores. Por ello, dice el Tribunal que «aunque la causa primera de la perturbación sea una epidemia, la situación que el poder público debía afrontar se ajustaba también a los efectos perturbadores que justificarían la declaración de un estado de excepción» (FJ 11). En definitiva, para declarar el estado de excepción ya no es necesario que concurra una grave alteración del orden público, con afectación de la seguridad ciudadana que incida en la convivencia pacífica de la sociedad, sino que bastan las perturbaciones derivadas de una pandemia aunque, como hemos comprobado en España, no se hubieran producido esas alteraciones de la seguridad ciudadana ni se hubiera detectado problemas de convivencia.

Sorprende el razonamiento del Tribunal Constitucional por dos motivos. En primer lugar, porque no existe la interrelación que pretende entre una pandemia y una grave alteración del orden público; y, en segundo lugar, porque parece no ser consciente de las graves consecuencias que pueden derivar para el futuro de facilitar la declaración del estado de excepción. Como hemos señalado, cuando el Gobierno declaró el estado de alarma en el año 2020, no existía en España una grave alteración del libre ejercicio de los derechos, del normal funcionamiento de las instituciones democráticas, de los servicios públicos esenciales para la comunidad o de cualquier otro aspecto del orden público, que son los presupuestos habilitantes del estado de excepción, como hemos visto. Y eso es lo que debía enjuiciar la STC 148/2021. Existía una pandemia, declarada por la Organización Mundial de la Salud, que obligaba a restringir drásticamente la salida de los domicilios para evitar los contagios. No se limitaba la libertad de circulación para recuperar el orden público sino para intentar cortar la cadena de contagios. Continúa argumentando el Tribunal que la situación provocada por la pandemia en las semanas sucesivas, con saturación de servicios sanitarios, «hubiera permitido justificar la declaración de un estado de excepción atendiendo a las circunstancias realmente existentes, más que a la causa primera de las mismas». Pero, más allá de lo discutible de tal afirmación, ¿qué tiene que ver lo que pudiera ocurrir en semanas ulteriores para el objeto de la STC 148/2021, que es el RD 463/2020, de 14 de marzo? Resulta incongruente este intento de justificación política de un enjuiciamiento que debería ser estrictamente jurídico-constitucional. Pero preocupa especialmente que el Tribunal Constitucional parece no ser consciente de la trascendencia de rebajar los umbrales para declarar el estado de excepción. Debe volver a recordarse que los derechos susceptibles de suspensión, no de limitación, con el estado de excepción son la mayoría de los derechos fundamentales de la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución. No sólo afecta a la libertad de circulación y residencia, como ocurre con el estado de alarma sino que, conforme al art. 55.1 CE permite suspender derechos básicos para el funcionamiento de un Estado social y democrático de Derecho. En definitiva, una crisis

sanitaria puede ser la ocasión para que el Congreso autorice al Gobierno a suspender el núcleo básico de los derechos fundamentales de la persona, dejarlos temporalmente sin eficacia y sin posibilidad de ejercer sus garantías constitucionales.

En sentido opuesto, el Tribunal Constitucional, soslayando los derechos que pueden ser suspendidos con el estado de excepción y los riesgos de facilitar su declaración como consecuencia de una pandemia, considera que con el estado de excepción se garantizan mejor los derechos fundamentales de la ciudadanía que con el estado de alarma pues requiere la autorización previa del Congreso y no su conocimiento posterior. Cuando estamos planteando la posibilidad de dejar temporalmente sin eficacia los derechos fundamentales, la defensa del estado de excepción deriva de que en ese supuesto la intervención del Congreso es previa y no posterior a la declaración por parte del Gobierno, como si Gobierno y Parlamento fueran órganos constitucionales antagónicos y no existiera una relación de confianza entre ambos derivado del proceso de investidura. Denota un deficiente entendimiento del sistema parlamentario de gobierno. En nuestro modelo, la relación entre el Gobierno y la mayoría del Congreso de los Diputados es de confianza; sólo mientras se mantenga esa confianza se mantendrá el Gobierno. Por tanto, la actuación del Gobierno va a ser generalmente respaldada por la mayoría parlamentaria que le otorgó la confianza al Presidente en la investidura. Lo que aporta la intervención del Congreso es el control que ejerce la minoría parlamentaria sobre la posición de la mayoría. Por tanto, lo relevante no es si la decisión mayoritaria del Congreso se produce antes o después de la declaración gubernamental del estado excepcional pues esa decisión va a ser adoptada por la mayoría parlamentaria gubernamental, sino si se garantiza el control por la minoría de esa decisión de la mayoría. Y esto se hace también en el estado de alarma en cuanto el Gobierno debe comunicar «inmediatamente» al Congreso la declaración y para extenderla más allá de 15 días requiere la autorización de la prórroga por el Congreso. Por tanto, es difícilmente defendible que se anteponga la garantía política de la autorización previa a la garantía constitucional de los derechos, que se mantiene incólume con el estado de alarma y resulta temporalmente suspendida con el estado de excepción. Pero aún lo es más en el supuesto que nos ocupa cuando constatamos que la prórroga de la declaración del estado de alarma fue apoyada por 321 de los 350 miembros del Congreso de los Diputados y los 29 restantes se abstuvieron, esto es, ni uno solo de los integrantes del Congreso de los Diputados mostró su rechazo a la declaración y a la prórroga del estado de alarma.

Tampoco parece ser consciente el Tribunal de que al flexibilizar el presupuesto habilitante del estado de excepción, permitiendo que pueda declararse para hacer frente a una crisis sanitaria, sin que se hayan producido graves alteraciones del orden público ni del funcionamiento de las instituciones, se le está dando al Gobierno, con autorización de la mayoría del Congreso que lo apoya, habilitación

para suspender derechos que nada tienen que ver con la lucha contra la pandemia. Para evitar la difusión de un virus hay que limitar la movilidad y los desplazamientos, pero no el secreto de las comunicaciones o la libertad de información. Por tanto, se le está permitiendo al Gobierno suspender temporalmente las garantías constitucionales de esos derechos fundamentales. De hecho, ese debate se ha planteado en otros países de la Unión Europea que han aprobado leyes para hacer frente a la pandemia con limitaciones a las libertades de expresión e información, muy criticadas desde la propia Unión. También en España, esta doctrina habilita al Gobierno para orientar su actuación en el futuro ante supuestos similares en un sentido más restrictivo de derechos fundamentales.

En conclusión, la posición del Tribunal Constitucional según la cual el estado de excepción es más garantista de los derechos fundamentales de la persona que el estado de alarma es difícilmente sostenible. Más allá de los derechos que pueden verse afectados, en el estado de excepción el derecho está temporalmente suspendido. Sin embargo, en el estado de alarma por más intensas que sean las limitaciones, sus garantías constitucionales se mantienen incólumes.

IV. El principio de deferencia al legislador democrático

Hasta aquí el repaso a los dos aspectos más problemáticos de la fundamentación de la STC 148/2021 para el desarrollo constitucional futuro desde la perspectiva de los derechos fundamentales: la confusión entre suspensión y limitación de derechos fundamentales y la expansión del concepto «grave alteración del orden público», facilitando con ello la declaración del estado de excepción que permite suspender temporalmente buena parte de los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo II del Título I de la Constitución. Pero, para finalizar, quiero anotar otro aspecto de esta sentencia que apenas ha sido destacado. A mi juicio, en este caso el Tribunal soslaya el principio de deferencia al legislador para sustituirlo por una suerte de «desconsideración al legislador». Precisamente, el Tribunal Constitucional, con la misma conformación que dicta la STC 148/2021, había llevado hasta sus últimas consecuencias el principio de conservación de la norma legal antes de su declaración de inconstitucionalidad. En la STC 172/2020, al enjuiciar la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, encontramos numerosos ejemplos de ello, algunos ciertamente paradójicos. Así, el artículo 37.3 LOPSC sanciona las «alteraciones menores» en el desarrollo de una reunión o manifestación. El Tribunal considera en la mencionada sentencia que el principio de conservación de la ley hace necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y, por tanto, debe entenderse que con esas «alteraciones menores» se «alude a aquellas que sean ver-

daderamente relevantes, en el sentido de presentar una determinada entidad y gravedad». En definitiva, cambia el significado de la norma para hacer posible su conformidad con la Constitución pues desde cualquier criterio de interpretación que se utilice, sea el gramatical o el teleológico, una «alteración menor» nunca puede ser una «alteración verdaderamente relevante» o «de una determinada entidad y gravedad» sino que es justamente lo contrario. Compárese este esfuerzo de interpretación conforme, ciertamente excesivo, con el efectuado (*strictu sensu*, no efectuado) en relación a las limitaciones al ejercicio de la libertad de circulación incluidas en el RD 463/2020, de declaración del Estado de alarma.

Para justificar la declaración de inconstitucionalidad el Tribunal utiliza hasta la propia forma de expresar el mandato legal. Así, cuando el art. 7 dice que las personas solo podrán circular por las vías o espacios de uso público para la realización de las actividades que se relacionan es evidente que se está enviando el mensaje de que no se debe salir del domicilio para evitar los contagios, como había recomendado la Organización Mundial de la Salud, aunque se puede salir, ejerciendo la libertad deambulatoria, en los supuestos mencionados en la norma. Sin embargo, el Tribunal sostiene que la propia forma de presentar los supuestos en que se puede deambular, como excepción, denota que el derecho está suspendido.

En cualquier caso, para ser precisos, debe reconocerse que ese principio de conservación de la norma legal o deferencia al legislador si se recoge en la propia sentencia en relación a la alegada vulneración del derecho a la educación por la suspensión con carácter general de la actividad educativa presencial. En este caso, justifica la suspensión de la educación presencial y su sustitución por la educación a distancia, pese a que según la LO 2/2006 la regla general es la enseñanza presencial y la excepción la educación a distancia. En este supuesto, que la excepción se haya convertido en regla general no conllevaría para el Tribunal la suspensión del derecho teniendo en cuenta la necesidad de hacer frente, con medidas excepcionales, a la propagación del virus causante de la epidemia. Por ello, aplica el test de proporcionalidad para justificar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la suspensión general de la actividad docente como consecuencia de la pandemia. La justificación en ese caso es razonable. Lo que no se alcanza a entender, y tampoco explica la sentencia, es porqué esa argumentación no se utiliza también en relación a la libertad de circulación y, en ese supuesto, que sólo se permita el ejercicio del derecho en supuestos excepcionales supone la suspensión del derecho, lo que impide aplicar el principio de proporcionalidad. Igual ocurre con la libertad de empresa. El Decreto de alarma señala solo las excepciones, esto es, los establecimientos que pueden mantenerse abiertos estableciendo como regla general el cierre de los locales y establecimientos minoristas. Sin embargo, también en este caso, el Tribunal considera que no estamos ante una suspensión sino que se ajustan más a la naturaleza de una «limitación muy intensa».

Resulta llamativo que en ambos supuestos, suspensión de actividad docente presencial y cierre general de establecimientos minoristas salvo excepciones, utiliza el Tribunal como argumento que medidas análogas han sido adoptadas por otros países europeos. Es evidente que los límites a la libertad de circulación adoptados en España a través del decreto de alarma fueron muy similares a los adoptados en los distintos países europeos pues la recomendación de la Organización Mundial de la Salud había sido precisamente constreñir la libertad deambulatoria para evitar los contagios. Sin embargo, cuando se ha ocupado de la libertad de circulación no existe ninguna mención a lo ocurrido en otros países europeos donde se estaban adoptando medidas similares.

En consecuencia, en el supuesto de hecho de la STC 148/2021 había razones para ser deferente con el legislador y aplicar el principio de conservación de la norma no sólo en relación al derecho a la educación o a la libertad de empresa sino también en relación a las libertades de circulación y residencia a fin de no considerarlas suspendidas sino objeto de una «limitación muy intensa». En este sentido, el Tribunal ha ignorado dos elementos habitualmente utilizados para procurar la interpretación conforme: el contexto de la decisión y el consenso en torno a ella. En primer lugar, el Tribunal Constitucional soslaya el contexto en el que se adoptan las medidas limitadoras de la libertad de circulación. El 14 de marzo de 2020 no se podía adoptar otra decisión que no fuera la restricción de la libertad deambulatoria para hacer frente a la crisis sanitaria de la Covid-19, que ya estaba produciendo decenas de muertos y llenando los hospitales. Como señala el magistrado Xiol en su voto particular, «el principio de precaución obliga a ser deferente con las medidas establecidas por las autoridades para su resolución» cuando estamos ante una enfermedad desconocida y con un elevado riesgo de contagio, aunque suponga una limitación muy intensa del derecho fundamental. Sin embargo, cuando el Tribunal analiza la posible vulneración de la libertad deambulatoria no menciona siquiera la situación de pandemia. Lo hace, por el contrario, cuando se ocupa de las medidas limitadoras de la libertad religiosa, el derecho a la educación o la libertad de empresa para justificar su interpretación conforme a la Constitución. Y, en ese contexto, sólo podía declarar el estado de alarma. Plantear que podría haberse declarado el estado de excepción cuando la LOEAE se refiere a una crisis sanitaria como presupuesto habilitante del estado de alarma y no existiría una grave alteración del orden público sólo podría ser interpretado como un intento de poder suspender derechos como la libertad de información, el derecho de reunión, el derecho de huelga o la inviolabilidad del domicilio, entre otros, que nada tienen que ver con la pandemia. En segundo lugar, otro motivo para ser deferente con la actuación del legislador gubernamental es el respaldo de los distintos poderes del Estado. Como se sabe, la declaración del estado de alarma es adoptada por el Gobierno y debe informar inmediatamente al Congreso, que ha

de autorizar la prórroga en el plazo máximo de 15 días. Hemos dicho ya que esa prórroga fue apoyada por 321 de los 350 diputados, entre ellos los propios recurrentes, sólo diez días después de la declaración del estado de alarma. Es cierto que el respaldo parlamentario no sana los vicios de inconstitucionalidad en que pueda incurrir una norma con fuerza y valor de ley. Sin embargo, como explicó bien Ferreres Comella³, cuanto mayor sea el consenso parlamentario mayor fuerza debe tener la presunción de constitucionalidad y, en consecuencia, mayor deferencia debería tener el juez constitucional. Sin embargo, en este supuesto pese a la práctica unanimidad de la representación que respaldó la decisión de declarar el estado de alarma, es claro que la mayoría del Tribunal no ha aplicado ese principio.

Como se deduce de lo anterior, no existía un conflicto entre Gobierno y Parlamento en relación a la declaración del estado de alarma como parece apuntar la sentencia al indicar que con la declaración del estado de alarma el Gobierno evita someterse con carácter previo al Congreso, como exigiría el estado de excepción. Reiteramos que razonar así supone desconocer el funcionamiento del sistema de gobierno parlamentario, que no se sustenta sobre el conflicto entre el Gobierno y el Congreso sino en la confianza de forma que las decisiones gubernamentales son respaldadas por la mayoría parlamentaria que sustenta al Gobierno. El presupuesto es siempre que el Gobierno cuenta con el apoyo del Congreso que ha investido al Presidente pues en otro caso no podría desarrollar la acción de gobierno sino que podría hacer uso del derecho de disolución (art. 115 CE) o ser objeto de una moción de censura (art. 113 CE). En este momento inicial, como vemos, el apoyo parlamentario a la actuación del Gobierno era muy mayoritario. Cuestión distinta es la función de control que ejerce la oposición parlamentaria en el Congreso. Sin embargo, esta queda garantizada en cuanto la regulación del Estado de alarma obliga a comunicar «inmediatamente» al Congreso el decreto de alarma.

V. Conclusion

Transcurrido algún tiempo desde la publicación de la sentencia que declaró inconstitucionales y nulos algunos contenidos referidos a las libertades de circulación y residencia del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 procede volver sobre ella con la frialdad que ofrece la distancia temporal. Resulta necesario hacerlo pues los efectos de esta sentencia para el ejercicio de los derechos fundamentales en el marco de un estado excep-

³ Ferreres Comella, V. (1996), *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

cional perduran en cuanto han sido establecidos por el intérprete supremo de la Constitución.

No puede descartarse, obviamente, que vuelva a producirse una situación de pandemia en la que resulte necesario limitar la libertad de circulación no desde criterios políticos sino sanitarios, para evitar el contagio de la enfermedad. En ese caso, los instrumentos normativos previstos en el art. 116 CE y en la ley orgánica que lo desarrollo deberán ser interpretados conforme a lo establecido en la sentencia a la que nos referimos, con los problemas que ello conlleva. No estamos en condiciones de diferenciar la suspensión de derechos de su limitación pues, según la doctrina del Tribunal Constitucional, habría que atender a la «intensidad» de los límites establecidos por el legislador para considerar si el derecho está limitado o suspendido. Y, sobre todo, el Gobierno, con la autorización previa del Congreso, podría declarar el estado de excepción y, con ello, suspender la mayoría de los derechos fundamentales de la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución pues una pandemia, según el Tribunal, tiene unos efectos perturbadores que permiten asimilar la situación a la «grave alteración del orden público».

EL DERECHO A LA EUTANASIA A TRAVÉS DE DIVERSOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA
Universidad de Oviedo

I. Presentación

En las siguientes páginas nos ocuparemos de analizar y comentar diversos pronunciamientos sobre la eutanasia y su reconocimiento como derecho por parte de algunos de los Tribunales constitucionales o Tribunales supremos más conocidos del mundo, además de por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En algunos supuestos nos encontraremos con sentencias sobre la constitucionalidad, o no, de normas penales prohibitivas; en otros, singularmente en el caso español, también con el enjuiciamiento de una concreta regulación legal que habilita su práctica¹.

Este texto es una modesta contribución al Libro homenaje al profesor Gregorio Cámara Villar y, de alguna manera, estas páginas enlazan con su estudio, más extenso y exhaustivo, «La regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en el mundo. Panorama general y comparado», publicado en el *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 37, 2021, págs. 399-464².

¹ Me he ocupado de estas cuestiones en PRESNO LINERA, M. A. «La eutanasia como derecho fundamental», *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, nº 29, 2021, pp. 24—45. <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/545>, y *Libre desarrollo de la personalidad y derechos fundamentales*, Marcial Pons, 2022, pp. 78-97

² <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8132101&orden=0&info=link>; puede verse también su trabajo «La tríada «bien constitucional vida humana/derecho a la vida/inexistencia de un derecho a la propia muerte» (acerca de la constitucionalidad de la regulación de la eutanasia en España en perspectiva comparada)», en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. (coord.) *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, 2021, pp 25-74.

II. El reconocimiento jurisprudencial de la eutanasia en Canadá, Italia, Alemania y Colombia

1. EN CANADÁ

El 30 de septiembre de 1993 el Tribunal Supremo de Canadá abordó por vez primera el debate sobre el derecho a la muerte digna —caso *Sue Rodriguez v. The Attorney General of Canada and the Attorney General of British Columbia*—; entonces, los magistrados resolvieron, por 5 votos frente a 4, en contra de la petición de Sue Rodríguez, enferma de ELA, para que un médico le ayudara a poner fin a su vida, entendiendo que la previsión penal que sancionaba la ayuda al suicidio no era incompatible con los derechos reconocidos en el ordenamiento canadiense y se enmarcaba en una larga historia reflejo de los valores imperantes en la sociedad; tampoco se consideró que esa sanción supusiera algún tipo de medida cruel o inhumana³.

El panorama cambió radicalmente con el conocido asunto *Carter v. Canada (Attorney General)*, de 6 de febrero de 2015, un pronunciamiento muy ilustrativo del conjunto de problemas que se presentan cuando nos enfrentamos a situaciones como las que padecían las señoras Kay Carter y Gloria Taylor, que, ya en el año 2009, solicitaron ayuda médica para morir ante el carácter incurable y doloroso, aunque no terminal en ese momento, de sus enfermedades, estenosis espinal en el primer caso y ELA en el segundo.

En primera instancia el órgano judicial consideró que la prohibición de asistencia física al suicidio de personas adultas capaces y con sufrimientos intolerables era inconstitucional pero el Tribunal de Apelaciones de la Columbia Británica, por mayoría, revocó la decisión acogiéndose al precedente del caso *Sue Rodriguez*⁴.

En su resolución, el Tribunal Supremo acudió también al debate y a las decisiones legales y jurisprudenciales que han tenido lugar en Holanda, Bélgica, Lu-

³ Sobre esta jurisprudencia en la doctrina española, CAÑAMARES ARRIBAS, S., «La reciente jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Supremo en Canadá en relación con el derecho a la muerte digna», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 108, pp. 337-356; doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.108.11>, y CÁMARA VILLAR, G. «La regulación de la eutanasia...», p. 413.

⁴ Poco después, Kay Carter viajó a Suiza para beneficiarse de la legislación helvética en materia de suicidio asistido, y la señora Taylor falleció a causa de una infección. No obstante, los hijos de la señora Carter recurrieron la sentencia desfavorable y el Tribunal Supremo de Canadá aceptó su legitimación, considerando que a pesar del precedente que suponía la sentencia Sue Rodríguez el debate sobre la ayuda médica para morir seguía abierto en la sociedad canadiense: entre 1991 y 2010 se debatieron en el Parlamento seis proyectos de ley dirigidos a despenalizar la ayuda a morir. En 2011, la Royal Society of Canada publicó un informe recomendando la modificación del Código Penal para permitir la ayuda a morir en ciertas circunstancias y en un sentido similar se pronunció, en 2012, un Comité especial del Parlamento de Quebec.

xemburgo, Suiza, Colombia y en los estados norteamericanos de Oregón, Washington y Montana, aunque sin olvidar que la muerte asistida sigue siendo un delito en la mayoría de los países y varios tribunales han avalado esa prohibición: en Estados Unidos el propio Tribunal Supremo en los asuntos *Washington v. Glucksberg* y *Vacco v. Quill*, de 1997; el TEDH en el caso *Pretty c. Reino Unido*, sobre el que volveremos más adelante.

Ante esta situación, el Tribunal Supremo de Canadá sostuvo, en primer lugar, que, al ser delito ayudar a otro a terminar con su vida, las personas que están grave e irremediamente enfermas no pueden buscar la asistencia de un médico con lo que nada más tienen dos opciones: quitarse la vida prematuramente, a menudo por medios violentos, o sufrir hasta que mueren por causas naturales. La elección es, sin duda, cruel.

En segundo lugar, y de acuerdo con el análisis del tribunal de primera instancia, concluyó que la prohibición del auxilio físico para morir provoca el efecto de que algunas personas pongan fin a su vida prematuramente por el temor a que no puedan hacerlo cuando el sufrimiento se hace intolerable. De esta manera se está afectando al derecho a la vida.

En tercer lugar, manifestó que la respuesta ante una situación médica irremediable es una cuestión que afecta a la dignidad y autonomía personales pero mientras que la ley permitía, en consecuencia, reclamar cuidados paliativos, rechazar alimentos e hidratación, así como el mantenimiento artificial de la vida, esa misma ley —llama la atención el Supremo— denegaba el derecho a solicitar asistencia para morir, lo que menoscababa la capacidad para tomar decisiones que afectan a la integridad física y, en suma, lesionaba la libertad, pues quien pide ayuda médica ante un sufrimiento intolerable derivado de un padecimiento incurable lo hace en virtud de convicciones personales sobre la forma en la que desea vivir o morir.

Por todo lo dicho, y aunque la Carta de Derechos canadiense reconoce el derecho a la vida (art.7), también ampara la autonomía y la dignidad en el momento final de esa vida. Por ello, concluyó que los artículos 241 b) y 14 del Código Penal, en la medida en que prohibían la muerte médicamente asistida a personas adultas y capaces que la pedían ante una afección grave e irremediable que causa sufrimiento duradero e intolerable, violaban los derechos a la libertad y a la seguridad de la persona.

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo rechazó algunos de los argumentos esgrimidos tradicionalmente contra la eutanasia, como el peligro que supondría para colectivos de personas especialmente vulnerables o que constituiría el primer paso hacia una «pendiente resbaladiza»: frente a lo primero, el Tribunal respondió que esos riesgos pueden obviarse a través de un riguroso sistema de controles y garantías; frente a lo segundo, y además de la experiencia existente en países que admiten el auxilio al suicido, argumentó que adoptando las medidas

adecuadas nada demuestra que admitir esta práctica sea el comienzo de una serie de reformas que acaben legalizando el homicidio⁵.

Nos parece de especial importancia insistir en una de las conclusiones de este pronunciamiento y —que ya fue apuntada por la juez McLachlin en su voto particular en el caso *Sue Rodriguez*—: si se permite que una persona pueda, de manera consciente y responsable, rechazar un tratamiento aunque eso implique su muerte ¿por qué no se ampara la petición de atención médica para que se ponga fin a un proceso de sufrimiento intolerable que también desembocará en la muerte de la persona? En suma, si hay derecho a decidir el rechazo de un tratamiento que mantiene la vida, por qué no hay derecho a decidir sobre una asistencia médica que pone fin al sufrimiento y que no altera el resultado final del proceso: la muerte.

2. EN ITALIA

La línea argumental del caso *Carter* está presente también en recientes resoluciones de la Corte Constitucional italiana y del Tribunal Constitucional Federal alemán. Por lo que respecta a Italia, es conocida la sentencia 207/2018, de 16 de noviembre, en el llamado caso *Cappato*⁶, a resultas de una cuestión planteada por la Corte di assise de Milán al dudar de la constitucionalidad del artículo 580 del Código Penal, que regulaba el delito de incitación o ayuda al suicidio (Gentili, 2018).

La Corte no consideró, *a priori*, inconstitucional la criminalización de la ayuda al suicidio pero matizó que no bastaba quedarse con esta conclusión abstracta sino que había que atender a las concretas circunstancias en las que se encuentra quien reclama esa colaboración: no podemos dejar de tener en cuenta situaciones inimaginables en el momento en que se introdujo la norma penal, pero que son reales hoy debido al desarrollo de la ciencia y de la tecnologías médicas, a menudo «capaces de arrebatarse la muerte a pacientes en condiciones extremadamente comprometidas, pero que no les devuelven suficientes funciones vitales» y en el caso concreto se trataba de «una persona (a) que sufre de una patología irreversible, (b) fuente de sufrimiento físico o psicológico, que encuentra absolutamente intolerable, que es (c) mantenido vivo mediante tratamientos de soporte vital, pero sigue

⁵ El Tribunal concedió el plazo de un año a los Legisladores federal y estatales para que adoptasen las medidas adecuadas para el cumplimiento de su sentencia, término que no se cumplió pues la denominada Ley C-14, de modificación del Código Penal y de otras normas relativas a la ayuda médica para morir, no fue aprobada hasta el 17 de junio de 2016.

⁶ Fabiano Antoniani, conocido como Dj Fabo, tuvo un gravísimo accidente de tráfico a resultas del cual quedó tetrapléjico y ciego, lo que le impulsó a reclamar una muerte digna en Italia; al no conseguirlo en su país, y con la ayuda de Marco Cappato, viajó a Suiza y pudo morir en una clínica de Zúrich. Cappato fue imputado en Italia por acompañarle; véase el estudio de GENTILI, G., «Il caso Cappato e il diritto a morire (senza soffrire)», *Archivio penale*, n.º. 3, 2018, pp. 1-31.

siendo (d) capaz de tomar decisiones libres y conscientes (...)» Pues bien, en tales circunstancias la «ayuda de un tercero» puede ser indispensable para poner fin a esa situación en la que se mantiene artificialmente una vida en contra de la voluntad de la persona y que, al amparo del artículo 32 de la Constitución italiana, no hay obligación de soportar⁷.

La Corte concluyó, en la línea del asunto *Carter*, que si el ordenamiento italiano ya admite que quienes se mantienen vivos mediante un tratamiento de apoyo artificial pueden, bajo ciertas condiciones, tomar la decisión de poner fin a su existencia deteniendo dicho tratamiento, no está claro por qué se considera necesaria una protección férrea e indiscriminada de la vida frente a la voluntad de quien desea poner fin a su existencia con la ayuda de otros. Y es que la prohibición absoluta de la ayuda al suicidio termina limitando la libertad de autodeterminación del paciente en la elección de las terapias, incluidas las destinadas a liberarlo del sufrimiento, libertad que deriva de los artículos 2, 13 y 32.2 de la Constitución, sin que esta limitación se considere preordenada para la protección de otro interés constitucionalmente relevante.

La Corte, como también había hecho el Tribunal Supremo de Canadá, dio un plazo al legislador democrático, hasta el 24 de septiembre de 2019, para que, en su caso, aprobara una nueva normativa en la materia compatible con la Constitución. Transcurrido el plazo fijado, y ante la inactividad legislativa, la Corte emitió la Sentencia 242/2019, de 22 de noviembre de 2019, donde, entre otras consideraciones, concluyó (FFJJ 6.º a 8.º), en primer lugar, que la declaración de inconstitucionalidad se limita a excluir el castigo de la ayuda al suicidio en los casos considerados, sin crear ninguna obligación para los médicos de hacerlo. Por tanto, depende de cada médico decidir si atiende, o no, la solicitud del paciente.

En segundo lugar, las condiciones del solicitante que hacen que la prestación de la ayuda sea legal son, como ya había dicho anteriormente la Corte, una patología irreversible, un sufrimiento físico o psicológico grave, la dependencia de tratamientos de soporte vital y la capacidad para tomar decisiones libres y conscientes, que deberán ser sometidas a verificación médica; además debe existir una manifestación de voluntad del interesado clara e inequívoca, de manera compatible con lo que permitan sus condiciones, previa información adecuada de posibles soluciones alternativas, especialmente con respecto al acceso a los cuidados paliativos y, en su caso, de la sedación profunda continua.

Finalmente, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 580 por violación de los artículos. 2, 13 y 32.2 de la Constitución, en la parte en que no excluye el

⁷ «La República protege la salud como derecho fundamental de la persona e interés básico de la colectividad y garantiza asistencia gratuita a los indigentes. Nadie podrá ser obligado a someterse a un tratamiento médico, a menos que así lo establezca la Ley. La Ley no podrá en ningún caso violar los límites que impone el respeto a la persona humana».

castigo de quienes, con las modalidades previstas por los artículos 1 y 2 de la Ley 219 de 2017, o con modalidades equivalentes en el sentido indicado anteriormente, facilitan la ejecución de la intención de suicidio, de forma autónoma y libre, de una persona mantenida con tratamientos que sostienen la vida y sufre una patología irreversible, fuente de sufrimiento físico o psicológico que ella considera intolerable y es totalmente capaz de tomar decisiones libres y conscientes. Estas condiciones y métodos de ejecución deberán ser verificados por el Servicio Nacional de Salud, previa consulta al Comité de Ética competente.

3. EN ALEMANIA

Más reciente todavía es la sentencia del Segundo Senado del Tribunal Constitucional Federal alemán de 26 de febrero de 2020, que, entre otras cosas, incluye referencias históricas y de Derecho Comparado⁸. No puede dejar de recordarse que en la Constitución alemana el libre desarrollo de la personalidad está configurado como derecho fundamental⁹, cosa que no ocurre en la española pero, incluso con esa diferencia, es muy relevante que en esa sentencia se conecte el citado libre desarrollo con el «derecho a una muerte autodeterminada», que comprende no solo la libertad de quitarse la vida, sino la libertad de buscar y, si se ofrece, utilizar la asistencia que otras personas puedan prestar con este fin. El citado derecho a una muerte autodeterminada no se limita a rechazar, en ejercicio de la propia voluntad, tratamientos que sostengan la vida sino que se extiende a los casos en que el individuo decide gobernar activamente aquella¹⁰.

⁸ Asuntos acumulados 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2, BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 y 2 BvR 2527/16. El artículo 217 del Código Penal —geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung— contemplaba una sanción para quien, con la intención de ayudar a otra persona a suicidarse, proporcionase, procurase u organizase la oportunidad de hacerlo como un servicio profesional. Esta disposición fue impugnada por, entre otros, asociaciones que ofrecen asistencia para el suicidio con sede en Alemania y Suiza, personas con enfermedades graves que trataban de poner fin a sus vidas con la ayuda de dichas asociaciones, médicos que trabajan en atención ambulatoria u hospitalaria y abogados que asesoran sobre cuestiones relacionadas con el suicidio; véase, en la doctrina española el comentario de COCA VILA, I. «El derecho a un suicidio asistido frente a la prohibición de su fomento como actividad recurrente (§ 217 StGB). Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 26 de febrero de 2020», *InDret*, Vol. 4, 2020, <https://ssrn.com/abstract=3812411>; más breve, CÁMARA VILLAR, G. «La regulación de la eutanasia...», pp. 454-456

⁹ Conforme al artículo 2.1 de la Constitución, «toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulnere los derechos de los demás ni atente contra el orden constitucional o la moral».

¹⁰ Véase, en la doctrina española, RIQUELME VÁZQUEZ, P. «Suicidio asistido y libre desarrollo de la personalidad en la República Federal de Alemania», *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 109, 2020, pp. 295-325.

Y hasta tal punto es así que, continua el Tribunal Constitucional alemán, la decisión personal de poner fin a la propia vida, basada en la forma en la que cada uno define la calidad de vida y una existencia significativa, elude cualquier evaluación basada en valores generales, dogmas religiosos, normas sociales para tratar con la vida y la muerte, o consideraciones de racionalidad objetiva. Por todo ello, no le corresponde al individuo seguir explicando o justificando su decisión; más bien, su decisión debe, en principio, ser respetada por el Estado y la sociedad como un acto de autodeterminación personal.

El derecho incluye, como ya se ha apuntado, la libertad para buscar y, en su caso, utilizar la ayuda a morir que puedan proporcionar otras personas. Por este motivo era inconstitucional la previsión incluida en el artículo 217.1 del Código Penal alemán que criminalizaba la asistencia al suicidio y, al hacerlo, menoscababa la citada libertad.

Para llegar a esta conclusión el Tribunal sometió el citado precepto penal al test de proporcionalidad y entendió que, en principio, prohibir los servicios de suicidio asistido es un fin legítimo puesto que contribuye a evitar que se creen situaciones de presión sobre las personas para que se quiten la vida, por ejemplo, sobre la base de consideraciones de utilidad, sin que se asegure de manera suficiente el libre albedrío en la toma de decisiones. A este respecto, las investigaciones y estudios alemanes y extranjeros concluyen que un motivo común para buscar asistencia suicida es el deseo de no suponer una carga para familiares o terceras personas.

Ahora bien, la importancia fundamental que se atribuye en la Constitución alemana a la autodeterminación, en particular para proteger la singularidad personal así como la identidad e integridad en las decisiones relativas a la propia vida, impone límites estrictos al legislador a la hora de diseñar una protección jurídica en el contexto de la asistencia al suicidio. Y el legislador alemán sobrepasó esos límites al aprobar el art. 217 del Código Penal ya que «en el corazón de la Ley Fundamental» se encuentra una concepción del ser humano basada en la dignidad y el libre desarrollo de la propia personalidad a través de la autodeterminación y la responsabilidad personales.

Esa noción es la que debe ser el punto de partida para cualquier marco normativo y de ahí se deduce que el deber del Estado de proteger la autodeterminación y la vida solo puede prevalecer sobre la libertad del individuo cuando éste se encuentre expuesto a influencias que pongan en peligro la autodeterminación de su propia vida. El ordenamiento jurídico puede contrarrestar estas influencias mediante medidas preventivas, por ejemplo, fortaleciendo los cuidados paliativos con el fin de frenar los deseos de suicidio que puedan surgir de determinadas enfermedades, pero, más allá, la decisión de una persona de poner fin a su vida, basada en su comprensión de lo que constituye una existencia significativa, debe ser

reconocida como un acto de autodeterminación autónoma; en suma, la protección de la vida no puede ser contraria a la tutela de la autonomía personal.

Y sin la disponibilidad de servicios de suicidio asistido la persona dependería de la voluntad de los médicos de prestar asistencia al menos en forma de prescripción de las sustancias necesarias para suicidarse y, en términos reales, eso solo podría esperarse en casos excepcionales, no solo porque los médicos han mostrado poca disposición a proporcionar asistencia para el suicidio sino también porque no pueden estar obligados a hacerlo; mientras esta situación persista, se genera una necesidad fáctica de existencia de servicios de suicidio asistido.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la mejora de los cuidados paliativos tampoco es, por sí misma, adecuada para compensar una restricción desproporcionada de la autodeterminación individual. Dicha mejora podría ser un medio adecuado para reducir el número de casos en los que los enfermos terminales desean morir debido a tales deficiencias. Sin embargo, en los casos en que la decisión de suicidarse se adopte en otras circunstancias las mejoras en los cuidados paliativos no equilibran las restricciones resultantes de la disposición impugnada. No hay obligación de hacer uso de los cuidados paliativos. Y el Estado tampoco puede acogerse a la opción de utilizar la asistencia para el suicidio ofrecida en el extranjero, pues debe garantizar la protección de los derechos fundamentales dentro de su propio ordenamiento.

Por último, la restricción de la autodeterminación individual prevista en el artículo 217 del Código Penal tampoco podía justificarse en aras a la protección de terceras personas, pues el objetivo de evitar que la asistencia al suicidio genere comportamientos imitadores no es suficiente para negar a otros el ejercicio del derecho.

Todo ello no quiere decir que se impida por completo al legislador regular la asistencia al suicidio, sí implica que cualquier legislación sobre este tema debe guiarse por la noción de que las personas son seres capaces de perseguir y ejercer su libre determinación. En el contexto de la asistencia organizada al suicidio, el legislador dispone de un amplio espectro de opciones, tales como las obligaciones legales de proporcionar información y observar unos períodos de espera; la existencia de controles administrativos que garanticen la fiabilidad de los servicios de suicidio asistido ofrecidos o la prohibición de formas particularmente peligrosas de asistencia al suicidio. El legislador también puede recurrir a la utilización del derecho penal a este respecto, al menos para garantizar el cumplimiento mediante sanciones penales. Sin embargo, el derecho al suicidio prohíbe vincular la permisibilidad de la asistencia suicida a determinados criterios sustantivos; por ejemplo, exigiendo un diagnóstico de enfermedad incurable. No obstante, pueden establecerse requisitos diferentes, dependiendo de las circunstancias, al efecto de verificar que la resolución del individuo de suicidarse es sincera y definitiva.

4. EN COLOMBIA

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia resolvió en su Sentencia C-239/97, de 20 de mayo de 1997, que

«desde una perspectiva pluralista no puede afirmarse el deber absoluto de vivir (...) En otras palabras: quien vive como obligatoria una conducta, en función de sus creencias religiosas o morales, no puede pretender que ella se haga coercitivamente exigible a todos; solo que a él se le permita vivir su vida moral plena y actuar en función de ella sin interferencias. Además, si el respeto a la dignidad humana irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente al valor de la vida para sí. En palabras de esta Corte: el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad...

El Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad. Por consiguiente, si un enfermo terminal que se encuentra en las condiciones objetivas que plantea el Código Penal considera que su vida debe concluir, porque la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté habilitado para oponerse a su designio, ni impedir, a través de la prohibición o de la sanción, que un tercero le ayude a hacer uso de su opción. No se trata de restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida sino, de reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida solo como hecho biológico».

Con posterioridad, la Sentencia T-970, de 15 de diciembre de 2014, llevó a cabo una serie de precisiones conceptuales acerca de los distintos tipos de eutanasia y recordó que ya en la Sentencia C-239 de 1997 reconoció que el derecho a morir dignamente tenía la categoría de fundamental y exhortó al Congreso para que en el menor tiempo posible lo reglamentara. Sin embargo, transcurrieron 17 años sin que el Legislador consiguiera aprobar esa norma a pesar de que hubo cuatro intentos, por lo que la Corte, «en aras de garantizar el goce efectivo del derecho fundamental analizado en esta providencia», acordó unas

«pautas normativas para facilitar su ejercicio, sin perjuicio de que el Congreso de la República en desarrollo de la cláusula general de competencia en

materia legislativa que le adscribe la Constitución, y tomando en cuenta las directrices trazadas en esta decisión, proceda su regulación»:

«Prevalencia de la autonomía del paciente: los sujetos obligados deberán analizar los casos atendiendo siempre a la voluntad del paciente. Solo bajo situaciones objetivas e imparciales, se podrá controvertir esa manifestación de la voluntad.

Celeridad: el derecho a morir dignamente no puede suspenderse en el tiempo, pues ello implicaría imponer una carga excesiva al enfermo. Debe ser ágil, rápido y sin ritualismos excesivos que alejen al paciente del goce efectivo del derecho.

Oportunidad: se encuentra en conexión con el anterior criterio e implica que la voluntad del sujeto pasivo sea cumplida a tiempo, sin que se prolongue excesivamente su sufrimiento al punto de causar su muerte en condiciones de dolor que, precisamente, quiso evitarse.

Imparcialidad: los profesionales de la salud deberán ser neutrales en la aplicación de los procedimientos orientados a hacer efectivo el derecho a morir dignamente. No pueden sobreponer sus posiciones personales sean ellas de contenido ético, moral o religioso que conduzcan a negar el derecho. En el caso de que el médico alegue dichas convicciones, no podrá ser obligado a realizar el procedimiento, pero tendrá que reasignarse otro profesional».

III. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el asunto *Pretty c. Reino Unido* (2002) al caso *Mortier c. Bélgica* (2022)

El TEDH se empezó a ocupar de la eutanasia en el conocido asunto *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, donde concluyó que «no se puede interpretar, sin distorsión del lenguaje, que el artículo 2 confiere un derecho diametralmente opuesto; a saber, el derecho a morir; tampoco puede crear un derecho a la autodeterminación en el sentido de que conceda a todo individuo el derecho a escoger la muerte antes que la vida. El Tribunal considera por tanto que no es posible deducir del artículo 2 del Convenio un derecho a morir, ni de la mano de un tercero ni con la ayuda de una autoridad pública» (§ 39 y 40).

Pero el propio TEDH admitió, ya en el asunto *Haas c. Suiza*, de 20 de enero de 2011 (§ 51), que el derecho de una persona a decidir el modo y manera de acabar con su vida, siempre que él o ella esté en disposición de formar libremente su propio juicio y actuar en consecuencia, es uno de los aspectos del derecho al respeto de la vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio (en la misma línea, *Gross c. Suiza*, de 14 de mayo de 2013, § 58). Y, en relación con la garantía del derecho a la vida protegida por el artículo 2 del Convenio, esta última dispo-

sición obliga (caso *Haas*) a las autoridades internas a impedir a una persona que se quite la vida si su decisión no se produce libremente y con pleno conocimiento de causa (§ 54), por lo que, rectamente entendida, tal obligación no existiría en caso de que se obre de manera libre y consciente.

Mucho más reciente, y decisiva, es la sentencia del TEDH el caso *Mortier c. Bélgica*, de 4 de octubre de 2022, donde enjuició la compatibilidad de la Ley belga de eutanasia con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y lo dicho por el TEDH es relevante más allá de las fronteras belgas pudiendo extraerse conclusiones en relación con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, vigente en España desde junio de 2021.

El asunto trae causa de la demanda presentada por el hijo de la señora G. T., una mujer que sufría una depresión crónica desde hacía unos 40 años y que en septiembre de 2011 consultó al profesor y médico D. y le comunicó su intención de someterse a la eutanasia, aceptando el médico ser quien la asistiera en el proceso eutanásico, algo que hizo junto con otros profesionales. Dichos profesionales sugirieron a la mujer que se pusiera en contacto con sus hijos para informarles de su petición, a lo que ella se opuso en principio aunque en enero de 2012 les envió un correo electrónico en el que les informaba de su voluntad: su hija le respondió que respetaba sus deseos y, según el expediente médico, su hijo no respondió. La mujer escribió una carta de despedida a sus hijos el 3 de abril de 2012, en presencia de una persona de apoyo. A la señora G. T. se le practicó la eutanasia en un hospital público por el profesor D. el 19 abril de 2012 y murió en presencia de algunos amigos.

Invocando el artículo 2 del Convenio, el demandante alegó que el Estado belga había incumplido sus obligaciones positivas de proteger la vida de su madre en la medida en que el procedimiento previsto en la Ley sobre la eutanasia no se había seguido en el presente caso, por lo que las garantías que ofrecía eran ilusorias. También se quejó, en virtud del artículo 13 del Convenio, de que no se había llevado a cabo una investigación exhaustiva y efectiva de los hechos de su denuncia.

Si bien este es el primer caso en el que el Tribunal ha tenido que examinar una reclamación en virtud del artículo 2 del Convenio relativa a las consecuencias de una eutanasia ya practicada, ya había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre una serie de casos relacionados y su jurisprudencia al respecto, complementada con la que establece en este asunto, podría resumirse así:

1. No es posible derivar del artículo 2 del CEDH un derecho a morir, ya sea a manos de un tercero o con la asistencia de una autoridad pública.
2. El artículo 2 del Convenio obliga a las autoridades nacionales a impedir que una persona ponga fin a su vida si la decisión no ha sido tomada libremente y con pleno conocimiento de causa.

3. El derecho a elegir el modo y el momento de poner fin a la propia vida, siempre que uno pueda formarse libremente su propia voluntad y actuar en consecuencia, es uno de los aspectos del derecho al respeto de la vida privada, según el artículo 8 del Convenio.
4. No puede descartarse que impedir por ley que una persona ejerza su elección de evitar lo que, en su opinión, será un final de vida indigno y doloroso constituya una injerencia en su derecho al respeto de la vida privada en el sentido del artículo 8 § 1 del Convenio.
5. En una época en la que la sofisticación médica y la esperanza de vida son cada vez mayores, muchas personas temen verse obligadas a vivir hasta una edad muy avanzada o en un estado de grave deterioro físico o mental en desacuerdo con su identidad personal.
6. El Tribunal considera que, si bien, y como se ha dicho más arriba, no es posible deducir del artículo 2 del Convenio un derecho a morir, el derecho a la vida consagrado en dicha disposición no puede interpretarse en el sentido de que prohíbe la despenalización condicional de la eutanasia *per se*.
7. Para ser compatible con el artículo 2 CEDH, la despenalización de la eutanasia debe ir acompañada de garantías adecuadas y suficientes para evitar los abusos y asegurar el respeto al derecho a la vida. A este respecto, el TEDH recuerda que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha considerado que la eutanasia no constituye en sí misma una violación del derecho a la vida si está rodeada de fuertes garantías legales e institucionales para asegurar que los profesionales médicos la aplican a partir de una decisión explícita, inequívoca, libre e informada de la persona que la solicita.
8. La regulación legislativa del país que apruebe la eutanasia debe impedir su práctica si la decisión no ha sido tomada libremente y con pleno conocimiento de causa.

Entrando en el análisis de la legislación belga, el TEDH recuerda que el artículo 3 de la Ley de eutanasia sólo permite llevarla a cabo si la persona solicitante, mayor de edad o menor emancipado, está consciente en el momento de su petición y se realiza de forma voluntaria, cuidadosa y reiterada. Además, la eutanasia sólo está permitida si el paciente se encuentra en una situación médica desesperada y sufre un dolor físico o psicológico constante e insoportable que no puede ser aliviado y que es el resultado de una condición accidental o patológica grave e incurable. En segundo lugar, la Ley obliga a informar y consultar a otro médico independiente tanto del paciente como del médico que lo trata y que debe ser especialista en la patología en cuestión; además, debe transcurrir, al menos, un

mes entre la solicitud escrita del paciente y la eutanasia, garantizando así que es el resultado de un deseo meditado y reiterado. Esto es especialmente importante en el caso de una solicitud realizada por un paciente que sufre una enfermedad mental y que no morirá en un futuro próximo. El segundo médico también debe asegurarse de que el sufrimiento es constante e insoportable y de que la solicitud es voluntaria y reiterada.

Pues bien, el Tribunal considera que el marco legislativo relativo a los actos previos a la eutanasia establecido por el Estado belga garantiza que la decisión de la persona de poner fin a su vida ha sido adoptada libremente y con pleno conocimiento de causa. En particular, el TEDH concede gran importancia al hecho de que se prevean garantías adicionales para casos, como el de la madre del demandante, que implican sufrimiento mental y en los que la muerte no se producirá a corto plazo, así como a la exigencia de independencia de los distintos médicos consultados.

En conclusión, estas previsiones respetan las exigencias derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

IV. El enjuiciamiento constitucional de la eutanasia en España¹¹

1. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ANTERIOR A LA STC 19/2023, DE 22 DE MARZO

En la STC 120/1990, de 27 de junio, el Tribunal Constitucional (TC) enjuició el amparo solicitado por varios presos pertenecientes a la organización terroris-

¹¹ Para un enfoque jurídico-constitucional de esta cuestión en la doctrina española, véanse, cuando menos, MARÍN GÁMEZ, J. A. «Reflexiones sobre la eutanasia. Una cuestión pendiente del Derecho Constitucional a la vida», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54, 1998, pp. 85-118; REY MARTÍNEZ, F. *Eutanasia y derechos fundamentales*, CEPC, 2008; CHUECA RODRÍGUEZ, R. «El poder de disposición sobre el final de la vida», en PRESNO LINERA, M. Á., *Autonomía personal, cuidados paliativos y derecho a la vida*, Oviedo, Procuradora General del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo, 2011, pp. 79 y ss.; MOLERO MARTÍN-SALAS, M. P. *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*, Madrid, CEPC, 2014; MARCOS, A. M./DE LA TORRE, J. (eds.), *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, Dykinson, 2019; ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, Comares, 2019; ARROYO GIL, A., «El derecho a una muerte digna en el ordenamiento constitucional español», en VARIOS AUTORES *La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a Juan José Solozábal Echavarría*, Fundación Giménez Abad/CEPC, 2019, pp. 613 y ss.

Véanse, en el ámbito penal, entre otros, los estudios de TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La disponibilidad de la propia vida en Derecho penal*, CEC/BOE, 1999; id., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo Código penal (artículo 143)*, Tirant lo Blanch, 2000; id. (ed.) *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia*, Marcial Pons, 2021; JUANATEY

ta GRAPO en relación con el mantenimiento de la huelga de hambre que estaban llevando a cabo en varias prisiones españolas¹². Lo que aquí nos interesa es la cuestión de los derechos a la integridad física y moral garantizados por el artículo 15 CE, que es, también, junto con la protección de la vida, a lo que dedica el TC la mayor parte su fundamentación jurídica.

En esta resolución se puede leer que «siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho. En virtud de ello, *no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte...*» (FJ 7; en el mismo sentido, STC 137/1990, de 19 de julio, FJ 5).

Estas categóricas afirmaciones podrían entenderse en el sentido de que poco espacio hay para la proyección del principio del libre desarrollo de la personalidad en las decisiones relativas al momento final de la vida y, en suma, de que no cabe articular legalmente, ni siquiera de manera condicionada, un «derecho a la eutanasia». Sin embargo, hay que tener en cuenta el contexto en el que se realizaron e, incluso, lo que sostuvo ese mismo Tribunal en otras partes de la mencionada resolución; por ejemplo, cuando dijo que ante «la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que solo a él afecta,... podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad» (FJ 7; en la misma línea, STC 137/1990, FJ 5); en otras palabras, no cabe, y eso ya es algo, obligar a alguien a vivir si esa no es su voluntad.

En el fallo pareció ser determinante el hecho de que el objetivo de los huelguistas no era, según el TC, legítimo —estaban presionando a la Administración

DORADO, C., «Protección penal de la vida y de la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad», en DOVAL PAÍS/MOYA GUILLEM, *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 23 y ss.; NÚÑEZ PAZ, M. Á., *Interrupción voluntaria de la vida humana*, Tirant lo Blanch, 2016.

¹² Como se recordará, el objeto del recurso era analizar, como explica el propio Tribunal, la «compatibilidad con los artículos 1.1, 9.2, 10.1, 15, 16.1, 17.1, 18.1, 24.1 y 25.2 CE de la resolución judicial que, ante la negativa a ingerir alimentos, manifestada por los internos recurrentes en reivindicación de la concentración en un mismo establecimiento penitenciario de los reclusos pertenecientes a los GRAPO, autoriza y obliga a la Administración penitenciaria a prestar asistencia médica, en cuanto ello implique la alimentación de los internos en contra de su voluntad».

penitenciaria para que los reagrupara— y, en consecuencia, no les amparaba esa plena libertad que, en otro caso, tendrían. No obstante, y en puridad, ni siquiera una relación de sujeción especial como la que existe entre las personas que están presas y la Administración penitenciaria justifica una medida coactiva que, aunque trata de salvar la vida y la salud de los reclusos, lesiona su libertad y autonomía, que les permiten tomar las decisiones que mejor se ajustan a las propias convicciones sin ocasionar daño a los demás¹³.

El propio TC concluyó en 1996, también en un caso que afectaba a un preso, que «el derecho a la integridad física y moral no consiente que se imponga a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad, cualesquiera que fueren los motivos de esa negativa... La decisión de permitir una agresión de esa envergadura aunque con finalidad curativa es personalísima y libérrima, formando parte inescindible de la protección de la salud como expresión del derecho a la vida» (STC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 3)¹⁴.

¹³ Como se dice en los votos particulares a la STC 120/1990, «la obligación de la Administración Penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos no puede ser entendida como justificativa del establecimiento de un límite adicional a los derechos fundamentales del penado, el cual, en relación a su vida y salud y como enfermo, goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano, y por ello ha de reconocérsele el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria... lo que importa no es saber si la llamada huelga de hambre reivindicativa en que se encuentran los recurrentes es o no ilícita (o si lo son como se dice en la Sentencia, los objetivos que con la misma se pretenden conseguir, cuestión ésta harto discutible); lo esencial es saber si es lícito forzar la voluntad de unas personas, libremente expresada, y coartar su libertad física para imponerles una alimentación o un tratamiento médico que rechazan... [el] deber de velar por la salud y la integridad física de los reclusos termina frente a la renuncia del recluso enfermo a su derecho a recibir protección y cuidados médicos. Los reclusos que con grave riesgo para su salud y su vida, pero sin riesgo alguno para la salud de los demás, se niegan a recibir alimentos y asistencia sanitaria no son personas incapaces cuyas limitaciones hayan de ser subvenidas por los poderes públicos...»

¹⁴ Casi dos años después, el 12 de enero de 1998, murió Ramón Sampedro, que, el 12 de julio de 1995, había iniciado una acción de jurisdicción voluntaria ante el Juzgado de Primera Instancia de Noia, La Coruña, alegando el derecho a morir con dignidad y solicitando que se autorizara a su médico a administrarle las sustancias necesarias para poner fin a su vida, sin que por ello pudiera ser perseguido penalmente. El 9 de octubre de 1995, el Juzgado denegó tal petición, aduciendo que el artículo 143 del Código Penal español sancionaba este hecho como delito de auxilio al suicidio, con una pena de 2 a 10 años de prisión. Ramón Sampedro apeló ante la Audiencia Provincial de A Coruña, que rechazó el recurso el 19 de noviembre de 1996, confirmando la decisión del Juzgado de primera instancia. El 16 de diciembre de 1996, Ramón Sampedro interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando una violación a su dignidad y a sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la integridad física y moral; así como a un proceso con equidad. El TC no llegó a pronunciarse sobre el fondo al entender que la muerte de Sampedro durante la tramitación había generado la extinción de su recurso y no procedía la sucesión procesal en favor de su heredera, Manuela Sanles (Auto 242/1998, de 11 de noviembre).

2. LA STC 19/2023, DE 22 DE MARZO, SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA

En el BOE de 25 de marzo de 2021 se publicó la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE), que entró en vigor el 25 de junio y contra la que se han presentado dos recursos de inconstitucionalidad, uno por diputados del Grupo parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados y otro por diputados del Grupo parlamentario Popular en esa misma cámara. Se ha resuelto el primero de dichos recursos a través de la STC 19/2023, de 22 de marzo, a la que dedicaremos en estas líneas un breve análisis de conjunto, lo que impide profundizar en los detalles de la resolución.

Lo primero que hay que destacar es que el TC ha resuelto este recurso con relativa rapidez para los plazos a los que nos tiene acostumbrados, máxime cuando se trata de asuntos de este calado (la STC sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo se demoró más de siete años y la resolución del recurso contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo sigue pendiente trece años después), pues si bien se presentó hace ya casi dos años —el 16 de junio de 2021—, ese período ha coincidido con una época turbulenta en el Tribunal y con otros asuntos pendientes de gran relevancia.

En segundo lugar, el fallo desestimatorio del recurso concitó el apoyo de nueve de los once magistrados que hoy componen el TC (está pendiente la renovación de una plaza), aunque en el caso de la magistrada María Luisa Balaguer con discrepancias sobre la fundamentación jurídica de la mayoría.

En tercer lugar, ese fallo desestimatorio lo es en su totalidad, de manera que la mayoría del TC no encuentra motivo alguno de inconstitucionalidad en la LORE y eso que los recurrentes impugnaron la totalidad de la Ley, algo muy poco frecuente.

El TC examina en primer término (FJ 3) la censura de inconstitucionalidad basada en supuestos vicios del procedimiento de aprobación de la LORE y la despacha con prontitud, pues no cabe reproche alguno a que se trate de una proposición de ley y, por tanto, no vaya acompañada de los dictámenes que, en su caso, exigiría un proyecto de ley.

A continuación, la STC se ocupa de la impugnación del conjunto de la LORE por motivos sustantivos (FJ 6) y destaca que, a diferencia de lo que sucede con la mayoría de los casos en relación con la eutanasia activa directa hasta ahora examinados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), así como por los tribunales constitucionales de nuestro entorno, «este tribunal se ve ahora llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad,

no de normas penales prohibitivas, sino de una regulación legal que habilita su práctica».

Pues bien, a este respecto se recuerda el respaldo del TC, «con base en el derecho fundamental a la integridad personal, proclamado en el propio art. 15 Constitución Española (CE), [a] las decisiones libres e informadas de rechazo de tratamientos médicos aun cuando puedan conducir a un resultado fatal (STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5)... En suma, la autodeterminación sobre el propio sustrato corporal impide que pueda activarse una protección de la vida a través de terapias salvadoras contra la voluntad del paciente...»

Y si las cosas son así parece poco coherente admitir «dejar morir» pero no «ayudar a morir»; en palabras del TC, no se «aprecia una diferencia valorativa que, desde la estricta perspectiva del alegado carácter absoluto de la protección de la vida, explique la admisibilidad constitucional —aceptada por los recurrentes— de la facultad de autodeterminación de un paciente que rechaza tratamientos salvadores, solicita la retirada del soporte vital o requiere cuidados paliativos terminales, con el consiguiente adelantamiento de la muerte que esas decisiones implican, pero no de los supuestos de eutanasia ahora examinados».

Desde luego, no falta en la CE fundamento para la eutanasia activa directa «en contextos de sufrimiento extremo como los cubiertos por la Ley Orgánica impugnada... tal fundamento se encuentra en los derechos fundamentales a la integridad física y moral —integridad personal, en definitiva— del art. 15 CE que, en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE, amparan el derecho de la persona a la autodeterminación respecto de su propia muerte en contextos eutanásicos, derecho que delimita externamente el ámbito de aplicación del derecho fundamental a la vida y que resulta amparado en la Constitución».

Coincido con esta conclusión del TC, pues, en mi opinión, el derecho fundamental a la integridad física y moral garantizado en el artículo 15 CE comprende no solo la facultad de exigir el deber de abstención por parte de los poderes públicos o de terceros en relación con una persona que no quiere que le ayuden a seguir viviendo, sino también la exigencia de comportamientos positivos cuando dichas intervenciones, prestaciones, cambios normativos, etc. sean necesarios para asegurar la efectividad de derechos y libertades con una alta carga de autodeterminación personal como el derecho a la integridad personal. En suma, del artículo 15 CE cabe derivar un derecho complejo que, primero, habilita para rechazar un tratamiento no deseado mediante la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas, salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, segundo, faculta a la persona para reclamar a los poderes públicos una prestación en forma de ayuda médica para morir cuando su integridad esté siendo gravemente menoscaba por sufrimientos intolerables.

Parafraseando al Tribunal Supremo de Canadá —asunto *Carter v. Canadá*—, la respuesta individual ante una situación médica irremediable es una cuestión que afecta a la autonomía personal y, en consecuencia, la ley debe permitir reclamar cuidados paliativos, rechazar alimentos e hidratación, así como el mantenimiento artificial de la vida, pero también el derecho a la asistencia para morir.

Como es obvio, y como ocurre con la gran mayoría de los derechos, el que nos ocupa no carece de límites: la CE no contempla una reserva específica de limitación en el enunciado del artículo 15, es decir, no prevé habilitación alguna para fijar límites externos a los derechos garantizados en ese precepto, por lo que el legislador, ahora la LORE, solo puede concretar los límites internos y hacerlo respetando el contenido abstracto del derecho, sin imponer restricciones que lo hagan impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección. En este sentido cabe hablar de la existencia de límites a los límites, de manera que el Estado «no puede... eludir su responsabilidad en esta materia, como sucedería si pretendiese permanecer ajeno —mediante la prohibición o la ausencia de regulación— a la específica problemática de quien precisa la ayuda de terceros para ejercer de modo efectivo su derecho en este tipo de situaciones, pues ello podría abocar a la persona a una muerte degradante, y en todo caso haría depender a cada sujeto, a la hora de decidir sobre su propia muerte y llevarla a cabo, de sus específicos y personales condicionantes físicos, sociales, económicos y familiares, resultados ambos incompatibles con los arts. 10.1 y 15 CE». En este mismo sentido se pronunció, como ya se ha dicho el TEDH (asunto *Mortier c. Bélgica*, de 4 de octubre de 2022), cuya jurisprudencia debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar nuestros derechos fundamentales.

Entre los límites exigibles está el de «adoptar medidas de protección suficientemente eficaces para evitar que una regulación de este tipo, y su consiguiente aplicación en la práctica, puedan llegar a afectar de modo constitucionalmente inadmisibles a la vida del sujeto». Dicha regulación debe ser clara y precisa y ha de presidir cualquier práctica eutanásica.

A este respecto, y en primer lugar, «no cabe... que la ayuda para morir sea prestada sin consentimiento del sujeto, ni por un sujeto que no sea capaz, ni mediante el consentimiento de un representante (arts. 5.2, 6.4 y 9) ni con un consentimiento que no sea informado, libre, voluntario y consciente». En segundo término, se delimitan unos contextos eutanásicos «caracterizados por una situación de sufrimiento personal extremo por causas médicas graves, irreversibles y objetivamente contrastables». Además, se han previsto cautelas procedimentales, organizativas y relativas a la materialización de la prestación y, finalmente, garantías de reclamación administrativa y judicial.

Al responder al reproche de los recurrentes a la definición legal de la situación de «padecimiento grave, crónico e imposibilitante», el TC concluye que carecen

de fundamento las prevenciones ante la expresión «padecimiento», noción legal que en contra de lo que se aduce no es, atendido el contexto, distinta en cualidad a la de «enfermedad».

A continuación, la STC parece ir más allá de lo que dice el articulado de la LORE, restringiendo su alcance, pues sostiene algo que no está así enunciado en el artículo 3.b, aunque se apunte en el Preámbulo: que «el padecimiento ha de presentarse siempre como una dolencia o enfermedad somática en su origen, aunque los sufrimientos constantes e intolerables que la LORE requiere puedan ser de orden psíquico... Esta distinción entre la patología o dolencia física [«sin posibilidad de curación o mejoría apreciable» o «incurable», apartados b) y c), respectivamente, del art. 3], de un lado, y los sufrimientos físicos o psíquicos asociados a ella, del otro, excluye de raíz que la LORE, frente a lo que los recurrentes dicen, pretenda o permita incluir entre tales «padecimientos» la «enfermedad psicológica» o, incluso, la «depresión».

No obstante esta rotunda conclusión de la STC, en la Medicina hace tiempo que no se parte de una separación tajante entre lo físico y lo mental en la medida que se ha demostrado que, por ejemplo, la demencia tiene una anatomía patológica definida y ha pasado a ser una enfermedad neurológica, es decir, no ya mental o psíquica, sino somática. Como explicó ya en 1995 Antonio Damasio en su conocido libro *El error de Descartes*, «el cerebro humano y el resto del cuerpo constituyen un organismo indisoluble, integrado mediante circuitos reguladores bioquímicos y neurales mutuamente interactivos... El organismo interactúa con el ambiente como un conjunto: la interacción no es nunca del cuerpo por sí solo ni del cerebro por sí solo... Las operaciones fisiológicas que podemos denominar mente derivan del conjunto estructural y funcional y no sólo del cerebro: los fenómenos mentales sólo pueden comprenderse cabalmente en el contexto de la interacción de un organismo con su ambiente...» (pp. 27 y 28).

Más adelante la sentencia concluye que «circunscribir a los cuidados paliativos las posibilidades médicas de la persona inmersa en una situación extrema de sufrimiento supondría una limitación tal del derecho de autodeterminación que no resulta compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad ni con el derecho a la integridad personal. Cuidados paliativos integrales y eutanasia activa directa son mecanismos que desde una perspectiva constitucional y en contextos eutanásicos presentan entre sí una relación no de subsidiariedad, sino de complementariedad o alternatividad».

En cuanto al carácter prestacional del derecho, no hay, a juicio del TC, impedimento jurídico alguno para configurar de esa manera una actividad constitucionalmente lícita ni con ello se deja desprotegida la vida de las personas.

Por lo que respecta a las personas que se encuentren en una situación de incapacidad de hecho, ello no llevaría a prescindir, como se aduce en la demanda,

del «consentimiento» del afectado, sino a constatar la imposibilidad de prestarlo por una vía que no sea la del documento previo que el paciente, en su día, hubiera podido suscribir. «Si este documento no existiera, el paciente que no fuera «capaz y consciente» nunca podría recibir, fuesen cuales fuesen sus circunstancias, la prestación de ayuda para morir que la LORE ha instituido. En sentido correlativo, lo dispuesto en ese documento en ningún caso podría suplir la voluntad actual del paciente capaz que no manifestara, en los términos que la LORE exige, su solicitud de recabar tal ayuda».

Finalmente, y a propósito de la regulación de la objeción de conciencia, la STC precisa que no existe un derecho general o indeterminado a la objeción de conciencia, «pero son concebibles casos en que proceda la defensa jurisdiccional de la libertad de conciencia ante la plena ignorancia por la ley de una objeción que debió haberse considerado por el legislador o frente a quien aplicó la legalidad sin respetar sus disposiciones en garantía de quien pudiera llegar a declararse objeto».

En definitiva, la LORE es plenamente constitucional y, cabría decir, necesaria, al margen de que exista margen de configuración legislativa, y ello como expresión del derecho fundamental a la integridad física y moral —a la integridad personal, en definitiva— del artículo 15 CE que, en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE, ampara el derecho de la persona a la autodeterminación respecto de su propia muerte en contextos eutanásicos.

3. LA STC 94/2023, DE 12 DE SEPTIEMBRE, DE NUEVO SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA

Pocos meses más tarde de la STC 19/2023, el TC resolvió, en la STC 94/2023, de 12 de septiembre, el recurso de inconstitucionalidad presentado por 88 diputados y diputadas del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra la totalidad de la Ley Orgánica 3/2021.

En esta segunda STC hay frecuentes remisiones a lo dicho en la primera en la medida en que ambos recursos compartieron no pocas argumentaciones; así, por ejemplo, ocurre (FJ 2) con las quejas formuladas en relación con los vicios procedimentales que se le reprochan a la tramitación de la LORE: ni su tramitación fue «acelerada» —no se acudió al procedimiento de urgencia— ni eran preceptivos los informes que se reclaman en el recurso (del Consejo de Estado, del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo Fiscal y del Comité de Bioética de España); tampoco había obligación de recabar la comparecencia parlamentaria de personas expertas.

En segundo lugar, y por lo que respecta a una supuesta vulneración del derecho a la vida del artículo 15 CE y 2 CEDH, la STC (FJ 3) responde que, «frente a la tesis de los recurrentes sobre un presunto derecho fundamental que no tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional, se ha de afirmar que «la libertad individual para la adopción y puesta en práctica autónoma de decisiones personales privadas e íntimas de profunda relevancia vital goza prima facie de protección a través del reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, configurados expresamente en la Constitución como ‘fundamentos del orden político y de la paz social’ (art. 10.1 CE), y de los derechos fundamentales íntimamente vinculados a dichos principios, de entre los que cobra particular relevancia el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE)» y se remite a lo dicho en la STC 19/2023, donde se rechazó una interpretación que «atribuya carácter absoluto a la vida e imponga a los poderes públicos un deber de protección incondicional que implique un paradójico deber de vivir y, en tal medida, impida el reconocimiento constitucional de decisiones autónomas sobre la propia muerte en situaciones de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable médicamente constatable y que la persona experimenta como inaceptable» [FJ 6 C) b) (i)]. Finalmente, y a propósito del entramado de garantías sustantivas y procedimentales previsto en la LORE, la STC concluye que satisface los deberes estatales de protección frente a terceros de los derechos fundamentales en juego, la vida entre ellos.

A continuación (FJ 3 D) b), la STC 94/2023 responde a otros reproches planteados contra la LORE: sobre su compatibilidad con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) la referencia del art. 3 c) LORE a una situación de «enfermedad grave e incurable» es compatible con la seguridad jurídica, pues «aunque contiene un margen de apreciación, es susceptible de ser definida de forma acorde ‘con el sentido idiomático general’ (STC 53/1985, FJ 10), lo que elimina el riesgo de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación o a que se generen en los destinatarios dudas insuperables acerca de la conducta exigible» (STC 19/2023, F 6 D) c) (ii)). Al legislador «no le es exigible mayor precisión, pues existen instrumentos interpretativos suficientes para evitar la generación de inseguridad jurídica en la aplicación de la norma», teniendo en cuenta que la propia LORE ha previsto que la concurrencia de la situación contemplada en su art. 3 c) «deba ser constatada, en todo caso, por al menos dos facultativos distintos e independientes entre sí, además de por un órgano administrativo colegiado compuesto por profesionales de la medicina y del Derecho (la comisión de garantía y evaluación), cautelas procedimentales que permiten compensar los márgenes de indefinición que pudiera presentar la norma en su aplicación a supuestos concretos».

Para concluir con estas cuestiones, y en la línea de la STC 19/2023, el TC responde que no cabe acoger el planteamiento de la demanda conforme al cual la prestación de ayuda para morir que configura la LORE solamente hubiera evitado los problemas de seguridad jurídica limitándose a los supuestos de enfermos terminales: esto es, a la confluencia de un límite temporal (fase final de la vida) y de diagnóstico (irreversibilidad de la situación). El fundamento constitucional de la prestación de ayuda para morir que configura la LORE, cifrado en la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, remite no solo a la libertad, sino también a la dignidad de la persona; es por ello que circunscribir a los supuestos de enfermos terminales las posibilidades de obtener la prestación de ayuda para morir no resulta compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) ni con el derecho a la integridad personal (art. 15 CE).

Una parte novedosa de la STC 94/2023 es la relativa al análisis de la objeción de conciencia de las personas jurídicas en relación con la práctica de la eutanasia; a este respecto, el TC concluye, a nuestro juicio de manera acertada (FJ 4 B b ii), que «las únicas actuaciones susceptibles de ser exoneradas del deber legal de garantizar el derecho de prestación de ayuda para morir, en los términos en que ha sido configurada por la LORE (art. 13.2), por estar amparadas en la objeción de conciencia, son las intervenciones de los profesionales sanitarios, cualquiera que sea su categoría profesional, en la ejecución efectiva de dicha prestación. Dicho de otro modo, solo podrá ser objeto de exoneración la intervención del profesional sanitario a lo largo de todo el proceso y que culmina en la acción dirigida a proporcionar los medios necesarios —suministro o prescripción de la sustancia [art. 3 g) LORE]— para hacer efectiva la decisión de morir. Es solo respecto de tales intervenciones cuando debe constatarse que pueden darse situaciones de conflicto por convicciones íntimas, ideológicas o morales, que justifican el apartamiento del profesional sanitario ante una intervención que constituye, con carácter general, un imperativo legal. Más allá de estos casos, extender la objeción de conciencia a un ámbito institucional, no solo pondría en riesgo la efectividad de la propia prestación sanitaria, sino que carecería de fundamento constitucional, pues se trata de un derecho que excepcionalmente permite, con las debidas garantías para el interés general, eludir el cumplimiento de obligaciones de carácter general que por su naturaleza colisionan o no son conciliables con las más arraigadas convicciones que son propias de las personas físicas».

En segundo lugar, y a propósito de una posible vulneración de la libertad profesional del personal sanitario ex arts. 35 y 36 CE (FJ 4 C), la STC 94/2023 responde que con la LORE no se afecta a ninguna de las vertientes del derecho al trabajo en los términos en que ha sido definido por este tribunal. Así, no se ve concernido el derecho a elegir libremente profesión u oficio (STC 83/1984, de 24

de julio, FJ 3); tampoco se incide en la fase de ingreso o acceso a un puesto de trabajo (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8); y otro tanto cabe decir respecto del desarrollo, continuidad o estabilidad en el desempeño profesional (SSTC 22/1981, FJ 8; 125/1994, de 25 de abril, FJ 3, y 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Por otro lado, el legislador puede disciplinar, regular y limitar el ejercicio de profesiones y oficios, imponiendo para ello multitud de requisitos diversos y, en este sentido, la LORE se limita a regular los supuestos y los requisitos para que se pueda ejercer el derecho de prestación de ayuda para morir, y solo a tales efectos determina los deberes y las actuaciones que han de ser llevadas a cabo por los profesionales sanitarios concernidos. La propia norma prevé, como hemos visto, el mecanismo para solventar los eventuales conflictos ideológicos o morales que la intervención en esta prestación pudiera generar en los profesionales sanitarios, que no es otro que el derecho de objeción de conciencia del art. 16.1 LORE.

Para concluir, hay que referirse (FJ 6) a la «vulneración por la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 3/2021 de los arts. 53.2, 168 y 169 CE, por configurar un proceso preferente y sumario para la tutela del pseudo derecho fundamental a la eutanasia». El TC, volviendo aquí de nuevo a la STC 19/2023, sostiene que «las resoluciones que deniegan la prestación de ayuda para morir inciden en la facultad de autodeterminación de la persona, y lo hacen en la medida en que afectan, además de a valores y principios constitucionales vinculados a la libertad y dignidad personal, a un derecho fundamental como es el de la integridad física y moral consagrado en el art. 15 CE. Estamos, pues, ante un derecho constitucional de configuración legal que encuentra su anclaje, en última instancia, en el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE), por lo que no puede entenderse que se quiebre la tutela preferente y sumaria dispensada en el art. 53.2 CE. En todo caso, el art. 53.2 CE no impide al legislador procesal utilizar por conexión este cauce especial de protección, preferente y sumario, para tutelar derechos subjetivos, aunque estos carezcan de naturaleza iusfundamental, siempre y cuando dicho cauce esté disponible para los derechos fundamentales en sentido estricto. La desestimación de la queja relativa al art. 53.2 CE ha de conducir, necesariamente, a rechazar, por infundadas, las presuntas vulneraciones de los arts. 168 y 169 CE, por cuanto es evidente que la LORE, al regular el derecho a la prestación de ayuda para morir, no ha pretendido llevar a cabo reforma constitucional alguna».

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. «SU CONTENIDO ESENCIAL». NOTAS ASISTEMÁTICAS Y REFERENCIA PUNTUAL A UNA DECISIÓN MAYORITARIA Y UN VOTO PARTICULAR

TOMÁS REQUENA LÓPEZ
Universidad de Granada

A modo de proemio

El caso era buscar una excusa para colaborar en este *LiberAmicorum* en homenaje a Gregorio, pero finalmente lamento no estar a la altura, no ya del homenajeado, a la que nunca podría llegar (cosa obvia), sino del homenaje mismo. Si algo me consuela es que cosas más graves se han hecho y se harán, y nada ha sucedido.

Me gustaría empezar esta desordenada contribución con una autora sin predicamento (al menos, no con el que creo que merece, a pesar de que incluso Antonio Muñoz Molina se recreara en la lectura de «La gravedad y la gracia» en un artículo que también era una suerte de homenaje): Simone Weil.

Sin necesidad de sucumbir a su misticismo, para no molestar a nuestros departamentos mentales (aunque no sufriríamos si nuestras miradas fueran más abiertas, menos sectarias, apartando nuestros prejuicios), muchas sorpresas pueden deparar a quien quiera leer, por ejemplo, las páginas sobre Roma de sus *Escritos históricos y políticos*¹, con prólogo en la traducción española de Francisco Fernández Buey. Es curioso, si tenemos en cuenta los autores que introducen y prologan la obra de Weil en español, la incomprensión de la obra de Weil en nuestro país, incluso entre quienes están acostumbrados a discutir sobre temas diversos y vérselas con opiniones diferentes de las propias²; que cuente con el «aval» de

¹ WEIL, S., *Escritos históricos y políticos*, trad. esp. de Agustín López y María Tabuyo, Trotta, Madrid, 2007, pp. 237 y siguientes.

² En un «club de libro» rutilante pero guadianesco (hace mucho tiempo que por desgracia no nos reunimos) tuve la desfachatez de proponer una obra de Simone Weil (no recuerdo cuál) como libro de lectura. No hubo discusión alguna, solo estupor y miradas que, comprendí, dudaban de que estuviera

Fernández Buey y los autores que se citan a continuación, y que contara con el de Albert Camus³ creo que es significativo de muchas cosas, que no es necesario explicitar aquí

Pues bien, en «Echar Raíces» («una de las obras más difíciles de soportar para el sentido común», en palabras de Manuel Sacristán), cuya publicación en español se presentó por Juan Ramón Capella (presentación que recomiendo vivamente que se lea antes de abordar la obra por más que pueda parecer innecesario si somos capaces de alejarnos del «mundanal ruido»), entre otras muchas afirmaciones sobre las que merece la pena reflexionar y que, creo, tienen especial significación para la comprensión de los derechos más allá del Derecho, expresa:

«La noción de obligación prima sobre la de derecho, que está subordinada a ella y es relativa a ella. Un derecho no es eficaz por sí mismo, sino sólo por la obligación que le corresponde. El cumplimiento efectivo de un derecho no depende de quien lo posee, sino de los demás hombres, que se sienten obligados a algo hacia él. La obligación es eficaz desde el momento en que queda establecida. Pero una obligación no reconocida por nadie no pierde un ápice de la plenitud de su ser. Un derecho no reconocido por nadie no es gran cosa.

«Carece de sentido decir que los hombres tiene, por un lado, derechos, y por otro, deberes. Estas palabras solo expresan puntos de vista diferentes. Su relación es la del objeto y el sujeto. En sí mismo, un hombre sólo tiene deberes, entre los que se cuentan algunos para consigo mismo; los demás, desde su punto de vista, sólo tienen derecho. A su vez, hay derecho cuando a ese hombre se le considera desde el punto de vista de los demás, obligados para con él. Un hombre solo en el universo no tendría ningún derecho pero sí tendría obligaciones.

«La noción de derecho, al ser de orden objetivo, no se puede separar de las nociones de existencia y de realidad. Aparece cuando la obligación desciende al ámbito de los hechos; entraña siempre, por tanto, en cierta medida, que se tomen en consideración supuesto de hecho y situaciones particulares. Los derechos siempre están sujetos a condiciones determinadas»⁴.

en mis cabales. Me di cuenta de mi error. Y, obviamente, no es una crítica a mis interlocutores, dispuestos a escucharme y a aguantarme más de lo tolerable, sino a mí mismo. Lo bueno es que pudimos centrarnos en nosotros que creo que es lo que buscamos (y lo importante) tras la excusa de sugerir una lectura.

³ En realidad, que tuviera el aval de Camus ninguna influencia podía tener en la «intelligentsia» de este país. Sastre siempre lo sustituyó en el ideario «revolucionario». Y es que a veces el ser humano siente predilección por lo estéril y por el onanismo mental. En mi opinión de Sartre solo se puede salvar «*Las palabras*» (trad. esp. de Manuel Lamana, Alianza/Losada, 1982).

⁴ WEIL, S., *Echar raíces*, trad. esp. de Juan Carlos González Pont y Juan Ramón Capella, Trotta, Madrid, 1996, p. 23.

Los derechos, pues, necesitan para su existencia y realización, de ciertas condiciones (y qué no). La Constitución (material) es el instrumento normativo al efecto, *conditio sine qua non* para ello (aunque obviamente no basta con ello) y para la virtualidad de su rol es indispensable identificar tales derechos, qué son, cuál es su esencia. Ese es el rol del «contenido esencial» de los derechos fundamentales.

b) No es necesario ilustrar a los eventuales y, afortunadamente en este caso, escasos lectores de este trabajo (si los hay, espero que no) sobre las diferentes concepciones del contenido esencial de los derechos fundamentales, desde la jurisprudencial (a partir de la STC 11/1981, FJ 8, repetida y referida desde entonces) hasta las doctrinales, si es que como concepciones y como diversas pueden sostenerse y no más bien como simples búsquedas (esto es un atrevimiento, pues ninguna búsqueda se ha producido, solo un amago) del concepto, por la sencilla razón de que las conocerán o pueden conocerlas sin que yo pierda el tiempo en ello. Probablemente (seguramente) mucho de lo que sigue a continuación (espero que no todo) sean ideas que ya están en otros lugares.

c) No debería serlo (necesario), pero me temo lo contrario, recordar que aunque el Derecho no es matemáticas (como es sabido y literalmente escribió Laurence H. Tribe no recuerdo dónde, pero creo que en su *American Constitutional Law*), si tiene sentido su estudio debe respetar el sentido normativo de las instituciones, lo que exige una comprensión de las mismas y, lo que parece ser más difícil, llevar a la práctica esa comprensión (es decir, no contradecirse luego, como si realmente no se comprendieran tales instituciones; en realidad entonces es que no se han aprehendido correctamente sino que parece como si se comprendiesen), pues en otro caso toda la maraña de conceptos ideados y todo el lenguaje jurídico creado son un mero artificio en manos de algunos ociosos y otros no tanto (solo que tenemos que buscarnos la vida en algo), que solo sirve para generar empleo (función loable, pero si es inútil, mejor generarlo en otros ámbitos). Si no somos capaces de corregir nuestros prejuicios (necesarios para vivir pero insuficientes para vivir en paz) y nuestra precomprensión de acuerdo con las exigencias de esa correcta comprensión jurídica, deberíamos suprimir el estudio del Derecho y dedicarnos a otros asuntos. Expresado de otra forma, existen casos dudosos en los que podemos inclinar la balanza a favor de nuestra concreta visión de las cosas sin merma de las exigencias de esa comprensión correcta de las instituciones jurídicas, pero hay otros (en un porcentaje muy superior al que normalmente se supone) en los que no existe la más mínima duda, o en los que las que puedan plantearse en ningún caso nos permiten imponer aquélla; y existen esos supuestos aunque solo sea porque lo absoluto no existe (ni siquiera esa aseveración —«lo absoluto no existe»— y por ello sí hay algo absoluto, ella misma) y, por tanto, no todos los

supuestos conflictivos suscitan dificultad para su resolución con arreglo a la adecuada comprensión del Derecho⁵.

Esto atañe a que la idea del contenido esencial no debe ser solo un recurso retórico acompañado de aparato dogmático y puramente lingüístico para dotar de empaque a una argumentación respecto de la que la mayoría no entiende casi nada. El contenido esencial, como todos los conceptos que hayan de tomarse en serio (otros evidentemente no, pero este sí pues tiene que ver con la supervivencia de un régimen constitucional) no puede servir de puro relleno para adoptar la decisión que el partido de turno imponga.

Eso significa que carecen de solidez las argumentaciones y fundamentos de las decisiones que aluden al contenido esencial de los derechos, pero de manera absolutamente inconsecuente; reiteran lo ya conocido y entonces se valen de la ponderación y de la proporcionalidad para llegar a una conclusión para la que no hacía falta aludir o definir el contenido esencial.

I. El «contenido esencial» y la identificación de lo constitucional

1. LA ESENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO

La expresión «contenido esencial» que figura en el artículo 53.1 de la Constitución (y, por tanto, al margen del sentido que pueda tener en otros textos norma-

⁵ Un ejemplo puede valer: como ciudadano y a la luz de la información (y del «teatro vital» existente) a uno (a mí por ejemplo) le puede parecer una decisión acertada la expropiación del grupo Rumasa, pero como jurista es claro que el Real Decreto-Ley era inconstitucional, pues no creo que haya que realizar un especial esfuerzo intelectual para apreciar que vulneraba los límites materiales del artículo 86, en concreto, el derecho de propiedad, al suponer una afectación esencial configurando una expropiación específicas, como el impecable voto particular de la STC 111/1983 muestra. Una experiencia reveladora es explicar a los alumnos el artículo 86 y plantearles el supuesto de la Sentencia. Casi ninguno duda que se vulneraba la Constitución. Aunque probablemente sea una valoración que no merezca aquel Tribunal, podría pensarse que a veces la «especialización» conduce a una especie de ceguera, pero realmente el problema está en la falta de fe en el Derecho y en la necesidad a ultranza de mantener la opción sectaria de turno, autoconvenciéndose de que el Derecho la respalda.

Aunque probablemente sea una valoración que no merezca aquel Tribunal, podría pensarse que a veces la «especialización» conduce a una especie de ceguera, pero realmente el problema está en la falta de fe en el Derecho y en la necesidad a ultranza de mantener la opción de turno, autoconvenciéndose de que el Derecho la respalda. Si todas las ramas del Derecho están saturadas de retórica (en cualquier caso de demasiadas palabras) incluso sin tener la impronta política del Derecho Constitucional, en el caso de éste, la argumentación jurídica adquiere en ocasiones visos de mera vestimenta para una decisión que ya está tomada y que puede conducir a la tentación de eliminar los controles jurisdiccionales, que no se quieren para nada toda vez que la distribución de fuerzas parlamentarias operan institucionalmente, de modo que aquellos reproducen tal esquema.

tivos, en particular del art. 19.2 de la Constitución de Alemania, si es que alguna diferente tiene) es significativa por varias razones.

La primera es que la expresión es un reflejo de la seña de identidad de un sistema como constitucional. En una breve aproximación al concepto del contenido esencial de los derechos fundamentales, hace años referí el contenido esencial al sistema mismo de los derechos fundamentales, en tanto que núcleo definitorio de la Constitución, de toda Constitución, de modo que el contenido esencial operaría como límite a la interpretación constitucional y a la mutación constitucional⁶. Al margen de lo que piense veintidós años después (no interesa a nadie), esa propuesta tiene la ventaja de que expresa la finalidad última que se persigue con tal concepto (la protección del sistema de derechos fundamentales) y pone de relieve qué permite identificar a un régimen como constitucional, pues si bien es obvio que se ha de respetar «el contenido esencial» de toda la Constitución, la referencia expresa al de los derechos fundamentales revela en mi opinión de forma significativa cuál es la sustancia del constitucionalismo⁷.

Sin embargo, el inconveniente de esa aproximación es que no define qué sea el contenido esencial, pues sostener que es el sistema mismo de los derechos fundamentales es no decir nada al respecto o decir muy poco. Pero esa primera «función», ser un reflejo del significado del constitucionalismo, permite subrayar la trascendencia de la determinación del contenido de los derechos fundamentales⁸.

Y es que no es necesario un texto que se llame constitucional para afirmar los derechos fundamentales. Lo importante es la existencia de un sistema constitucional y no exactamente de un texto, esto es, el imperio de la cultura constitucional (es sabido que hay textos llamados constitucionales que no lo son realmente). La necesidad de la disposición escrita (al margen de la creación de un nuevo orden político, como en el caso americano) viene impuesta en ocasiones por la —al menos inicial— falta de esa cultura, o aconsejada por el deseo de proporcionar seguridad o por la necesidad (sea o no aparente) de contar con un elemento defensivo. Un texto constitucional solo puede calificarse como tal si su contenido tiene que ver con los derechos fundamentales (su reconocimiento y garantía, separación de poderes, independencia judicial, etc.) siendo todo lo demás irrelevante desde el punto de vista constitucional.

⁶ REQUENA LÓPEZ, T., *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*, Comares, Granada, 2001, pp. 117-144, en particular, 132 y siguientes.

⁷ Sobre esto, CÁMARA VILLAR, G., «Los derechos fundamentales como categoría esencial del constitucionalismo», en BALAGUER CALLEJÓN, F., AZPITARTE SÁNCHEZ, M., GUILLÉN LÓPEZ, E., SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., *Los derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 65 y siguientes.

⁸ Véase al respecto en este orden de consideraciones, HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, trad. esp. de Joaquín Brage Camazano, Dykinson, Madrid, 2003.

No se puede perder de vista jamás lo que define al constitucionalismo; algo que, por desgracia, a veces se olvida para centrar aquél en el poder, poder sin duda domeñado por el constitucionalismo, pero fiduciariamente para la persecución de su fin propio.

Puede que sea una visión estrecha del constitucionalismo (sin duda lo es respecto a la identificación entre poder y constitución) pero por eso mismo es una visión que permite muchas más posibilidades políticas que otras que preconizan del Derecho constitucional un contenido mucho más amplio y que constriñen así más tales posibilidades.

Esto último supone que no se pretende elegir entre democracia y constitución, un tema recurrente del constitucionalismo norteamericano, y que por razones obvias ha resultado en el binomio democracia/justicia constitucional y en última instancia en la legitimidad de la justicia constitucional⁹, explicable no solo por originarse en una Constitución de 1787 sino también por su experiencia, y que aunque parecía ajeno al constitucionalismo europeo, en el que Constitución y Democracia parecen ir de la mano, no parece que la relación entre ambas vaya a ser siempre pacífica, aunque sea por razones interesadas ajenas a una comprensión correcta del constitucionalismo democrático, pues es obvio que para que puedan considerarse como instituciones sin taras, han de coexistir pacíficamente. Y es que si la democracia implica participación política, lleva consigo la exigencia de libertad de expresión, de los derechos de reunión y asociación..., pues precisamente la participación política no sería realmente tal sin esos derechos. Otra cosa es que sea criticable (por las consecuencias negativas que tiene para la consolidación democrática, las eventuales crisis institucionales y la pérdida de confianza en las institu-

⁹ Entre otros muchos, y desde los inicios, pueden verse: Tiedeman, Ch. (*The unwritten Constitution of the United States. A philosophical Inquiry into the Fundamentals of American Constitutional Law*, 1890), para el que la justicia constitucional carecía de legitimación democrática para controlar las leyes (postura sostenida inicialmente por los republicanos en los comienzos de la aventura constitucional en Estados Unidos) y, por tanto, no era posible tal control; Bickel, A. (*The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1962) y su concepción de la justicia constitucional como poder «contramayoritario», de modo que su legitimidad democrática solo podía sustentarse si sus decisiones expresaban la voluntad popular del momento; Ely, J. H. (*Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 1980) para el que la Constitución no impone valores sustantivos, sino sólo protege el proceso representativo a través del cual los ciudadanos se gobiernan a sí mismos y los derechos están al servicio del gobierno mayoritario (con la excepción de la protección de minorías sensibles para evitar su discriminación); Brown, R. L., (en numerosos trabajos desde finales del siglo xx y a lo largo de este), para la que la Constitución no trata fundamentalmente de establecer una democracia, sino de proteger la libertad, de modo que lo primario en la Constitución no es el imperio de la voluntad de la mayoría, sino la protección de la libertad; o Rubinfeld, J. (*Freedom and Time*, 2001, *Revolution by Judiciary. The Structure of American Constitutional Law*, 2005), para el que el *self-government* (el gobernarse a sí mismo que supone la democracia) consiste en la capacidad de adoptar y mantener compromisos a lo largo del tiempo y no en el hecho de someterse a la actual y caprichosa voluntad mayoritaria y el mayor compromiso es la Constitución.

ciones, lo que en países de escasa cultura constitucional es sumamente arriesgado) que la participación política se canalice básicamente a través de las elecciones y, por tanto, de los partidos políticos que se resisten a cualquier competencia, por razones sobradamente conocidas. Y es que la democracia es «iniciar u originar acciones cooperativas con otros»¹⁰, es usar el poder de forma colaborativa para iniciar, inventar o crear algo¹¹.

No hay más Constitución que la Constitución democrática (y se trata de un lugar común en el acervo jurídico), pues el dominio de la mayoría puede poner en peligro los derechos de las minorías (basta con pensar en la totalitaria voluntad general de Rousseau). Por Constitución sólo se puede entender «un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder» (Rubio Llorente), y es que no puede identificarse la democracia con el principio mayoritario, pues ello es simplista y contradictorio con la propia democracia. Identificar la voluntad de la mayoría con la voluntad del pueblo es manifiestamente una ficción sobre la que no puede construirse un sistema calificable como democrático, porque lo característico del principio mayoritario es que el titular de la decisión no es idéntico al sujeto llamado a soportar las consecuencias (sólo posible en un sistema basado en el principio de unanimidad), falta de iden-

¹⁰ WOLIN, S. S., «Contract and Birthright», en el magnífico *The Presence of the Past. Essays on the State and the Constitution*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1989, p. 150. En sus palabras: «First, democracy means participation, but participation is not primarily about 'taking part', as in elections or officeholding. It means originating or initiating cooperative action with others. This form of action is taking place throughout the society in response to felt needs, from health care to schools, from utility rates to housing for the poor, from nuclear energy to nuclear weapons, from toxic waste disposal to homesteading in urban areas. One of the most important aspects of these developments is that political experience is being made accessible, experience that compels individuals to deal with the complexity of interests and the conflicting claims that have hitherto been reserved to politicians and bureaucrats. In this way the political can become incorporated in the everyday lives of countless people».

¹¹ WOLIN, S. S., *op. cit.*, p. 154. Resulta pertinente reproducir sus palabras (que se inician en la p. 153) y no solo por lo que concierne a lo expuesto: «Democracy involves more than participation in political processes: it is a way of constituting power. Democracy is committed to the claim that experience with, and access to, power is essential to the development of the capacities of ordinary persons because power is crucial to human dignity and realization. Power is not merely something to be shared, but something to be used collaboratively in order to initiate, to invent, to bring about. A democratic critique of the welfare state is a critique of a political arrangement that denies this conception of democracy as political action in the most fundamental sense or using power to constitute a collaborative world. A democratic critique means thinking about welfare in essentially political terms. It asks, what are the political implications of humanitarianism, of classifying citizens as needy and of making them needy objects of state power? A political analysis of welfare requires that we revise our conception of the state to take account of certain historical developments of capitalism of which welfare policies are the expression».

tidad que debe conciliarse con la garantía de quienes, aún no decidiendo, están llamados a soportar las consecuencias de la decisión mayoritaria, y tal garantía es el pluralismo entendido como el reconocimiento jurídico de la posibilidad de lo otro. En efecto, rechazada la identidad, la democracia no es sino la garantía de la posibilidad de todos los proyectos, un sistema en el que en principio es realizable cualquiera de ellos (De Otto).

2. LA LIBERTAD

a) La idea que siempre permanece es, pues, la de la limitación del poder¹² y no con cualquier fin, sino para la libertad, «un alimento indispensable para el alma humana»¹³.

Es cierto que en el rastreo por el pasado pueden encontrarse ya semillas en la república romana¹⁴, pero la juridificación del poder en que se cifra tal limitación encerraba la idea de sometimiento a reglas que el pueblo consideraba, presumía o exponía como propias, como normas que le pertenecían y, por ende, que le protegían y que, en cierto modo, le conferían libertad o, al menos poder, de modo que esa limitación no era una limitación cualificada como la que cristalizó en el derecho fundamental originario. El rastreo de los orígenes no puede llevar tan lejos porque acaba difuminándose la idea y el adelgazamiento de esta nos permitiría encontrar atisbos en alguna o algunas de las muchas tribus de tiempos inmemoriales.

En efecto, esa idea germinó en el país origen del constitucionalismo (Inglaterra), en concreto en el derecho fundamental originario (el *habeas corpus* de entonces), recogido en esa amalgama fantástica que era y es el *Common Law* y después en la estamental Magna Carta de 1215 (art. 39) para pasar después a extenderse (Coke) a todos los hombres libres, reconocido en el *Petition of Rights* de 1628 y confirmado por la *Habeas Corpus Act* de 1679 (su origen no está en el «procedimiento de manifestación de personas» en Aragón entre 1428-1592¹⁵). Es pues en

¹² Como muestra de forma magnífica KRIELE, M., *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. esp. de Eugenio Bulygin, Depalma, Buenos Aires, 1980.

¹³ WEIL, S., *op. cit.*, p. 29.

¹⁴ O en las libertades de las tribus germánicas, McILWAIN, Ch. H., *Constitucionalismo antiguo y moderno*, trad. esp. de Juan José Solozábal Echavarría, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 63 ss.

¹⁵ En contra de la «patriótica» opinión sostenida por GIMENO SENDRA, V., *El proceso de habeas corpus*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 43, que afirma que el *habeas corpus* se instauró en Inglaterra por la *Habeas Corpus Act* de 1679, y hace radicar el origen del «habeas corpus» en la Corona de Aragón (en el procedimiento de *manifestación de personas*) durante el periodo 1428-1592, antes que en Inglaterra.

el *rule of law* inglés del siglo xvii cuando podemos hablar de constitucionalismo en el sentido moderno.

Pues bien, si ese es el sentido del constitucionalismo, la expresión más clara de esa limitación del poder es el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. Es curioso que cuando a muchos alumnos se les pregunta por el significado del constitucionalismo manifiestan que radica en la separación de poderes. Sin duda ésta está ligada al constitucionalismo, en su origen y su evolución histórica, pues es claro su carácter fiduciario de esa limitación del poder¹⁶. Pero también lo es que, como ya se ha indicado, no puede radicar en ello la esencia del constitucionalismo, salvo que dada la actual relación entre poderes (es el Gobierno el que «hace» las leyes) lleguemos a la conclusión de que hoy no hay constitucionalismo (salvo en Estados Unidos y aquellos países que conforme a cierta terminología se denominan de separación de poderes, pues ejecutivo y legislativo se eligen por el pueblo, pero en elecciones diferentes y el ejecutivo recibe así su confianza directamente del electorado y no del parlamento, por lo que ni el presidente ni los miembros del ejecutivo forman parte de ese parlamento).

Por ello, aun considerando trascendental para el constitucionalismo la separación de poderes (precisamente porque está a su servicio), cuya pieza clave es la independencia del poder judicial como auténtica y última garantía para los derechos, no puede afirmarse que tal separación constituya la esencia del constitucionalismo.

b) La libertad constituye, pues, el fin del constitucionalismo y cabría plantearse si nos hemos preocupado por su significado¹⁷, más allá del tratamiento de cada libertad, de cada derecho. Pero sobre todo, lo preterido es el estudio del efectivo uso de esa libertad o derecho por los ciudadanos y su relevancia. Es más, en relación con esta última se ha producido en algunos casos incluso una desnaturalización del significado originario de cada derecho, aunque sólo sea porque la ampliación de su operatividad hace olvidar tal significado haciendo peligrar su efectiva protección (tal es el caso de la libertad de expresión, ideada para formar una opinión pública —política— libre, y que ha superado tal molde, como luego se verá).

Por otro lado, el Derecho Constitucional no debe limitarse a explicar para qué se pueden utilizar nuestras libertades, sino si efectivamente se utilizan y con qué finalidad, debe constatar su real existencia y diagnosticar su estado. Debemos

Algo que no tiene continuidad sustancial, no puede ser el origen de nada. Véase al respecto, KRIELE, M., *op. cit.*, pp. 208 ss.

¹⁶ VILE, M. J. C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Liberty Fund, Indianapolis, 1998 —edición original de 1967.

¹⁷ BAUMAN, Z., *Libertad*, Losada, trad. esp. de Antonio Bonanno, pp. 15 ss.

evitar el espejismo que puede provocar la exposición del sistema de derechos creando con la constatación y descripción de los derechos reconocidos en la Constitución y la explicación de los mecanismos de tutela, aún sin pretenderlo, un diagnóstico ilusorio de la salud del sistema, que en realidad necesita un escrutinio a la luz de la realidad. No se trata de algo exclusivamente empírico, sino también conceptual (y no solo en el, por desgracia demasiado habitual, sentido inútil de la palabra), entre otras cosas porque los conceptos solo merecen tal calificativo si no son una creación artificiosa al servicio de ideas exclusivamente mentales sin relación social alguna.

La libertad y, por tanto, todos los derechos que son expresión de la misma, necesitan de unas condiciones determinadas para su realización. La pobreza (definida en términos actuales, claro), la alienación económica, cultural y política, puede llevar al vaciamiento de los derechos. Existen, se pueden tutelar (cuando alguien que se considere agraviado reclame), pero eso nada tiene que ver con el grado y la extensión en que los derechos fundamentales, aquellos que hacen reconocible al constitucionalismo, sean ejercidos o sean realizados.

Alguien en este momento se puede sentir tentado a identificar una reminiscencia de creencia religiosa, que hubiera así encontrado un sustituto moderno, como si los dioses religiosos pudieran ser sustituidos por la creencia en un elemento de copertenencia que permitiese arrumbar a la soledad del individuo, los derechos humanos¹⁸. Pero no es así, pues el constitucionalismo se basa no en histéricas discusiones sobre la naturaleza humana y en la heurística divina, sino en el convencimiento de que todavía no se ha ideado ningún sistema mejor para la convivencia, basado en el dato objetivo de que es el que resulta menos gravoso y más satisfactorio para la sociedad en general, considerando los rasgos propios del ser humano.

Es trascendental para los derechos fundamentales, no solo saber en qué consisten y así poder apreciar si se han lesionado o no cuando se recabe su tutela, sino qué necesitan para poder tener virtualidad, y así poder tutelarlos no solo cuando hayan sido lesionados, sino también cuando simplemente no puedan ejercerse en condiciones que los hagan identificables.

c) Parece algo recurrente en la historia de la humanidad que cuantos más derechos existen menos se valoren y que cuanto más dificultades existen más se aprecien y se sea responsable en su disfrute.

Decía Weil que

¹⁸ SLOTERDIJK, P., *En el mismo barco*, trad. esp. de Manuel Fontán del Junco, Siruela, Madrid, 1994.

«cuando las posibilidades de elección [en que ella cifra la libertad] son tan amplias que resultan nocivas para la utilidad común los hombres no disfrutan de la libertad. O se refugian en la irresponsabilidad, la puerilidad y la indiferencia, donde solo hallan tedio, o se sienten continuamente abrumados de responsabilidad por temor a perjudicar a los demás. En este caso, creyendo erróneamente que poseen la libertad y sintiendo que no gozan de ella, llegan a pensar que la libertad no es un bien».

Nuestra sociedad está saturada de supuestos derechos y de puerilidad (nunca ha habido tanta «manifestación» por lo que ya se tiene). La Constitución no debería dar carta de naturaleza a tanta identidad carente de sustancia (sobre todo comunitaria) y quien detenta el poder político debería preocuparse más no por alimentar tanta estupidez (claro que eso no compromete las arcas públicas y parece rentable —electoralmente hablando—) sino por crear las condiciones económicas y sociales para una realización más intensa de los derechos que figuran en la Constitución y de los principios rectores de la política social y económica (claro que eso sí compromete las arcas públicas y quizás no sea rentable en el sentido expuesto), ya que «la política tiene una afinidad muy estrecha con el arte» y «la composición simultánea en distintos planos es la ley de la creación artística, y lo que constituye su dificultad»¹⁹, de modo que quien llegue a tener responsabilidades políticas («si tiene hambre y sed de justicia») debe ser capaz de componer en planos múltiples²⁰ y, sin embargo, «casi nunca se considera la política como un arte de una especie tal elevada», pues «durante siglos nos hemos acostumbrado a considerarla sólo, o en todo caso principalmente, como la técnica de la adquisición y de la conservación del poder», «pero el poder no es un fin», sino que por definición es exclusivamente un medio²¹.

3. IUSNATURALISMO

En todo caso es conveniente señalar²² que lo expuesto no tiene nada que ver con el iusnaturalismo (y si lo tuviera la censura que mereciera valdría para cualquier otra tesis), pues la idea misma de los derechos fundamentales (algo facticio como obra humana que es aunque muy valioso) como también la de su negación solo tiene pleno sentido en el marco de la «civilización occidental» o de aquéllas

¹⁹ WEIL, S., *op. cit.*, p. 158.

²⁰ *Ibidem*, p. 159.

²¹ *Ibidem*, p. 160.

²² Como ya hice en REQUENA LÓPEZ, T., «Los derechos fundamentales en el olvido», en *Los derechos fundamentales ante las crisis...*, *op. cit.*, p. 119, nota 5.

que quieren imitarla o aspiran a ser como ella, pero no en su momento y por ejemplo para los «guanabara», «caduveo», «bororo», y demás²³, ni ahora, por supuesto, para otras «civilizaciones» y toda imposición que sea tal, esto es, que no responda al sentir de un pueblo, es inicua e inútil y, en mi opinión, impropio.

*The life of the law has not been logic: it has been experience*²⁴ no impidió sino justamente lo contrario, llevó a su autor entre otros, a su voto particular en *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), y a otras decisiones suyas. Tal aseveración puede servir para describir «la vida del Derecho», pero también (pues no es exactamente lo mismo) para reivindicar el papel de la experiencia en la construcción jurídica. La visión del Derecho que encierra es algo extraña para un jurista continental europeo, puede que más aún para nosotros, como nuestra dogmática revela; una dogmática que a veces parece montada sobre el sistema jurídico institucional y no sobre el necesario ensamblaje de éste en la disciplina o transformación de la realidad que debe pretender aquél. Una reflexión de este tipo es lo que nos lleva en ocasiones (demasiadas) a sentir la insuficiencia de nuestra dogmática²⁵, y ello a pesar de la resistencia al cambio que nuestra cultura jurídica nos imbuje.

La universalidad de los derechos humanos, que sí presenta raigambre iusnaturalista, se suele presentar como un rasgo propio de ellos; la filosofía ilustrada que alimentó la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) está en el origen de tal atributo que, en realidad, es falso, pues lo universal es ontológicamente ficticio; lo único universal es el universo. Otra cosa es la pretensión de universalidad (como se articuló en la Declaración Universal de Derechos Humanos). Lo cierto, sin embargo, es que una gran parte de la retórica de los derechos humanos se nutre de esa idea, y aquélla, a su vez, alimenta las tentaciones de imposición en comunidades o sociedades ajenas a la civilización occidental²⁶.

Eso no significa que sea absolutamente inútil, pues en cierto modo y en la medida en que el paradigma de los derechos humanos se va extendiendo, facilita el reconocimiento mutuo y refuerza el sentimiento de copertenencia. Pero se trata de un efecto de algo deseable pero que no debe imponerse.

²³ Aquí la palabra civilización se utiliza en un sentido puramente identificativo y no denota ninguna valoración positiva.

²⁴ HOLMES, O. W., *The Common Law*, p. 115, en *The Collected Works of Justice Holmes*, vol. 3, The University of Chicago Press, 1995. Cita que utiliza y completa Gregorio en *Votos Particulares y Derechos Fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español (1981-1991)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

²⁵ MARTÍN MORALES, R., *Las propiedades paradójicas del Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2013.

²⁶ Véase WILSON, R. A. y MITCHELL, J. P. (eds.), *Human Rights in Global Perspective. Anthropological studies of rights, claims and entitlements*, London, Routledge, 2003.

En efecto, desde nuestro mundo vital censuramos que en muchos lugares no se respeten los que nosotros consideramos como derechos humanos y defendemos, en consecuencia, que los mismos se impongan. El problema es justamente que «se imponen», pues tales comunidades viven ajenas a nuestras concepciones del mundo (piénsese en tribus aisladas de la civilización y que todavía no sufren su acoso). Probablemente a su comprensión ayudaría el hecho de que se considerase que tal idea de los derechos forma parte de *nuestra* concepción del mundo, pero no de otras concepciones como tampoco tiene por qué ser compartida por ellas, por mucho que nos duela, aunque éstas sean ya *rara avis*.

Incluso considerando que estemos en posesión de la verdad (un pensamiento tan propio del ser humano, y que para salvar su hipocresía alimenta el celo religioso) cabe preguntarse si es legítimo que nosotros, que todavía desconocemos con plenitud el significado de muchos derechos fundamentales (porque todo es un camino), se los queramos imponer a quienes no los tienen asumidos como parte de su cultura. El riesgo, además, se ha incrementado como consecuencia del aparente acceso totalizador que permiten las nuevas tecnologías y cuya superficialidad inevitablemente juega en contra del verdadero saber.

Si es que nos empeñamos en imponer nuestras concepciones, debería saberse que en ese caso la «tarea socializadora» ofrecerá grados diversos en función de la mayor o menor permeabilidad de tales comunidades respecto de la civilización occidental hasta llegar a aquellas plenamente inmersas en ésta pero con estructuras sociales (con una cultura tradicional) claramente ajenas a los últimos desarrollos de esa civilización (India)²⁷.

Junto a lo anterior, otra cuestión es la consistente en la expansión de los derechos humanos en sociedades cuya dinámica social impide su realización. Cómo convencer a los ciudadanos de sus derechos fundamentales y de sus bondades cuando la lucha por ellos puede realmente ser una amenaza a su medio de vida, a su vida misma. Quienes viven bajo la presión de estructuras criminales o caciquiles, de modo que depende de éstas (directa o indirectamente) para su subsistencia, solo verán los derechos fundamentales como una amenaza, pues su ejercicio llamará a tales estructuras a la eliminación de cualquier oposición.

Asimismo, quienes vivan en condiciones que los hagan irrealizables, los verán como algo ajeno. Quienes, por ejemplo, deben utilizar a todos los brazos de la familia para la subsistencia, verán como una amenaza los llamados derechos de la infancia.

Parece que nos hemos olvidado de que en España, no hace tanto, y sobre todo en ambientes rurales y en el campo, la mano de obra también se nutría de menores

²⁷ Sobre la India, sumaria pero incisivamente, LÉVI-STRAUSS, C., *Tristes Trópicos*, trad. esp. de Noelia Bastard, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 159-168.

de edad, y no como fruto de alguna suerte de perversión, sino por necesidad. Solo transformando las condiciones económicas, sociales y políticas se pueden hacer valer los derechos fundamentales.

II. El contenido esencial y el campo de la política

1. EL CONCEPTO DE CONTENIDO ESENCIAL

La segunda razón por lo que el concepto «contenido esencial» es significativa es por su función de delimitación de un contenido intangible, dejando lo demás al campo de la democracia. El contenido esencial hace referencia al significado de cada derecho fundamental, es aquél que tiene que ver con ese significado, con la función para la que nació el derecho, de modo que lo que no guarde relación con el mismo no forma parte del contenido esencial²⁸.

Eso no significa que el contenido constitucional no pueda ser más amplio. Lo único que implica es que ese mínimo es intocable y solo la evolución política y social determinará si los contenidos adicionales se siguen ampliando o se mantienen o, por el contrario, se eliminan del contenido del derecho, sin que por ello exista inconstitucionalidad alguna.

Eso permite dejar espacio a la política y acomodar las decisiones que se adopten en este ámbito a la evolución social y económica. Solo serán inconstitucionales las decisiones que menoscaben el contenido esencial, pero no cualesquiera otras.

Esto pone de relieve la trascendencia que tiene la determinación del contenido esencial, a fin de que las decisiones constitucionales sobre la legislación sean correctas.

Así, por ejemplo, en el caso de la libertad de expresión, se suele afirmar que su significación radica en la formación de una opinión pública libre, que el Tribunal Constitucional considera una institución política fundamental ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático, garantizando una «comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de

²⁸ Véanse las consideraciones de RUBENFELD, J., *Revolution by Judiciary. The Structure of American Constitutional Law*, Harvard University Press, 2005, en particular las pp. 27 y siguientes. La idea que viene a expresar es que los derechos, la configuración de los poderes, tienen un mínimo intocable; la evolución constitucional podrá transformar su significado a través de la ampliación de su ámbito de protección, pero sin alterar ese entendimiento mínimo. Con otras palabras, cabría la ampliación, la reducción de la ampliación, pero no la reducción del contenido mínimo.

la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política» (SSTC 6/1981, 12/1982, 107/1988, 136/1999, 235/2007 y 177/2015).

Si eso es así, es evidente que la publicidad comercial no puede formar parte del contenido esencial de la libertad de expresión, aunque pueda formar parte del contenido adicional constitucional (de hecho se considera que forma parte del contenido constitucional por la *Supreme Court*) como entiende el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH casos *Mark Intern Verlag*, de 20 de noviembre de 1989; *Barthold*, de 25 de marzo de 1985; *Casado Coca*, de 24 de febrero de 1994, *VGT*, de 28 de junio de 2001; *Demuth*, de 8 de octubre de 2002; *Stambuck*, de 17 de octubre de 2002), de modo que sería perfectamente legítima una modificación de tal postura, excluyendo la publicidad comercial de la libertad de expresión sin por ello considerar que está prohibida, obviamente, solo que no merece la protección dispensada a la libertad de expresión.

El contenido esencial permite dejar intacto el sistema de derechos fundamentales, núcleo de toda Constitución, y al mismo tiempo permite que la Constitución sea «*garantía de posibilidades*»²⁹, porque «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diverso signo» (STC 11/1981).

Como se ha indicado, este papel del contenido esencial tendría un papel clave para el enjuiciamiento constitucional, como creo que se refleja, por ejemplo, en el fundamento jurídico 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre. El matrimonio homosexual forma parte de ese añadido al contenido del derecho constitucional a contraer matrimonio, por no afectar al contenido esencial (no está prohibido por la Constitución y no afecta al matrimonio heterosexual) y que no impide futuras opciones legislativas diferentes (contrariamente a lo sostenido en algún voto particular y si el Tribunal Constitucional es coherente con lo sostenido en la Sentencia, claro está —esa es otra cuestión que aquí no es posible tratar-).

Podría sostenerse que no estamos ante nada significativo, y que siempre que se juzgue una disposición con valor de ley relativa a un derecho fundamental y se concluyese con la constitucionalidad de la misma, el resultado sería el mismo. Pero no es así, pues si se afirma que ese contenido adicional, mientras se mantenga como tal (legislativamente y por el Tribunal Constitucional), integra el derecho constitucional, el mismo gozaría de la misma protección que el contenido esencial *ex* artículo 53.2 de la Constitución. La única diferencia sería que el legislador no estaría vinculado por tal contenido sino solo por el contenido esencial (art. 53.1 de la Constitución). Es cierto que las diferencias se desvanecen en gran medida cuando no se trata de derechos fundamentales de la sección 1ª (además de la igual-

²⁹ DE OTTO Y PARDO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p.41.

dad), pero no totalmente, aunque solo sea (y no solo) por la nulidad de todo acto contrario a la Constitución y, por ende, al contenido adicional referido. Sin embargo, si simplemente consideramos que una ley no es inconstitucional y que ha creado un derecho legal (así podría sostenerse respecto a la publicidad comercial o al matrimonio homosexual, por ejemplo) que no contraría la Constitución, resulta que su carácter infraconstitucional no permitiría su protección al nivel más alto.

Por tanto, cuando una ley (que concierna a los derechos fundamentales) se juzga es de suma importancia si se declara que no contraría la Constitución, establecer si supone un contenido adicional al contenido esencial del derecho fundamental o no, pues las consecuencias no son irrelevantes, como se ha visto. En este sentido, es significativa la evolución sobre la libertad sindical, en la que la jurisprudencia constitucional habla de un contenido adicional³⁰.

2. LOS CONTENIDOS CONSTITUCIONALES ADICIONALES AL CONTENIDO ESENCIAL. LA EVENTUAL DIFICULTAD PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL Y LA REDUCCIÓN DEL ESPACIO LEGÍTIMO PARA LA POLÍTICA

Lo expuesto no implica que yo comparta que cualesquiera contenidos adicionales, siempre y cuando no menoscaben el contenido esencial, puedan formar parte del contenido constitucional del derecho. Se trata solo de identificar una función del contenido esencial que permitirá juzgar como correctas o incorrectas, constitucionalmente hablando, las decisiones jurisprudenciales sobre los derechos fundamentales.

Precisamente uno de los problemas que en mi opinión pueden suscitar esos contenidos adicionales es el de la dificultad para la identificación del contenido esencial y, finalmente, la desnaturalización de los derechos fundamentales, pues si bien los contenidos añadidos pueden no ser contrarios al contenido esencial y por ello serían constitucionales, pueden afectar a la comprensión del derecho, de modo que podría concluirse que aunque un determinado contenido no sea contrario al contenido esencial, sí puede convertir en inidentificable el mismo. El caso de la libertad de expresión y la publicidad comercial es significativo, más aún en una libertad que suele tenderse a entender de modo ajeno a la vida en sociedad y en términos absolutos (y por ello ajenos a la humanidad).

³⁰ Sobre esa temática y la problemática de la protección del contenido adicional véase Goerlich Peset, J. M., «La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», comentario al artículo 28.1 de la Constitución, en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., Casas Bahamonde, M. E., (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, *Boletín Oficial del Estado*, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 1010 y ss.

Me parece importante, por ello, que las decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes señalen claramente en esos casos que aunque las mismas no son contrarias a la Constitución, eso no significa que otras opciones no sean posibles siempre que se respete el contenido esencial.

Quizás la solución sea la construcción de una «teoría de la Constitución», a la que el Tribunal Constitucional ha llamado en ocasiones pero en forma que no ha dejado de ser retórica, pues la práctica no ha mostrado que tal construcción sea el propósito que se persigue, sino más bien una excusa, en solitario o junto con otras, para adoptar la decisión que se quiere por motivos diversos o sin tan siquiera ser consciente de estos.

El peligro que se corre cuando se amplían los márgenes de los derechos es que su esencia pierde sustancia y cualquier dinámica social se considera expresión o reflejo de un derecho fundamental. Asimismo, si el contenido adicional es el campo de la política, ese fenómeno de expansión si no se es capaz de identificar el contenido esencial del que no lo es, puede llevar aparejada una reducción del espacio para la política³¹, puesto que todo se juridifica, todo se constitucionaliza. Y una cosa es que la Constitución irradie su poder sobre todo el Derecho y que sea el marco de convivencia básico, y otra que todo tenga relevancia constitucional.

III. «Contenido esencial» en la jurisprudencia constitucional: un ejemplo, decisión mayoritaria y voto particular

Gregorio Cámara exponía con razón que los votos particulares pueden ser la semilla para un futuro (más o menos cercano) cambio en la jurisprudencia constitucional, entre otras funciones. Pero hasta ahora los votos particulares en la jurisprudencia constitucional parecen no haber cumplido tal deseable función, al menos por lo que se refiere al «contenido esencial» de los derechos fundamentales, aunque ciertamente quizás sea difícil que puedan cumplirlo en relación con un concepto que parece haberse convertido en un recurso retórico.

En efecto, en relación con el concepto de «contenido esencial» de los derechos fundamentales los votos particulares se han limitado a partir del «concepto» acuñado desde la Sentencia 11/1981, o a reiterarlo, para después simplemente discrepar de las decisiones de la mayoría en cuanto al resultado derivado del juego de la proporcionalidad o el alcance de las limitaciones o límites de los derechos, cuando no lisa y llanamente a vaciarlo de contenido.

³¹ GLENDON, M. A., *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, New York, 1991.

Un ejemplo es uno de los votos particulares de las Sentencias del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio y 183/2021, de 27 de octubre. Ese concreto voto particular señala lo siguiente sobre el contenido esencial:

«Conviene señalar que, aunque el art. 53.1 CE establece que la ley que regule los derechos fundamentales ‘en todo caso deberá respetar el contenido esencial’, el llamado ‘contenido esencial’ de un derecho fundamental no es un concepto absoluto ni inmutable, pues este contenido se ve delimitado por el contenido de otros bienes o valores constitucionales y por ello el ‘contenido esencial’ de un derecho tendrá un alcance u otro dependiendo de si su ejercicio incide en otros bienes o valores constitucionales que se consideren merecedores de mayor protección (límites inmanentes). Si no se produce esta colisión entre bienes y derechos constitucionales, el contenido esencial del derecho es aquel que hace al derecho reconocible. En cambio, en aquellos casos en los que el ejercicio del derecho fundamental colisione con otros bienes o valores constitucionales este contenido podrá limitarse, pudiendo incluso adoptar medidas que conlleven la privación del derecho, siempre que tales medidas las adopte el legislador y cumplan las exigencias de la proporcionalidad. Por ejemplo, se puede acordar el ingreso forzoso de un enfermo que padece un trastorno mental si un juez lo autoriza o lo ratifica, caso de que el ingreso sea urgente y se cumplan las demás exigencias establecidas en el art. 763 LEC. En estos casos, se priva por completo al enfermo de su libertad, pero esta privación del derecho que le reconoce el art. 17 CE está justificada en la necesidad de proteger su propia integridad física y la de terceros, está legalmente prevista y cumple las exigencias del principio de proporcionalidad. La ley puede, por tanto, establecer límites al ejercicio de derechos fundamentales que delimiten su contenido esencial y estos límites serán conformes a la Constitución si tienen como finalidad salvaguardar otros valores o bienes constitucionales (límites inmanentes) y respetan las exigencias del principio de proporcionalidad».

No obstante la complejidad con que se presentan algunos votos particulares (también las Sentencias) (quizás debería de pensarse más en que las Sentencias fueran susceptibles de ser comprendidas por los ciudadanos), como el aquí aludido, debe precisarse que en ese párrafo se confunde en mi opinión: qué sea el contenido esencial con el contenido constitucional sin más; el *concepto* de contenido esencial con las concretas facultades que se puedan ejercer de los derechos por estar condicionado constitucionalmente ese ejercicio; la *delimitación* de un derecho (la fijación, pues, de su contenido) con la eventual afectación del «contenido esencial»; y finalmente la ponderación de derechos vía proporcionalidad con esa afectación.

No me parece que sea muy difícil entender que la libertad de expresión, por ejemplo, tiene un significado y una función específica (antes apuntada), y eso es intangible para el legislador. Lo que podrían llamarse límites de los derechos no son sino instrumentos para la delimitación de ese contenido, a veces fijados de forma explícita y específica y otras veces no. Así, el contenido esencial del derecho a la inviolabilidad del domicilio es precisamente que no se puede entrar en el domicilio ajeno sin consentimiento de su titular salvo autorización judicial o en caso de flagrante delito y, por seguir con el ejemplo de la libertad de expresión, esta no se ejerce (no hay, pues, libertad de expresión) si se insulta (como regla general) o se afecta (no es necesario entrar ahora en detalles) el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen (así lo dice la propia Constitución, art. 20.3). El concepto de «contenido esencial» sí es absoluto (todos los conceptos, como tales conceptos, lo son), lo que no son absolutos son los derechos en el sentido de que su contenido pueda suponer la negación de otro derecho, pues entonces deja de ser derecho, ni, por tanto, el ejercicio de tales derechos, pues para que el mosaico del sistema exista y funcione, es preciso el encaje de todas las «pequeñas piezas» (derechos, libertades, ...) que lo conforman.

Sí me parece difícil de entender qué aporta la referencia al «contenido esencial» al fundamento de ese voto particular ni al de la Sentencia, dicho sea de paso. La cuestión es si procedía la declaración del estado de alarma (en mi opinión es obvio que sí, que procedía la misma y no la declaración del estado de excepción —art. 116 de la Constitución en relación con el art. 4 de la Ley Orgánica 4/1981) y si tal declaración supuso la suspensión de ciertos derechos, que es obvio que sí, y si eso era constitucionalmente legítimo (claramente no, como resulta de los artículos 55 de la Constitución y 11 y 12 de la Ley Orgánica 4/1981). Esto no significa que no existan apreciaciones del voto particular que comparta ni que esa valoración de respuesta a todas las cuestiones que se suscitan.

En otro orden de consideraciones, a veces el análisis jurídico se somete a «la realidad»: procedía el estado de alarma (era evidente que no el estado de excepción) pero si era necesario suspender derechos para hacer frente a la crisis sanitaria, una interpretación formal rigorista de las instituciones es irrazonable. Esto es, podría sostenerse que con la limitación (en vez de la suspensión) no habría sido suficiente para hacer frente a la pandemia. Pero aún admitiendo tal hipótesis como factible su razón de ser conduce a la inutilidad del Derecho por la sencilla razón de que el Derecho (cualquier normativa, cualquier regulación) nunca es suficiente, de modo que desde esa perspectiva lo ideal sería saltarse todas las reglas y que el poder de turno adoptase las decisiones que estime convenientes que, obviamente pero eso no importa, tampoco serán suficientes. Y, lo relevante, la hipótesis carece de base alguna, pues se desconoce si con otras medidas (no suspensivas) la evolución hubiera sido diferente (y habida cuenta de lo que manifestaban los «expertos»

durante la pandemia, sería mejor que no opinasen al respecto). Y ello al margen de que sea necesario valorar el hecho de que se estaba haciendo frente a algo desconocido para lo que no existía experiencia (de ahí que la palabra «experto» estuviera vacía de contenido) y, por tanto, que un juicio riguroso resulta a todos luces excesivo, lo que no impide por otro lado, primero, reprochar el tono con el que se daban «lecciones» (así, por ejemplo, inicialmente desde hospitales públicos profesionales sanitarios conminaban a la población a utilizar guantes pero a no utilizar mascarillas que, se decía, no servían para nada), propio de quien parecía conocer a fondo el problema (cuando más bien era justo lo contrario), y segundo, constatar sin mucho esfuerzo que algunas medidas eran ajenas al sentido común que se ha de actuar frente a una pandemia. Expresado de otra forma, el argumento en cuestión conduciría en último extremo a concluir que poco importa el *nomen* del estado de excepción que se declare, que lo importante es que el Congreso intervenga antes (autorizando) o después (ratificando) la decisión gubernativa, sea la que sea.

En definitiva, no era necesario tratar el contenido esencial de los derechos fundamentales para decidir el asunto ni para disentir de la opinión mayoritaria, pues se trataba solo de discernir si procedía o no constitucionalmente la declaración del estado de alarma, si las medidas adoptadas suponían la suspensión de ciertos derechos o libertades y, en caso afirmativo, si la declaración del estado de alarma podía amparar tal suspensión.

IV. Conclusión

La identificación del contenido esencial de los derechos fundamentales es una tarea fundamental porque eso permitirá mantener incólume el sistema de derechos, núcleo de toda Constitución que se precie de serlo.

La declaración en un proceso de inconstitucionalidad, de que una ley no es contraria a la Constitución, si aquélla concierne a los derechos fundamentales, aconseja determinar si estamos ante un contenido constitucional no esencial (adicional) que el legislador posterior puede eliminar o modificar, pero que mientras tanto gozará de la protección que se brinda a los derechos fundamentales, o simplemente ante un contenido legal que no contradice la Constitución y, por tanto y eventualmente, ante un derecho legal.

En otro orden de consideraciones, en mi opinión no se indaga sobre el «contenido esencial» lo suficiente y en parte porque no interesa; a nuestras «élites» políticas y jurídicas no les interesa un ápice, porque ello supondría un mayor espacio para la política y una menor posibilidad de imponer como exigencias constitucionales lo que no son sino opciones políticas, ni más ni menos.

SHE THE PEOPLE TOO: LA XIX ENMIENDA DE LA CONSTITUCIÓN NORTEAMERICANA MÁS ALLÁ DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE SUFRAGIO FEMENINO*

SUSANA RUIZ TARRÍAS
Universidad de Granada

I. Introducción

Apegado a la actualidad de su época, a partir de la cual entreteje el análisis socio-político con su vertiente jurídica, A. Posada reconocía en su obra «Feminismo», publicada en 1899, la necesidad de reconocer «que una de las revoluciones más grandes que en este siglo han empezado a cumplirse, es la que el cambio de la condición política, doméstica, económica, educativa y moral de la mujer, supone»¹.

Un movimiento que la «globalización» de ese momento había extendido por todos los «países cultos» (Norteamérica, Reino Unido, Canadá, Australia, o Nueva Zelanda), haciendo de la cuestión femenina una «cuestión del día» que abarca multitud de problemas «cuya solución difícil, pide tanta prudencia, tanta habilidad, tan alto espíritu de justicia y tan gran libertad de juicio»².

Al tratar específicamente «el sufragio de la mujer en los países en donde se ha aceptado», A. Posada diferenciaba entre un «sufragio político» y un «sufragio social», este último independiente del primero y reconocido en países como Noruega, donde la mujer «participa en la elección de las comisiones escolares», al igual que en Canadá, pero en este caso «siempre que no esté casada, tenga 23 años y pague contribución», como ocurre en Nueva Zelanda. Por su parte, desde 1898, la mujer francesa tiene reconocido derecho de sufragio «para elegir los Tribunales

* Este trabajo se encuadra en el Proyecto I+D+i del MICINN: «Violencias de género y subordinación estructural: implementación del principio del *gender mainstreaming*» (PID2019-108526RB-100) de la Universidad de Granada.

¹ Posada, A.: *Feminismo*. Madrid: Librería de Fernando Fé, 1899, p. 8.

² Posada, A.: *Feminismo*. *Op., cit.*, pp. 8-9.

de comercio», y en Inglaterra «votan las mujeres en las elecciones de los consejos escolares y de los *Boards of Guardians*»³.

En contraposición a este «sufragio social», entendido como una limitada proyección pública de las tareas domésticas o privadas asignadas tradicionalmente a la mujer en las capas sociales que ostentaban un cierto poder adquisitivo, donde su capacidad de decisión podía llegar a adquirir algún tipo de visualización extra-doméstica, el «sufragio popular general», llamado «por antonomasia político», es decir, «el voto para las elecciones legislativas»⁴, ha venido siendo una de las «más acariciadas reivindicaciones» del llamado movimiento feminista⁵.

El presente estudio trata de describir el contexto argumentativo en el que de manera contrapuesta confluían el movimiento sufragista y su antitético, dando cuenta de algunos de los principales momentos que marcaron la adopción de la XIX Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, por medio de la cual se reconoce el derecho de sufragio a las mujeres, desde la premisa de que, según suele ser común admitir, el poder de reforma de la Constitución y el movimiento sufragista se encuentran inextricablemente unidos en la historia de Norteamérica.

Más aún, el conglomerado discursivo articulado en torno a la adopción de la XIX Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, se sitúa, incluso, en el contexto de uno de los elementos esenciales de la Teoría de la Constitución como es el poder de reforma constitucional y sus límites, poniendo de manifiesto la estrecha imbricación de ciertas cuestiones fundamentalmente «políticas» con aspectos esencialmente «técnico-jurídicos» de las Constituciones democráticas occidentales.

II. El origen del movimiento sufragista y su evolución social y política

1. LA *SENECA FALLS DECLARATION OF SENTIMENTS* COMO PUNTO DE PARTIDA DEL MOVIMIENTO SUFRAGISTA

Resulta comúnmente admitido que la Declaración aprobada en la Convención sobre los derechos de las mujeres, organizado por E.C. Stanton, L. Mott, M. McClintock, M.C. Wright y J. Hunt, celebrada en Seneca Falls (New York), el 19 y 20 de Julio de 1848, conocida como la *Seneca Falls Declaration of Sentiments* (en

³ Posada, A.: *El sufragio. Según las teorías filosóficas y las principales legislaciones* (Barcelona: Ediciones Soler y eds. Sucesores M. Soler, sin fecha). Edición y estudio preliminar de I. Fernández Sarasola, y M. A. Presno Linera. Madrid: CEPC, 2023, p. 94.

⁴ Posada, A.: *El sufragio. Según las teorías filosóficas y las principales legislaciones. Op. Cit.*, pp. 94-95.

⁵ Posada, A.: *El sufragio. Según las teorías filosóficas y las principales legislaciones. Op. Cit.*, p. 91.

adelante, *Seneca Falls*), constituye el acto fundacional del movimiento sufragista en los Estados Unidos de Norteamérica⁶, a partir de la proclamación de que

«When, in the course of human events, it becomes necessary for one portion of the family of man to assume among the people of the earth a position different from that which they have hitherto occupied, but one to which the laws of nature and of nature's God entitle them ...»⁷.

Claramente, el objetivo resulta amplio, y se propone una revisión de la posición de las mujeres dentro de la «*familia de hombres*», bajo las siguientes premisas:

«We hold these truths to be self-evident: that all men and women are created equal; that they are endowed by their Creator with certain inalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness; that to secure these rights governments are instituted, deriving their just powers from the consent of governed...».

En principio, podría entenderse que no estamos ante la reivindicación directa del derecho de sufragio, sino ante un movimiento que pretendía la transformación de una amplia conciencia social que situaba el papel de la mujer dentro del hogar, desarrollando los roles de madre y cuidadora bajo la dependencia del marido, como un papel divinamente establecido e inmutable⁸.

En efecto *Seneca Falls* no propugna sólo mejorar la vida de las mujeres sino que se propone llevar a cabo un cambio total en ellas, de ahí que sus denuncias y resoluciones criticaran leyes y costumbres discriminatorias que afectaban al derecho de propiedad de las mujeres, las excluían del mercado de trabajo y les negaban oportunidades educativas⁹. En dicho documento se reclaman varios derechos, pero es el derecho de voto el que es percibido como la petición más radical y controvertida.

⁶ Lind, J.: «Dominance and Democracy: The Legacy of Woman Suffrage for the Voting Right». *UCLA Women's Law Journal*, 5(1), 1994, p. 145.

⁷ Elizabeth Cady Stanton, E.C.: «Declaration of Sentiments», *Report of the Woman's Rights Convention*. Held at Seneca Falls, New York, July 19 and 20, 1848. Printed by John Dick. Rochester, NY: The North Star office of Frederick Douglass, 1848 [Disponible en: Elisabeth Cady Stanton Papers, Manuscript Division, Library of Congress (007.00.00)].

⁸ Vid., por todos, DuBois, E.C.: *Feminism and Suffrage: The Emergence of an Independent Women's Movement in America, 1848-1869*. Cornell University Press, 1999.

⁹ Precisamente, la idea de convocar dicha Convención nació de la participación de las delegadas norteamericanas en la Convención Mundial contra la esclavitud, celebrada en Londres en 1840.

En ese contexto, dos de las delegadas norteamericanas (Mrs. Stanton y Mrs. Mott) decidieron que era el momento de luchar por la abolición de la esclavitud, pero también, por el reconocimiento del derecho al trabajo y otros derechos de las mujeres (Kraditor, A.S.: *The Ideas of the Woman Suffrage Movement: 1890-1920*. New York-London: W.W. Norton & Company, 198, pp. 2-3).

Como lo expresa gráficamente E. DuBois, el derecho al voto planteaba la perspectiva de la «autonomía femenina» de un modo que otras reivindicaciones de igualdad de derechos no podían. Las peticiones a los legisladores estatales de igualdad de derechos sobre la propiedad y los hijos eran peticiones para la «reparación de agravios», que se admitían dentro del marco «caballeresco tradicional» que concedía a las mujeres el «derecho» a la protección. Por el contrario, la reivindicación del sufragio «cuestionaba la idea de que los intereses de las mujeres fueran idénticos o incluso compatibles con los de los hombres», encarnando una visión de la autodeterminación femenina que la situaba en el centro del movimiento feminista¹⁰.

De hecho, en opinión de J. Lind, la Convención consiguió mucho más que un marco de organización para las mujeres, proporcionando «el primero y más decisivo paso en cualquier movimiento de liberación», al dar entrada por primera vez a las mujeres en el discurso político, aunque fuera al margen de las instituciones oficiales.

Sin embargo, el incipiente movimiento sufragista tuvo también sus detractores, y una respuesta anónima a la Declaración de *Seneca Falls*, afirmaba que

«If our ladies will insist on voting and legislating, where, gentlemen, will be our dinners and our elbows? Where our domestic firesides and the holes in our stockings?»¹¹.

Porque, con carácter general, la participación de las mujeres en la esfera pública también era objeto de crítica, y en la sección «*The Female Department*» del diario *Mechanic's Advocate* publicado el 12 de agosto de 1848, John Tanner escribía el artículo «*Women Out of Their Latitude*» donde se puede leer:

«The women who attend these meetings, no doubt at the expense of their more appropriate duties, act as committees, write resolutions and addresses, hold much correspondence, make speeches, etc., etc.... [with the aim of] changing their relative position in society in such a way as to divide with the male sex the labors and responsibilities of active life, in every branch

¹⁰ DuBois, E.: *Feminism and Suffrage: The Emergence of an Independent Women's Movement in America, 1848-1869*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1978, p. 46, nota 161. Se trataba, en consecuencia, de algo distinto a la cuestión racial o a la esclavitud como demuestra, por lo demás, el hecho de que la XV Enmienda no mencione la palabra «sexo» al reconocer el derecho de sufragio a otros colectivos, afirmando (febrero 3, 1870): «1. Ni los Estados Unidos, ni ningún otro Estado, podrán desconocer ni menoscabar el derecho de sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos por motivo de raza, color o de su condición anterior de esclavos. 2. El Congreso estará facultado para hacer cumplir este artículo mediante leyes apropiadas».

¹¹ Oneida Whig, August 1, 1848. Disponible en: <https://www.tumblr.com/senecafallscoverage/78771482216/oneida-whig>

of arts, science, trades and professions! Now it requires no argument to prove that this is unwomanly, and that to be practically carried out, the males must change their position in society...»¹².

En este contexto, a mediados del siglo XIX el voto de las mujeres se convirtió en Norteamérica en «la cuestión de la mujer», diversificándose en distintas visiones filosóficas, sociológicas y políticas, todas ellas cuestionadas a su vez por un amplio abanico de argumentos sustentados por las tesis anti-sufragistas¹³.

Sin embargo, «la cuestión de la mujer» no se limitó a un simple intercambio dialéctico de argumentos de distinta naturaleza, sino que también se planteó en la «arena» jurídica utilizando la explícita mención a la imposibilidad de limitar los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos, contenida en la Sección 1ª de la XIV Enmienda, sin hacer referencia expresa al sexo¹⁴.

Una línea de argumentación jurídica que las sufragistas denominaron *New Departure*¹⁵, que comenzó en el ámbito jurisdiccional con la detención y acusación penal de la activista sufragista Susan B. Anthony y otras trece sufragistas por votar ilegalmente en unas elecciones presidenciales¹⁶.

Sin embargo, el caso que llegó al Tribunal Supremo de los Estados Unidos fue el conocido como *Minor v. Happersett*¹⁷, en el que Virginia Minor, fundadora del movimiento *New Departure*, solicitó su registro de voto en su domicilio de Missouri, siendo rechazada su solicitud con el argumento de ser una mujer y que la legislación de Missouri había limitado el derecho de sufragio a los hombres. La demanda interpuesta por V. Minor fue rechazada por el Tribunal Supremo de Missouri, y, posteriormente, por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Como punto de partida, el Tribunal Supremo reconocía que V. Minor era una ciudadana norteamericana, y las mujeres habían venido siendo ciudadanas

¹² *Vid.*, <https://www.tumblr.com/senecafallscoveage/78771452513/the-mechanics-advocate>.

¹³ Siegel, R. B.: «She the People: The Nineteenth Amendment, Sex Equality, Federalism and the Family». *Harvard Law Review*, 115(4), 2002, p. 977.

¹⁴ Enmienda XIV (julio 9, 1868): «1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos».

¹⁵ Lobel, J.: «Losers, Fools & Prophets: Justice as Struggle». *Cornell Law Review*, 80, 1995, p. 1365, nota 115.

¹⁶ *United States v. Anthony*, 24 F. Cas. 829 (C.C.N.D.N.Y. 1873) (No. 14, 459).

Para un detallado relato de los hechos vid. Hull, N.E.H.: *The Woman Who Dared to Vote: The Trial of Susan B. Anthony*. University Press of Kansas, 2012.

¹⁷ *Minor v. Happersett*, 88 U.S. (21 Wall) 162 (1874).

desde la fundación de la República, sin necesidad de que la Sección 1ª de la XIV Enmienda reconociera su ciudadanía,

«(...) The Fourteenth Amendment did not affect the citizenship of women any more than it did of men. In this particular, therefore, the rights of Mrs. Minor do not depend upon the Amendment. She has always been a citizen from her birth, and entitled to all the privileges and immunities of citizenship»¹⁸.

Sin embargo, el Tribunal rechazó el razonamiento de Mrs. Minor de que el derecho de voto era uno de los «privilegios e inmunidades» reconocidos a los ciudadanos¹⁹, argumentando que la Constitución de los Estados Unidos no reconoce a nadie el derecho de sufragio, sino que son las legislaciones de los Estados quienes llevan a cabo dicha regulación reconociendo únicamente a los hombres como titulares,

«(...) For nearly ninety years the people have acted upon the idea that the Constitution, when it conferred citizenship, did not necessarily confer the right of suffrage (...).

The Constitution of the United States does not confer the right of suffrage upon any one, and (...) the constitutions and laws of the several States which commit that important trust to men alone are not necessarily void (...).

Así, el Tribunal Supremo rehusó el argumento en el que se sustentaba el movimiento *New Departure*, añadiendo a las consideraciones anteriores que el reconocimiento del derecho de sufragio a la mujer constituía una cuestión política que no entraba en el ámbito de sus competencias jurisdiccionales²⁰, de modo que, tomando este argumento como «sugerencia», los defensores del derecho de sufragio femenino plantearon dicha reivindicación ante los órganos políticos.

2. EL DERECHO DE VOTO DE LA MUJER Y LAS DIFERENTES VISIONES DEL MOVIMIENTO SUFRAGISTA EN LA «ARENA» POLÍTICA.

A pesar de que las mujeres estaban excluidas de los órganos representativos federales y estatales, en la década posterior a la Guerra Civil crearon «sus propios

¹⁸ *Minor v. Happersett*, 88 U.S. (21 Wall), 162, 170 (1874).

¹⁹ *Minor v. Happersett*, 88 U.S. (21 Wall), 162, 170-178 (1874).

²⁰ *Minor v. Happersett*, 88 U.S. (21 Wall), 162, 178 (1874).

foros quasi-gubernamentales»²¹, y, en este contexto, el derecho de voto de las mujeres emergió como reivindicación central en torno a la cual se organizó el proceso de emancipación de la mujer como compleja conexión entre el voto y otras formas de diálogo político desarrolladas fuera de las instituciones políticas.

Mediante la realización de convenciones y de campañas de petición, las activistas posicionaron la situación de la mujer en una dimensión pública que resultaba totalmente nueva, en tanto que cuestionar la «verdad eterna» conllevaba cambios en la teología, la biología o la sociología, según eran entendidas por los anti-sufragistas.

Teológicamente, se citaba la Biblia para argumentar que los diferentes roles estaban divinamente establecidos y negaban la validez de cualquier razonamiento o argumento de los hombres²². Según aparece en los textos de la época, en términos biológicos los anti-sufragistas argumentaban que las mujeres, debido a su sexo, eran mental y psicológicamente incapaces de ejercer el derecho de voto, y desde la perspectiva sociológica se sostenía que otorgar a las mujeres el derecho de voto supondría la desaparición de la familia, que era considerada la unidad fundamental de la sociedad²³.

Por su parte, los razonamientos de las primeras sufragistas subrayaban que la idea de una «esfera natural» de la mujer era incoherente, en tanto que había existido la posibilidad de descubrirla²⁴. En su opinión, a partir de la identificación de su discurso en los foros públicos, con el tiempo, podrían influir en el legislador para transformar la situación de las mujeres en ámbitos como el matrimonio, el empleo y otras situaciones. Para ellas, el derecho de voto no sólo estaba directamente relacionado con la posibilidad de expresarse en instituciones oficiales, sino que era también una forma de proyectar sus preocupaciones «en los pasillos del gobierno»²⁵.

Una de las batallas estratégicas libradas entre sufragistas y anti-sufragistas fue la definición de «mujer» y de «hogar». Pero también en el corazón mismo de los argumentos sufragistas se encontraba el dilema sobre la «naturaleza de la mujer».

De un lado, se entendía que, si tras siglos de opresión, las mujeres eran tan capaces como los hombres de desarrollar una actividad política, la «opresión no habría sido tan severa como las mujeres denunciaban», y la privación del derecho

²¹ Lind, J.: «Dominance and Democracy: The Legacy of Woman Suffrage for the Voting Right». *Op., cit.* pp. 147-148.

²² Cleveland, G.: «Would Woman Suffrage be Unwise?». *The Sacred Heart Review*, 34, 1905, p. 8.

²³ Kraditor, A. S.: *The ideas of the woman suffrage movement: 1890-1920*. *Op. cit.*, p. 18, nota 122.

²⁴ Este argumento es utilizado por E.C. Stanton en *The Solitude of the Self*. Address Delivered by Mrs. Stanton Before the Committee of the Judiciary of the United States Congress, January 18, 1892 (Disponible en: <https://www.loc.gov/resource/rbnawsa.n8358/?sp=2>)

²⁵ Lind, J.: «Dominance and Democracy: The Legacy of Woman Suffrage for the Voting Right». *Op., cit.* p.149.

de voto no sería más que un síntoma o una causa de la amplia diferencia en el status entre hombres y mujeres. De otro lado, se sostenía que, si los siglos de opresión habían convertido a las mujeres en inferiores a los hombres, incluso si esa inferioridad era más cultural que genética, «las mujeres que trataban de convencer a los legisladores de que el reconocimiento del derecho de voto femenino restauraría una injusticia» perderían mucho peso ante sus oyentes.

Sin embargo, las sufragistas se vieron forzadas a argumentar sobre la base de la igualdad con los hombres, frente a las anti-sufragistas que, explícita o implícitamente, basaban su postura en la inferioridad de la mujer²⁶.

Así, con anterioridad a la Guerra Civil, las reivindicaciones de las mujeres se convirtieron en un «movimiento sufragista» como palanca para iniciar el proceso de erosión de la dominación por razón de género²⁷.

El desencadenamiento de la Guerra Civil puso fin a las convenciones y asociaciones femeninas, pero trajo consigo un desarrollo del trabajo de las mujeres fuera del hogar que no sólo se consideraba respetable sino incluso patriótico, y el partido Republicano junto a los abolicionistas como vencedores de la contienda, utilizaron entonces el movimiento sufragista para dar a conocer sus postulados políticos.

De este modo, «por primera vez», a juicio de J. Lind, la participación de las mujeres en los asuntos públicos fue bien acogida por el partido en el poder²⁸, y en 1863, E.C. Stanton y S. Anthony fundaron la «Liga Nacional Leal de Mujeres» que, con gran éxito, llegó alcanzar los 5.000 miembros²⁹. Sin embargo, será la creación de la *National American Woman Suffrage Association* (NAWSA) en 1890, el suceso que marcará una nueva era en la historia de sufragio femenino en Norteamérica.

En esta fecha, el movimiento por los derechos de las mujeres había recorrido un largo camino desde la celebración de la convención de Seneca Falls en 1848, a lo largo del cual, no sólo se habían alcanzado algunos logros puntuales en los derechos de la mujer³⁰, sino que el discurso reivindicativo de las mujeres también

²⁶ Kraditor, A. S.: *The ideas of the woman suffrage movement: 1890-1920. Op., cit.*, pp. 96-105.

²⁷ Lind, J.: «Dominance and Democracy: The Legacy of Woman Suffrage for the Voting Right». *Op., cit.* p. 149.

²⁸ Lind, J.: «Dominance and Democracy: The Legacy of Woman Suffrage for the Voting Right». *Op., cit.* p.151.

²⁹ Flexner, E.: «Century of Struggle: The Woman's Rights Movement in the United States». *Harvard University Press*, 1968, p. 110, nota 10.

³⁰ En efecto en 1848, el Estado de Nueva York había admitido el derecho de las mujeres casadas a mantener la propiedad de los bienes que tuvieran con anterioridad al matrimonio, aunque no alcanzara a una completa capacidad de disposición sobre los mismos en tanto que no podían disponer de ellos hereditariamente por sí mismas, y si la propiedad era enajenada, el marido resultaba el beneficiario del importe de la compraventa. En 1838 Kentucky había reconocido a las mujeres, en determinadas circunstancias, el derecho de voto en los consejos escolares, y en 1861 Kansas reconoció el mismo derecho, al que se sumaron, en 1875, los Estados de Michigan y Minnesota. Otros treinta Estados habían aprobado normas similares en 1890 (Kraditor, A.: *The ideas of the woman suffrage movement: 1890-1920. Op. cit.*, p. 4).

había sufrido cambios relevantes que se evidencian con mayor claridad tras la Guerra Civil.

Como se ha venido describiendo, en los primeros años del movimiento, activistas como E.C. Stanton y S. Anthony perseguían una visión de la emancipación femenina que se basaba en la noción de que las mujeres eran individuos con el mismo carácter humano que los hombres y con los mismos derechos que los hombres. Sus argumentos constituyeron una forma prototípica de feminismo igualitario que apelaba a las concepciones liberales de la participación política.

Sin embargo, a lo largo de los setenta años que separan la adopción de la *Seneca Falls* y de la XIX Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, el movimiento sufragista evolucionará en diferentes direcciones como consecuencia de la aparición de nuevos postulados y objetivos.

En efecto, a comienzos del nuevo siglo se hará patente la aparición de una nueva visión en el movimiento sufragista partiendo de la consideración de que el papel de las mujeres en aquel momento se limitaba, en la práctica, al hogar, pero que los cambios en las condiciones sociales necesitaban reconocer el derecho de voto a las mujeres con el fin, precisamente, de «*proteger sus hogares*»³¹.

Como el Congresista (Sr. Lehlbach) puso de manifiesto en el debate final de la XIX Enmienda, los cambios sociales en la concepción de la posición de las mujeres en la familia daban lugar a modificaciones en la aplicación del principio democrático a su derecho de voto

«(...) In the past the restrictions of the right of suffrage to the male population was not contrary to democratic philosophy, because under the old order of civilization women derived their social status from their men and were economically dependent upon them. For the past half century, a change in this regard has been taking place in the social structure, particularly in the last generation. The old conception of the place of woman in the scheme of existence was that she was the member of a household, which was ruled by a male head; that her place in the world was determined by the

³¹ DuBois, E.: «The Radicalism of the Woman Suffrage Movement: Notes Toward the Reconstruction of Nineteenth-Century Feminism». *Feminist Studies*, 3, 1976, p. 63. Desde el profundo Sur demócrata, una tercera visión entendía que el reconocimiento del derecho de voto a la mujer era esencial para proteger a los *anglo-sajones blancos* de la superación en número de los *negros e inmigrantes* (Kraditor, A.: *The ideas of the woman suffrage movement: 1890-1920*. *Op. cit.*, nota 122). Sin embargo, según revelan los escritos de las sufragistas del Norte, esta visión nunca fue apoyada por el movimiento sufragista en su conjunto, limitando su espacio de difusión al Sur, y, en última instancia, el reconocimiento del derecho de voto en la Constitución resulta, en opinión de G. Bhatia, completamente contrario al movimiento sureño (Bhatia, G.: «Comprehensive Transformative Amendments-Theory and Practice: Rethinking the Nineteenth Amendment and the Place of Women's Rights in the Constitution». *Dartmouth Law Journal*, 13, 2015, pp. 35-36).

place held by this head; and that he was responsible for her economically. Among many this conception still obtains as a theory, and is still to an extent recognized in the law, but in reality, has been substantially modified»³².

En este sentido, sufragistas como A. Blackwell Brown, L. Stone y J. Ward Howe, aceptaron la noción de la naturaleza especial de la mujer y su idoneidad única para la familia, y elaboraron argumentos a favor del sufragio femenino diseñados para encajar con las nociones republicanas de comunidad política. En cierto modo, la filosofía de este grupo enunciaba los que serían conocidos posteriormente como los postulados del feminismo de la diferencia³³, y, en esta línea, J. Addams afirmaba:

«For many generations it has been believed that woman's place is within the walls of her own home, and it is indeed impossible to imagine the time when her duty there shall be ended or to forecast any social change which shall release her from that paramount obligation»³⁴.

Esta nueva visión trae consigo un cambio en el lenguaje, donde ya no se hace referencia a la ordenación divina de las situaciones, y el tono de la argumentación, como se aprecia en el artículo de J. Addams, se vuelve más pragmático.

Con carácter general, el argumento de J. Addams en favor del sufragio no entra en conflicto necesariamente con la primera visión del movimiento sufragista³⁵. Por el contrario, pueden considerarse respectivamente como visiones predecesora y sucesora de una «*even-if* proposition», de modo que la primera formulación cuestiona la premisa anti-sufragista de los roles de género, mientras que la respuesta pragmáti-

³² Congressional Record Containing the Proceedings and Debates of the Sixty-Third Congress. Third Session. Vol. LVI. Washington, 1918, p. 788.

³³ Respecto a las diferencias entre dichos movimientos, *vid.*, por todos, N.F. Cott: *The Grounding of Modern Feminism*. New Haven: Yale University Press, 1987, pp. 18-20.

³⁴ Addams, J.: «Why Women Should Vote». *Ladies Home Journal*, 1910 (Disponible en: <https://digital.janeaddams.ramapo.edu/items/show/6155>).

³⁵ En este sentido, el Senador de California (Sr. Works), combinó ambos argumentos de un modo singular cuando el 2 de marzo de 1914 leyó en la Cámara una carta del comité de las mujeres de California del Sur bajo el título «*What Women Want*», dirigida a la Comisión sobre el Sufragio femenino del Senado: «Women are asking simply for the right to fulfil their traditional duties, to do those things for which they are fitted by their natural instincts and long training as protectors of the home and the guardians of children. They are citizens, they have responsibilities, and yet the right to do their duty and fulfil these results is denied them.

Suffrage is the right of every citizen in a democracy, and it belongs to women by every right of reason, logic, and justice. Women, as human beings and as citizens, should have the right to every possible means of education, every developing experience, every avenue of self-expression, and the opportunity of service» (Congressional Record Containing the Proceedings and Debates of the Sixty-Third Congress. Second Session. Vol. LI. Washington, 1914, p. 4134).

ca, condicionalmente —como argumento jurídico—, acepta la premisa y trata de luchar contra los anti-sufragistas utilizando sus propios argumentos³⁶.

En la práctica, ambas visiones coexistieron en el tiempo, de manera que durante la discusión de la propuesta de la XIX Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, los argumentos pragmáticos fueron utilizados por el Congresista de Washington (Sr. Falconer), quien afirmaba en la sesión de 12 de enero de 1915 que

«(...) the significance of the issues involved in the votes for women movement is pretty generally understood by the people of this country. Knowledge of the issues involved may or may not lead to the support of the movement. Every question having to do with the economic and moral status of all our people has its opponents as well as proponents. Opinions differ very generally because of the different viewpoints or interests of the individuals».

Porque, según reconocía, no se trataba de una reivindicación manifestada por las mujeres de los Estados Unidos, sino de un movimiento de carácter internacional:

«(...) Why this national and, indeed (...) word-wide movement? Is there a cause, and, if a cause, does any sane man think it is a passing whim, to be voted down here and thus have an end? Let us see. Foreign countries have been confronted with the question and were early impressed with its justice. Norway, Finland, Iceland, New Zealand, and Australia disposed of the question in the affirmative (...).

In May, 1914, 22 of the leading countries of the world represented by over 4.000 women met in the seventh quinquennial congress on the International Council of Women in Rome and presented their right to suffrage».

Desde la perspectiva constitucional, el principal argumento esgrimido por el Congresista Falconer en favor de que la Cámara de Representantes aprobara el texto la XIX Enmienda, apelaba a la aplicación del principio de igualdad, al tiempo que reprochaba el comportamiento de los hombres que, teniendo reconocido el «privilegio» del voto, ante una convocatoria electoral elegían «quedarse en casa»:

«(...) Is there a man in America who thinks tant a woman's vote might lower the standard of American citizenship? Does any normally minded individual, mano or woman, venture the suggestion that substantial economic questions involving the welfare of men, women, and children might be less favorably settled by a woman's vote? But the suggestion is made that some women do not want to vote and should not be required to exercise the privilege simply because other women desire it. This objection is met by

³⁶ Bhatia, G.: «Comprehensive Transformative Amendments-Theory and Practice: Rethinking the Nineteenth Amendment and the Place of Women's Rights in the Constitution». *Op. cit.*, p. 34.

reminding these overly sensitive souls that those who do not want honors thrust upon them may join the «stay-at-homes» on election day; they will not want for company, for facts produced prove that 40 per cent of the men eligible to vote are «stay-at-homes» (...)»³⁷.

Sin embargo, la Enmienda finalmente aprobada por el Congreso el 4 de junio de 1919 y ratificada el 18 de agosto de 1920 como XIX Enmienda de la Constitución, coincide, palabra por palabra, con la redactada en 1878 por S. Anthony y E. Stanton quienes, como se ha visto, eran las fundadoras de la primera visión del movimiento sufragista, afirmando,

Enmienda XIX (agosto 18, 1920)

«1. El derecho de sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos no será desconocido ni limitado por los Estados Unidos o por Estado alguno por razón de sexo.

2. El Congreso estará facultado para hacer cumplir este artículo por medio de leyes apropiadas».

A partir del momento de su ratificación, las mujeres activistas recurrieron al Congreso para apoyar su campaña de reformas sociales progresivas, como la creación de la *Women's Bureau* en 1920, la adopción de la ley de protección de la salud infantil (*Sheppard-Towner infant health act*) en 1921, y la enmienda prohibiendo el trabajo infantil en 1924³⁸. Pero, al mismo tiempo, grupos conservadores —incluidos algunos que habían participado activamente en el movimiento anti-sufragista—, se organizaron para oponerse a las reformas sociales apoyadas por el movimiento feminista (*Woman Patriots* y *Sentinels of the Republic*)³⁹.

Desde el punto de vista político, progresivamente, la XIX Enmienda se va disociando de los argumentos que marcaron el debate sobre el derecho de sufragio femenino desplegando una eficacia más allá del reconocimiento del derecho de voto que la convierte en el instrumento jurídico que posibilita el reconocimiento de la igualdad de los derechos civiles y políticos de las mujeres.

En este sentido, el análisis de la XIX Enmienda llevado a cabo por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Adkins v. Children's Hospital*⁴⁰, tan sólo tres años después de su adopción, la consideraba una norma relacionada con

³⁷ Congressional Record Containing the Proceedings and Debates of the Sixty-Third Congress. Third Session. Vol. LII. Washington, 1915, p. 83.

³⁸ Para una descripción histórica detallada de tales medidas, *vid.* Zimmerman, J.G.: The Jurisprudence of Equality: The Women's Minimum Wage, the First Equal Rights Amendment, and *Adkins v. Children's Hospital*, 1905-1923», 78 *Journal of American History*, 188 (1991).

³⁹ Siegel, R.: «She the People: The Nineteenth Amendment, Sex Equality, Federalism and the Family». *Op., cit.*, pp. 1008-1009, y nota 193.

⁴⁰ *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).

la emancipación de los roles tradicionales de la mujer, a pesar de que su objeto de análisis se refería a un ámbito tan específico como los derechos laborales.

En efecto, en dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo llevó a cabo una visión de la historia de las mujeres atribuyendo a la XIX Enmienda la significación de «una virtual declaración de igualdad de la mujer», haciendo referencia expresa a una «antigua desigualdad» entre sexos presente en una «vieja doctrina», describiendo a las mujeres como sujetos «sometidos a restricciones» y a «limitaciones especiales», y estimando que se añadía el «insulto» a la «injuria» al «no tratar a las mujeres en edad madura como adultas legales»⁴¹, el pasaje afirmaba que

«The ancient inequality of the sexes, otherwise than physical, as suggested in the Muller Case, has continued «with diminishing intensity». In view of the great —no to say revolutionary— changes which have taken place since that utterance, in the contractual, political and civil status of women, culminating in the Nineteenth Amendment, it is not unreasonable to say that these differences have now come almost, if not quite, to the vanishing point. In this aspect of the matter, while the physical differences must be recognized in appropriate cases, and legislation fixing hours or conditions of work may properly take them into account, we cannot accept the doctrine that women of mature age, *sui juris*, require or may be subjected to restrictions upon their liberty of contract which could not lawfully be imposed in the case of men under similar circumstances. To do so would be to ignore all the implications to be drawn from the present days trend of legislation, as well as that common thought and usage, by which woman is accorded emancipation from the old doctrine that she must be given special protection or be subjected to special restraint in her contractual and civil relationships»⁴².

Esta interpretación de la XIX Enmienda como cláusula general de igualdad entre mujeres y hombres, puso de manifiesto la carencia derivada de la inexistencia de una proclamación general del principio de igualdad entre mujeres y hombres en la Constitución norteamericana, dando lugar a la primera redacción de una propuesta de Enmienda por la Igualdad de Derechos (Equal Rights Amendment-ERA) en 1923 que, a día de hoy, no ha sido aprobada de conformidad con el Artículo V de la Constitución de los Estados Unidos⁴³.

⁴¹ Brown, J.K.: «The Nineteenth Amendment and Women's Equality». *Yale Law Journal*, 102, 1993, p. 2192.

⁴² *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525, 553 (1923).

⁴³ La primera redacción de la ERA en 1923 fue conocida como «Lucretia Mott Amendment», afirmaba: «Men and women shall have equal rights throughout the United States and every place subject to its jurisdiction. Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation». En 1943 esta versión de la ERA se reescribió, siendo conocida como «Alice Paul Amendment», con el siguiente tenor: «Section 1: Equality of rights under the law shall not be denied or abridged by the United States or by any state on account of sex».

III. Más allá del derecho de sufragio femenino: la posibilidad de deducir límites materiales al poder de reforma constitucional

A medida que se veía como inminente la aprobación de la XIX Enmienda, los movimientos anti-sufragistas, incluida la *National Association Opposed to Woman Suffrage*, se movilizaron desarrollando diferentes estrategias para evitar su ratificación⁴⁴, y en este contexto suele ser común mencionar el importante papel desarrollado por el abogado Sr. William L. Marbury y su renombrado estudio «The Nineteenth Amendment and After», 1920.

Conocido por su oposición a la XV Enmienda a la Constitución norteamericana, en el trabajo antes mencionado cuestionó la XIX Enmienda planteando si existe o no «algún límite» al poder de reforma de la Constitución atribuido al Congreso y a los Parlamentos de los Estados en los términos expresados por el Artículo V de la Constitución⁴⁵, pues, según afirmaba, si ello fuera así, no sería muy difícil demostrar que la XIX Enmienda a la Constitución excede dicho límite⁴⁶.

1. EL PODER DE REFORMA COMO «PODER DELEGADO»

En efecto, poco antes del estudio sobre la XIX Enmienda de la Constitución norteamericana, W. L. Marbury había publicado un breve artículo abordando las limitaciones sobre el poder de reforma de la Constitución⁴⁷.

Section 2: The Congress shall have the power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.

Section 3: This amendment shall take effect two years after the date of ratification».

Para una descripción histórico-política y sociológica de las circunstancias que explican que la Equal Rights Amendment no haya podido superar el procedimiento de reforma constitucional previsto en el Artículo V de la Constitución, vid., entre otros, el estudio de Law, S.A.: «Rethinking Sex and the Constitution». *University of Pennsylvania Law Review*, 132, n. 5, 1984, pp. 955-1040.

⁴⁴ Vose, C.E.: *Constitutional Change: Amendment, Politics and Supreme Court Litigation Since 1900*. Lexington Books, 1972, pp. 62-63.

⁴⁵ El tenor del Artículo V es el siguiente: «Siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá enmiendas a esta Constitución, o bien, a solicitud de las legislaturas de los dos tercios de los distintos Estados, convocará una convención con el objeto de que proponga enmiendas, las cuales, en uno y otro caso, poseerán la misma validez que si fueran parte de esta Constitución, desde todos los puntos de vista y para cualesquiera fines, una vez que hayan sido ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según que el Congreso haya propuesto uno u otro modo de hacer la ratificación, y a condición de que antes del año de mil ochocientos ocho no podrá hacerse ninguna enmienda que modifique en cualquier forma las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero y de que a ningún Estado se le privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado».

⁴⁶ Marbury, W. L.: «The Nineteenth Amendment and After». *Virginia Law Review*. Vol. VII, 1920, p. 2.

⁴⁷ Marbury, W. L.: «The Limitations Upon the Amending Power». 33(2) *Harvard Law Review* (1919-1920), pp.223-235.

Dicho análisis establecía como premisa la consideración de que el poder de «reformular» la Constitución no pretendía incluir «el poder de destruirla» («the power to *destroy* it»), en tanto que el objetivo del «pueblo de los Estados Unidos» al adoptar la Constitución, como afirma su Preámbulo era, «*to form a more perfect Union*» (de Estados), entendiendo que, mediante esta afirmación, el «pueblo de los Estados Unidos» proclama su voluntad de crear una unión más perfecta que la Unión «perpetua» que se había establecido bajo los originarios Artículos de la Confederación⁴⁸.

En su opinión, el Tribunal Supremo de California había definido claramente el concepto de «reforma» de la Constitución a partir del propio término «constitución». Así, en su pronunciamiento de 29 de marzo de 1894 (asunto *Livermore v. White*)⁴⁹, afirmaba que

«The very term «constitution» implies an instrument of a permanent and abiding nature, and the provisions contained therein for its revision indicate the will of the people that the underlying principles upon which it rests, as well as the substantial entirety of the instrument, shall be of a like permanent and abiding nature».

Desde tales premisas, el concepto de «reforma» de la Constitución implicaba simplemente una «adición» o «cambio en las líneas del documento original» que supondrán una «mejora» o un «mejor cumplimiento» del fin para el cual ha sido adoptada. Tales «reformas», se afirma, vienen provocadas por la detección en la aplicación práctica de algún defecto en ciertos detalles, o en algunos principios o limitaciones materiales o inmateriales contenidas en ellos, en tanto que los cambios de algunos aspectos en ciertas partes del territorio del Estado o los cambios sociales en el tiempo, pueden requerir la eliminación de algunas de las limitaciones o la ampliación de la aplicación de determinados principios⁵⁰.

⁴⁸ Marbury, W. L.: «The Limitations Upon the Amending Power». 33(2) *Harvard Law Review* (1919-1920), p. 225.

⁴⁹ *Livermore v. Waite*, 102 Cal. 113 (Cal.1894), 36, p. 426.

⁵⁰ En su pronunciamiento, el Tribunal Supremo de California reconoce que modificaciones en la Constitución del Estado muy populares como la abolición de la pena de muerte o la *Prohibition Amendment* (Ley Seca), constituyen algunas de esas reformas constitucionales. El problema planteado en el conocido caso *Livermore v. Waite* (1894), provenía del hecho de que el Artículo XVIII de la Constitución de California contempla dos formas de modificación de la Constitución: la reforma y la revisión. Sin embargo, no define específicamente cada una de ellas. En su pronunciamiento de 19 de marzo de 1894, el Tribunal Supremo de California estableció la distinción entre ambos conceptos, considerando que, a diferencia de la reforma, la «revisión» de la Constitución implica «cambios de gran alcance en la naturaleza de nuestro plan básico de gobierno», alterando «los principios subyacentes» sobre los que se sustenta la Constitución (*Ibid.*). Acerca de este tema, vid., entre otros, Guizan, J.A.: «Is the California Civil Rights Initiative: A Wolf in Sheep's Clothing: Distinguishing Constitutional

Desde la perspectiva de las bases en que se sustenta la Federación, L.W. Marbury considera que «si el objetivo de los padres de la Constitución era establecer una unión perpetua de estados», al mismo tiempo, su propósito no podría ser —mediante la autorización a los Parlamentos de las $\frac{3}{4}$ partes de los Estados para reformar la Constitución— la adopción de una reforma que «pudiera destruir a los Estados, o a alguno de ellos, sustrayéndole/s sus poderes de autogobierno»⁵¹.

Precisamente, en el asunto *The Collector v. Day* (1780)⁵², el Tribunal Supremo de los Estados Unidos había considerado —invocando su afirmación de que «*the power to tax involves the power to destroy*» formulada en el asunto *McCulloch v. Maryland*⁵³—, que una ley federal imponiendo un gravamen sobre los salarios de los funcionarios de un Estado era nula, por la «tendencia» de ese tipo de leyes a «destruir» los Estados y, en consecuencia, la Unión⁵⁴, considerando que

«The cases of *McCulloch v. Maryland*, and *Weston v. Charleton*, were referred to as settling the principle that governed the case, namely, «that the State governments cannot lay a tax upon the constitutional means employed by the government of the Union to execute its constitutional powers.

The soundness of this principle is happily illustrated by the Chief Justice in *McCulloch v. Maryland*: «If the States», he observes, «may tax one instrument employed by the government in the execution of its powers, they may tax any and every other instrument. They may tax the mail; they may tax the mint; they may tax patent-rights; they may tax judicial process; they may tax all the means employed by the government to an excess which would defeat all the ends of government». «This,» he observes, «was not intended by the American people»⁵⁵.

Del mismo modo, en el asunto *Lane County v. Oregon* (1868), el Tribunal Supremo tuvo que pronunciarse respecto de la validez de una ley del Congreso en virtud de la cual el Estado de Oregón era obligado a aceptar como moneda de curso legal, billetes de los Estados Unidos en pago de los impuestos estatales, afirmando que

«The people of the United States constitute one nation, under one government, and this government, within the scope of the powers with which

Amendment from Revision in California's initiative Process». 31(1) *Loyola of Los Angeles Law Review*, 1997, pp. 261-296.

⁵¹ Marbury, W. L.: «The Limitations Upon the Amending Power». *Op. cit.*, p. 226.

⁵² *The Collector v. Day*, 78 U.S. (11 Wall.) 113, 127 (1871).

⁵³ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

⁵⁴ Marbury, W. L.: «The Limitations Upon the Amending Power». *Op. cit.*, p. 226.

⁵⁵ *The Collector v. Day*, 78 U.S. (11 Wall.) 113, 123 (1871).

it is invested, is supreme. On the other hand, the people of each State compose a State, having its own government, and endowed with all the functions essential to separate and independent existence» (...)

«Now, to the existence of the State, themselves necessary to the existence of the United States, the power of taxation is indispensable. It is an essential function of government» (...)

«If, therefore, the condition of any State, in the judgement of its legislature, requires the collection of taxes in kind, that is to say, by the delivery to the proper officers of a certain proportion of products, or in gold and silver bullion, or in gold and silver coin, it is not easy to see upon what principle the national legislature can interfere with the exercise, to that end, of this power, original in the States, and never as yet surrendered»⁵⁶.

Estas mismas afirmaciones sobre el poder de establecer impuestos serían trasladables, en opinión de W.L. Marbury, al poder de reforma de la Constitución reconocido a los Parlamentos de las $\frac{3}{4}$ partes de los Estados de la Unión por el Artículo V de la Constitución norteamericana, de donde se deriva, afirma, «pura y simplemente», que «ambos poderes son poderes *delegados*»⁵⁷, y desde esta perspectiva deben analizarse, en su opinión, la reforma constitucional que reconoce el derecho de sufragio a las mujeres (XIX Enmienda), la *Prohibition Amendment* (Ley Seca) o reformas similares.

2. LA XIX ENMIENDA Y LOS LÍMITES MATERIALES A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En todo caso, el análisis de las limitaciones materiales a la reforma constitucional pasa por la determinación previa de la eficacia jurídica de la XIX Enmienda de la Constitución, cuya Sección 2ª afirma «(...) *para hacer cumplir esta Enmienda mediante la legislación adecuada*», en lo que viene a coincidir exactamente con la redacción de la Sección 2ª de la XV Enmienda, salvo la sustitución de la palabra «sexo» por las palabras «raza, color o condición previa de esclavitud».

Dada la coincidencia de las redacciones en este punto, se entiende que teniendo en ambos casos la misma construcción, debe reconocerse a ambas el mismo carácter «self-executing»⁵⁸, lo que supone no sólo el reconocimiento del derecho

⁵⁶ *Lane County v. Oregon*, 74 U.S. (7 Wall.) 71, 76-77 (1869).

⁵⁷ Marbury, W. L.: «The Limitations Upon the Amending Power». *Op. cit.*, p. 228.

⁵⁸ Marbury, W.: «The Nineteenth Amendment and After». *Virginia Law Review*. Vol. VII, 1920, p. 2. Incluso, a juicio del autor, la XIX Enmienda sería más rigurosa que la Enmienda que incorpora la denominada *Ley Seca*, en tanto que esta última no prevé ninguna sanción por su vulneración, y su cumplimiento depende de la adopción de una legislación de desarrollo adoptada por el Congreso (*Ibid*).

de voto de las mujeres en las elecciones nacionales (Presidenciales, elecciones al Senado y elecciones al Congreso), sino también que el Legislador de cada Estado adopte una ley que reconozca el derecho de sufragio a las mujeres en las elecciones estatales y municipales⁵⁹.

Esta eficacia de la XIX Enmienda también en el ámbito estatal viene a ser, en opinión de W.L. Marbury, el rasgo que contravendría uno de los elementos esenciales de la libertad civil de los ciudadanos de los Estados miembros, y más concretamente, el «derecho al autogobierno», privando a los ciudadanos de la posibilidad de «cambiar, modificar o rechazar» las leyes del Estado. Una cuestión cuya gravedad, afirma, justificaría un análisis más exhaustivo⁶⁰.

En concreto, se trataría de determinar si «el pueblo ha delegado en sus representantes, el Congreso y los Parlamentos de los Estados, algún tipo de autoridad o poder ilimitado», pues si ello es así, se habría otorgado el poder de «destruir, no sólo de reformar o mejorar» el marco general del gobierno constitucional basado en «poderes limitados» que los padres de la Constitución construyeron⁶¹.

De hecho, como resulta conocido, el propio Artículo V incorpora dos limitaciones expresas al poder de reforma de la Constitución formuladas en forma de cláusulas de intangibilidad. De un lado, una cláusula de intangibilidad temporal que impide reformar antes de 1808, la Primera y la Cuarta cláusulas de la Novena Sección del Artículo I de la Constitución. La segunda, como cláusula de intangibilidad material, prohíbe suprimir, sin el consentimiento de un Estado, su igualdad de voto en el Senado.

⁵⁹ Marbury, W.: «The Nineteenth Amendment and After». *Op. cit.*, pp. 2-3. Sin embargo, a juicio de W.L. Marbury, el reconocimiento del derecho de voto a las mujeres no tendría efectos igualmente beneficiosos en todos los Estados. Por el contrario, afirma que (recurriendo a la utilización de un argumento propio de los anti-sufragistas), en un Estado como Nebraska, donde la población pertenece a la misma raza, principalmente anglosajones, el voto de las mujeres en igualdad de condiciones que los hombres no tendría un efectos sociales y políticos «negativos», en tanto que no se destruiría «la unidad de la familia», ni incrementaría «el número de divorcios», de mismo modo que tampoco repercutiría negativamente en el «desarrollo y el bienestar» de los niños, aunque, en su opinión, no se podía predecir exactamente el efecto de dicha legislación. Muy diferente resultaba la apreciación del autor respecto de los efectos socio-políticos que el reconocimiento del sufragio femenino podía desplegar en Estados como Nuevo México o California, donde existía un alto porcentaje de población mexicana y japonesa, pudiendo hacer realidad «todos los peligros» imaginables e inimaginables (Marbury, W.: «The Nineteenth Amendment and After». *Op. cit.*, pp. 3-4).

En cualquier caso, desde 1887 ciertos Estados habían venido reconociendo a las mujeres el derecho de sufragio en las elecciones municipales. Así sucedió en esa fecha en Kansas, y en 1890 Wyoming se incorporó a la Unión como el primer Estado que reconocía pleno derecho de sufragio a las mujeres, al que siguieron los Estados de Colorado (1893) y Utah (1896), si bien a partir de esta última fecha la dinámica expansiva se detuvo drásticamente (Kraditor, A.: *The ideas of the woman suffrage movement: 1890-1920*. *Op. cit.*, pp. 4-5).

⁶⁰ Marbury, W.: «The Nineteenth Amendment and After». *Op. cit.*, pp. 4-5.

⁶¹ Marbury, W.: «The Nineteenth Amendment and After». *Op. cit.*, p. 6.

Pero, en opinión de W.L. Marbury, más allá de estos límites explícitos al poder de reforma constitucional previstos en el Artículo V de la Constitución, debe tomarse en consideración el hecho de que si el poder de reforma atribuido al Congreso y a los Parlamentos de los Estados puede reformar mediante una «Enmienda» todos y cada uno de los artículos de la Constitución, puede, en última instancia, «disolver la Unión».

Ciertamente, afirma, nadie opina que los constituyentes norteamericanos hubieran pretendido otorgar un poder de esa naturaleza al Congreso y a los Parlamentos de los Estados mediante el Artículo V de la Constitución, pues según se proclama en el Preámbulo de la Constitución y ha sido reconocido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el propósito del pueblo de los Estados Unidos al adoptar el Texto Constitucional era crear una «Unión perpetua», una «indestructible Unión de Estados indestructibles», por lo que resultaría una contradicción que, al mismo tiempo, autorizara la destrucción de esa Unión a través de la fórmula de la reforma constitucional⁶².

Así se desprende, por lo demás, del asunto *Texas v. White* (1868)⁶³, donde el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se pronunció acerca de si Texas, después de su intento de separación de la Unión, continuaba siendo un Estado, afirmando que

«(...) in ascertaining the true sense of Constitution, may be derived from considering what is the correct idea of a State, apart from any union or confederation with other States»⁶⁴.

«(...) the perpetuity and indissolubility of the Union, by no means implies the loss of distinct and individual existence, or of the right of self-go-

⁶² Marbury, W.: «The Nineteenth Amendment and After». *Op. cit.*, p. 7.

⁶³ *Texas v. White*, 74 U.S. (7 Wall.) 700 (1869).

⁶⁴ Desde tales premisas, el Tribunal Supremo se pronuncia acerca del concepto de Estado en la Constitución norteamericana, considerando que «(...) In the Constitution the term state most frequently expresses the combined idea just noticed, of people, territory, and government. A state, in the ordinary sense of the Constitution, is a political community of free citizens, occupying a territory of defined boundaries, and organized under a government sanctioned and limited by a written constitution, and established by the consent of the governed. It is the union of such states, under a common constitution, which forms the distinct and greater political unit, which that Constitution designates as the United States, and makes of the people and states which compose it one people and one country» (*Texas v. White*, 74 U.S. (7 Wall.) 700, 721) (1869). «(...) The Union of the States never was a purely artificial and arbitrary relation. It began among the Colonies, and grew out of common origin, mutual sympathies, kindred principles, similar interests, and geographical relations. It was confirmed and strengthened by the necessities of war, and received definite form, and character, and sanction from the Articles of Confederation. By these the Union was solemnly declared to «be perpetual». And when these Articles were found to be inadequate to the exigencies of the country, the Constitution was ordained «to form a more perfect Union». It is difficult to convey the idea of indissoluble unity more clearly than by these words (...)» (*Texas v. White*, 74 U.S. (7 Wall.) 700, 724-725 (1869).

vernment by the States. Under the Articles of Confederation each State retained its sovereignty, freedom, and independence, and every power, jurisdiction, and right nor expressly delegated to the United States. Under Constitution, though the powers of the States were much restricted, still, all powers not delegated to the United States, nor prohibited to the States, are reserved to the States respectively, or to the people. And we have already had occasion to remark at this term, that «the people of each State compose a State, having its own government, and endowed with all the functions essential to separate and independent existence», and that «without the States in union, there could be no such political body as the United States». Not only, therefore, can there be no loss of separate and independent autonomy to the States, through their union under the Constitution, but it may be not unreasonably said that the preservation of the States, and the maintenance of their governments, are as much within the design and care of the Constitution as the preservation of the Union and the maintenance of the National government. The Constitution, in all its provisions, looks to an indestructible Union, composed of indestructible States»⁶⁵.

Desde tales premisas, la limitación material contenida en el Artículo V de la Constitución respecto de cualquier reforma que prive a un Estado de su igualdad de voto en el Senado permitiría considerar, a juicio de W.L. Marbury, que el contenido de la XIX Enmienda excede del poder de reforma de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

Sin embargo, en la traslación de dichos argumentos a la XIX Enmienda, el autor no sólo incorpora a su razonamiento argumentos relativos al género, sino también —y aquí reside una de las novedades de su planteamiento—, otros de carácter socio-económico, de modo que, afirma: si en virtud de una Enmienda de esta naturaleza las mujeres adquieren el derecho de voto, el legislador también podría reconocerlo únicamente a un grupo concreto de mujeres, como las que no tienen propiedades, es decir —el proletariado—, y, en este caso, el Estado original, que tenía garantizada la igualdad y perpetua representación en el Senado podría ser destruido y sustituido por un nuevo Estado, al haberse alterado la comunidad política de ciudadanos libres que ejercen el poder político (electorado), es decir, los gobernantes⁶⁶.

De este modo, W.L. Marbury considera que la adopción de la XIX Enmienda de la Constitución alteraría la igualdad en la representación original de los Esta-

⁶⁵ *Texas v. White*, 74 U.S. (7 Wall.) 700, 725 (1869).

⁶⁶ Marbury, W.: «The Nineteenth Amendment and After». *Op. cit.*, pp. 16-17.

En su opinión, la «destrucción del derecho» del Estado a determinar por sí mismo mediante el voto de sus ciudadanos quién puede o no votar en sus propias elecciones, es decir, quién puede «gobernar» el Estado, da lugar a la «destrucción del Estado» y su reducción al status de mera «provincia» o «departamento» (Marbury, W.: «The Nineteenth Amendment and After». *Op. cit.*, p. 22).

dos, por implicar una modificación del electorado no sólo en términos de género sino también de clase, pudiendo cuestionarse, como hizo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Rhode Island v. Palmer*⁶⁷, si esta Enmienda está comprendida en el poder de reforma regulado en el Artículo V de la Constitución.

Tales argumentos fueron planteados en el asunto *Leser v. Garnett* (1922)⁶⁸, reconociendo el valor constitucional y la eficacia refundacional de la XIX Enmienda con respecto al texto original de la Constitución norteamericana,

«(...) The right of suffrage previously possessed only by qualified male citizens has been diluted to half strength».

«(...) The amendment (...) re-makes (re-constitutes) every State in the Union, that has not already by voluntary internal act re-made itself, into a state of governed equally by male and female votes. It abolishes a distinction in political power that has been since the world began»⁶⁹.

«(...) The Nineteenth Amendment invades a totally new sphere from the constitutional point of view, a sphere essentially belonging to a municipal law and therefore to the States. It has no relation whatever to any national problem, past, present or future. Women are not the «wards of the Nation». The family is, however, the foundation of the State and if an arbitrary rule of suffrage is imposed upon the State that may break into and overthrow its whole domestic law it is plain that the State has lost «in a general sense the power over suffrage which has belonged to it from the beginning and without the possession of which power (...) both the authority of the Nation and the State would fall to the ground».

«Prohibiting race discrimination is a vitally different matter from imposing sexual equality. If any State can be coerced into rewriting its law of property or domestic relations so as to eliminate sex distinctions it has no independence in regard to legislation left»⁷⁰.

Desde la premisa de que «el único poder de reforma de la Constitución se encuentra en el Artículo V», el Tribunal Supremo rechazó que los casos resueltos en relación con la *Prohibition Amendment* pudieran constituir precedentes para enjuiciar la validez de la XIX Enmienda⁷¹. Asimismo, no entendió que pudieran

⁶⁷ *Rhode Island v. Palmer*, 253 U.S. (64 L.Ed.) 350 (1920). En este pronunciamiento, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconoció su competencia para enjuiciar la validez de las reformas de la Constitución al hilo de la *Prohibition Amendment* (Ley Seca), considerando que se trata de una cuestión justiciable y no de una mera cuestión política (40 Supreme Court Reporter, *State of Rhode Island v. Palmer*, p. 488).

⁶⁸ *Leser v. Garnett*, 258 U.S. 130 (1922).

⁶⁹ Brief for Plaintiffs in Error at 75, *Leser v. Garnett*, 258 U.S. 130 (1922) (No. 553), p. 98-99.

⁷⁰ Brief for Plaintiffs in Error at 75, *Leser v. Garnett*, 258 U.S. 130 (1922) (No. 553).

⁷¹ *Leser v. Garnett*, 258 U.S. 130, 131 (1922).

constituir precedentes para sostener la validez de la XIX Enmienda los asuntos resueltos desde el fin de la Guerra Civil relativos a la finalidad y límites del poder de reforma reconocido en el Artículo V de la Constitución, porque toda Enmienda, por radical que sea, habiendo recibido el asentimiento unánime de los Estados, es válida⁷².

Entrando a considerar la conformidad constitucional de la XIX Enmienda, el Tribunal Supremo reconoció que esta Enmienda es, «por su carácter y fraseología», semejante a la XV Enmienda, coincidiendo ambas en el mismo procedimiento para su adopción. Por ello, afirma, «una no puede ser válida y la otra inválida», y la XV era válida, como se había reconocido hacía medio siglo⁷³.

A través de lo que R. Siegel considera un «pasaje remarcable por su rigor»⁷⁴, el Tribunal Supremo reconoce la validez de la XIX Enmienda y, sin pronunciarse directamente al respecto, desecha el argumento de los derechos de los Estados contra la Enmienda sobre el sufragio femenino que había sustentado la demanda y se había utilizado durante décadas. De hecho, el Tribunal Supremo no utiliza una sola palabra en favor o en contra de los argumentos relativos a la estructura de género del sistema federal que los anti-sufragistas habían venido defendiendo.

IV. Conclusiones

Como se ha podido percibir a lo largo de las páginas anteriores, la XIX Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos despliega una eficacia transversal en ámbitos sociales, políticos y jurídico-constitucionales muy diversos, en la misma medida que el movimiento sufragista norteamericano fue pluralista y polifacético, planteando un marco de discusión en el que se utilizaron diversos puntos de vista a lo largo del espectro político e, incluso, un distinto lenguaje por parte de sus defensores y sus detractores.

Situados en tales coordenadas, indiscutiblemente cabe entender que la XIX Enmienda supuso el rechazo de la visión de los roles de la mujer como ama de casa, esposa y cuidadora, y su consiguiente dependencia económica del marido, como orden divinamente establecido que debía ser aceptado como inmutable.

De ahí que suela ser común reconocer que la Revolución sufragista, según el nombre que recibe el movimiento socio-político de defensa de la adopción de la

⁷² *Ibid.*, pp. 133-134.

⁷³ *Ibid.*, p. 136. Se trata, a juicio de S. Kolvert de una interpretación «in pari materia» (Kolvert, S.: «Nineteenth Amendment Enforcement Power (But First, Which One Is the Nineteenth Amendment, again?». *Op. cit.*, pp. 540-542.

⁷⁴ Siegel, R. B.: «She the People: The Nineteenth Amendment, Sex Equality, Federalism and the Family». *Op. cit.*, p. 1007.

XIX Enmienda, supuso la ruptura «con las tradiciones del common law» que subordinaban a las mujeres a los hombres en el ámbito familiar, y que las sometían al «control» (protección) de los poderes públicos su actividad extra-familiar⁷⁵.

No obstante, el reconocimiento del sufragio como «derecho» de las mujeres norteamericanas incorporado a la Constitución mediante la XIX Enmienda, otorga una *vis expansiva* extraordinaria a la eficacia de dicho precepto en el marco de un Texto Constitucional que carece de una cláusula general de igualdad incorporada formalmente a la letra de la Constitución.

Una circunstancia que no puede ser ignorada cuando se aborda el estudio de la XIX Enmienda y que explica la multiplicidad de facetas y ámbitos —jurídicos y no jurídicos—, desde los que, bajo una forma poliédrica, se ha analizado dicho precepto constitucional, debiendo reconocerse que pocos estudios se centran exclusivamente en el análisis de dicha Enmienda⁷⁶.

Sin embargo, a la vista de la multitud de análisis y de pronunciamientos judiciales en los que aparece invocada la XIX Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, podría concluirse que ello no se debe a una falta de interés de la doctrina, ni mucho menos, a una escasa capacidad aplicativa de dicha norma, sino que, por el contrario, constituye un ejemplo del carácter re-fundacional que proporciona dicho precepto al conjunto del Texto Constitucional, llegando a ser interpretada desde el punto de vista sistemático, como cláusula general de igualdad entre mujeres y hombres en concordancia con la XIV Enmienda, siendo calificada como «una reforma para llevar a cabo reformas»⁷⁷.

En efecto, la interpretación jurídica encuentra en la XIX Enmienda un terreno abonado para todos los operadores jurídicos, dando cabida a interpretaciones más amplias o más restrictivas de dicho precepto, cuya repercusión puede alcanzar al propio concepto de soberanía popular solemnemente proclamado en el Preámbulo de la Constitución norteamericana mediante la expresión *We the People*.

Así, una interpretación «cicatera» de la XIX Enmienda y de la historia constitucional norteamericana puede concluir que ésta última es fruto únicamente de los hombres «votantes» y «legisladores», cuestionando de este modo la vigencia del principio democrático⁷⁸. De ahí que, si se pretende «reivindicar» la soberanía

⁷⁵ Siegel, R.B.: «She the People: The Nineteenth Amendment, Sex Equality, Federalism and the Family». *Op. cit.*, p. 953.

⁷⁶ En este sentido, vid. Kolvert, S.: «The Nineteenth Amendment Enforcement Power (But first, which one is the Nineteenth Amendment, Again?). *Florida State University Law Review*, 4, 2016, p. 509.

⁷⁷ Amar, A.R.: *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles*. New York: Basic Books, 2012, p. 282.

⁷⁸ En este sentido, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional español consideró en su Sentencia 12/2008, de 29 de enero (Pleno) que la queja formulada por los recurrentes respecto de la fragmentación del cuerpo electoral y la disolución del interés general en un conjunto de intereses

popular como principio legitimador de la Constitución, deba asumirse que «una Constitución es, en última instancia, la plasmación de los principios por los que nos regimos»⁷⁹.

Unos principios que, según explica A. R. Amar, no se encuentran siempre en la Constitución escrita, sino que forman parte de la Constitución «no escrita» que, en el caso de los Estados Unidos, incluye «no sólo normas que precisan el contenido material de la ley suprema de la nación, sino también disposiciones que concretan los métodos para determinar el sentido de esta ley suprema», cuya importancia resulta de tal magnitud que, a su juicio, «sin una Constitución no escrita de algún tipo, seríamos incapaces de interpretar adecuadamente la Constitución oficialmente escrita»⁸⁰.

Desde tales premisas, considera que el propio texto de la XIX Enmienda «reduce el abanico» de posibles resultados interpretativos, y varios elementos de la Constitución «no escrita» de los Estados Unidos, como las «inferencias estructurales», las «vinculaciones lógicas», los «principios de coherencia interpretativa» y «el sentido común», reducen aún más el espectro hermeneútico.

Así, de un lado, debe rechazarse la idea de que la XIX Enmienda deslegitima retroactivamente el conjunto del Texto Constitucional, pues —coincidiendo con la concepción del poder de reforma como «poder limitado» sostenida por W. Marbury—, estima que el texto de una reforma, en todo caso, tiene como objeto «la

parciales o por categorías, como consecuencia de la aplicación del principio de composición equilibrada atendiendo al criterio del sexo de las candidaturas electorales según el sistema de «cuota por tramos» 60/40 % (nuevo art. 44 bis de la LOREG, incorporado por la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), no resultaba admisible, estimando que «No cabe atender, pues, al argumento de los recurrentes de que el requisito de la paridad perjudica a la unidad del pueblo soberano en la medida en que introduce en la categoría de ciudadano —una e indivisible» para los Diputados recurrentes— la divisoria del sexo. Baste decir que el cuerpo electoral no se confunde con el titular de la soberanía, esto es, con el pueblo español (art. 1.2 CE), aunque su voluntad se exprese a través de él. Este cuerpo electoral está sometido a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), en tanto que el pueblo soberano es la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento. Las causas determinantes de la condición de elector no afectan, por tanto, a esta unidad ideal, sino al conjunto de quienes, como ciudadanos, están sometidos al Ordenamiento español y no tienen, en cuanto tales, más derechos que los que la Constitución les garantiza, con el contenido que, asegurado un mínimo constitucional indisponible, determine el legislador constituido (...)» (Fto. Jco. 10º).

Un criterio que fue reiterado en su jurisprudencia posterior relativa a las modalidades de aplicación del principio de composición equilibrada de las listas electorales adoptadas por la Comunidad Autónoma del País Vasco (sistema de «cuota por tramos» del 50%), y por la Comunidad Autónoma de Andalucía (sistema de «listas cremallera»), en sus respectivas legislaciones electorales autonómicas (Vid., al respecto, las SSTC 13/2009, de 19 de enero (Pleno), Fto. Jco. 11º y 40/2011, de 31 de marzo (Pleno), Fto. Jco. 6º).

⁷⁹ Bhatia, G.: «Comprehensive Transformative Amendments-Theory and Practice: Rethinking the Nineteenth Amendment and the Place of Women's Rights in the Constitution». *Op. cit.*, p. 35.

⁸⁰ Amar, A.R.: *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles*. *Op. cit.*, p. X.

modificación, no la destrucción», de la Constitución preexistente. Por ello subraya que la XIX Enmienda fue aprobada expresamente como «Enmienda» que, de acuerdo con lo previsto en el Artículo V de la Constitución, «forma parte» de la Constitución, pero, al mismo tiempo, se diferencia «radicalmente» en este punto de la Constitución misma, que fue elaborada para sustituir por completo al documento que le precedía, los Artículos de la Confederación⁸¹.

De otro lado, debe entenderse que el reconocimiento del derecho de sufragio de la mujer no significa que en 1920 las mujeres fueran más maduras y, en consecuencia, «sustancialmente diferentes» a las mujeres de 1919 o 1918, e, incluso, a las mujeres de 1787. Por el contrario, según estimación de A. R. Amar, la auténtica significación de la ratificación de la XIX Enmienda fue «el reconocimiento oficial de la exclusión previa» de la mujer, sin que el texto de dicho precepto reivindique mucho acerca de la «venerable» idea de que «para cada injusticia legal debe haber un remedio».

Pero poco, afirma, no significa nada, y el texto de la XIX Enmienda debe ser leído desde la consideración de que la Constitución «no escrita» es una Constitución de la «soberanía popular» que no puede excluir a las mujeres⁸². De lo contrario, se estaría debilitando este principio en el que se fundamenta la Constitución y en el que basa su legitimidad, pues, en última instancia, «el Texto escrito depende del principio no escrito de la soberanía popular» y debe ser entendido a la luz del mismo, «incluso cuando el texto no lo consagre explícitamente en ningún precepto»⁸³.

⁸¹ Amar, A.R.: *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles*. Op. cit., p. 283.

⁸² Amar, A.R.: *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles*. Op. cit., pp. 280-282.

⁸³ Amar, A.R.: *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles*. Op. cit., pp. 284-285.

REFLEXIONES SOBRE EL INTERCAMBIO AUTOMATIZADO DE CIERTOS DATOS ENTRE LAS AUTORIDADES POLICIALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UE, A LA LUZ DE LA PROPUESTA DE REGLAMENTO PRÜM II, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES¹

JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE²

Universidad Nacional de Educación a Distancia

«El derecho tiene la misión de aprehender y proteger los intereses materiales e ideales del hombre en la medida en que éstos se presentan como dignos de protección.»

K. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*,
Comares, 2001, p. 219.

¹ Reconocimientos. Este trabajo que pretende homenajear al querido profesor Gregorio Cámara Villar se ha desarrollado en el ámbito y como resultado de los siguientes proyectos: Cátedra Jean Monnet Gobernanza y Regulación en la Era Digital —Proyecto 101127331 GovReDig, ERASMUS-JMO-2023-HEI-TCH-RSCH, financiado por la Unión Europea; y el Centro de Excelencia Jean Monnet «Baldus. Building the Age of a Lawful and sustainable Data-Use», ERASMUS-JMO-2021-HEI-TCH-RSCH, financiado por la Unión Europea; ambos en el ámbito del Programa Erasmus+. Los puntos de vista y opiniones expresados son los del autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea ni los de la Agencia Ejecutiva en el Ámbito Educativo y Cultural Europeo (EACEA). Ni la Unión Europea ni la EACEA pueden ser consideradas responsables de las mismas. Asimismo, en el ámbito de actividades de la Cátedra ISAAC. Derechos Individuales, Investigación Científica y Cooperación, UNED— CNR/IFAC., formada por la UNED en colaboración con el CNR-IFAC. Además, el autor forma parte del Grupo de Investigación consolidado «Derechos Fundamentales Multinivel» de la UNED, así como el Grupo de Investigación «Regulation Research Group» de la Universitat de València. Por último, también se reconoce que algunas de las reflexiones que se plasman aquí derivan, si bien en una parte inicial, de la investigación desarrollada en el marco de los siguientes proyectos «Intercambio y protección de datos personales en la UE: la prueba pericial de ADN y su eficacia procesal en España, Plan Nacional, ref. DER 2009-08071, 2010-2014; y «Avances en la incorporación de la prueba científica de ADN en el proceso penal y su aplicabilidad a otras Ciencias Forenses», Plan Nacional. ref. DER2014-57133-R, 2015-2017.

² Profesor Titular de Derecho Constitucional. Catedrático Jean Monnet de Gobernanza y Regulación en la Era Digital (*GovReDig*). Co-director de la Cátedra ISAAC. Derechos individuales, Investigación Científica y Cooperación. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). jsarrion@der.uned.es ORCID: 0000-0002-6803-283X.

I. Introducción

Como es sabido, en el ámbito europeo, varios Estados miembros de la Unión Europea (Bélgica, Alemania, España, Francia, Luxemburgo, Holanda y Austria) firmaron en 2005 un tratado internacional para reforzar la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, conocido como el Tratado de Prüm³ que regulaba el intercambio automatizado de datos para la cooperación policial⁴; si bien hay que incidir en que establecía unas bases de una cooperación gubernamental de carácter internacional o multilateral, no tratándose de una cooperación reforzada de carácter comunitario, sino regida por el Derecho internacional⁵.

Esto fue objeto de crítica, por lo que podía suponer de huida del proceso de cooperación comunitario. Sin embargo, apenas dos años después, y bajo presidencia alemana, y ya en el sistema jurídico de la Unión Europea (UE), y a la vista del potencial de Prüm, se decidió incorporar el contenido sustancial de dicho Tratado internacional al Derecho de la UE, plasmándose en dos decisiones: la Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008 sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza (en adelante Decisión 2008/615) conocida como

³ Tratado entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República de Austria *relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal*, firmado en Prüm el 27 de mayo de 2005.

⁴ También regulaba otro tipo de información de interés policial como las impresiones dactilares, y la información sobre registros de matriculación de vehículos.

⁵ Como muy bien apuntaba en un primer análisis de la Convención de Prüm, desde la perspectiva de la garantía de los derechos fundamentales, el profesor Gregorio Cámara, véase Cámara Villar, Gregorio, «La garantía de los derechos fundamentales afectados por la Convención de Prüm», *ReDCE*, 2007, nº 7. La *ReDCE* dedicó una parte monográfica del número 7, enero-junio de 2007, a varios estudios relativos al Tratado de Prüm, que son merecedores de atención para considerar lo que supuso la adopción del Tratado y que incluyen, también, los trabajos de Freixes San Juan, T., «Protección de Datos y Globalización. La Convención de Prüm», *ReDCE*, 2007, nº 7; Ziller, J., «El Tratado de Prüm», *ReDCE*, 2007, nº 7; Dietrich Plaza, C., «El Tratado de Prüm en el marco de la regulación de protección de datos personales en la Unión Europea», *ReDCE*, 2007, nº 7; Aced Féliz, E., «Ejercicio y garantía del derecho a la protección de datos personales en el Convenio de Prüm», *ReDCE*, 2007, nº 7; Pérez Francesch, J. L., «Cooperación policial y judicial en la Convención de Prüm», *ReDCE*, 2007, nº 7; Gómez Sánchez, Y., «Los datos genéticos en el Tratado de Prüm», *ReDCE*, 2007, nº 7; Zambrano Gómez, E., «La regulación de los ficheros policiales en España y su tratamiento en la Convención de Prüm. La perspectiva de las autoridades nacionales de protección de datos», *ReDCE*, 2007, nº 7; Remotti Carbonell, J. C., «Las medidas contra el terrorismo en el marco del Tratado de Prüm», *ReDCE*, 2007, nº 7; Rovira, A., «Los defensores del pueblo y la Convención de Prüm», *ReDCE*, 2007, nº 7; Bar Cendón, A., «El Tratado de Prüm y la inmigración ilegal», *ReDCE*, 2007, nº 7.

Decisión Prüm, y la Decisión 2008/616/JAI del Consejo de 23 de junio de 2008 relativa a la ejecución de la anterior (en adelante Decisión 2008/616) conocida como Decisión de ejecución de Prüm, aunque a ambas se las suele llamar decisiones Prüm; estas normas prevén el intercambio automatizado de ADN, datos dactiloscópicos (huellas dactilares), así como también los datos de matriculación de vehículos entre las autoridades policiales nacionales.

No obstante, la aplicación del sistema Prüm en la Unión Europea no ha estado exento de dificultades y desafíos.

Así, hay que considerar que el intercambio de datos automatizado, y por tanto la obligación de acceso a estos datos a autoridades de otros Estados, presupone, en primer lugar, una confianza mutua entre Estados y sus respectivos sistemas jurídicos, tanto desde el punto de vista del Estado que realiza la búsqueda en el Estado responsable del fichero, en lo que respecta a las garantías en la obtención de los datos, su conservación, así como por parte del Estado responsable del fichero en relación con el Estado que realiza la búsqueda, en relación con las garantías en el acceso y la búsqueda (autoridades que realizan la búsqueda, finalidad legítima de la búsqueda, etc.); en segundo lugar, como se infiere claramente, obligaba a los Estados a crear ficheros o sistemas nacionales para que las autoridades de los otros Estados puedan acceder y realizar búsquedas de datos, lo que, teniendo en consideración las diferencias existentes entre Estados miembros, no era tarea fácil: algunos no tenían ficheros, otros tenían ficheros pero no a nivel nacional, sino regional, o bien tenían varios a nivel nacional que había que integrar o conectar, lo que planteaba desafíos, más que jurídicos de carácter técnico, que no se pueden obviar. Y todo ello en un momento donde no había siquiera una mínima armonización de la regulación sustantiva en esta materia.

Además, desde el punto de vista de las diferentes finalidades de tratamiento de las distintas categorías de datos, el sistema a implementar debía ser diferente.

Piénsese que la búsqueda de los datos de ADN tenía como fin la investigación de un delito («consulta automatizada de los perfiles de ADN», art. 3 Decisión 2008/615/JAI), mientras que los datos dactiloscópicos podían ser objeto de búsqueda para la prevención e investigación de delitos («consulta automatizada de datos dactiloscópicos», art. 9 Decisión 2008/615/JAI), y los datos de matriculación de vehículos podían servir no solo para la prevención y persecución de delitos, sino también para otras infracciones, e incluso para el mantenimiento del orden público («consulta automatizada de datos procedentes de los registros de matriculación de vehículos», art. 12); esto junto a otras diferencias que se manifestaban en el procedimiento de acceso y búsqueda de datos por parte de las autoridades de otros Estados miembros.

Con carácter general podemos decir que, tanto en el caso de datos de ADN como de datos dactiloscópicos, se trata de un sistema de intercambio de datos

basado en dos (sub)fases, primero en el acceso y comparación transferencia de datos mienta una puesta en red de datos nacionales de unos Estados a otros⁶ que permite obtener resultados de *hit/not hit*, que en caso afirmativo, concordancia o de *match (hit)*⁷, lleva a la segunda (sub)fase de solicitud de los datos de identificación, que serán los que se utilizarán a nivel interno por parte del Estado receptor para la investigación del delito⁸; mientras que en el caso de los datos de matriculación de vehículos, se utiliza en realidad un sistema común, el Sistema Europeo de Información sobre Vehículos y Permisos de Conducir (Eucaris)⁹.

⁶ Considerandos 12 y 13 de la Decisión 2008/615/JAI, de 23 de junio de 2008 (2008/615/JAI). Y es que tanto el Tratado de Prüm como las Decisiones que en el ámbito de la Unión Europea han incorporado al acercó comunitario el contenido sustancial de dicho Tratado, regulan el intercambio de perfiles de ADN, esto es, el acceso en condiciones de reciprocidad a las bases de datos nacionales, conforme a las recomendaciones del Programa de la Haya para la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia, que dejaba la creación de bases de datos europeas centralizadas si se hubieran realizado estudios que demostraran su valor añadido. *Vid.* Considerando nº 7 de la 2008/615/JAI.

⁷ Se explica de la siguiente forma, en palabras de Prainsack y Toom: «so-called hit/not hit basis means that the automatic Exchange results only in a 'yes' or 'no' answer regarding the presence of a match with another profile». Véase Prainsack, B., Toom, V., «The Prüm Regimen. Situated Dis/Empowerment in Transnational DNA Profile Exchange», *Brit. J. Criminol*, 2010, nº 50, p. 1123.

⁸ Aunque algunos autores hablan propiamente de dos fases dentro del intercambio de datos; por ejemplo, Fiodorova, A., «Hacia el acceso directo a las bases de datos en la cooperación policial transfronteriza», en Fontestad Portalés, L. (dir.), Jiménez López, M. de las Nives (coord.), *La transformación digital de la cooperación penal internacional*, Thomsom Reuters Aranzadi, Madrid, 2021, pp. 56-57; yo me inclino por considerar que en realidad se trata de dos subfases, porque el intercambio de datos constituye una fase en si misma dentro del uso de estas tecnologías, que en lo aquí interesa, al menos lo que supone el uso de tecnologías biométricas como son la tecnología del ADN y la de reconocimiento facial, incluyen básicamente tres fases o partes: 1) la fase de obtención de los datos a nivel interno por parte de los Estados que los han obtenido, con sus distintas subfases (toma de muestras, imágenes, extracción de datos, inclusión o incorporación de datos en las bases de datos), 2) el intercambio, con las dos subfases de acceso a las bases de datos de otros Estados para realizar la búsqueda, y en caso de concordancia o *match (hit)*, entonces solicitud de datos para su recepción ; 3) la utilización de los datos por el Estado receptor a nivel interno para la investigación penal y, en su caso, su utilización en un proceso judicial. Evidentemente, cada una de estas fases y todas las actuaciones deben realizarse con las máximas garantías para la protección de los derechos fundamentales, como indica Cabezudo Bajo en relación con el uso forense de la tecnología del ADN con el propósito, en última instancia, de obtener una prueba válida en un proceso penal interno, véase «La regulación del Uso forense de la tecnología del ADN en España y en la UE: identificación de cinco nuevas cuestiones controvertidas», *Revista General de Derecho Procesal*, 2012, nº. 26. Sobre la tecnología forense del ADN véase la nota a pie de más abajo que desarrolla la posición de Cabezudo Bajo. Es cierto, no obstante, que podríamos considerar que la finalidad puede ser, en última instancia, llegar a poder obtener si fuera necesaria, una prueba válida en un proceso penal, pero esto no es necesariamente así en todos los casos, y la finalidad inicial puede limitarse a llevar a cabo la investigación penal, pues la identificación de una persona sospechosa, a través de una tecnología biométrica, sea la tecnología del uso forense del ADN, sea la tecnología biométrica de reconocimiento facial, puede facilitar el descarte de la persona sospechosa una vez interrogada, tras su identificación.

⁹ Fiodorova, A., «Hacia el acceso directo a las bases de datos en la cooperación policial transfronteriza», *op. cit.*, pp. 57 y ss.

Desde el punto de vista técnico, los problemas eran tales que, aunque el régimen de las decisiones Prüm entró en vigor el 26 de junio de 2008, y los Estados tuvieron posteriormente un plazo de tres años para su implementación, algunos países todavía no habían conseguido una implementación eficaz que diera acceso a los otros Estados, y en el resto de casos, dadas las diferencias de software utilizado, siempre ha habido problemas para garantizar un intercambio eficaz entre todos los Estados, de forma que incluso en algunos casos, solo es posible el intercambio entre algunos de ellos, lo que ha propiciado una fragmentación de lo que pretendía ser un sistema de intercambio eficaz de datos¹⁰.

Y desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, se ha evidenciado que existen diferencias en el tratamiento e intercambio de datos de ADN, datos dactilares, y de matrículas de vehículos; siendo, por supuesto, el uso de los perfiles de ADN el que plantea más desafíos jurídicos, en particular de tutela de derechos, si consideramos las diferencias existentes en el Derecho interno de los diferentes Estados miembros que potencialmente pueden participar en un intercambio de perfiles de ADN a través de las decisiones Prüm, en relación con las distintas fases de lo que se ha denominado por la doctrina como «el uso forense de la tecnología del ADN»¹¹, y que incluyen desde la propia toma

¹⁰ Véase Consejo de la Unión Europea, «Implementation of the provisions of information exchange of the Prüm Decisions», 18 de junio de 2021, 5383/2/21 REV 2, Accesible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5383-2021-REV-2/en/pdf> [Último acceso 17.12.2023]

¹¹ Acuña así por la profesora M. J. Cabezudo Bajo, y que exige que en todas sus fases se garantice el máximo respeto de los derechos fundamentales y de las garantías legales exigibles, para poder obtener, en última instancia, una prueba que pueda ser objeto de valoración en un proceso penal, lo que requiere una armonización que resulta esencial. Véase, entre otros, los siguientes trabajos de la misma: Cabezudo Bajo, M. J., «Valoración del sistema de protección del dato de ADN en el ámbito europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, 2011, nº 25; «La regulación del Uso forense de la tecnología del ADN en España y en la UE: identificación de cinco nuevas cuestiones controvertidas», op. cit.; «La necesidad de armonizar la regulación relativa al análisis del perfil de ADN (1)», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2019, nº 137. Debo decir que, gracias Cabezudo Bajo, y en el marco de dos proyectos de investigación de Plan Nacional que coordinó y en los que participé (Intercambio y protección de datos personales en la UE: la prueba pericial de ADN y su eficacia procesal en España, Plan Nacional, ref. DER 2009-08071, 2010-2014; y Avances en la incorporación de la prueba científica de ADN en el proceso penal y su aplicabilidad a otras Ciencias Forenses, Plan Nacional, ref. DER2014-57133-R, 2015-2017) tuve la oportunidad de interesarme, desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, en el uso forense de la tecnología del ADN, con diversos trabajos, véase, entre otros, Sarrión Esteve, J., «La garantía del plazo de cancelación de datos en el intercambio de perfiles de ADN en la Unión Europea», en Cabezudo Bajo, M. J. (coord.), *Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 297-323; «Derechos fundamentales afectados en la toma de muestras biológicas para la obtención de medios de prueba de ADN válidos y eficaces, desde el punto de vista del Derecho interno y del Derecho de la Unión Europea», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, 2014 nº Extra 1, (Ejemplar dedicado a: Jornadas del XX Aniversario), pp. 319-330; «DNA data exchange between EU Member

de muestras biológicas, el análisis y extracción del perfil de ADN, el tratamiento con su inclusión en la base de datos de ADN¹², y su posterior puesta a disposición de otros Estados para el intercambio de datos de ADN; puesto que se pueden ver afectados, en función de la fase, y del caso particular, de forma potencial, distintos derechos fundamentales, desde el derecho a la libertad de movimientos (libertad ambulatoria), el derecho a la integridad física, el derecho a la intimidad, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, la libertad religiosa, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, hasta el derecho a la protección de datos de carácter personal¹³, aparte de las eventuales potenciales cuestiones éticas¹⁴, sin pretender aquí de ser exhaustivos, y debiendo tener en consideración que, la finalidad del uso de datos de ADN, cuando son objeto de intercambio, y uso en un Estado miembro diferente a aquel en el que se han obtenido, puede plantear problemas de estándar o nivel de protección de derechos; nótese que, un antiguo Estado miembro, como es el caso del Reino Unido, y que participa en Prüm, fue condenado por establecer una conservación de carácter indefinido e indiscriminado de datos de ADN de sospechosos, por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Marper c. Reino Unido*) al entender que se había producido una vulneración del art. 8 del Convenio Euro-

States and fundamental rights protection», *Amicus Curiae*, nº 98, 2014, pp. 10-13; «La garantía de los derechos fundamentales en la toma de muestras de ADN para la obtención de una prueba de ADN eficaz», *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, 2015, nº 172, pp. 85-108; y con Cabezado Bajo, M. J., «El intercambio de perfiles de ADN en la UE y la armonización de su nivel de protección: el plazo de cancelación de los perfiles en la base de datos», en Pérez Gil, J. (coord.), *El proceso penal en la sociedad de la información: las nuevas tecnologías para investigar probar el delito*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 437-460.

¹² Conviene precisar que las bases de datos de ADN están formadas por un soporte informático que acumula datos alfanuméricos, números, así como letras, todos asociados a un código de identificación a los que se puede acceder de forma automática; diferenciándose de los llamados «archivos de ADN», que contienen muestras de ADN, es decir, el ADN «ya extraído del núcleo celular y de las mitocondrias, dispuesto para ser analizado»; y de los archivos de muestras biológicas, que serían los almacenes donde, en su caso, se conservan las muestras biológicas de las que se ha extraído el perfil. Véase Lorente Acosta, J.A., «Identificación genética criminal: importancia médico legal de las bases de datos del ADN», en Romeo Casabona, C. M. (Ed.), *Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad*, Comares, Catedra de Derecho y Genoma humano-Comares, Bilbao-Granada, 2002, pp. 4 y 5.

¹³ Véase el exhaustivo análisis de Romeo Casabona, C. M^a, y Romeo Malanda, S., «Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, nº 23, 2010, pp. 49-70.

¹⁴ Guillén, M., Lareu, M. V., Pestoni, C., Salas, A., y Carracedo, A., «Ethical-Legal problems of DNA databases in criminal investigations», *Journal of Medical Ethics*, 2000, nº 26, pp. 266-271; y Casado M., «Reflexiones bioético-jurídicas sobre el uso de muestras, perfiles, datos y bancos de ADN», en Casado M., Guillen, M. (coords.), *ADN forense: problemas éticos y jurídicos*, Cátedra UNESCO de Bioética de la Universitat de Barcelona, Observatori de Bioètic i Dret, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2014, pp. 13-23.

peo de Derechos Humanos, lo que obligó a una modificación de su normativa interna¹⁵.

Pues bien, los problemas que se han planteado en relación con la implementación de las decisiones Prüm han motivado una profunda reflexión, para revisar el sistema y mejorarlo, lo que ha llevado finalmente al planteamiento de un nuevo sistema Prüm mejorado, de segunda generación, Prüm II.

No es menor el hecho de que se haya avanzado de un modo muy significativo en la UE en materia de protección de los datos y la libre circulación de datos, con el objetivo de crear un espacio seguro de circulación de datos en la Unión Europea, siendo muy relevantes, a estos efectos, en particular el Reglamento (UE) 2016/79, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)¹⁶ que es la regulación general aplicable a los datos de carácter personal, así como, en el ámbito de la investigación penal, y en lo que aquí interesa, para el régimen de Prüm y Prüm II, la Directiva (UE) 2016/680 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, y que pretende contribuir a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea¹⁷.

II. La revisión de Prüm en el contexto de la nueva estrategia de datos de la Unión Europea: perspectivas y desafíos

Los problemas detectados en el sistema auspiciado por las Decisiones Prüm se evidencian ya en las Conclusiones del consejo sobre la aplicación de las decisio-

¹⁵ STEDH de 4 de diciembre de 2008, asunto *S. y Marper c. Reino Unido*. En el Derecho interno inglés aplicable a las bases de datos policiales de ADN, se contemplaba —además de la conservación de muestras biológicas— la conservación de perfiles de ADN, tanto dubitados como indubitados, con carácter indefinido, conforme al art. 82.(6b) de la Ley sobre justicia penal y policía de 2001 (*Criminal Justice and Police Act 2001*). Sobre esta problemática de la legislación inglesa, ya resuelta, véase Sarrión Esteve, J. y Cabezudo Bajo, M. J., «El intercambio de perfiles de ADN en la UE y la armonización de su nivel de protección: el plazo de cancelación de los perfiles en la base de datos», *op. cit.*, pp. 238 y ss.

¹⁶ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

¹⁷ Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

nes Prüm de 2018, en la que se reconocía que a finales del primer semestre de 2018 únicamente 24 Estados miembros estaban operativos para el intercambio automatizado de datos, con el establecimiento de un número significativo de conexiones bilaterales entre los miembros operativos, así como la necesidad de ampliar la conectividad entre los Estados, la utilización, con más frecuencia de los instrumentos ofrecidos por las Decisiones Prüm, que se invite al grupo de expertos DAPIX¹⁸ a evaluar la evolución de los trabajos de Prüm para introducir más avances para utilizar «posibles tecnologías biométricas nuevas como los sistemas de reconocimiento facial», y que promuevan el potencial de Prüm, pidiendo a la Comisión Europea a que apoye a los Estados miembros a la aplicación de los instrumentos, así como que estudie la ampliación del ámbito de aplicación de las decisiones, e invita a Europol a que apoye el intercambio de información entre Estados miembros, y estudie la posibilidad de convertirse en socio del marco de Prüm¹⁹.

La Estrategia europea para desarrollar una Unión de la Seguridad, centrada en el periodo 2020-2025, ha propiciado el impulso del intercambio de información en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada, al destacar los desafíos que se presentan para la seguridad, la prosperidad y el bienestar de la ciudadanía europea, vinculados los retos que plantean las tecnologías digitales, sobre todo por los riesgos de la ciberseguridad, pues la dependencia progresiva del mundo online ha abierto la puerta a la ciberdelincuencia, con la posibilidad de ataques híbridos²⁰; que requiere de una respuesta coordinada de la Unión para el conjunto de la sociedad, que se centra en diversos objetivos, incluyendo el desarrollo de capacidades y medios para la detección temprana, la prevención y la respuesta rápida a las crisis, el rendimiento y centrarse en los resultados, lo que requiere de información estratégica, y la conexión de todos los actores de los sectores público y privado en un esfuerzo común²¹.

Esta estrategia llama tanto a la adaptación de los profesionales de la policía y de la administración de justicia a los avances tecnológicos y amenazas existentes, como a la adopción de medidas para la mejora y capacidad de una aplicación «moderna» de la ley, entiendo por tal, «mejorar la capacidad para hacer aplicar la

¹⁸ Grupo de expertos sobre Protección de Datos e Intercambio de Información (DAPIX).

¹⁹ Consejo de la Unión Europea, «Conclusiones del Consejo sobre la aplicación de las ‘Decisiones Prüm’ diez años después de su adopción», 18 de julio de 2018, 11227/18, accesible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11227-2018-INIT/es/pdf>. [Último acceso 17.12.2023]

²⁰ Comisión Europea, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la Estrategia de la UE para una Unión de la Seguridad», 24 de julio de 2020, COM(2020) 605 final, accesible aquí: eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0605, pp. 3-5. [Último acceso 17.12.2023]

²¹ Ídem, pp. 6-7.

ley en las investigaciones digitales, definiendo cómo hacer el mejor uso posible de la investigación y el desarrollo para crear nuevos instrumentos de aplicación de la ley»²², y el desarrollo de un «ecosistema de seguridad europeo sólido», que requiere el reforzamiento de los instrumentos y estrategias sectoriales para seguir con el desarrollo de la cooperación policial operativa, con una mejora del «enramado legal», lo que exige la actualización de los instrumentos de intercambio de información, que incluye las Decisiones Prüm, de forma que se pueda permitir el intercambio automático «de categorías de datos adicionales que ya están disponibles en las bases de datos penales o de otro tipo de los Estados miembros a efectos de las investigaciones penales»²³.

Esto motivó la creación de diversos grupos de trabajo para avanzar en la revisión de Prüm, en lo que se ha conocido como Prüm II o Prüm nueva generación, y que incluía el estudio de la utilización bajo el sistema de los datos de ADN²⁴, datos dactiloscópicos²⁵, y datos de registro de vehículos²⁶, así como también su ampliación, dentro de las nuevas tecnologías biométricas²⁷, al reconocimiento fa-

²² Ídem, p. 14

²³ Añade que «Además, la Comisión estudiará la posibilidad de intercambiar ficheros policiales para ayudar a identificar si existe un fichero policial de una persona en otro Estado miembro y facilitar el acceso al mismo una vez identificado, con todas las salvaguardias necesarias». *Ibidem*, pp. 25— 27.

²⁴ Como resultado del trabajo se propuso la mejora de las Decisiones Prüm, incluyendo la preparación de un nuevo instrumento normativo que sea más flexible, la creación de una unidad de ayuda (help desk), la facilitación automática en la 1ª fase de algunos datos biométricos, y la ampliación de las bases de datos de ADN para incluir los datos de personas desaparecidas, personas sin identificar, y personas sospechosas de delitos. Véase Consejo de la Unión Europea, «Next generation Prüm (Prüm ng). report on DNA data exchange», 31 de octubre de 2019, 13511/19, pp. 7 y ss., accesible aquí: <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/03/Pru%CC%88m-DNA.pdf> [Último acceso 17.12.2023]

²⁵ También se constata la necesidad de mejorar el instrumento normativo, la creación de una unidad de ayuda centralizada (*help desk*), y facilitar de forma automática algunos datos en la 1ª fase, entre otras cuestiones. Véase Consejo de la Unión Europea, «Next generation Prüm (Prüm ng). Report on Fingerprints», 4 de noviembre de 2019, 13556/19, accesible aquí: <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/03/Pru%CC%88m-Fingerprints.pdf> [Último acceso 17.12.2023]

²⁶ Aquí se plantea la conveniencia de facilitar de forma automatizada tanto datos obligatorios como opcionales, y dar acceso a la base de datos a agencias como Europol, y desarrollar la interoperabilidad con el sistema de Schengen, facilitar el intercambio de información sobre el permiso de conducir, y ampliar, si bien a largo plazo, la cooperación a cualquier tipo de actuación policial. Véase Consejo de la Unión Europea, «Next generation Prüm (Prüm ng). Report on vehicle registration data (VRD)», 8 de octubre de 2019, 11264/19, accesible aquí: <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/03/Pru%CC%88m-VRD.pdf> [Último acceso 17.12.2023]

²⁷ Algunas tecnologías biométricas, gracias al uso masivo de datos (Big Data), permiten ya el reconocimiento facial de las personas a partir de imágenes, además de servir para otras finalidades. Cabe advertir, no obstante, que la tecnología del reconocimiento facial es una más de las tecnologías biométricas, en las que podríamos ubicar también la tecnología del ADN. Véase Sarrión Esteve, J. y Benlloch Domènech, C., «Biometric Technologies Trends in Relation to Fundamental Rights Protec-

cial²⁸; y finalmente una evaluación más general del reforzamiento de la cooperación penal en el ámbito de Prüm²⁹.

Tras estos trabajos, la Comisión Europea presentó, el 8 de diciembre de 2021³⁰, una propuesta de Reglamento sobre el intercambio automatizado de datos para la cooperación policial, que ha recibido el nombre de «Prüm II», una propuesta regulatoria que busca tanto la mejora del sistema y su armonización, como también la ampliación de la cobertura con la inclusión de nuevas categorías de datos para el intercambio automatizado, incluyendo imágenes faciales, y ficheros policiales, así como normas relativas para un intercambio automatizado de datos tras una primera concordancia; que ha sido objeto de revisión por parte del Parlamento Europeo³¹, y que tras la negociación a través del llamado trío que ha llevado a un reciente acuerdo de 20 noviembre de 2023³², en el que se adoptaría el texto de la posición, en primera lectura, del Parlamento Europeo y que, a falta del texto definitivo tras la revisión de las versiones lingüísticas, sería el texto

tion in European Union Security Policy: With a Particular Approach to DNA Technology», 21 de Junio de 2014, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2542512> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2542512>

²⁸ Planteándose la ampliación de las decisiones Prüm para dar cobertura al uso de la tecnología biométrica del reconocimiento facial, a través de la comparativa de imágenes, de forma simpliar a como se realiza con los perfiles de ADN, a través de un sistema de *match* basado en un *hit/no hit* en una 1ª fase, y la obtención de la información en una 2ª fase. Véase Consejo de la Unión Europea, «Next generation Prüm (Prüm ng). Report on face recognition», 30 de octubre de 2019, 13356/19, pp. 5 y ss., accesible en: <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2020/03/Pru%CC%88m-FR.pdf> [Último acceso 17.12.2023]

²⁹ Véase Consejo de la Unión Europea, «Next generation Prüm (Prüm ng). Report on other forms of police cooperation», 6 de febrero de 2020, 5824/20, accesible aquí: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5824-2020-INIT/en/pdf> [Último acceso 17.12.2023]

³⁰ Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al intercambio automatizado de datos para la cooperación policial («Prüm II»), por el que se modifican las Decisiones 2008/615/JAI y 2008/616/JAI del Consejo y los Reglamentos (UE) 2018/1726, 2019/817 y 2019/818 del Parlamento Europeo y del Consejo, 8 de diciembre de 2021, documento de corrección de errores de 20 de junio de 2022, COM/2021/784 final/2, accesible aquí: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0784R%2801%29&qid=1702839571899> [Último acceso 17.12.2023]

³¹ Parlamento Europeo, Proyecto de resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al intercambio automatizado de datos para la cooperación policial («Prüm II»), por el que se modifican las Decisiones 2008/615/JAI y 2008/616/JAI del Consejo y los Reglamentos (UE) 2018/1726, 2019/817 y 2019/818 del Parlamento Europeo y del Consejo, 26 de mayo de 2023, (COM(2021)0784(COR1) — C9-0455/2021 — 2021/0410(COD)), accesible aquí: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0200_ES.html [Último acceso 17.12.2023]

³² Consejo de la Unión Europea, «El Consejo y el Parlamento Europeo alcanzan un acuerdo para impulsar la cooperación policial en Europa», Comunicado de Prensa, 20 de noviembre de 2023, accesible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/11/20/council-and-eu-parliament-reach-deal-to-advance-police-cooperation-in-europe/> [Último acceso 17.12.2023]

a tener en consideración para realizar un análisis jurídico, desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales³³.

El texto dispone, en su artículo 1, que el objeto del Reglamento es establecer un marco para el intercambio de información entre autoridades policiales competentes de los Estados miembros (1.1)³⁴; y se mantiene que establece condiciones y procedimientos para realizar una búsqueda automatizada de perfiles de ADN, datos dactiloscópicos, imágenes faciales, ficheros policiales, y datos de matriculación de vehículos, además de establecer normas para un intercambio automático de datos básicos tras una concordancia «confirmada» (*match, hit*) (art. 1.2)³⁵.

Asimismo, el artículo 2.2, precisa que el objetivo es la búsqueda de personas que hayan desaparecido, así como la identificación de restos humanos no identificados por parte de las autoridades policiales competentes «en el contexto de una investigación penal» siempre condicionado a que estas autoridades tengan la facultad de realizar esas búsquedas e identificaciones con «arreglo a la legislación nacional». A diferencia de la propuesta inicial de la Comisión, referida de forma más amplia a la «prevención, detección e investigación de infracciones penales», queda precisado que únicamente cabrá el intercambio cuando se realice en el marco de una investigación penal, y cuando las autoridades policiales nacionales sean competentes para realizarla, conforme al Derecho interno.

El art. 3.1 hace referencia al objeto de las bases de datos, por supuesto en el ámbito de los datos antes mencionados, pero superando en este caso la referencia a «bases de datos nacionales» que utilizaba la propuesta de la Comisión, se amplía a «bases de datos creadas con arreglo al Derecho nacional», pero además de conformidad con la Directiva (UE) 2016/680³⁶, el Reglamento (UE) 2018/1725³⁷, o el Re-

³³ Véase Consejo de la Unión Europea, «Outcom of proceedings. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on automated data exchange for police cooperation («Prüm II»), amending Council Decisions 2008/615/JHA and 2008/616/JHA and Regulations (EU) 2018/1726, 2019/817 and 2019/818 of the European Parliament and of the Council», 4 de diciembre de 2023, 16314/23 accesible aquí: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16314-2023-INIT/en/pdf> [Último acceso 17.12.2023]

³⁴ La propuesta inicial de la Comisión era más indefinida y abstracta, haciendo referencia en el art. 1.1. a que el objeto del sistema o régimen de Prüm II, era establecer un marco para el intercambio de información entre autoridades que sean responsables de la prevención, detección e investigación de infracciones penales; parece que hacer referencia más específica a las autoridades policiales competentes circunscribe, de una forma más precisa, el ámbito de cooperación penal al ámbito policial exclusivamente.

³⁵ Aquí la adición del Parlamento Europeo se circunscribe al adjetivo de «confirmada».

³⁶ Ya citada.

³⁷ Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 45/2001 y la Decisión n° 1247/2002/CE.

glamento (UE) 2016/79 (RGPD)³⁸, cuando sean aplicables. Llama la atención la referencia al Reglamento (UE) 2016/79 (Reglamento General de Protección de Datos, RGPD), porque como es conocido el RGPD no es aplicable para el tratamiento de datos de carácter personal por parte de autoridades a efectos de la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de la ejecución de sanciones penales, lo que en principio abarcaría cualquier base de datos que pudiera ser potencialmente objeto de utilización dentro del marco de Prüm II, que deberían estar sujetas, desde el punto de vista del Derecho de la UE, a la Directiva (UE) 2016/680 (Véase el considerando 19, y el art. 2.2 d) del RGPD)³⁹

Desde luego cabe destacar la preocupación del Parlamento por introducir, en el artículo 2.1, que el objetivo de la cooperación transfronteriza facilitando el intercambio de información de estos datos entre las autoridades policiales se hará «con pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas físicas, incluido el derecho a la vida privada y a la protección de los datos personales, de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea».

Este mandato de sujeción del intercambio de datos a la protección de los derechos fundamentales, en particular de algunos de ellos, «de conformidad con» la CDFUE es muy relevante y merece una atención particular con diferentes reflexiones:

1) El mandato de garantía de los derechos fundamentales se realiza con una vinculación explícita reducida a la CDFUE, lo que es muy relevante si tenemos en consideración cómo se ha configurado el sistema de protección de derechos fundamentales en la Unión Europea, en particular tras el Tratado de Lisboa.

En efecto, debemos considerar que el Derecho de la UE ha ido construyendo y desarrollado una configuración autónoma y diferencial de la protección de los derechos fundamentales en el seno comunitario, en particular a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a través de las sucesivas reformas de los Tratados, vinculada a los propios objetivos y estructura de las entonces Comunidades Europeas (estructura comunitaria) y hoy de la Unión, que tiene como un especial hito, primero, la positivización de los mismos— los derechos fundamentales— en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000)⁴⁰, a partir de la que se acentúa la labor de construcción de un estándar

³⁸ Ya citado.

³⁹ El art. 2.2. RGPD establece, respecto del ámbito material de aplicación, que «2. El presente Reglamento no se aplica al tratamiento de datos personales: (...) d) por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la de protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención».

⁴⁰ La elaboración y aprobación de la CDFUE en el año 2000 va a influir en el Tribunal de Justicia de la UE, que comienza a citar la Carta y posteriormente, con la atribución a la misma en el Tratado de Lisboa de una fuerza jurídica equivalente al Tratado, se refuerza la posición del propio

dar europeo de derechos fundamentales⁴¹ y, segundo, con el Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, y consagra una nueva configuración del sistema de protección de los derechos fundamentales, en el art. 6 TUE, a través de lo que se pueden denominar tres ejes o vías, en las que las dos más relevantes serían: 1) el reconocimiento de los derechos, libertades y principios de la CDFUE (art. 6.1 TUE), y 2) afirmar que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales (art. 6.3 TUE); con una tercera complementaria, 3) el mandato de adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 6.2 TUE), y que permitiría un control externo de que el estándar de protección convencional es un mínimo estándar que el Derecho de la UE respeta y garantiza como tal⁴².

Además, y no menos importante, se reconocen en el mismo artículo tres fuentes, aparentemente distintas, para la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea: 1) la CDFUE (art. 6.1 párrafo primero), 2) el CEDH (art. 6.3), y 3) las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (art. 6.3). Es cierto, sin embargo, que hay un tratamiento diferente de estas fuentes, puesto que los derechos garantizados en el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes se protegen como principios generales del Derecho

Tribunal de Justicia de la Unión Europea como «garante de los derechos fundamentales» gracias precisamente a disponer de un catálogo de carácter vinculante que contiene los derechos fundamentales de la Unión. Sobre la evolución de la posición de los derechos fundamentales en el proceso de construcción europea, su evolución, y la posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea véase, entre otros, Cámara Villar, G., «Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional», *ReDCE*, 2005, nº 4, pp. 9-42; Lindfelt, M., *Fundamental Rights in the European Union — Towards Higher Law of the Land? A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broader Constitutional Setting*, ÅboAkademiUniversity, 2007; Sarrión Esteve, J., *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los derechos fundamentales*, Dykinson, 2013; Gordillo, L. y Martinico, G., *Historias del país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizante del Tribunal de Justicia*, Civitas, Cizur Menor, 2015 y más reciente Capodiferro Cubero, D., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario», en Benlloch Domènech, C., Burguera Ameave, L., Capodiferro Cubero, D., Sarrión Esteve, J., *Retos de la Jurisdicción y Procedimientos en la Unión Europea*, Comares, 2023, pp. 29-58.

⁴¹ Véase Carmona Contreras, A. M. (Dir.), *Construyendo un estándar europeo de derechos fundamentales*, Thomsom Reuters Aranzadi, 2018.

⁴² Constituyendo la adhesión al CEDH un mandato claro, a pesar de los obstáculos que se derivan, teniendo en consideración la interpretación del TJUE manifestada en el Dictamen 2/13 de 28 de diciembre de 2014 sobre el proyecto de adhesión Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 28 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454. Sobre la adhesión al Convenio y su necesidad, véase Llopis Nadal, P., «La necesidad procesal de la adhesión de la Unión Europea al CEDH: Un asunto que continúa pendiente tras el dictamen 2/13 del TJUE», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2015, nº 29, pp. 1-39.

de la Unión, lo que no es sino la positivización de la jurisprudencia tuteladora de derechos fundamentales desarrollada por el TJUE, con lo que podríamos considerar la existencia, tras el Tratado de Lisboa de un sistema de protección de derechos fundamentales que, en realidad, tiene dos fuentes de reconocimiento de protección de derechos diferentes⁴³: 1) En primer lugar, la nueva fuente de protección que constituye la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (6.1 TUE); y 2) En segundo lugar, los principios generales del Derecho de la UE, es decir, los derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la UE tal y como había sido configurados tradicionalmente por el TJUE en base al CEDH y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros (art. 6.3 TUE).

De forma que cabría el nazcan nuevos derechos fundamentales, tanto derivados de la propia CDFUE, como el reconocimiento de estos al margen de la Carta, esto es, derivados del CEDH por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), o de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros conforme se desarrollen⁴⁴.

Y, sin embargo, del texto propuesto para el Reglamento Prüm II parece deducirse que la única fuente de reconocimiento de derechos fundamentales es la CDFUE; sin perjuicio, naturalmente, de que, por disposición de la propia Carta, ésta debe interpretarse de conformidad con el CEDH cuando recoge derechos que provienen del mismo, y de conformidad con las tradiciones constitucionales comunes cuando los derechos resultan de las mismas, según lo previsto en el art. 52 apartados 3 y 4 de la CDFUE.

Esto difiere de lo previsto en la Decisión 2008/615 que, en sus considerandos, establecía una obligación más general de que se respetaran los derechos fundamentales, sin perjuicio de citar algunos de ellos, y posteriormente, en el art. 31 hacer referencia a las garantías a través del Derecho interno⁴⁵, y por su-

⁴³ Sarrión Esteve, Joaquín, *El reconocimiento y protección de los derechos y libertades en un mundo en transformación. ¿Hacia un nuevo paradigma constitucional?*, Aranzadi, 2023, pp. 142 y ss.

⁴⁴ Por supuesto, todo ello, sin perjuicio de que, no olvidemos, la CDFUE, debe ser interpretada de conformidad con el CEDH cuando recoge derechos que provienen del mismo, y de conformidad con las tradiciones constitucionales comunes cuando los derechos resultan de las mismas, de conformidad con lo previsto en el art. 52.3 y 4 de la CDFUE.

⁴⁵ Considerando 17 Decisión 2008/615: «La intensificación de la cooperación policial y judicial en materia penal debe llevar aparejado el respeto de los derechos fundamentales, en particular el derecho al respeto a la intimidad y a la protección de los datos personales, que debe garantizarse mediante disposiciones especiales de protección de datos adecuadas a las características específicas de las diferentes formas de intercambio de datos. Tales disposiciones de protección de datos deben tener particularmente en cuenta las características propias del acceso transfronterizo en línea a las bases de datos. Dado que, con el acceso en línea, el Estado miembro que gestiona un fichero no puede realizar comprobaciones previas, conviene establecer un sistema que garantice la ejecución de verificaciones a posteriori». El art. 31 de la Decisión 2008/615 establecía, en particular, algunas garantías relativas al ejercicio de los derechos del interesado, si bien haciendo remisión al Derecho interno.

puesto, de citar que la Decisión respetaba los principios y derechos enunciados en la CDFUE⁴⁶.

Sin embargo, el texto del que va a ser el Reglamento Prüm II, al no hacer ninguna mención, en el art. 2.1, al Derecho interno relativo a los derechos fundamentales de nivel interno, esto es, a los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones nacionales y al estándar nacional de protección de los derechos, parece que estaría cerrando también la puerta de la posible aplicación de un eventual estándar nacional con un nivel de protección superior en cualquiera de los derechos fundamentales de las personas físicas que potencialmente pudieran verse afectados por el intercambio de datos, conforme a la conocida doctrina *Melloni-Akerberg* (2013) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁷, pues estando dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE, y el régimen de Prüm II lo es, las autoridades y tribunales nacionales están únicamente facultadas para aplicar el estándar nacional de protección de derechos cuando el Derecho de la Unión deje un margen para su aplicación, y siempre que no afecte al nivel de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, ni a la primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión, de forma que cabe afirmar que para el régimen establecido en Prüm II, el estándar de protección de derechos fundamentales va a ser el de la Carta, ello sin perjuicio de que el estándar convencional sea un mínimo también a respetar (arts. 52.3 y 53 CDFUE).

2) El legislador europeo constata la potencial afectación que, para los derechos fundamentales, puede tener este intercambio de datos de ADN, datos dactilares, datos de imágenes, datos de ficheros policiales, y datos de matrículas de vehículos, en particular para el derecho a la vida privada y a la protección de datos de carácter personal, si bien no es una lista cerrada, sino abierta; de forma que, en realidad, la afectación potencial de este intercambio de datos a otros derechos puede también producirse, de forma que todos los derechos de las personas físicas que puedan verse afectados deben quedar protegidos en el intercambio de estos datos bajo el marco de Prüm II, lo que requerirá un estudio específico en función de la categoría de los datos objeto de intercambio.

⁴⁶ Considerando 22 Decisión 2008/615: «La presente Decisión respeta los derechos fundamentales y observa los principios enunciados, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea».

⁴⁷ Sentencias del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, *Stefano Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107; y *Åklagaren c. Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105. Doctrina del TJUE que se ha visto confirmada en posteriores sentencias como, por ejemplo, Sentencias del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de abril de 2016, *Pál Aranyosi y Robert Căldăraru*, asuntos acumulados C-404/15 y C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, y (Sala Cuarta) de 24 de mayo de 2016, *Pawel Dworzecki*, C-108/16 PPU, EU:C:2016:346. Así como, con ciertos matices, en Sentencias del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de diciembre de 2017, M.A.S. y M.B., C-42/17, EU:C:2017:936; y Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de junio de 2021, Procedimiento incoado por B, C-439/19, EU:C:2021:504.

No obstante, sí se pueden adelantar algunas consideraciones. Así, y en relación con las categorías de datos de ADN, datos dactilares, datos de imágenes, y datos de ficheros policiales, y ante la falta de una armonización de la legislación sustantiva que regula estas bases de datos, existía, existe y va a seguir existiendo una amplia heterogeneidad entre los distintos países o Estados miembros que disponen de estas bases de datos: en relación a cómo están organizadas y formadas, las condiciones de incorporación de los datos, a veces vinculados a personas sospechosas, o bien condenadas por ciertos delitos —con manifiestas diferencias entre países—, o incluso otros supuestos de incorporación de datos (personas desaparecidas, consentimiento, etc.), distintos plazos de conservación de los datos en función de categoría de datos y país⁴⁸, que en principio podrían plantear no sólo problemas desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la vida privada (art. 7 CDFUE) y al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal (art. 8 CDFUE)⁴⁹, y que está reconocido en el propio texto de Prüm II, sino también para otros derechos, sin pretensión de exhaustividad, el derecho de igualdad ante la ley (art. 20 CDFUE) el principio de no discriminación (art. 21 CDFUE) los derechos del menor (art. 24 CDFUE), o el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFUE).

Atendiendo en particular a algunas de las categorías de datos, quizá las categorías de mayor riesgo, desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales, son los datos de ADN, que son ya muy conocidos; los datos de imágenes, que van a permitir el intercambio de datos sobre imágenes faciales, con los problemas derivados de estas tecnologías, de la problemática de los propios intercambios de datos biométricos, y en su caso del potencial riesgo aquí de la aplicación de algoritmos y sistemas de Inteligencia Artificial, para realizar la búsqueda de concordancia entre imágenes faciales, a través de un sistema también de *hit/no hit*, para alcanzar una concordancia o *match* (*hit*), que puede tener más problemas que la conocida tecnología del ADN que permite hacerlo a través de datos no codificantes, mientras

⁴⁸ Que podría plantear problemas de vulneración de derechos, como se evidenció en la STEDH de 4 de diciembre de 2008, asunto *S. y Marper c. Reino Unido*, ya citada. Sobre los problemas derivados o vinculados, precisamente a esta falta de armonización, en lo que respecta a las bases de datos de ADN, así como al diferente nivel de protección que se podría plantear comparativamente a nivel internacional, europeo y nacional, se puede ver el riguroso análisis de Cabezudo Bajo, M. J., «Assessment of the DNA data protection system in the European Framework (The lack of data level protection harmonization at and between the international, european and national levels),» en Cabezudo Bajo, M. J. (coord.), *Las bases de datos policiales de ADN: ¿son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, Dykinson, 2013, pp. 43-62; sobre este mismo problema pero en relación a la falta de armonización entre bases de datos nacionales de Estados miembros para el intercambio de datos de ADN, y los problemas derivados, el trabajo Sarrión Esteve, J., «La garantía del plazo de cancelación de datos en el intercambio de perfiles de ADN en la Unión Europea», *op. cit.*

⁴⁹ Que lógicamente, exigirá la aplicación de la Directiva (UE) 2016/680, ya citada, así como de la legislación nacional de trasposición, tanto en el Estado responsable de las bases de datos como en el Estado receptor de los mismos.

que en el caso de los datos biométricos, pueden ser en sí mismo datos codificantes que aporten en su caso información sensible (con el potencial riesgo para otros derechos como la salud), y los eventuales sesgos algorítmicos de discriminación que permitan, en función de la cantidad de datos existentes, una mayor probabilidad de identificación en unos casos que en otros (por motivos de origen étnico, racial, color de cabello, iris, u otros); así como los datos de ficheros policiales.

3) Cabe considerar, como se ha apuntado antes, y se puede inferir sencillamente, que los desafíos y potencial afectación, desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, no se circunscribe al intercambio de datos, incluyendo en dicho intercambio tanto la subfase consistente en el cotejo de datos por parte del Estado que pretende buscar e identificar datos (*hit/no hit*); y la subsiguiente subfase de solicitud de los datos en caso de concordancia o *match* (*hit*); sino que también cabe considerar que existen desafíos y un potencial riesgo de afectación de derechos en las fases anteriores y posteriores al intercambio de datos, y surge la duda sobre si éstas fases recaen dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE, o es una cuestión interna; y si en el caso de entrar dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE, cabe aplicar el estándar nacional o solo el estándar de la UE.

Así, habrá que analizar si las fases previas, que son las que implican la obtención y recogida de muestras biológicas y la extracción del perfil de ADN para su incorporación a las bases de datos nacionales (en el caso de datos de ADN), la obtención y captación de imágenes, para su incorporación, o la de sus datos, a las bases o bancos nacionales (en el caso de datos de imágenes), y la recogida de datos en ficheros policiales para su posterior incorporación a la base de datos nacional (en el caso de datos de ficheros policiales), pueden ser una cuestión más bien de Derecho interno, y por tanto sometidas, desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, a la protección del estándar nacional establecido en la respectiva Constitución. La misma pregunta cabe abrir en relación con la fase posterior, es decir, a la utilización de los datos obtenidos a través del intercambio de datos para la investigación penal y, en su caso, para su valoración como medio de prueba en un proceso judicial en un Estado miembro.

En relación con las eventuales dudas relativas a la fase inicial ya tenemos una respuesta derivada de un reciente e interesante caso, vinculado al uso de la tecnología forense del ADN, y por tanto a la toma de muestras biológicas para la extracción de un perfil de ADN y su posterior tratamiento en Bulgaria. El Tribunal de Justicia, en su sentencia *V.S. (2023)*⁵⁰ ha tenido oportunidad de pronunciarse en el sentido de entender que esta fase entra dentro del ámbito de aplicación del

⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 26 de enero de 2023, *V. S. c. Ministerstvo na vatrashnite raboti (Enregistrement de données biométriques et génétiques par la police)*, C-205/21, ECLI:EU:C:2023:49.

Derecho de la UE, y en concreto de la Directiva 2016/680, y por tanto también de la CDFUE; entendiendo que una normativa nacional que establecía, en caso de negativa de la persona investigada por un delito público doloso a colaborar voluntariamente en la recogida de sus datos biométricos y genéticos para su registro, la obligación del órgano jurisdiccional penal competente a autorizar una medida forzosa de recogida de dichos datos para su registro sería compatible con el Derecho de la Unión y en particular con los artículos 47 y 48 de la CDFUE, y el art. 6 letra a) de la Directiva 2016/680, siempre que el Derecho nacional garantice el control jurisdiccional efectivo posterior de las condiciones de la investigación de la que se deriva la autorización para la recogida de los datos (apartados 109 y 110); y sin embargo, se opondría a una normativa nacional que establece una recogida sistemática de datos biométricos y genéticos de cualquier persona investigada por un delito público doloso para su registro, siendo necesario que se compruebe y acredite por la autoridad competente que la recogida es estrictamente necesaria para alcanzar los objetivos perseguidos sin que sea posible a través de otros medios menos gravosos (apartados 129, 135).

Si la respuesta es que la primera fase entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE porque la toma de muestras biológicas (el TJUE habla de recogida de datos, pero en realidad para la obtención de estos datos se requiere la previa toma de muestra biológica y la extracción del perfil) se realiza para el tratamiento posterior de datos sujeto a la Directiva 2016/680, y ese criterio de conexión es suficiente para entender que estamos bajo el orden jurídico del Derecho de la UE, entonces también cabrá entender, con mayor fundamento, que, si los eventuales datos son objeto de intercambio (intercambio que se realizará, una vez adoptado el texto, bajo el paraguas de Prüm II), una vez recibidos por el Estado receptor, esta fase estará sujeta y entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la UE, puesto que se trata de un uso o tratamiento de datos bajo la Directiva 2016/680.

Lo que cabría plantearse es si la Directiva 2016/680, que no es un Reglamento, como sí lo es el Reglamento General de Protección de Datos, permite una mayor flexibilidad que Prüm II, en relación a la protección de los derechos fundamentales en las fases no cubiertas por Prüm II y, por tanto, sí habría margen para la aplicación del estándar nacional de protección, lo que requiere de un estudio más amplio del que hemos tenido oportunidad de hacer aquí, para dar una respuesta fundamentada y satisfactoria.

III. Conclusiones provisionales

A pesar del innegable éxito que ha tenido el régimen de Prüm para reforzar y estrechar la cooperación penal de los Estados miembros de la Unión Europea, al-

gunos Estados miembros han enfrentado, y siguen enfrentando, algunos desafíos para propiciar una participación plena y eficaz en el intercambio de todas las categorías de datos que son susceptibles de ser solicitadas e intercambiadas al amparo del actual sistema (datos de ADN, datos dactilares, y de matrículas de vehículos), por ejemplo, la falta de establecimiento inicial de bases de datos nacionales, las diferencias de software utilizado en los distintos Estados, lo que facilita la fragmentación y la consecuente colaboración entre unos Estados (cuando comparten software compatible) frente a otros, o las potenciales diferencias de regulación interna, por la falta de armonización de la regulación sustantiva en relación a los requisitos, condiciones, etc., que se manifiesta en particular en el caso de los datos de ADN y de datos dactiloscópicos, no en el caso de los datos de matrículas de vehículos porque en ese caso sí existe un sistema común (Eucaris).

Por ello, Prüm II pretende dar un paso hacia delante, en el marco de la estrategia de datos europea, y potenciar esta cooperación en materia de investigación penal, que permita una mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia, en particular introduciendo algunas mejoras técnicas, preservando el actual intercambio automatizado existente sobre perfiles de ADN, datos dactiloscópicos y datos de matriculación de vehículos, y los avances producidos, y ampliando el objeto de cooperación a los datos de imágenes y los datos de ficheros policiales. También se prevé la participación o inclusión de Europol en el marco jurídico del sistema Prüm para reforzar la cooperación.

Desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales, siempre se han evidenciado desafíos y retos importantes en el uso de todas estas tecnologías, en particular las biométricas, como las que usan para la identificación datos de ADN, dactilares, o de imágenes; esto es así en las distintas fases del uso de esta tecnología, desde la obtención o recogida de los datos, su tratamiento para la incorporación a la base de datos, hasta lo que se ha denominado el intercambio, y su posterior obtención en el Estado receptor para la investigación penal, y en su caso, en un proceso judicial; ya que es necesario que se garantice adecuadamente la tutela y garantía de los derechos afectados, que pueden ser distintos en cada una de las fases.

Si bien tras la reciente aprobación del acuerdo político por parte del trío (Comisión, Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea) está pendiente la adopción formal del Reglamento Prüm II, en esta pequeña aproximación al texto objeto de acuerdo, hemos tratado de realizar algunas reflexiones, si quiera iniciales y provisionales, sobre la protección de los derechos fundamentales, que se pueden sintetizar de la siguiente manera:

Primero.— Hay un claro mandato de garantía de los derechos fundamentales que pueden verse afectados a través del estándar de la CDFUE que no deja margen a la aplicación del estándar nacional de protección de derechos fundamentales, en lo que respecta al intercambio de datos bajo el régimen de Prüm II.

Segundo.— Los desafíos del intercambio de datos afectan, en particular, al derecho a la vida privada y al derecho a la protección de datos, como se reconoce de forma explícita en el texto del acuerdo, pero es una lista abierta, puesto que la potencial afectación del intercambio de estas categorías de datos se puede extender a otros derechos, teniendo en consideración la casuística de las diferentes categorías de datos, y en particular del uso de datos biométricos para identificación, como podrían ser el derecho de igualdad ante la ley, el principio de no discriminación, los derechos del menor, o incluso el derecho a la tutela judicial efectiva.

Tercero.— Los riesgos para la protección de los derechos fundamentales se extienden a la fase previa y posterior al intercambio de datos, que se encuentran también dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y en particular en el ámbito de la Directiva 2016/680, y por tanto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, si bien sería necesario estudiar con mayor detalle si existe margen para una eventual aplicabilidad del estándar nacional interno de protección de derechos, en estas fases.

L'ISTITUZIONE DI UN'AUTORITÀ NAZIONALE PER I DIRITTI UMANI DI FRONTE ALLA CRISI DELLO STATO COSTITUZIONALE

FAUSTO VECCHIO
Università Kore di Enna

I. Introduzione. Dall'età dei diritti ai tentativi di reagire all'attuale crisi dello stato costituzionale

A partire dal momento in cui le grandi Rivoluzioni della modernità hanno imposto i primi regimi liberali, l'idea di finalizzare l'esistenza delle istituzioni alla tutela delle prerogative individuali diventa talmente centrale da aver inaugurato una pagina nuova della tradizione giuridica occidentale. Come è stato autorevolmente sostenuto, il *Bill of Rights* inglese, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino e i primi dieci emendamenti della Costituzione americana hanno realizzato una vera e propria «rivoluzione copernicana» che ha chiuso «l'età dei doveri» e delle sue codificazioni di obblighi e ha inaugurato una nuova e assai proficua «età dei diritti»¹. Si tratta di una innovazione talmente epocale che, fatti salvi episodici rigurgiti reazionari caratterizzati da ambiguità irrisolte sulla questione, non è stata minimamente scalfita dal trascorrere dei secoli. Anche quando si è preso atto dei limiti della lettura giusnaturalistica che ha prodotto la svolta e si è tentato di declinare il tema dei diritti secondo paradigmi alternativi e più sensibili ai processi storici, la centralità dei diritti non è mai stata davvero messa in discussione. Una volta che il decorrere del tempo ha messo in crisi la pretesa illuministica secondo cui lo statuto dei diritti possa in qualche modo essere desunto dalla natura, sia l'approccio positivistico, sia il successivo approccio post-positivistico (o neo-giusnaturalistico) hanno comunque continuato a tenere ferma l'idea di istituzioni pensate con l'obiettivo primario di salvaguardare le esigenze dei consociati.

¹ L'idea di una contrapposizione tra l'«età dei doveri» e l'«età dei diritti» è alla base di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 2014.

Naturalmente, quanto appena affermato non significa che il tempo non abbia avuto una sua incidenza, anche profonda, sull'esperienza storica concreta. Per un verso, guardando ai diritti riconosciuti, è semplice rilevare come nel corso degli ultimi trecento anni le carte dei diritti si siano progressivamente arricchite fino ad includere nuove e sempre più sofisticate pretese². Se nell'epoca del giusnaturalismo ci si era limitati soltanto a riconoscere i più basilari diritti civili e politici, gli ordinamenti costituzionali emersi in Europa a partire dalla seconda metà del Novecento hanno preso l'impegno di garantire sia i diritti sociali, sia quell'eterogenea congerie di pretese individuali e collettive che viene generalmente individuata con l'espressione «nuovi diritti».

Per un altro verso, con un processo che in una certa misura è andato di pari passo con l'appena descritto arricchimento delle Carte, nel corso dei secoli si è assistito ad una poderosa ridefinizione dei meccanismi preposti alla salvaguardia effettiva dei diritti³. Si può a questo proposito sostenere che l'esigenza di garantire l'effettività delle previsioni contenute nelle Carte è stata tra i principali motivi che hanno indotto al superamento dell'ottocentesco stato borghese di diritto. Preso atto che tra l'Ottocento e il Novecento l'adozione delle Carte per via legislativa si è mostrata storicamente inadeguata per garantire i diritti, la fantasia dei giuristi ha aiutato giudici, legislatori e costituenti ad adattare soluzioni già conosciute o ad 'inventare' gli strumenti di tutela più disparati. Così, a fronte della possibilità di abusi ad opera delle maggioranze politiche, sono stati pensati o rimodulati strumenti di tutela come il *judicial review*, il ricorso diretto al giudice costituzionale, le riserve di legge o le clausole costituzionali che aggravano ulteriormente o addirittura impediscono l'emendamento di certi articoli delle Costituzioni. Oppure, con l'intento di riempire possibili vuoti di tutela degli ordinamenti composti o delle istituzioni sovranazionali, sono stati predisposti articolati sistemi di protezione multilivello che, grazie all'azione del potere giudiziario, hanno dato vita a statuti regionali di nuova generazione e hanno dato tutela ai diritti riconosciuti dalle tante Carte internazionali proliferate a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite.

È il caso di segnalare che, lungi dall'esaurirsi nei secoli passati, gli effetti di questi processi sono arrivati sino ai giorni nostri. Soltanto a titolo di esempio, basti pensare all'introduzione del controllo successivo di costituzionalità in Francia, alla introduzione delle figure degli *Ombudsmen* in numerosi ordinamenti nazionali, al Protocollo 15 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴, al riconoscimento

² È quanto sostenuto in T. FROSINI, *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Il Mulino, Bologna 2019, 207, ss..

³ *Ivi*, 232 ss..

⁴ Per una critica all'introduzione del protocollo 15 alla CEDU, si rinvia a F. VECCHIO, *Le prospettive di riforma della Convenzione europea dei diritti umani tra limiti tecnici e 'cortocircuiti' ideologici*, in *Osservatorio AIC* (www.osservatorioaic.it), 1/2013, 1 ss..

della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea effettuato con il Trattato di Lisbona o alla diffusione che negli ultimi anni stanno conoscendo le *Alternative dispute resolution* e i nuovi strumenti contrattuali di tutela privatistica dei diritti. A questo proposito, non pare esagerato affermare che la stessa creazione dello stato costituzionale contemporaneo rappresenta il compimento istituzionale di quella plurisecolare filosofia politica che ha messo al centro l'idea dei diritti⁵.

Ovviamente, la persistente centralità della legittimazione attraverso i diritti non autorizza in alcun modo a ritenere immutabile l'equilibrio consolidato ed è invece necessario un costante monitoraggio delle istituzioni e delle loro prassi. A questo proposito, anzi, una simile operazione pare quantomai opportuna in un contesto storico in cui l'esplosione delle contraddizioni della globalizzazione sta producendo differenti livelli di crisi che, ai fini dei nostri ragionamenti, rappresentano una aperta minaccia alla tutela di diritti consolidati e, più in generale, una sfida alla stessa idea di stato costituzionale: l'esplosiva miscela tra crisi finanziaria, crisi climatica, crisi migratoria, crisi sanitaria, crisi geopolitica e crisi energetica, si traduce, sul piano politico, nella crisi delle formazioni partitiche tradizionali e nel correlativo successo (o per lo meno nel consolidamento) di formazioni populiste che contestano l'*ethos* politico liberale e che, sul piano istituzionale, producono una ormai evidente crisi dello stato costituzionale⁶.

Con la consapevolezza che questa tendenza ha già prodotto primi e rilevanti risultati in diversi paesi europei⁷, gli studiosi più sensibili alla questione hanno proposto un approccio di «resilienza costituzionale» orientato all'individuazione dei punti critici dei sistemi di democrazia costituzionale e ad interventi mirati a prevenire o a rendere per lo meno più difficoltosi (o meno drammatici) pericolosi capovolgimenti di quella filosofia politica che negli ultimi secoli ha orientato lo sviluppo delle istituzioni⁸. È con questo spirito che, dopo alcune brevi

⁵ Il legame fondamentale tra diritti e stato costituzionale è sottolineato da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1997.

⁶ Per un'articolata disamina di come, in tempi recenti, il sovrapporsi tra differenti crisi stia trasformando il sistema costituzionale, si veda I. NICOTRA, *La staffetta dei diritti e dei doveri oltre la crisi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, 11 ss..

⁷ Per quanto riguarda le più importanti trasformazioni dei sistemi costituzionali realizzate da compagini populiste, si veda, F. VECCHIO, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Cedam, Padova 2013 e ID., *La crisi costituzionale polacca, la «bielorussizzazione» dell'Europa orientale e il processo di disintegrazione europea*, in E. RAFFIOTTA — G. TERUEL LOZANO — A. PEREZ MIRAS, *Constitucion y integración europea*, Dykinson, Madrid 2017, 297 ss.. Per quanto riguarda, invece, la situazione di crisi determinatasi in Romania nel 2012 e temporaneamente risolta si rinvia a ID., *The Romanian mess, Europe and the risks of authoritarian involutions*, in C. BENLOCH DOMÈNECH — P. J. PÉREZ ZAFRILLA — J. SARRIÓN ESTEVE, *Current social and legal challenges for a changing Europe*, Comares, Granada 2013, p. 108 ss..

⁸ L'idea della resilienza costituzionale è stata sviluppata, nel corso del 2028, in un dibattito sulla rivista *Verfassungsblog* (www.verfassungsblog.de/) e i testi dei diversi e autorevoli interventi si trovano

considerazioni sulle possibili declinazioni dell'idea di *constitutional rule of law*, il presente contributo prenderà in considerazione alcune proposte di legge attualmente in discussione con cui si sta cercando di istituire un'Autorità nazionale per i diritti umani⁹. L'obiettivo è quello di riuscire a sostenere che, pur essendo astrattamente idonea a porre freno allo sgretolamento dello stato costituzionale contemporaneo, la proposta di un'Autorità nazionale per i diritti umani si sta traducendo in articolati normativi che, agli occhi del comparatista attento alle dinamiche della forma di stato, disegnano un soggetto istituzionale troppo timido e non in grado di rispondere in maniera adeguata alle sfide delle crisi globali.

II. Un problema fittizio agli occhi del comparatista: l'autorità nazionale per i diritti umani fra le possibili contraddizioni con le strutture formali dello stato costituzionale e un'idea sostanziale di constitutional rule of law

Il tema dell'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano di un'Autorità dedicata alla garanzia dei diritti umani non rappresenta certo una novità degli ultimi anni. Infatti, a partire dal momento in cui nell'Assemblea generale delle Nazioni unite sono stati affermati i cosiddetti «Principi di Parigi», l'Italia ha ricevuto diverse sollecitazioni internazionali a realizzare un'istituzione di questo tipo che potesse permettere un allineamento ai 128 paesi (e ai 25 membri dell'Unione

all'indirizzo www.verfassungsblog.de/category/debates/constitutional-resilience-debates/. Per tentare di rimediare ai problemi connessi all'avanza delle formazioni populiste, invece, si veda l'idea di invertire la giurisprudenza *Solange* del tribunale costituzionale tedesco proposta da A. VON BOGDANDY — M. KOTTMANN — C. ANTPÖHLER — J. DICKSCHEN — S. HENTREI — M. SMRKOLJ, *Reverse Solange. Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 49/2012, 489 ss..

⁹ Si fa riferimento alle proposte di legge C. 1323 Scagliusi, C. 855 Quartapelle Procopio e C. 1794 Brescia (recentemente unificate), in discussione alla Commissione affari costituzionali della Camera dei Deputati e alle proposte S. 2303 Fedeli e S. 2109 Pucciarelli depositate al Senato. Per altri commenti, alle proposte, si veda F. LAJOLO DI COSSANO, *L'Autorità nazionale indipendente per i diritti umani in Italia: due recenti proposte di legge*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 3/2020, 47 ss., ID., *L'Autorità indipendente per i diritti umani in Italia: adelante con juicio?*, in *Federalismi.it* (www.federalismi.it), 13/2022, 100 ss. J. ZENTI — O. POLLICINO, *È arrivato finalmente il tempo della Italian Human Rights Institution?*, in *Dir. comp.* (www.diritticomparati.it), disponibile all'indirizzo www.diritticomparati.it/e-arrivato-finalmente-il-tempo-della-italian-human-rights-institution/ e F. SAVASTANO, *L'Autorità nazionale per i diritti umani: vecchi percorsi e nuove ipotesi per un organismo che non riesce a vedere la luce*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 1/2023, 1 ss.. Al di là della stretta analisi delle proposte di legge al momento in discussione, un inquadramento più generale del problema e riferimenti al diritto comparato, invece, si trovano in M. LUNARDINI, *Un'Autorità Nazionale per i Diritti Umani*, in *CeSPI*, 3/2022, 1 ss..

europea¹⁰) che hanno già provveduto¹¹. Nonostante queste pressioni, il sistema italiano ha fin qui incontrato evidenti difficoltà e non è mai approdato all'istituzione di un'Autorità nazionale per i diritti umani.

Le ragioni delle difficoltà incontrate da un progetto sollecitato dalle organizzazioni internazionali e, almeno potenzialmente, nell'interesse di ogni gruppo sociale, sono certamente legate ad un atteggiamento poco sensibile delle classi dirigenti alla guida del paese. Tuttavia, al di là dei fattori politici contingenti, è verosimile che la persistenza nel tempo di un simile atteggiamento sia da ascrivere anche al legame tra la tradizione italiana e il modello illuministico di stato di diritto e al correlativo pregiudizio che si genera ogniqualvolta si fuoriesca dai rassicuranti binari degli schemi organizzativi conosciuti. Insomma, non diversamente da quanto accade con ogni tentativo di istituzione di una nuova Autorità amministrativa indipendente¹², anche il tentativo di dare vita ad nuovo soggetto deputato alla garanzia dei diritti umani non può esimersi dai pregiudizi legati a possibili lesioni del principio della separazione dei poteri e a potenziali aggressioni all'indipendenza del potere giudiziario. Peraltro, con specifico riferimento al caso in questione, la situazione è ulteriormente aggravata dall'inevitabile indeterminatezza della materia dei diritti fondamentali e dalla correlata amplissima estensione dello spazio di operatività di cui si potrebbe trovare a godere la nuova istituzione.

Malgrado sul piano teorico sia effettivamente possibile individuare possibili contraddizioni con alcuni principi essenziali dello stato costituzionale, esistono diversi ordini di ragioni per dubitare che una simile considerazione sia un ostacolo insormontabile e che un'Autorità nazionale per i diritti umani sia di per se stessa incompatibile con un'idea di *constitutional rule of law* che non riduca l'esistenza della stato costituzionale alla semplice sopravvivenza delle strutture formali con cui questo si è storicamente consolidato.

Un primo indizio in questo senso è di ordine storico politico e riguarda la genesi dell'idea di autorità nazionali per i diritti umani: molti dubbi dovrebbero essere fugati dal fatto che le pressioni sull'ordinamento italiano provengono da istituzioni sovranazionali come l'Organizzazione delle Nazioni unite, il Consiglio d'Europa o l'Unione europea che hanno avuto un ruolo determinante nella diffusione e nel consolidamento dello stato costituzionale contemporaneo.

¹⁰ Al momento in cui si scrive, l'unica eccezione oltre all'Italia è rappresentata da Malta.

¹¹ Si fa riferimento alla Risoluzione n. 48/134 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 20 dicembre 1993.

¹² Per una magistrale ricostruzione della conformità dell'istituzione dell'Autorità nazionale anticorruzione si veda F. GIUFFRÉ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto: il caso dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in I. A. NICOTRA, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Giappichelli, 2016, dove vengono delineati schemi di ragionamento analoghi a quelli qui proposti.

Un altro indizio nella stessa direzione è offerto pure dall'osservazione comparata che dovrebbe valere a dimostrare come, malgrado la diffusa e perdurante presenza di istituzioni di questo tipo in pressoché tutte le democrazie costituzionali consolidate, esse non abbiano creato pericoli o interferenze e abbiano invece offerto un utile supporto alle iniziative di promozione e di tutela portate avanti dagli altri poteri dello stato.

Infine, al di là di quanto può suggerire l'osservazione empirica, una corretta configurazione del problema ci dà ulteriori conferme della legittimità astratta di un'Autorità per i diritti umani. Infatti, se è vero che, come certa dottrina suole fare, ad un primo livello è possibile identificare lo stato costituzionale con un assetto che pone al centro dei poteri la giurisdizione e le affida in via esclusiva il compito di garantire le regole della Costituzione dagli abusi del legislativo e dell'esecutivo¹³, è anche vero che sono possibili altre ricostruzioni che, inquadrando l'assetto consolidato come mera espressione storica di un'idea più generale, guardano all'organizzazione dei poteri come ad un mezzo per realizzare i fini fondamentali del costituzionalismo pluralista e che coinvolgono anche il legislativo e l'esecutivo nel compito di dare attuazione alla Costituzione e ai suoi principi¹⁴. Detto altrimenti se, sulla falsariga della scienza costituzionalistica più avveduta, si adotta una prospettiva sostanzialistica e si evita la formalistica identificazione tra lo stato costituzionale e la struttura con cui questo si è storica-

¹³ In questo senso, secondo G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 208, «il carattere dell'unità del diritto secondo le esigenze dello Stato costituzionale ci ha condotto a comprendere l'eccezionale importanza della funzione giurisdizionale. Potremmo così finire per riconoscere nei giudici gli attuali «padroni del diritto». Presso di loro, infatti, sta il diritto in tutte le sue dimensioni, come legge, come diritti e come giustizia. Avevamo iniziato il nostro percorso da un'epoca costituzionale molto diversa, quando il padrone del diritto era il legislatore. Quegli elementi compositivi del diritto si trovavano tutti riuniti presso di lui, nella legge. La trasformazione dello Stato di diritto legislativo dell'Ottocento nello Stato costituzionale del Novecento sembra aver comportato anche questo passaggio di mano, certamente al di fuori degli intenti e anche delle previsioni degli autori delle odierne Costituzioni».

¹⁴ In questo senso, molto opportune sono le indicazioni di A. RUGGERI, *Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2020, 622 che, pur essendo certamente estraneo ad ogni tentazione di semplificazione populista e pur continuando a difendere con convinzione le ragioni del potere giudiziario, ha mostrato di non aver smarrito il significato autentico del principio della separazione dei poteri e ha utilizzato una efficace metafora 'ortopedica' per ricordare che una «Costituzione zoppa o, peggio, amputata di una delle gambe stesse non può correre e neppure a conti fatti reggersi alla lunga in piedi». Nella stessa direzione pure, G. PITRUZZELLA, *Stato di diritto, indipendenza delle corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?*, in *Dir. comp.* (www.diritticomparati.it), 3/2018, 27 quando ricorda che in uno stato costituzionale, i «due circuiti, quello della politica democratica e quello della giurisdizione si fondano su legittimazioni diverse» e che, per il loro essere coesenziali alla moderna idea di democrazia, i due circuiti sono in qualche modo obbligati a convivere anche se, quando non sono delimitati in maniera ottimale, possono entrare in tensione.

mente consolidato nel corso del tempo, le questioni della commistione tra i poteri e dell'indipendenza del potere giudiziario acquisiscono un rilievo differente e si apre lo spazio per formule organizzative che, senza ricadere in un disfunzionale e diffuso feticismo istituzionale, si rivelino funzionali a valorizzare il pluralismo costituzionale. In questa seconda prospettiva, un soggetto istituzionale dotato dei requisiti di terzietà e indipendenza che, in virtù di una migliore organizzazione e di una comprovata *expertise*, sia in grado di dare risposte più rapide e meglio assorbite dal corpo sociale di riferimento, pur essendo estraneo al potere giudiziario e pur avendo (in qualche modo) natura amministrativa, non può essere considerato come una minaccia, ma come una fondamentale risorsa di sistema.

III. I problemi reali della proposta in discussione presso la commissione affari esteri della camera dei deputati

Se, come si è appena provato a sostenere, l'elemento decisivo per valutare la conformità dell'Autorità proposta con la forma dello stato costituzionale, non è il pedissequo reiterarsi di uno schema astratto, ma piuttosto l'equilibrio concreto che può realizzarsi sulla base di una proposta specifica, diventa indispensabile un confronto critico con le disposizioni proposte dai disegni di legge in esame. In particolare, pur senza evitare riferimenti agli altri progetti, punto di riferimento per questa disamina è certamente la proposta in discussione alla Commissione affari costituzionali della Camera dei Deputati che, dopo l'incorporazione di diverse proposte di legge in un testo unificato, si trova in una fase abbastanza avanzata dell'*iter* parlamentare¹⁵.

L'analisi di questo articolato mostra alcune criticità abbastanza evidenti. Innanzitutto, alcune scelte tecniche problematiche sembrano in contrasto con i Principi di Parigi e poco giustificabili alla luce della, pur ampia, nozione di stato costituzionale che si è proposta nel paragrafo precedente. Per quanto non drammatico, un primo problema in tal senso riguarda l'indipendenza dei cinque membri membri che, ai sensi dell'articolo 2, dovrebbero comporre la nuova Autorità: se è vero che, per quanto riguarda la non rinnovabilità della carica quinquennale¹⁶, il regime delle incompatibilità¹⁷ e la prescrizione della «riconosciuta indi-

¹⁵ Si veda *supra* nota 9.

¹⁶ Così, il comma 5 dell'articolo 2.

¹⁷ Il sesto comma dell'articolo 2 afferma che «gli incarichi di presidente e di componente della Commissione sono incompatibili, a pena di decadenza, con qualsiasi carica elettiva o governativa, con altro impiego pubblico o privato, con qualsiasi incarico di amministrazione in società pubbliche o private, con l'esercizio di attività imprenditoriale e con incarichi in associazioni che svolgono attività

pendenza» dei componenti¹⁸, il nuovo testo in discussione è dentro il perimetro dei testi sovranazionali e in linea con gli indefettibili requisiti di terzietà e di indipendenza, è anche vero che, oltre la scelta di far durare la Presidenza dell'organo solo due anni e mezzo (non rinnovabili)¹⁹, criticabili appaiono sia l'assenza di una disciplina chiara sulla revoca²⁰, sia l'assenza di immunità funzionale per i componenti²¹.

Al di là di altri profili criticabili sotto il profilo tecnico²², una censura da questo punto di vista merita anche la discutibilissima scelta con cui, al momento di definire la procedura di nomina dei componenti (in controtendenza con quelle più funzionali disegnate da altri legislatori europei²³), si è optato per indebolire quei legami con la società civile che erano state immaginati dalle proposte di legge precedenti e che potrebbero essere essenziali per garantire una corretta individua-

nel settore dei diritti umani. Il presidente e i componenti della Commissione non possono svolgere alcuna attività nell'ambito o per conto di associazioni, partiti o movimenti politici».

¹⁸ Si veda il comma 3 dell'articolo 2.

¹⁹ Secondo quanto si legge al quarto comma dell'articolo 2 «il presidente della Commissione è eletto tra i componenti della Commissione dai componenti medesimi con votazione a maggioranza, rimane in carica per due anni e sei mesi e non può essere rieletto fino al termine del mandato». Può essere utile segnalare che, nella proposta S. 2303 Fedeli, la durata della Presidenza è allineata a quella del mandato di componente.

²⁰ Giustamente, F. LAJOLO DI COSSANO, *L'Autorità indipendente*, cit., segnala che il testo in discussione, al quarto comma dell'articolo 2, si limita semplicemente a prevedere che «con le stesse procedure adottate per la loro nomina, i componenti della Commissione possono essere revocati in qualsiasi momento qualora siano riscontrate manifeste violazioni dei doveri di ufficio e della garanzia di indiscussa moralità e integrità», ma non definisce chi è chiamato ad accertare il verificarsi delle cause che giustificano l'attivazione del procedimento di revoca. Lo stesso autore, pur proponendo una soluzione interpretativa facendo ricorso al nono comma dell'articolo 2, sottolinea che la sopravvenuta perdita delle condizioni di «riconosciuta indipendenza» non è espressamente inclusa tra le cause di revoca.

²¹ Secondo quanto si legge a questo proposito nelle *General Observation 2.3 del Global Alliance of National Human Rights Institutions*: «members and staff of an National Human Rights Institution should be protected from both criminal and civil liability for acts undertaken in good faith in their official capacity. Such protections serve to enhance the National Human Rights Institution's ability to engage in critical analysis and commentary on human rights issues, safeguard the independence of senior leadership, and promote public confidence in the National Human Rights Institutions».

²² Ad esempio, F. LAJOLO DI COSSANO, *L'Autorità indipendente*, cit., sottolinea come non si definiscano limiti di età per i componenti o come la durata quinquennale del mandato dei componenti dell'autorità, in abbinamento con il divieto di rinnovo, sia, specie se paragonata a quella di altre autorità amministrative indipendenti, troppo breve e rischi di indebolire l'azione dell'istituzione.

²³ Particolarmente interessante è il modello francese. Secondo quanto riporta F. SAVASTANO, *op. cit.*, «l'organismo francese prevede una commissione composta da ben 64 membri, con un meccanismo di selezione volto ad assicurare la piena rappresentanza di tutte le istanze sociali, dato il coinvolgimento di un Comitato cui partecipano il vice Presidente del Consiglio di Stato, il Presidente della Corte di Cassazione e il Presidente della Corte dei conti, e delle organizzazioni non governative, alle quali spetta la nomina diretta di ben trenta componenti; la stessa legge individua, peraltro, i settori sociali di cui i membri devono essere rappresentanti».

zione degli ambiti di azione concreta e l'effettività dei provvedimenti adottati²⁴; nella nuova formulazione del testo scompaiono sia l'opzione della proposta Scagliusi in favore della attribuzione di un numero di membri del collegio in rappresentanza delle diverse componenti sociali, sia l'opzione della proposta Quartapelle in favore dell'audizione dei candidati e della consultazione delle organizzazioni non governative più rappresentative della società civile.

Un terzo problema e più grave problema è relativo alle pesanti limitazioni alle previsioni che limitano l'autonomia reale dell'istituzione che si cerca di creare e che in caso di approvazione uscirebbero dal perimetro definito dal diritto internazionale e potrebbero produrre cortocircuiti con l'idea sostanzialista di stato costituzionale che si è scelto di adottare come parametro. Infatti, sebbene il secondo comma dell'articolo 2 si premuri a stabilire che «è dotata di autonomia organizzativa, funzionale e finanziaria, di proprio personale e di una propria sede», altre disposizioni del testo in esame rappresentano delle minacce al principio affermato. In particolare, ci si riferisce al terzo comma dell'articolo 4 che stabilisce che affida il compito di organizzare l'Autorità ad un regolamento adottato, previa proposta e previo parere dei ministri competenti, dal Presidente del Consiglio dei ministri²⁵. È appena il caso di sottolineare quanto siano concreti i rischi di ingerenza comportati da una disposizione secondo cui l'Autorità è costretta a rivolgersi al Presidente del Consiglio dei ministri ogni qualvolta ritenga necessario modificare la sua organizzazione.

Infine, un quarto ordine di problemi riguarda la definizione dell'ambito di azione del soggetto che si tenta di istituzionalizzare. In questo senso, occorre rilevare come, specie se osservato in chiave comparatistica, l'articolo 3 del progetto in esame disegni un soggetto con competenze poco definite e con poteri deboli e di natura essenzialmente consultiva. Sotto il primo profilo risultano poco chiare le modalità di interazione sia con i soggetti che si occupano di diritti umani all'interno dello scenario internazionale, sia con tutti quei soggetti che, come l'Autorità garante per le comunicazioni o l'Autorità garante per la protezione dei dati personali, sono stati investiti della missione istituzionale di tutelare specifici diritti: mentre sul piano delle relazioni 'interne' ci si limita a parlare di collaborazione «con le autorità e le istituzioni e gli organismi pubblici a cui la legge attribuisce, a

²⁴ Critico su questo punto anche F. LAJOLO DI COSSANO, *L'Autorità indipendente*, cit..

²⁵ Più precisamente, secondo la disposizione analizzata, «con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e per la pubblica amministrazione, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti e sentita la Commissione, è adottato, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, il regolamento concernente il funzionamento, la dotazione organica, l'organizzazione interna, i bilanci, i rendiconti e la gestione delle spese, le funzioni del direttore dell'ufficio di segreteria nonché le procedure e le modalità di reclutamento del personale dell'ufficio».

livello centrale o locale (...), specifiche competenze in relazione alla protezione dei diritti umani e al contrasto alle discriminazioni» e a prevedere «nei temi di reciproca competenza» una «sinergia con il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale e l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza²⁶», sul piano delle relazioni 'internazionali', oltre al generico riferimento alla collaborazione con le principali organizzazioni internazionali e con le omologhe Autorità presenti in altri paesi, si prevede la possibilità che vengano «demandate funzioni derivanti dagli impegni internazionali previste da leggi di esecuzione di convenzioni internazionali in materia di diritti umani²⁷». Al di là dell'evanescenza di formule che difficilmente riusciranno a delimitare gli ambiti di intervento e a prevenire conflitti di competenze sia positivi che negativi, a preoccupare di più è il secondo profilo. Infatti, malgrado una sensazione differente possa desumersi dall'articolato catalogo che alla missione divulgativa²⁸ e di studio²⁹, tra le altre cose affianca poteri di vigilanza³⁰ e di consulenza³¹, di raccordo³², occorre rilevare che l'unico potere esercitabile in completa autonomia è quello di inchies-

²⁶ Così, il comma 1, lettera E dell'articolo 3.

²⁷ Così, il comma 4 dell'articolo 3.

²⁸ Si veda il comma 1, lettera C, dell'articolo 3 dove si statuisce che il nuovo soggetto può «promuovere la cultura dei diritti umani, della parità di trattamento e del contrasto alle discriminazioni promuovendo campagne di informazione e coinvolgendo, attraverso percorsi educativi e informativi, le istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado».

²⁹ Si veda il comma 1, lettera H, dell'articolo 3 dove si statuisce che il nuovo soggetto può «promuovere studi, ricerche, corsi di formazione e scambi di esperienze, in collaborazione anche con le associazioni e con gli enti di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, con le altre organizzazioni non governative operanti nel settore e con gli istituti specializzati di rilevazione statistica, anche al fine di elaborare linee guida in materia di lotta alle discriminazioni».

³⁰ Si veda il comma 1, lettera A, dell'articolo 3 dove si statuisce che il nuovo soggetto può «vigilare sul rispetto dei diritti umani e su eventuali abusi perpetrati ai danni di popoli, in Italia, con riferimento al diritto interno e alle norme e ai trattati internazionali». Alla lettera B della stessa disposizione, invece, si prevede il compito di «vigilare sulla parità di trattamento e sull'operatività degli strumenti di tutela, per la rimozione di qualsiasi forma di discriminazione fondata sulla nazionalità, sul sesso, sulla razza, sulla lingua, sulla religione, sulle opinioni politiche e sulle condizioni personali e sociali».

³¹ Si veda il comma 1, lettera M, dell'articolo 3 dove si statuisce che il nuovo soggetto può «fornire assistenza e rendere pareri alle amministrazioni pubbliche e ai soggetti privati che intendano inserire nei programmi di formazione e aggiornamento del personale le materie relative al rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e della parità di trattamento. Inoltre, promuove, nell'ambito delle categorie professionali, l'inserimento nei codici di deontologia di norme per la promozione e la protezione dei diritti umani e il contrasto alle discriminazioni nonché per il controllo della loro attuazione, anche avvalendosi dei soggetti deputati ai controlli e alle segnalazioni».

³² Si veda il comma 1, lettera F, dell'articolo 3 dove si statuisce che il nuovo soggetto può «redigere una relazione annuale alle Camere e al governo sull'attività svolta, sullo stato di attuazione degli atti internazionali concernenti la promozione e la protezione dei diritti umani in Italia e all'estero, sul rispetto dei diritti umani e sull'effettiva applicazione del principio di parità di trattamento e l'efficacia dei meccanismi di tutela e rimozione delle discriminazioni».

ta³³, mentre l'attribuzione in ambito paralegislativo e paragiurisdizionale non è autonoma e per essere effettiva necessita dell'intervento o della mediazione di altri soggetti istituzionali come il governo o l'autorità giudiziaria: sia la possibilità di assistere la parte in giudizio con le forme dell'articolo 425 del codice di procedura civile³⁴, sia la possibilità di presentare al governo proposte di modifica legislativa³⁵ sono emblematiche della funzione sussidiaria che si intende attribuire alla nuova istituzione.

IV. Conclusioni. L'uovo e la gallina. L'istituzione di un'autorità nazionale per i diritti umani di fronte alla crisi dello stato costituzionale

Una volta scartata l'astratta incompatibilità con l'idea di stato costituzionale occorre evidenziare che le criticità del testo appena esaminato non sembrano essere insormontabili ed è anzi verosimile che, durante le fasi successive dell'*iter* parlamentare, si possano definire soluzioni migliori. A questa conclusione spinge anche la considerazione del fatto che, come già ricordato, esistono anche altri disegni di legge orientati a dare attuazione concreta ai «principi di Parigi». Peraltro, anche qualora in sede parlamentare non si dovesse arrivare a definire soluzioni tecniche ottimali, pare possibile ipotizzare che attraverso interventi successivi mirati si possano comunque arginare i possibili problemi di costituzionalità per via interpretativa o per via di prassi: con la sola eccezione, forse, della disposizione con cui si impone un regolamento del governo per disciplinare l'organizzazione del nuovo soggetto, è difficile immaginare che l'inopportuna scelta di scartare le proposte Scagliusi e Quartapelle in materia di scelta dei componenti possa essere ritenuta meritevole di una censura da parte del giudice costituzionale. La stessa cosa potrebbe dirsi in relazione al problema della possibile sovrapposizione con altre autorità.

³³ Si veda il comma 1, lettera D, dell'articolo 3 dove si statuisce che il nuovo soggetto può «svolgere, nel rispetto delle prerogative e delle funzioni dell'autorità giudiziaria, inchieste al fine di verificare l'esistenza di fenomeni discriminatori e il rispetto dei diritti umani».

³⁴ Si veda il comma 1, lettera C, dell'articolo 3 dove si statuisce che il nuovo soggetto può «fornire assistenza, nei procedimenti giurisdizionali o amministrativi intrapresi, alle persone che si ritengono lese da comportamenti discriminatori, anche secondo le forme di cui all'articolo 425 del codice di procedura civile».

³⁵ Si veda il comma 1, lettera E, dell'articolo 3 dove si statuisce che il nuovo soggetto può «formulare raccomandazioni e pareri al governo e alle Camere su questioni connesse alle discriminazioni e al rispetto dei diritti umani, nonché proposte di modifica della normativa vigente, anche sulla base degli elementi emersi dall'attività di vigilanza di cui alle lettere a) e b). In particolare, può promuovere la firma o la ratifica degli accordi internazionali in materia di diritti umani e di contrasto delle discriminazioni. Il Governo sottopone al parere della Commissione i progetti di atti legislativi e regolamentari che possono avere un'incidenza diretta o indiretta su tali diritti».

Al netto delle soluzioni che potranno essere individuate, però, a non convincere è l'inquadramento generale della vicenda. Per un verso è certamente vero che con i disegni di legge in questione l'ordinamento italiano sembra essere in procinto di definire una questione lasciata irrisolta da trenta anni. I primi commentatori hanno già evidenziato i vantaggi di un'operazione di questo tipo segnalando come, sul piano internazionale, essa consenta un recupero di credibilità del paese e la partecipazione a consessi strategici e, sul piano interno, possa in una qualche misura aiutare a tamponare tempestivamente situazioni emergenziali come quelle verificatesi in epoca di crisi pandemica o quelle determinate dai progressi tecnologici³⁶. Tuttavia, per contro, non si può fare a meno di sottolineare la debolezza complessiva di un impianto anacronistico: più che confrontarsi con gli attuali scenari di crisi dello stato costituzionale, l'apparato normativo pare orientato ad un passato che non esiste e, invece di costituire un'autorità amministrativa indipendente in materia di diritti umani che svolga una funzione di contropotere, punta ad istituzionalizzare un soggetto che, al più, può essere capace di svolgere un'apprezzabile funzione di sussidio, ma inidoneo a fungere da effettivo puntello contromaggioritario del sistema democratico. Un primo indizio in questo senso è offerto dalla forma scelta: se è vero che, nell'ordinamento italiano, la natura di legge ordinaria è comune a tutte le autorità esistenti, è altrettanto vero che queste sono state pensate in contesti storici in cui alcune contraddizioni erano meno evidenti e che i nuovi soggetti dovrebbero godere di garanzie rinforzate per evitare che una maggioranza parlamentare possa abusare dei suoi poteri. La costituzionalizzazione delle norme istitutive potrebbe pure avere l'effetto di sdrammatizzare possibili sovrapposizioni di competenze con le altre autorità interne e, sulla falsariga di quanto realizzato nel Regno Unito, si potrebbe immaginare una progressiva incorporazione dentro un soggetto unitario. Una seconda indicazione ci proviene dall'osservazione comparata che ci mostra come altri ordinamenti abbiano dotato le loro Autorità nazionali di poteri assai più penetranti: mentre in Francia è stata prevista la possibilità di presentare proposte di legge, il *Defensor del Pueblo* spagnolo può presentare ricorso diretto davanti al giudice costituzionale o suggerire alla Pubblica amministrazione l'annullamento in autotutela dell'atto impugnato.

In conclusione, sembra dunque lecito chiedersi se, al netto dei miglioramenti tecnici che possono (e devono) essere apportati dai lavori parlamentari e dalla prassi successiva, anche al costo di rallentare l'adozione di un provvedimento atteso da tanto, non sarebbe opportuno un ripensamento complessivo dell'impianto normativo. Non tanto perché questo potrebbe essere in contrasto con l'idea di stato costituzionale. Quanto piuttosto, perché, a condizione di una costituzionalizzazione dell'Autorità e di un potenziamento dei suoi poteri 'quasi-legislativi' e

³⁶ Così, sia F. SAVASTANO, *op. cit.*, che F. LAJOLO DI COSSANO, *L'Autorità indipendente*, cit.

‘quasi-giudiziari’, può rappresentare un’importante opportunità per fare un prezioso esercizio di «resilienza costituzionale». Un passo indietro, per provare a farne due avanti e per provare a prendere sia l’uovo dell’ottemperanza alle richieste dell’ordine giuridico internazionale che la gallina della stabilizzazione resiliente dello stato costituzionale.

2

La justicia

EL VOTO PARTICULAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Magistrada del Tribunal Constitucional

I. Introducción

Desde el inicio de la justicia constitucional, algunos temas de la teoría general del derecho adquieren una mayor importancia en la doctrina española como consecuencia de la revitalización de ciertos institutos jurídicos que conectan la actividad interpretativa de las normas con nuevos parámetros surgidos de la constitución y su desarrollo legislativo.

Puede ser el caso de la institución del voto particular en las resoluciones judiciales que tiene un reconocimiento constitucional en nuestro ordenamiento en el art. 164 de la CE cuando al regular la publicación de las sentencias del tribunal constitucional, ordena que también se publiquen los votos particulares si los hubiere.

La institución del voto particular supone en el ordenamiento jurídico de España un elemento dinamizador de la jurisprudencia capaz de calificar la justicia desde una pluralidad de significados, con relación a la situación anterior a la Constitución en la que la votación de los jueces y tribunales ordinarios no permitía una explicación de la disidencia del voto, al tiempo que se conservaba el secreto de las deliberaciones y las votaciones. Y desde este punto de vista, el cambio que produce en la dogmática jurídica tradicional no tardará en dejarse ver en la jurisprudencia, en cuanto que el papel del juez en un tribunal colegiado puede llegar a adquirir más importancia desde el punto de vista de la teoría general del derecho que la sentencia aprobada por la mayoría.

Y esto es así porque el entendimiento de la disidencia en el proceso de aplicación del derecho exige el cambio de modelo acerca de la propia naturaleza de las normas jurídicas y su flexibilidad, pero también por extensión, de los modelos de producción de las normas jurídicas y su necesaria versatilidad. A una concepción

clásica del derecho como estructura normativa de indagación y búsqueda de sentido, se sucede por la posibilidad del voto particular, una multiplicidad de sentidos que se manifiestan en la norma, en función de múltiples lecturas, que no solo indagan ese sentido único, sino que hacen posibles consecuencias distintas, todas ellas igualmente admisibles, con independencia de que sean o no determinantes del fallo, o solamente se expliciten como distintas opciones.

La rápida incorporación del voto particular al resto del ordenamiento jurídico desde la formulación de la LOPJ ha universalizado en el derecho la institución de la disidencia como un síntoma de la versatilidad del derecho y el respeto al pluralismo y a otros valores relacionados con el campo interpretativo de las normas en un estado democrático.

A estos y otros efectos del voto particular responde la intención de contribuir al libro que hace homenaje al compañero que en la vida académica he tenido la felicidad de acompañar y cuyo trabajo sobre el voto particular abrió en su día un campo de estudio en la disciplina que ha producido una obra importante en las teorías interpretativas del derecho.

II. El voto particular y su posición en el ordenamiento jurídico

1. LA RELACIÓN DEL VOTO PARTICULAR CON LAS TEORÍAS GENERALES DEL DERECHO

El estudio del derecho se relaciona hoy con diferentes disciplinas de las que obtiene una clara influencia, y a su vez determina y condiciona otras de las ciencias sociales y políticas. La dogmática jurídica tiene mucho que ver con las corrientes del pensamiento científico, y comparten por lo tanto una metodología.¹

Las teorías del derecho que se relacionan con un concepto de las normas desde el pluralismo interpretativo, tienen que ver y hasta cierto punto son determinantes, de la posibilidad de que los jueces que forman parte de un tribunal, puedan explicitar sus posiciones contrarias a las de la mayoría, tanto respecto del fallo como del razonamiento que lleva a el. Y en ese sentido conviene hacer una reflexión sobre la evolución en el campo interpretativo del derecho y las posibilidades que desde ese paradigma interpretativo quepa o no considerar la posibilidad de dar entrada en el ordenamiento a los votos particulares.

Así en lo que se refiere a las teorías que consideran la interpretación como un proceso por el que el operador jurídico no crea el derecho, sino que su función se

¹ Sobre la relación del derecho con otras disciplinas M. L. BALAGUER, (2023). *Derecho, sexo y filosofía*. Comares. Granada.

limita a analizar en que norma del ordenamiento cabe considerar comprendido el supuesto de hecho que se juzga, su actividad ha de ser la de encontrar cuál es la norma aplicable mediante el método subsuntivo que lleva rectamente a su aplicación. Esta tesis, que por extensión lleva a la teoría de la única solución correcta, considera que existe una sola interpretación correcta y, por lo tanto, considerará que el voto particular que se aleje de la mayoría, será disfuncional en la medida en que niega esa solución.

El modelo de poder judicial que la Constitución diseña, gira en torno a dos puntos no siempre conciliables, y de los que pueden surgir contradicciones insuperables: de una parte, la exigencia de la motivación, establecida en el artículo 120 de la Constitución, y considerada dentro del contenido esencial del derecho de tutela judicial efectiva, y, de otra parte, la sumisión del juez a la ley. No siempre el juez puede construir una sentencia motivada acatando una ley, porque nada garantiza que el contenido de la ley sea racionalmente justo en sí mismo, para permitir una motivación suficiente dentro de la independencia del juez. Y ello porque se ha partido de la base de que hay dos categorías perfectamente identificables, que, sin embargo, no lo son, la justicia que se busca en la motivación y la racionalidad que se supone en la ley².

Por consiguiente, si queremos crear una teoría adecuada de la interpretación judicial de las normas, es de todo punto exigible que centremos el concepto de la función jurisdiccional desde la interpretación que los jueces realizan en la aplicación del derecho, y no como ha venido haciéndose hasta hace poco, desde la sumisión a la ley³. Pero, en todo caso, hay que tener en cuenta que la jurisdicción constitucional ha reformulado de manera indirecta, la sujeción del juez a la ley, que deberá serlo en cuanto a la interpretación que de ella realice el TC⁴.

² Belaid ha puesto de manifiesto cómo el origen de la concepción clásica de la función jurisdiccional ha tenido como importante consecuencia que esta se considere en una subordinación a la ley como fuente central del derecho, que no es real. «Les faits ont montré que fixer le droit n'est pas le monopole du législatif et que même si dans les temps modernes le rôle de celui-ci s'est accru, il n'est pas devenu exclusif. La conception unitaire des sources du Droit doit être abandonnée pour laisser la place à une conception pluraliste, seul cadre valable pour expliquer le caractère créateur et normatif de la fonction juridictionnelle». BELAID, S (1974). *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*. Bibliothèque de Philosophie du Droit, vol. XVII (p. 261).

³ Para K. Larenz, la diferencia entre que el juez esté sometido a la ley o al derecho, es especialmente relevante en el método subsuntivo, de relativa inoperancia, en cuanto que la aplicación del derecho exige otras funciones de adaptación, no expresamente previstas en la operación meramente lógica de la subsunción. El operador «tiene que tomar la ley como expresión de una voluntad del legislador orientada hacia pensamiento jurídico en conexión con el conjunto del ordenamiento jurídico y obviamente de los principios que el ordenamiento lleva consigo y que van más allá de la ley». LARENZ, K. (1990) *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Civitas (p. 171).

⁴ ZAGREBELSKY, G (1988). *La giustizia costituzionale*. Il Mulino, (p. 505). No solo en cuanto tiene siempre abierta la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, que le evitará

Por ello, hay que entender que la sumisión del juez al derecho no implica necesariamente la sumisión a la ley, sino, en todo caso, a un sistema de fuentes establecido.⁵ Si consideramos la posibilidad de que el juez se mueva, no en el ámbito de la ley, sino en el del ordenamiento, la función jurisdiccional tiene una centralidad propia y definida en el marco del conflicto de intereses que marca la actividad jurisdiccional⁶. Y podemos asimismo abandonar la idea de que la subsunción da cuenta real de la interpretación de las normas, y buscar una importante fuente de legitimación en las mismas resoluciones judiciales⁷.

De este modo, el juez ha de convencer, no solo a las partes, sino a un auditorio, potencialmente universal.⁸

Se trata de poner en relación la exigencia de la motivación, con las insuficiencias metodológicas de la lógica formal, ya que la necesidad de argumentar las decisiones judiciales trae consigo la necesidad de una lógica de la argumentación.⁹ Y, por tanto, la necesidad de controlar este uso de la argumentación, e intentar formular una teoría acerca de una lógica de la argumentación, pues de lo contrario se estará en la creencia de que la decisión judicial se conduce por una lógica formal, cuando en realidad se está utilizando la lógica retórica.¹⁰

De este modo, a las teorías de la subsunción se suceden las teorías de la argumentación, que, partiendo de la inevitabilidad creadora del juez, intentan conocer y controlar los factores que intervienen en el proceso de decisión,¹¹ de manera

siempre aplicar una ley injusta (el contenido material de justicia constitucional va a permitir que, de manera casi universal, el criterio de constitucionalidad penda sobre cualquier ley), sino que, además, las sentencias que produce el TC son de obligado seguimiento por el juez.

⁵ Respecto de la relación, entre la independencia y la vinculación del juez a la ley, ver I. de OTTO, (1989), *Estudios sobre el poder judicial*, Ministerio de Justicia, (p. 171 y ss.).

⁶ «Elle consiste à régler, sur la base du Droit et suivant une procédure déterminée, les litiges qui peuvent surgir entre les sujets de Droit». S. BELAID, *op. cit.*, p. 263.

⁷ Con fundamento en Habermas y en otros autores (Popper), se ha pretendido enmarcar la aplicación judicial del derecho en una actividad de diálogo social. Para algunos autores este diálogo, al ser figurado, es tanto más engañoso cuanto el juez elabora solo las preguntas y las respuestas. Lo que D. Simon llama «una discusión metaética de las consecuencias» no está garantizado porque «no solo queda sin respuesta la pregunta sobre el tipo de valores hacia los que ha de orientarse la interpretación, sino que también queda pendiente el problema respecto al cómo se han de hacer operativas tales estrategias de fundamentación». D. SIMON, (1985). *La independencia del juez*. Ariel. BARCELONA, (p. 121).

⁸ Para Rodríguez Mourullo, a las partes, a los tribunales superiores, al resto de los jueces, y a cualquier ciudadano. RODRÍGUEZ MOURULLO, G (1988). *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*. Cívitas (p. 23).

⁹ *Ib.*, (p. 36).

¹⁰ *Ib.*, (p. 39).

¹¹ HASSEMER, W. (1992). Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley, en *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Debate (p. 202). Muy importante el control, por lo tanto, de unos «espacios de decisión» de los que el juez dispone al crear el derecho (p. 215).

que el juez ha de tomar una decisión, y esto le exige optar por una, entre un número indiferenciado de posibilidades, todas ellas posibles, aunque la decisión final exija también que sea adecuada al supuesto de hecho que se le presenta. Por ello, se hace preciso que la legitimidad se base en una comunicación intersubjetiva, en el mutuo reconocimiento a través del discurso, de que una decisión es acertada o errónea, según pautas previamente establecidas por medio de un lenguaje común¹².

El voto particular parte de que en el derecho no hay una sola y única solución correcta, sino un pluralismo interpretativo que posibilita diferentes opciones. G. Cámara pone de manifiesto esta cuestión relacionando la actividad interpretativa con el voto particular¹³.

En la medida en que la interpretación judicial ha de basarse en la racionalidad que se presume ínsita en la norma constitucional, el voto particular es la garantía de que el derecho va a evolucionar en su aplicación¹⁴, y al mismo tiempo, sirve para poner de manifiesto que la interpretación de las normas admite una pluralidad indeterminada de sentidos, con independencia de que es la mayoría la que pronuncia un fallo vinculante¹⁵, lo que ciertamente está en la base misma de la institución de voto particular, cuyo sentido es precisamente el de disentir de la interpretación de la mayoría del tribunal¹⁶.

¹² Si bien las sociedades complejas ya no se cohesionan intersubjetivamente, a través de una comunicación de los individuos, sino de una integración sistémica, con lo que el sistema político adquiere una autonomía privilegiada. A esto se une un lenguaje que pretende ser universal, reformulando conceptos clásicos elementales como democracia, poder, dominación, etc. *Ib.*, (p. 157).

¹³ El voto particular es la «evidencia misma de la «peculiaridad» de las normas y de la interpretación constitucionales». CÁMARA VILLAR, G (1993). *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español*. Ministerio de Justicia (p. 13). Sobre la funcionalidad que muestra el voto particular en cuanto al desarrollo de la jurisprudencia constitucional (permitiendo que los jueces del TC puedan expresar juicios que en el futuro se conviertan en mayorías), CASCAJO CASTRO, J. L. (1986). «La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española». *RECD*, n.º 17. (p. 183 y ss). A través de los votos particulares, las minorías pueden llevar al convencimiento a la mayoría del tribunal e invertir el sentido de su argumentación, consiguiendo imponer su razonamiento para resoluciones posteriores. EZQUIAGA GANUZAS, F. J (1990). *El voto particular*. CEC (p. 89).

¹⁴ G. CÁMARA, *op. cit.*, (p. 14).

¹⁵ EZQUIAGA pone de manifiesto cómo la primera causa de votos particulares han sido las discrepancias interpretativas. *Op. cit.*, (p. 124). Claramente los arts. 14, 20 y 24 CE, donde confluyen dos circunstancias muy concretas: primero se trata de normas de máxima apertura y, segundo, de derechos fundamentales ejercitados de forma casi permanente.

¹⁶ El TC ha considerado también la «heterogeneidad interpretativa», como perfectamente constitucional, con los límites del art. 24 de la Constitución (SSTC 148/94, de 12 de mayo, y 182/94, de 20 de junio).

2. LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN EL PROCESO

Una teoría normativa se presenta como un conjunto ordenado y completo de valoraciones y de directivas para encauzar esa actividad. Es lógicamente una construcción ideal, que en la práctica se presentará como una serie de elementos que se ha denominado la ideología de la interpretación.¹⁷

Los valores estáticos serían la certeza, la previsibilidad y la estabilidad, pero esa correspondencia exige también un lenguaje legal que debe ser interpretado conforme a ciertos cánones lingüísticos. Esta interpretación hace referencia, fundamentalmente, a los juicios de constitucionalidad de las leyes que el TC lleva a cabo mediante el control de constitucionalidad de esas normas, pero esta no es la actividad exclusiva, ni siquiera puede que la mayoritaria de un TC de hoy, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. La deriva de las constituciones del Estado social lleva a la defensa de las minorías, de los derechos fundamentales, del reconocimiento incluso de nuevos derechos y de una actividad interpretativa poco exigente con la metodología tradicional en materia interpretativa.

La negación de la tesis de la única solución correcta descansa en la lógica interpretativa misma, que evita crear un dogma si se trata de llegar a la verdad. De ese modo, la operación por la que el juez debe conducir su razonamiento estará delimitada por el texto y el correcto seguimiento de una doctrina previa, así como la justificación de un cambio de criterio.¹⁸

Este acercamiento a la verdad lo expresa el ordenamiento jurídico mediante una serie de instituciones que se basan todas ellas en una idea de unificación de criterios en torno a la búsqueda de una verdad al menos formal. Así, el recurso de casación por infracción de ley, el precedente, la certeza y la seguridad jurídica son instituciones que se acercan a un entendimiento del derecho basado en la posibilidad de encontrar una solución correcta para cada caso. Naturalmente, la finalidad de estas instituciones está en la unidad del ordenamiento, y en la evitación de una dispersión incontrolada de criterios de interpretación, pero la posibilidad de que pueda crearse, al menos mediante una ficción jurídica, un concepto de verdad se ha formado en la idea histórica de que es posible llegar a una única solución correcta. También hay instituciones en nuestro derecho positivo que relativizan la posibilidad de una sola respuesta en el derecho, sobre todas ellas, la institución del voto particular, y la de la llamada «interpretación conforme».

¹⁷ J. WROBLEWSKI, (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Civitas. MADRID, (p. 69 y ss).

¹⁸ Las funciones de la interpretación constitucional no se dirigen solamente a los jueces, son de tres tipos, orientación al legislador y por tanto a la actividad parlamentaria, en el caso de la aplicación directa de los Derechos Fundamentales como nuestra Constitución, a los criterios de aplicación, y la de control de las leyes una vez promulgadas. *Ib.*, (p. 93-94).

Superando esa ficción, puede verse cómo cabe más de una solución correcta, y cabe, pues, más de una decisión judicialmente correcta.¹⁹ Depende la corrección de esa decisión de que se haya llevado a cabo respetando el proceso racional²⁰ que imponen las fuentes y las premisas. Ahora bien, puesto que la elección de las premisas no está reglada, no puede coincidir el resultado²¹.

La decisión judicial se puede considerar, desde un punto de vista formal, como el término de un proceso de racionalidad compartida, por el que el juez pone fin a una controversia entre las partes. Esta decisión es el resultado de un proceso lógico que se efectúa en función de las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico vigente en un Estado, y depende de la aplicación de unas normas que han sido previamente determinadas conforme a un criterio de validez.²²

Algunos autores consideran que el derecho ofrece diferentes soluciones en los principios, y el juez debe realizar una tarea tan exhaustiva como sea necesaria para averiguar, a través de los principios, la única respuesta correcta. La respuesta no es única, pero solo una es la correcta²³. Es cierto que cabe una pluralidad de sentidos interpretativos distintos, que vienen dados por las diferentes convicciones de cada juez, pero este, a su vez, también viene obligado a realizar un esfuerzo de objetividad.

En realidad, la interpretación, como proceso de adecuación de lo general a lo particular, es la del marco en que se ha de mover el intérprete.²⁴ La determinación nunca es completa, de manera que siempre queda un margen de discrecional-

¹⁹ M. L. BALAGUER CALLEJÓN, El axioma *in claris non fit interpretatio* y la posibilidad de una sola respuesta. En *Estudios de teoría del estado y derecho constitucional en honor a Pablo Lucas Verdú*. Vol. 2. (p. 684 y ss).

²⁰ Sobre la racionalidad, piensa M. Atienza que «una decisión está racionalmente justificada si y sólo si: 1) respeta los principios de consistencia, de universalidad y de coherencia, 2) no elude la utilización como premisa de alguna fuente de derecho de carácter vinculante; 3) no desconoce la existencia de hechos probados en la forma debida, y 4) no utiliza como elementos decisivos de la fundamentación, criterios éticos, políticos, etc., no previstos específicamente» (M. ATIENZA. (1993). *Tres la justicia*, Ariel, (p. 174). Ahora bien, una decisión que cae fuera de la racionalidad formal no por ello ha de ser arbitraria. Una decisión jurídica es razonable si y sólo si: 1) se toma en situaciones en que no se podría o no sería aceptable adoptar una decisión que respete los criterios de la racionalidad formal; 2) logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión, y 3) obtiene un máximo de consenso». *Ib.*, (p. 175).

²¹ Porque se basa en intereses contrapuestos, pero esto no significa una corrección procedimental y una búsqueda de esa respuesta como el fin al que hay que tender (R. ALEX, (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. CEPC. Madrid. (p. 302).

²² Sobre la relación entre la actividad interpretativa del juez constitucional, ver BALAGUER CALLEJÓN, M. L. (2022). *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*. Ed. CEPC. Madrid. (Pp. 80 y ss).

²³ R. DWORKIN, (1984). *Los derechos en serio*. Ariel. (p. 177 y ss).

²⁴ Kelsen, H. (1960). *La teoría pura del derecho*. Edit. Universitaria de Buenos Aires. (p. 350).

lidad en el que opera el aplicador del derecho²⁵, lo que lleva a la inevitable consecuencia de que hay varios sentidos en la norma susceptibles de aplicación.

Dicho esto, la cuestión se centra en determinar si, de todas las soluciones posibles dentro de ese marco, hay una que se pueda determinar cómo más correcta, con exclusión de las demás.

Es evidente que desde la posición que en el campo interpretativo hemos descrito es como se puede arbitrar la de los votos particulares y su valoración. Para quienes consideran el derecho como un descubrimiento de la finalidad, sentido y valor de la norma jurídica, que solo tiene una sola solución y no admite sino esa como correcta, no siéndolo ninguna de las otras, la disidencia no puede encontrar justificación y el voto particular se considerará un apartamiento de la verdad de la mayoría, lo que sería entender la disfuncionalidad de los votos, que no deberían regularse para no expresar discrepancia a la verdad obtenida en el proceso interpretativo.

De ahí se desprenden algunas otras consideraciones, la primera sería la de la reserva con la que se debe llevar el proceso, dando la mayor discreción posible y la menor publicidad para no deslegitimar una resolución judicial que no haya sido tomada por unanimidad y se podría ver desautorizada en función de los votos contrarios a la mayoría.

Lo que la realidad de hoy muestra en el derecho es, sin embargo, que las votaciones en general se corresponden con la diversidad y el pluralismo social de los procedimientos judiciales, así como a la complejidad y grado de dificultad de su resolución, y en ese sentido, la composición del tribunal responde al mismo pluralismo social, de manera que en aquellos temas valorativamente más neutros o que tienen poco que ver con la ética o convicciones sociales, las votaciones son frecuentemente poco problemáticas e incluso de apoyo total a las sentencias, y a medida que los temas sobre los que esta verse sean cuestionados, la divergencia va siendo mayor, y alcanza la mayor polarización en asuntos éticos o de afectación social relacionados con el derecho a la vida, a las libertades o derechos sociales, de afectación general a las personas.

La institución del voto particular ha sido recurrente a lo largo de la historia del derecho y tiene un punto de variación en los dos grandes sistemas jurídicos de referencia cultural.

Es en el *common law* donde por las propias características del sistema se adopta inicialmente la posibilidad de hacer pública la disidencia respecto de una resolución judicial, a través de un voto particular en el que se exponen junto con la sentencia,

²⁵ «Resulta así que todo acto jurídico, sea un acto de producción del derecho, sea un acto de pura ejecución, en el cual el derecho es aplicado, solo está determinado en parte por el derecho, quedando en parte indeterminado». *Ib.*, (p. 350).

las razones de una votación contraria a la mayoría del tribunal. Y esta institución se ha trasladado al sistema continental. Es cierto que también en el *civil law* se puede hablar de avances y retrocesos, en el que de manera tentativa tienen lugar normas de reconocimiento que posteriormente son derogadas, hasta que en algunos ordenamientos su implantación llega a ser definitiva, pero más allá de esa evolución histórica ha de reconocerse la importancia de la influencia del *common law* en la construcción de la posibilidad de disentir de manera pública en los tribunales colegiados, de aquellas resoluciones judiciales con las que se está disconforme.²⁶

Para indagar en los orígenes de la institución del voto particular o voto disidente, tanto en lo que se refiere a la manifestación de disconformidad con el fallo, voto discrepante, como a la fundamentación, voto concurrente, ha de estarse al sistema de jurisdicción difusa o de *common law* que desde EE.UU. formula los primeros votos de disconformidad y de los que el *civil law* tomaría cuenta en su importación a Europa.²⁷

Más allá de la similitud de ambos, hay una diferenciación entre *civil law* y *common law* cabe una clasificación más amplia, desde la disidencia a la concurrencia y esto con el resultado, el proceso de motivación o incluso una desviación parcial de la sentencia compartiendo el resto.

El origen y evolución de la institución en Europa ha de considerarse vinculado a las posiciones que en cada ordenamiento se sostienen en el marco de las respectivas constituciones, pero también de la importancia que se atribuye a otros valores y principios con los que se le relaciona.²⁸ En ese sentido, la valoración del voto se ha venido haciendo hasta fechas más recientes desde un punto de vista negativo en cuanto se prevé que puede obstaculizar determinados valores y la positiva en cuanto puede favorecer otros.

²⁶ Como una importación del T.S. de EE. UU. *stare decisis*, manifestaciones individuales que les hacían apartarse de la mayoría. *Dissentig opinions*. Y concurrentes o disidentes en función de que se disienta del razonamiento o del fallo. En J. RIDAURA MARTÍNEZ, (1989). «La regulación de los votos particulares en la Constitución Española de 1978». En E. Álvarez Conde. Ed. *Diez años de régimen constitucional*. Tecnos. Madrid.

²⁷ ANZON DEMMIG, A. (2020) en «Ripensando alle opinioni dei giudici costituzionali e all' legittimazione della corte». *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 5. (p. 2575) distingue entre la diferencia de los sistemas jurídicos del *civil law* y *common law* según que la jurisprudencia esté o no atada al *stare decisis*. Y el *civil law* no conoce hasta más tarde el voto particular por la irrelevancia de la tradición en las resoluciones judiciales, y la necesaria sujeción a la Ley escrita. Esto que en el campo interpretativo deja menos margen a la creatividad, se traduce en una teórica mayor unanimidad, aunque esto no debería ser relevante porque la traducción fiel de un debate que debe ser conocido para legitimarse, exigirá que se haga con la publicidad posterior del mismo. Para la autora este es un factor de legitimación democrática exigible en el pluralismo.

²⁸ Un estudio de las diferencias entre los dos sistemas de jurisdicción en M. A. AHUMADA RÚFZ, (2000). «La regla de la mayoría y la formulación de la doctrina constitucional. *Rationes decidendi* en la stc 136/1999» en *REDC*. N. 58. Enero-abril— 2000. (Pp. 155 y ss).

III. El voto particular en los órganos jurisdiccionales europeos

Desde el constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial los países de nuestro entorno dieron una diferente importancia a la expresión de la disidencia en los órganos jurisdiccionales. De una parte, se consideró que el voto podía contribuir de manera positiva a favorecer la legitimación de las resoluciones judiciales al permitir que constara el pluralismo y la versatilidad del derecho, de manera que se les consideró como el derecho del futuro, que haría posible alternativas en los fallos o fundamentación de las resoluciones judiciales, lo que en el derecho constitucional supondría un factor de progreso en la actualización permanente del texto constitucional y al mismo tiempo desarrollaría el campo de la motivación y el razonamiento de estas. También como una expresión del pluralismo político y del derecho de aquellos jueces a dar a conocer alternativas de solución de los conflictos.

Paralelamente en otros ordenamientos no se ha avanzado en el reconocimiento de estos valores y sigue sin regularse la institución del voto. Este último supuesto es paradigmático en el ordenamiento constitucional italiano y representa un modelo que nos permite estudiar la evolución de una doctrina de intensa actividad de reivindicación del voto, junto a numerosos intentos de regulación que hasta el momento no han llegado a consolidar esa actividad en un cambio legislativo.

1. EL TJUE

En el TJUE no se ha contemplado la regulación de los votos particulares y esto ha planteado hoy una cierta disfuncionalidad en un tribunal cuya diversidad de composición aconsejaría que se explicitara la disidencia por la importancia que debe tener en el seguimiento de su doctrina.²⁹

El TJUE no tiene reconocido el voto particular en su regulación, lo que puede entenderse en los momentos actuales como un importante déficit garantista. No parece muy explicable que en un tribunal que vela por los derechos de ciudadanos de diferentes estados, no tenga regulada la disidencia en su funcionamiento, y también es difícilmente entendible la ausencia de doctrina que haya analizado desde el derecho esa insuficiencia.

El conocimiento de un asunto por parte de este tribunal sienta una importante jurisprudencia para los ciudadanos que forman parte de la Unión, y las delibe-

²⁹ MORAGA MEJÍAS, M. A. (2018). «Los votos particulares y las disidencias en los tribunales internacionales confrontados al principio de publicidad. Un desafío a la Corte de Luxemburgo». En *Revista de estudios europeos*. N. 72.

raciones y el conocimiento de los desacuerdos de los jueces también; de hecho, en el estado español la jurisprudencia del TJUE se respeta en su alto parámetro de calidad, pero sería mucho más útil el conocimiento de las razones por las que junto a sus fallos se pudieran conocer las razones alternativas.

Sin embargo, aunque existan motivos que pudieran justificar que no se haya reconocido el voto particular en este tribunal, es necesaria una aproximación del TJUE a los estándares de publicidad de los demás tribunales internacionales y otros muchos nacionales, a fin de que se siga lo que ya es una norma habitual en todos los tribunales de justicia, de dar publicidad a las opiniones contramayoritarias a través de la incorporación de los votos particulares a las sentencias y, en su caso, a las resoluciones judiciales publicadas.

La corte de Luxemburgo debe instalar el voto en su regulación por estas razones: para converger con una regla general de la jurisdicción internacional. Homologación a los tribunales constitucionales de los estados parte de la UE. Aumentar la transparencia con la publicidad de la divergencia. Aumentar el valor de la legitimación de la UE. Acercar la Corte al ciudadano. Fortalecimiento del sistema judicial completo, y finalmente dotar de un rumbo de futuro a la UE. Hay difícil justificación si además tenemos en cuenta el número abultado de jueces que componen ese tribunal. El Tribunal de Luxemburgo está formado por 27 jueces, uno por cada estado miembro, con un mandato de 6 años.

Nadie puede pensar que un tribunal que ha de conformar el derecho comunitario en el que se encuentran hoy 27 estados, no pueda dar visibilidad a un ámbito interpretativo distinto en el que las disidencias hayan de silenciarse, ni tampoco será comprensible que pueda haber detrás de esa prohibición, en la que no hay peligro alguno en que se pueda expresar esta.

Esto permite concluir que el Tribunal de Luxemburgo sigue siendo un organismo alejado del ciudadano medio, con una gran construcción burocrática escasamente comprensible.

Este tribunal tiene el monopolio de la interpretación del derecho comunitario y debería ser el motor de avance de la UE. En el planteamiento de las cuestiones prejudiciales en los que ya el juez nacional al hacer la pregunta infiere sentidos a su respuesta, no tiene sentido alguno que no sean conocidas estas argumentaciones tanto a favor como en contra de las mayorías.

Hablamos de derecho interno de los estados y adecuación al derecho comunitario del que se pide su adecuación y no se admiten los votos. En el planteamiento de una cuestión prejudicial donde el juez eleva consulta, se parte ya de una interrogante que suscita una duda razonable, que, sin embargo, al ser hurtado el debate al conocimiento público, lo empobrece innecesariamente porque no hay un bien jurídico a proteger con ese sistema.

La regla de transparencia contrasta con ese secretismo injustificado, y con la exigencia de los principios de democracia y apertura de la UE.

La regla general en el nivel transnacional de un principio de publicidad, que se sigue en el TEDH, debería hacer reflexionar sobre ese sistema que crea una cierta disfuncionalidad poco justificada.³⁰

A juicio de algunos autores, no sería contrario a la legislación del TJUE la publicación de los votos disidentes, en la medida en que no están prohibidos, lo que daría pie a su publicación sin ninguna medida legislativa previa. En realidad esta afirmación, válida para todo supuesto en el que no hay prohibición expresa, aunque no esté tampoco expresamente permitidos, podría aplicarse a la Corte italiana y otros tribunales que hasta ahora no se han abierto a esa perspectiva, y que se podría considerar desde la misma libertad de expresión del juez e incluso desde la consideración del interés público de sentencias que se publican en los diarios oficiales pero hasta ahora no dan cuenta de una información completa como en los ordenamientos en los que están permitidos.

2. EL TEDH

Es el tribunal de aplicación de los derechos humanos y el convenio de Roma de 1950.

Desde su inicio el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha admitido la disidencia en sus resoluciones, de manera que el art. 49 del Convenio, que regula el procedimiento de las causas seguidas ante él, establece en su p. 1. que «La opinión del Tribunal será motivada. Y en el 2 que «Si la opinión no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, todo juez podrá formular una opinión separada». De manera que la separación de la mayoría está garantizada mediante la posibilidad de hacer publica esa diferencia.

El Reglamento de procedimiento del TEDH de 1998 ha sido modificado en noviembre de 2006 y en lo que respecta al art. 71 anterior, ahora art. 88.1 establece que: «las decisiones motivadas y las opiniones consultivas se emitirán por mayoría de votos de la Gran Sala. Se indicará el número de jueces que hayan constituido la mayoría». Y el punto 2 prevé que «Cualquier juez podrá, si lo desea, unir a la decisión motivada o a la opinión consultiva del TEDH, la exposición de su voto particular, concordante o discrepante, o una mera declaración de discrepancia»

³⁰ CAMONI RODRÍGUEZ, D. (2023). «Teoría, práctica y debate sobre el voto particular en España e Italia». *Fundación Giménez Díaz*, n. 3 extra. Estimula el overruling. Contradicción de un tribunal que cada vez se abre mas a la sociedad, pero no termina de regularse.

3. LA SITUACIÓN DE ITALIA

En Italia se ha sostenido un importante debate acerca de la posibilidad de disentir públicamente de la decisión de la mayoría en un tribunal colegiado en el que las posiciones de la doctrina no han conseguido hasta el momento cambiar la legislación que diera entrada a esta institución. Y ello pese a que, desde la década de los sesenta, han sido numerosos los esfuerzos que en el ámbito académico se han desplegado en este sentido.³¹

Las razones que se aducen para favorecer la institución del voto son comunes a las que se han avalado por la doctrina en cuyos ordenamientos se ha regulado, y su intensa deliberación proporciona prácticamente un paradigma para estudiar las justificaciones de un ordenamiento, en el que se exprese la disidencia favoreciendo criterios interpretativos alternativos, y una consideración del derecho ajustada a valores y principios capaces de conseguir un desarrollo más amplio de la jurisprudencia.

Así, por la doctrina italiana se considera que el voto favorece una mayor profundización al ampliar el campo de la deliberación, dando a esta un mayor dinamismo jurisprudencial, al incorporar y hacer públicas posiciones distintas a las de la mayoría, que puede dar cuenta de cambios sociales que se incorporan a la sentencia, haciendo progresar el derecho en relación con el contexto social, y también una mayor transparencia del ámbito decisorio en el que se desenvuelve ese debate, pero también el reconocimiento de la libertad individual de los jueces, y una mayor legitimidad democrática del órgano.³²

Esa mayor transparencia se correspondería con un mayor control social y legitimación democrática.³³ En lugar de a puerta cerrada, el voto particular favorece que haya unos tribunales más abiertos a los medios de comunicación, en una sociedad en la que los medios sostienen la opinión pública, no puede mantenerse en secreto la disidencia en el seno de un tribunal de posiciones diferentes, y su publicidad favorece la comprensión por parte de la sociedad de los elementos de convicción que dan base a una sentencia.³⁴

La evolución del voto en el ordenamiento jurídico italiano ha llevado un camino un tanto difícil, no culminado pese a los esfuerzos doctrinales para intentarlo. La ausencia de regulación en la Constitución italiana de 1947, ha servido de

³¹ SCAFFARDI, L. (1999). «L'introduzione dell'opinione dissenziente nei giudizi costituzionali». En *Studi parlamentari e di politica costituzionali*. N 124. Para Scaffardi la polémica de los votos particulares ha estado más presente en la doctrina constitucional que en la clase política. (P. 59).

³² LUIATTI, L. (1995). *Profili costituzionale del voto particolare. L'esperienza del Tribunale costituzionale spagnolo*. Giuffrè. Milano. (P. 12).

³³ *Ib.*, (Pp. 46 y ss).

³⁴ *Ib.*, (Pp. 57 y ss).

argumento para quienes consideran negativo el reconocimiento del voto para la justicia constitucional, pero quienes están a favor por el contrario aducen que esto no significa que tenga que ser necesariamente inconstitucional.

Así, tempranamente se formularon posiciones por autores como Mortati que, desde una concepción de la constitución material, cuya naturaleza está viva, exigía una pluralidad de sentidos y una explicitación de las diversas concepciones que permiten interpretar una norma jurídica, favoreciendo claramente el pluralismo y dando entrada a un debate mucho más amplio de lo que permite una sentencia que ignora posiciones contrarias a la decisión en que basa su fundamentación jurídica.

Sobre esta consideración se han llevado a cabo diferentes intentos de regulación del voto particular para la Corte constitucional italiana que de momento no han fructificado.

Así un intento de reforma en 1987 que no llega finalmente a materializarse, y que basaba su consideración en la realidad del reconocimiento de que hubiera votos contrarios que no podían ser explicados, y por ello se hacía necesario canalizar esa oposición a la mayoría en la propia sentencia.

En el proyecto de ley de 1997, de reforma constitucional, se llegó a un texto por parte de la comisión, que ya regulaba como las decisiones de la corte constitucional serían aprobadas con las eventuales opiniones disidentes de los jueces, pero no llegó a materializarse.

De manera que, pese a la abrumadora posición de la doctrina favorable al voto, porque quienes consideran positiva la regulación del voto ven como puede ser un refuerzo de la efectividad de la mayoría y producir una mayor adherencia de la conciencia social.³⁵

Sin embargo, la obstrucción a esta posición viene tanto de prejuicios sobre la apertura a la sociedad como de criterios que pretenden confundir aspectos del proceso como el secreto de las deliberaciones, con la explicitación de conductas separadas de las mayorías, y es que hay una clara diferencia entre opiniones disidentes y secreto de las deliberaciones.

Pero de la necesidad de mantener en secreto las deliberaciones, no se desprende que el voto sea negativo; no tienen por qué coincidir, son diferentes situaciones y expresan diferentes sentidos en relación con la disidencia, porque no se refieren al ámbito personal del votante sino al conjunto de la discusión argumental que como proceso se sigue en una sesión de deliberación del tribunal. Y por supuesto a momentos distintos, porque las deliberaciones son previas al dictado del voto.

En realidad, dentro de una sesión deliberativa de un tribunal colegiado se pueden producir tres situaciones distintas, en primer lugar, que la mayoría no

³⁵ ROMBOLI, R. (1996). «La tipología de las decisiones de la Corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental». *REDC*. n.48.

respalde la ponencia que se somete por el ponente a su aprobación, que se apruebe por la totalidad del pleno o que se apruebe por una mayoría, dejando disconforme a la minoría, cuyo voto en contra no tiene la efectividad de enervar la ponencia sino de que su respaldo no sea unánime. En el primer caso, el ponente podrá renunciar al no tener ese respaldo, en lugar de volver a traer una ponencia con la que estaría en desacuerdo, pero también puede renunciar a la ponencia, debiendo ser nombrado por el presidente un nuevo ponente, u ofrecerse voluntariamente un magistrado del pleno.

El secreto de la deliberación prohíbe que el contenido de la discusión acerca del tema sujeto a debate pueda ser explicitado o comunicado fuera del órgano, y la protección del secreto obedece fundamentalmente a la protección de dos bienes jurídicos, uno es el respeto al proceso mismo, a las partes concernidas que no tendrían que tener una anticipación pública de sus demandas o razones de acogida o desestimación de sus derechos, y otro sería el respeto a las intervenciones de los colegiados que deben tener la garantía de que su posición sea respetada en el caso de que no quieran hacerla pública, más que con su voto final.

Finalmente, la posición individual del voto hace referencia a la expresión de una disconformidad en todo o en parte, con la sentencia finalmente aprobada por la mayoría. Esa disconformidad lo puede ser con la argumentación, pero estando de acuerdo con el fallo, y el voto se llama concurrente, o con la totalidad y en ese caso será disidente.

Más allá de estas situaciones, cabe que en la votación se puede producir un empate, y es necesario también aquí que se prevea la solución a ese empate. En estos casos, debe tener voto de calidad el presidente del órgano, situación que tampoco es pacífica en la doctrina, dada la difícil posición en que se sitúa al presidente debiendo optar por adherirse a una posición y alterar la actitud de neutralidad que debería ostentar como *primus inter pares*.

El voto transforma la opinión de los jueces en resolución del tribunal, lo que en principio parecería hacer deseable la unanimidad, pero la unanimidad no representa necesariamente una mayor verdad, sino que, una vez publicada la sentencia, su fuerza vinculante no puede discutirse. Aunque naturalmente la sentencia que tenga un mayor consenso tendrá seguramente una mayor aceptación social. Y esto es así porque en el fondo y más allá de la presunción de objetividad de sus componentes, en el tribunal las sensibilidades difieren en política, no solamente por los órganos proponentes de su nombramiento, sino porque la idea de la función que corresponde a un TC es diferente en función de la formación que cada miembro acredite en su *curriculum* y en su actitud ciudadana e intelectual.

De ahí que la idea que transmite Zagrebelsky de que en un TC no deberían formarse grupos sino permanecer cada juez en su propia individualidad, no es muy efectiva en la práctica, porque lo que precisamente puede favorecer la mejor

comprensión del pluralismo pasa también por el acercamiento de las posiciones a quienes presentan una mayor similitud en su formación jurídica, colaborando colectivamente para conseguir la mayoría más amplia posible.³⁶

Y aunque es cierto que la elección de cada juez es incondicionada respecto del órgano proponente del nombramiento, esto no implica que de futuro se produzca, y de hecho suele suceder, un cierto agrupamiento entre aquellas personas que coinciden en un concepto de derecho, e incluso de las funciones que ese tribunal debe llevar a cabo para con la sociedad en la interpretación constitucional. Tampoco debería considerarse poco ético que algunos jueces se reúnan con compañeros para expresar su disidencia en votos particulares o llegar a acuerdos en las modificaciones de un texto para su votación. Esto no solamente constituye un factor de enriquecimiento de las resoluciones judiciales con las aportaciones de ideas nuevas, sino que a veces facilita la comprensión del pluralismo del tribunal y el entendimiento de grupos más amplios de la sociedad. Por otra parte, la realidad desmiente esta afirmación porque precisamente los medios de comunicación suelen destacar a veces estas divisiones del tribunal en sentencias de asuntos que expresan esta polarización.

Sobre los argumentos a favor se ha intentado por parte de la doctrina académica, sobre todo, vincular los votos particulares a la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales. En unos TCs que han surgido desde unos textos constitucionales que responden al modelo de estado social de derecho, la conexión con el pluralismo de los grupos sociales que aparecen representados en ese modelo de estado, exigiría una conexión de estos tribunales, obligados a conectar con los intereses de todos los agentes sociales.³⁷

Esta posibilidad de publicar los votos disidentes permitiría encontrar formulas de compromiso, liberar la discrepancia, contribuir a reforzar argumentos y hacerlos visibles, y en un futuro cambiar la jurisprudencia, haciéndola evolutiva, e incluso sería una forma institucional de desobediencia que evita otros cauces.³⁸

4. LA SITUACIÓN DE ALEMANIA.

En Alemania la regulación del voto particular tuvo entrada en la reforma de 1970 de la ley del TCFA.

³⁶ ZAGREBELSKY, G. (2008). *Principios y votos. El TC y la política*. Trotta. Madrid. (Pp. 49 y ss).

³⁷ *Ib.*, (Pp. 41 y ss).

³⁸ PANIZZA, S. *L'introduzione dell'opinioni dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*. Ed. G. Giappichelli. Torino. (Pp. 37 y ss). en contra 81, prueba de falta de fortaleza y debilidad, crea conflictiva según el contenido, dificulta la búsqueda de consenso, debilita el valor de la sentencia, pérdida de prestigio. P. 81

Regulado en 1971 en un reglamento de procedimiento, se ha modificado e integrado en la regulación del punto 56 del Reglamento General del Bundesverfassungsgericht, que se estructura en 6 párrafos separados:

1. El voto separado en el que un juez emita su propia opinión disidente, sostenida en la deliberación o motivación, deber ser remitido al presidente de la sección antes de la redacción de la decisión, la sesión puede prolongarse hasta que termine.
2. Quien intente consignar un voto separado debe comunicarlo en la sesión apenas se inicie la discusión.
3. Si viene consignado un voto separado relativo a una sentencia, el presidente de la sección en el acto de la lectura publica de la sentencia. Sucesivamente el juez, puede comunicar el contenido esencial del propio voto separado.
4. El voto separado se notificará junto con la sentencia.
5. El voto separado se publicará en la revista oficial del bu...in apéndice a la decisión con el nombre del juez.

Finalmente es en 1970 cuando una reforma del art. 30 d la ley del BVerfGG aprueba el voto disidente en Alemania. En su aptdo. 2 diría que «podrá un juez consignar un voto particular para reflejar su opinión discrepante en la deliberación respecto a la resolución o a su fundamentación y el voto particular debiera incorporarse como anejo a la resolución. A los votos separados del pleno se aplicará la misma normativa.³⁹

La doctrina ha considerado la incorporación del voto particular al ordenamiento alemán como un avance importante de impulso vital a la Constitución, en la medida en que constituye una expresión desde la pluralidad y de su carácter abierto.⁴⁰

Así, la defensa que P. Häberle hace de la apertura de los intérpretes de la Constitución y del pluralismo constitucional, constituye una forma de entender el constitucionalismo que exige de manera directa la posibilidad de que se pueda disentir de una interpretación u otra del texto.

También desde una consideración de la convivencia del órgano y de que no aparezcan en la sentencia vencedores y vencidos, los votos son una forma de conseguir que la pacificación de la parte derrotada, ventana del tiempo, y parte de la de-

³⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, F. encuentra la raíz histórica del voto disidente en Alemania en la necesidad de motivación de las sentencias del año 1491, donde hay ya una expresión verbal del disentiimiento y en algunas constituciones el siglo XIX de algunos landers que, aunque tuvieran garantizado el secreto de las deliberaciones, previeron ya el dissent público de los votos. (P. 16).

⁴⁰ *Ib.*, (P. 51).

mocracia, que permite seguir un cauce legítimo la expresión del desacuerdo. El voto crea una especial vinculación con los estándares democráticos, pero también tiende a la exigencia personal de cada magistrado y a su independencia, de manera que lo compromete con sus propias posiciones, y en lo colectivo crea una aplicación del derecho como dinamismo y evolución. Finalmente, influye sobre la cultura jurídica, porque hace progresar al debate científico y la cultura del derecho constitucional.⁴¹

Los votos particulares son un tercer círculo problemático en el que la política constitucional, basada en un análisis comparativo de niveles textuales, en materia de jurisdicción constitucional, se reclama y se descubre. Desde la teoría constitucional aquí desarrollada son expresión de la publicidad y el carácter abierto de la Constitución, de la apertura de sus intérpretes y del pluralismo de la Constitución de un tiempo y una cultura constitucional, posibilitan alternativas interpretativas ofreciendo posibilidades y abren una ventana del tiempo. Porque la minoría de hoy puede ser mañana mayoría, el coronamiento de la jurisdicción constitucional en el actual estadio del derecho constitucional.⁴²

5. LA SITUACIÓN DE FRANCIA

También en Francia se ha considerado de manera negativa la institución del voto particular en el Conseil Constitutionnel. Creado este órgano por la Quinta República Francesa, en 1958, su naturaleza jurídica no es propiamente jurisdiccional, ni entra en la jerarquización de los órganos jurisdiccionales del sistema judicial francés, sino que tiene limitadas sus competencias en relación con otros sistemas de justicia constitucional.

Está compuesto por nueve miembros que se renuevan cada tres años y por tercios. Su nombramiento corresponde al poder ejecutivo y legislativo, tres nombrados por el presidente de la República, tres por el Congreso y tres por el Senado.

Su mandato es igual que en el Tribunal Constitucional español, por nueve años, y no renovable. Sus reuniones requieren un *quorum* alto, de siete miembros para poder constituirse como tribunal, lo que supone la práctica totalidad, y en caso de empate, como también es lo habitual en los sistemas comparados, decide el presidente del órgano.

No se hacen públicas las votaciones por lo que están ocultas todas las disidencias, no solamente de oposición a la estimación o desestimación sino las que se refieren a la *ratio decidendi*.

⁴¹ P. HÄBERLE, (2001). «La jurisdicción constitucional institucionalizada en el estado constitucional». *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*. N. 5. 169-182. (Pp. 53-56).

⁴² *Ib.*, (P. 180).

Las razones de la oposición a la publicidad del voto disidente, se encuentra en la misma línea refractaria de Italia: Los efectos perversos sobre el secreto de las deliberaciones, la pérdida de autoridad del órgano, falta de imparcialidad objetiva, y otros similares, y se combate también de manera parecida con argumentos como la exigencia de la libertad de expresión.⁴³

IV. El voto particular en el sistema constitucional español

1. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Nuestro ordenamiento constitucional tiene expresamente reconocida la institución del voto en referencia al Tribunal Constitucional y también a la jurisdicción ordinaria.

El art. 164 del texto constitucional, prescribe que las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere.

De ese modo se constitucionaliza el voto particular en nuestro ordenamiento, que decide otorgar publicidad a las decisiones personales de los magistrados componentes del Tribunal, dada la naturaleza jurídica de la institución, y que puede servir para dinamizarla en una interpretación evolutiva del texto constitucional, y si bien puede también tener algunas consecuencias negativas, garantiza un alto nivel de apertura constitucional.

No hay que olvidar que un Tribunal Constitucional no es un órgano representativo y, en consecuencia, sus componentes a nivel individual no deben ni tienen por qué responder de ningún mandato. La posibilidad de formular votos particulares solo expresa en ese sentido, la libertad de interpretación de la Constitución que cada magistrado realiza, sin más sujeción que su criterio jurídico, y puede explicitar su criterio sin las exigencias de quienes propiciaron su designación.

Algunos de estos comentarios en contra del voto se produjeron de manera muy inmediata a la promulgación de la CE y antes aún de que la LOTC regulara aspectos importantes de la justicia constitucional.⁴⁴ En su mayoría han sido posteriormente revisados, ante la efectividad que la publicación de los votos ha mostrado en la justicia constitucional.

⁴³ RIVIÈRE, F. (2004). *Les opinions séparées des juges à la Cour Européenne des droits de l'homme*. Ed. Bruylant. Bruxelles. (P. 41).

⁴⁴ P. DE VEGA. (1979). «Art. 164 de la CE». En *CE edición comentada*. CEC. Madrid. (Pp. 337-359).

Se suele aludir al problema de la constitucionalización, que igualmente hubiera sido conveniente dejar al legislador ordinario, o del propio tribunal constitucional si lo veía conveniente, porque el parlamento nombra un total de 10, y esto podría permitir una politización de ese nombramiento por los grupos parlamentarios que representan a las formaciones políticas, he igualmente de los dos restantes del gobierno. Esa lealtad-devoción podría implicar concesiones hacia los que promueven las candidaturas, que llevaría a una pérdida de auctoritas del TC.⁴⁵

Y se confunde así la intervención del parlamento y del gobierno con lo que es solo una mera técnica de designación. Los jueces no tienen que dar cuenta de su opinión, salvo para cumplir el art. 3.1 del CC que exige que la interpretación de las normas capte la realidad social del tiempo en que se han de ser aplicadas.

Los votos particulares constituyen, en un ordenamiento jurídico, solamente la expresión de una disensión interpretativa por parte de uno o varios jueces, que se apartan de la efectuada por la mayoría.⁴⁶ La institución del voto particular en un ordenamiento jurídico solo se puede explicar como una renuncia anticipada a la verdad, y como una opción por encontrar en la pluralidad los mejores argumentos de decisión. G. Cámara pone de manifiesto esta cuestión relacionando la actividad interpretativa con el voto particular.⁴⁷ A través de los votos particulares, las minorías pueden llevar al convencimiento a la mayoría del tribunal e invertir el sentido de su argumentación.⁴⁸

Y esto explica que el voto particular se regule después en normas infraconstitucionales, y después del reconocimiento de la Constitución, que regula el voto particular en el art. 164,1, le ha seguido de manera también muy temprana, la LOTC que lo regula en su art. 90,2 y la LOPJ que lo recoge también en su art. 206,1, para los órganos de la justicia ordinaria.

El art. 90 LOTC. P. 2, exige para el voto que se haya defendido previamente esa opinión, en la deliberación del asunto, y permite la posibilidad de que sea individual o conjunto, y en todo caso también puede ser de adhesión al que haya formalizado voto.

Se incorporarán a la resolución, y se notificarán a las partes junto a la resolución judicial. Cabe en las sentencias, autos y providencias, y se anuncia en el momento de la votación o de la firma.

⁴⁵ G. TRUJILLO. (1979). «Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español». *Revista de Estudios Políticos*. N. 7. (P. 145).

⁴⁶ EZQUIAGA destaca que la primera causa de votos particulares en el TC está precisamente en las discrepancias interpretativas. *Op. Cit.*, (p. 124).

⁴⁷ El voto particular es la «evidencia misma de la «peculiaridad» de las normas y de la interpretación constitucionales». G. CÁMARA VILLAR, *op. Cit.* (p. 13).

⁴⁸ *El voto particular*, cit. (p. 89).

En nuestro ordenamiento no se obliga al ponente a redactar un voto disidente cuando se vote en contra una resolución judicial, sino que en todo caso es potestativo de quien vota en contra formalizarlo o no.

La valoración de la institución del voto particular por parte de la justicia española ha estado también entre la consideración de que disminuye el prestigio, la autoridad y la certeza del derecho, y su defensa vinculada al pluralismo político, la democracia, la libertad de expresión de los jueces disidentes, o la exigencia de la publicidad de las diferentes opciones con que puede interpretarse un precepto.

Es importante considerar que, si la ley sobre la que se pronuncia un tribunal se ha creado desde el pluralismo, con cesiones o no de fuerzas políticas que intervienen, grupos parlamentarios y posiciones políticas a veces opuestas, y una vez que se aprueba la ley es de general aplicación, la interpretación de lo que se ha venido en llamar el espíritu de la ley, contendrá diferentes opciones interpretativas que se pondrán de manifestó en el acto de la aplicación. La razón de esta diferenciación es en muy buena parte histórica, y puede estar en la diferente naturaleza de la institución, porque la ley y el parlamento son instituciones políticas y los tribunales son órganos de aplicación de justicia, lo que refiere un contenido de verdad, de equidad que parecería tener una sola solución. Efectivamente las resoluciones judiciales desde el contenido del fallo solamente pueden ser estimatorias o desestimatorias, lo que no da margen a explicaciones excesivas sobre el contenido de verdad con matices, pero también aquí se han venido perfilando con el tiempo posiciones intermedias, como es muy ejemplarmente la diversidad de matices que contienen a menudo las sentencias de los tribunales constitucionales, bien con sentencias interpretativas, o de estimación parcial.

Y es cierto también que el sistema de elección de los miembros determina en el caso del TC una posible politización, porque son órganos políticos quienes los designan, pero de ahí no se infiere su parcialidad. Por otra parte, la publicidad del voto somete al magistrado a una exposición ante la sociedad de la posición que defiende, que permite un cierto control social de sus contenidos.

Además ha de tenerse en cuenta también si no existe un derecho como miembro de un tribunal a la libertad de expresión de hacer pública su disidencia; hoy sería muy difícil justificar que no se pudiera hacer pública una posición contraria a la mayoría y siendo sí, la prudencia que tiene ante los medios de comunicación compensaría la libertad de expresarse como voto.

Otro argumento importante en el reconocimiento del voto lo constituye la idea de que las normas constitucionales tendrían una naturaleza parcialmente política, al ser la resultante de la juridificación de un pacto político previo sobre el que se aprobaría un documento resultante de un consenso social. Que en la naturaleza del TC siempre se ha manifestado alguna voluntad política, por la esencial posición que ocupa el órgano en la determinación de algunas resoluciones atinen-

tes sobre todo a los recursos de inconstitucionalidad, tiene sentido si se considera la posibilidad de revisión que se le reconoce a las normas con fuerza de ley aprobadas por la representación del pueblo, pero la operación de constitucionalidad que el Tribunal debe realizar no tendría que entenderse como una rectificación del poder legislativo, sino como una defensa de la Constitución que necesariamente debe respetar el principio de la soberanía popular.

Una relación entre el voto particular y otros temas conectados de manera muy directa como el de la interpretación judicial de manera que es casi imprescindible para el voto particular una disidencia interpretativa, por lo que adquiere el relieve y la causa de justificación en el hecho de que el derecho renuncie a la verdad sustantivamente y admita que el resultado de la acción interpretativa es solamente fruto de una manera u otra de concebir el sentido de una norma.

Otra cosa será que la interpretación constitucional sobre la que se proyecta el voto particular la consideremos o no una forma diferenciada de actividad interpretativa, y eso se ha venido entendiendo como consecuencia de la naturaleza propia de los preceptos constitucionales, supuestamente más abiertos, más orientados por los valores y principios que las normas infraconstitucionales, en la medida en que regulan aspectos de la realidad mas genéricos.

Como bien ha estudiado G. Cámara,⁴⁹ el voto particular sería el resultado de una interpretación distinta, que no siempre tendría consecuencias contrarias en el fallo si atendemos a la opción del voto concurrente, sino que permite llegar al mismo resultado por un discurso diferente y que se considera en este caso, constitucionalmente más conformado.⁵⁰

La desconsideración y la concepción negativa del voto a lo largo de la historia del derecho tiene que ver con una concepción del derecho vinculada a un sentido autoritario en el que la coerción y la rigidez primaba sobre la justicia material. En una sociedad abierta, la pluralidad de sentidos que adquiere el lenguaje el derecho se deja influir por esas posibilidades alternativas, y adopta una visión pluralista de los problemas y sus soluciones, en tanto que las sociedades regidas por el autoritarismo y el dogmatismo necesitan reafirmarse en conceptos rígidos e inamovibles que no cuestionen la autoridad.

El voto particular es una institución reciente en el ordenamiento y tiene que ver con algunas de las notas que caracterizan al derecho constitucional y también con una moderna concepción del derecho que renuncia a las verdades y axiomas como el de la «posibilidad de una única solución correcta». El concepto de dere-

⁴⁹ G. CÁMARA, op. Cit., (p. 11) y M. L. BALAGUER. (1990), *Interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*. Ed. Civitas. Madrid.

⁵⁰ *Ib.* (p. 124). Claramente los arts. 14, 24 y 20, donde confluyen dos circunstancias muy concretas: primero se trata de normas de máxima apertura, y segundo, de derechos fundamentales ejercitados de forma casi permanente.

cho desde una consideración del todo ajena al pluralismo, realizada desde la subsumción normativa logística y racional, no puede permitir la desviación de una alternativa constructiva de la resolución judicial a la que en principio cabe atribuir la misma legitimidad que la de la mayoría, aun cuando no surta de manera inmediata efectos jurídicos ni tenga efectividad en orden a la legitimación de la sentencia de la mayoría.⁵¹

Frente a la idea de pérdida de prestigio del tribunal o de disminución de la legitimación de sus decisiones, está la de la libertad de expresión del juez disidente y la del favorecimiento de la publicidad de las resoluciones judiciales, cuyo contenido explícito legitima a la justicia. De cara a la sociedad se debe dar publicidad a las deliberaciones y aspectos internos de la discusión, porque la sociedad debe verse reflejada también en las resoluciones judiciales e identificarse con posiciones que, no siendo mayoría, son las que comparte. Esto da cuenta de una mayor atención a la sociedad por parte de los tribunales, que se preocupan de reflejar y difundir su trabajo con sus discrepancias. Porque un mayor conocimiento es también un mayor control por parte de la opinión pública.

El voto particular se puede considerar como una jurisprudencia alternativa, y junto con la reforma constitucional parcial o total, y la mutación constitucional, muestra el desarrollo «una conversación jurídica» abierta en materia constitucional.⁵²

Sobre la tendencia a que cada vez los ordenamientos jurídicos prevean la posibilidad de los votos particulares que se aparten de la mayoría por disentir del fallo pero también del voto particular concurrente, dada la pluralidad de la composición de los órganos colegiados en la mayoría de los ordenamientos jurídicos en los que los propios nombramientos se considera necesario el pluralismo en su composición en la medida en que representen diferentes sensibilidades sobre la actividad interpretativa del derecho.

En ese sentido es importante valorar que también y a diferencia de otros periodos históricos, la explicitación de una diferencia de criterio en la actividad interpretativa de las normas jurídicas, no solamente no constituye una anomalía jurídica del sistema, sino una saludable diferencia de criterio que, con independencia de su inmediata carencia de efectividad, constituye una solución alternativa al supuesto sometido a enjuiciamiento.

De ahí que el voto particular se relacione con aspectos importantes del derecho como son el de la libertad de expresión del juez disidente o concurrente de otra interpretación, y algunas otras instituciones importantes del derecho relacio-

⁵¹ HESSE, K. Y HÄBERLE, P. *Estudios sobre la jurisdicción*, p. 151 en P. HÄBERLE. El Tribunal Constitucional como poder político.

⁵² EZQUIAGA GANUZAS. *Op. cit.*

nadas con la actividad interpretativa de las normas, como el axioma *in claris non fit interpretatio* o el del pluralismo político reconocido en el art. 1 CE.

Desde un entendimiento de la certeza del derecho como el ajuste normativo entre un supuesto de hecho y una consecuencia del derecho, como única solución correcta, el derecho contemporáneo ha evolucionado hacia posiciones más abiertas en las que ha tenido mucho que ver el derecho constitucional como disciplina científica que se desarrolla en el derecho continental desde las primeras décadas del siglo xx, y con la mayor amplitud en sus décadas finales.

Las razones de que en un sistema jurídico se justifique el voto particular está en la necesidad de dar salida al exterior de la deliberación producida en el seno del tribunal. Se supone que la deliberación debe ser secreta, pero una vez dictada la sentencia y ante la disconformidad con una minoría del tribunal, se puede hacer pública la disconformidad de una forma reglada y jurídicamente regulada como es la de que al final de la sentencia puedan figurar los votos particulares que se hayan anunciado por los disidentes.

Esto implica la exigencia de que sea anunciado el voto a la hora de ser emitido en contra o de manera concurrente y además que exista una sujeción a los argumentos manifestados en la deliberación del tribunal. Si lo primero se entiende como una formalidad pero que ha de cumplirse al punto de hacer inviable un voto si no se ha anunciado en el acto de la votación el segundo también tiene trascendencia si se aleja del todo de los argumentos desarrollados por el discrepante. Aunque en este supuesto será más flexible la exigencia porque salvo que sea tomada acta en el momento de la intervención del discrepante, o se aleja sustancialmente de los argumentos verbalmente articulados, la justa remisión a ellos no será fácil de determinar si se ha producido un debate intenso y sostenido con varios miembros del tribunal.

2. EL ARBITRAJE

Desde el arbitraje, el voto particular presenta peculiaridades y características propias en relación al ordenamiento jurídico de España. La peculiaridad del arbitraje, sometido a una jurisdicción voluntaria y donde la naturaleza de su objeto contencioso tiene un inevitable matiz vinculado a la economía, ha tenido una regulación que desde sus inicios evitó la idea de regular el voto particular en sus decisiones. La doctrina alienta esta consideración y lo que desde el arbitraje se piensa respecto del voto particular hace referencia sobre todo a la necesidad de no difundir excesivamente la discrepancia, a mantener un sigilo importante por parte de los árbitros, que no produzca disonancias en ese mundo económico en el que se solventan asuntos delicados y otras consideraciones sobre la escasa eficacia de

los votos discrepantes que muestran una importante reticencia frente a la institución del voto particular.

Se plantea la cuestión de si el voto particular contribuye o no a la calidad del laudo. Debe figurar en los reglamentos de arbitraje y ahí se exigirá la mayoría de votos de los árbitros, y la conducta del árbitro disidente, y tener en cuenta la legislación que admite o no los votos disidentes en su ordenamiento sobre el arbitraje. No en Francia, Austria, Canadá, México, Suiza, Reino Unido, EE.UU. y si en otros con peculiaridades sobre el modo de redacción y sus posibilidades. En nuestro ordenamiento el laudo arbitral se regula en el art 37.3 de la ley 60/1973, de arbitraje que antes de su reforma decía que todo laudo debe constar por escrito y ser firmado por los árbitros, *quienes podrán expresar su parecer discrepante*. En el texto final vigente de la reforma de 10 de junio de 2011, dice que *podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra*. Los matices de esta diferencia no dejan ver claramente en que pueden consistir, pero no parece que en la práctica tengan demasiada importancia si se entiende que esa constancia, no se tiene por qué referir taxativamente a que se exprese a favor o en contra, sino que permita la explicación de voto en contra. Y ello por la conexión sistemática que debe tener la legislación procesal aplicable de la ley.⁵³

De ese modo el voto implica una intromisión en el proceso que nada añade al laudo, pero que puede crear una sospecha sobre su calidad, porque supone discutir una decisión de la mayoría. La idea de que se trata de un perjuicio para la decisión final del laudo, en lugar de una ocasión para clarificar algunos aspectos o posiciones de algunos de los puntos de desacuerdo, tiene importancia porque en el fondo de esta consideración lo que hay es un impedimento de la libre expresión de quiénes no estén a favor, pero de antemano vean infravalorada y desprestigiada su posición contraria.

Esta valoración de la calidad del laudo no se razona en la doctrina sobre el laudo arbitral, sino que se considera disfuncional con los intereses del propio laudo, pero ignora todos los principios aplicables al derecho interpretativo y se orienta al fin comercial en el que se desenvuelve el laudo y los intereses que lo generan. No es desde luego un argumento jurídico en el que se contemple el derecho de libertad de expresión del árbitro disidente, ni las opciones de creación de derecho a través de diferentes opciones, sino que se considera como una intrusión o déficit de legitimación del laudo.

La idea de que debilita la resolución de la mayoría y que pone en riesgo la solución definitiva del conflicto comercial, o que no contribuye a su resolución, no es un argumento mínimamente razonable porque no puede infravalorarse la

⁵³ FORTÚN COSTEA. (2017). «La redacción de laudos y la función del voto particular». En *Anuario de Arbitraje*. 1. Ed. junio 2017.

posición de un árbitro por otro criterio que no sea la lógica de su argumentación, en minoría o en mayoría.

Tampoco resiste el menor análisis que el laudo sea desaconsejable porque se deben sacrificar los principios de un árbitro por el éxito del laudo. Esa especie de obligación moral que se conceptúa como una especie de traición o posición interesada del árbitro, haciendo que pareciera obedecer a los intereses de parte, puede reflejarse igualmente en los demás árbitros que componen la totalidad, porque no hay razones para pensar que unos pudieran estar condicionados y otros no.

Finalmente, el argumento de utilidad tampoco es muy razonable. Así, considerar que, dado que su validez jurídica es nula, no tiene sentido hacer público un documento que no afecta al contenido del laudo ni surte ningún tipo de consecuencia, no sirve de base a un recurso.⁵⁴

La Comisión de Trabajo de la CCI sobre votos particulares en los laudos creada en 1988 determinó que los votos no formaran parte del laudo, y no pudieran dar lugar a su revisión o aprobación, solo que se diera cuenta de él en el escrutinio del laudo por parte de la corte.

Solo se podría tener en cuenta a efectos de notificación a las partes. 298, no añade ningún valor al proceso.

Pero en la doctrina que se puede consultar al respecto, es elocuente la clasificación de los votos particulares en buenos malos y feos.

Los buenos serían concisos breves y corteses, de un par de párrafos, los malos si contienen reproches o acusaciones de ignorancia a los de la mayoría, y los feos cuando se reprocha a los demás no haber actuado legalmente o con consideración.

De modo que estos desacuerdos se consideran excepcionales y solo dirigidos a clarificar posiciones o que sean absolutamente necesarios. A fin de minimizar el impacto negativo que pueda tener sobre el laudo, incluso en el arbitraje comercial, al ser estrictamente de naturaleza privada, no hay obligación siquiera de comunicarlos.

Por otra parte, el secreto de las deliberaciones dificulta su efectividad porque al no conocerse el debate no se sabe si el voto responde o no a la realidad. De ahí, que el contenido del voto no puede revelar la posición de los demás árbitros sino solamente la que se mantiene por el firmante de la disidencia, lo que no parece muy razonable si tenemos en cuenta que no hay otra forma de determinar una resolución colectiva que no sea a través del diálogo.

El efecto debilitador del voto se hace patente en cuanto se permite solo en relación con su contenido. En los casos en que hay errores o un contenido mani-

⁵⁴ HENDEL, C. J. *Los votos particulares en el arbitraje comercial internacional*. Cap. XV. <https://www.hendel-idr.com/wp-content/uploads/arbitration-votos-particulares-anuario-arbitraje-kluwer-mar-16.pdf>

fiestamente injusto, lo que reduce el voto a un repaso casi ortográfico del laudo a fin de que no quede desacreditado.

El grupo de trabajo que se creó por la Cámara de Comercio Internacional, sobre opiniones discrepantes y separadas, en 1988, tampoco se avanzó mucho si consideramos que Francia se opuso tajantemente a su admisión y los demás estados lo reconocieron como mal menor.⁵⁵

V. Conclusiones

La institución del voto particular en un ordenamiento jurídico es de fechas recientes, y solo se ha podido implantar una vez que el derecho ha evolucionado a formulas interpretativas que integraran valores y principios constitucionales relacionados con la libertad de expresión, el pluralismo y otras categorías jurídicas vinculadas a las constituciones normativas del pasado siglo.

Esto explicaría que conforme se abre el derecho a campos interpretativos nuevos, la versatilidad de la interpretación de las normas jurídicas permita abordar el debate interno que se produce en los tribunales desde una diversidad de pueda dar salida a consideraciones distintas y contrapuestas.

Es en el momento de la deliberación cuando los órganos colegiados han de intentar un acuerdo de unanimidad respecto del objeto de enjuiciamiento, y debe intentarse que en su defecto, una amplia mayoría respalde la posición de la ponencia, pero una vez agotadas las posibilidades del debate, las posiciones individuales que manifiesten su disconformidad con el fallo o el razonamiento seguido por la mayoría, deben tener la posibilidad de expresar su disconformidad y hacer públicas las posibilidades alternativas de las minorías que no comparten la sentencia.

Los ordenamientos jurídicos que se viene obstinando en no reconocer en sus ordenamientos esa posibilidad, argumentan en algunos casos de manera razonable acerca de la ruptura de la unidad, la posibilidad de favorecer los consensos y de realizar esfuerzos por conseguir la unanimidad y otros igualmente razonables, pero la valoración entre estos argumentos y la fuerza que despliegan los principios y valores constitucionales en las sociedades modernas, son difícilmente rebatibles desde esas otras consideraciones.

En lo que se refiere a las exigencias de una sociedad de la información, que los medios de comunicación materializan desde la noticia prácticamente instantánea, la idea de ocultar, como se pretende en la normativa sobre el laudo, o sencillamente retrasar la publicidad de una sentencia e incluso la reproducción del debate in-

⁵⁵ CEBALLOS PRIETO, M. U. (2017) *El voto particular del laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Facultad de Derecho. Comillas.

terno del tribunal en temas que puedan tener algún interés social, político o institucional, no resulta posible con la inmediatez de los medios de comunicación. Porque además ya no se trata de la prudencia o indiscreción de los miembros del tribunal sino de la multiplicidad de los agentes profesionales o sociales que intervienen en esa actividad, a los que no les es exigible ese sigilo.

Por otra parte, nada tendría que oponerse a la publicidad de los votos disidentes o concurrentes si se tiene en cuenta que en nuestra constitución el art. 120 exige la publicidad de las sentencias y no hay razón alguna para que en esa publicidad se integre la posición de cada miembro del tribunal, y consiguientemente el sentido y las razones de su voto.

PODER JUDICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA: COOPERACIÓN, EUROORDEN Y PROBLEMÁTICA

JOSÉ ÁNGEL MARÍN GÁMEZ
Universidad de Jaén

I. Justicia y cooperación judicial: generalidades

Redacto estas líneas en homenaje y reconocimiento del profesor Gregorio Cámara Villar con ocasión de su jubilación tras una extensa y fructífera carrera académica, y lo hago sobre una temática que a día de hoy presenta una panorámica —digamos— algo difusa, sobre todo visto el devenir de los acontecimientos vinculados con la misma en la actual coyuntura. En efecto, escribo estas líneas mientras discurre el mes de noviembre de 2023 en España, y como en el metraje de una película distópica, en términos constitucionales, asistimos a un escenario que hace unos años parecería hartamente improbable. Me refiero a la convulsión política, social y jurídica que provoca la actual tesitura derivada de la proposición de ley de amnistía que se ha registrado en el Congreso de los Diputados y que será tramitada por vía de urgencia y no por lectura única. Discutido texto con vocación legislativa que supone anular la responsabilidad penal, administrativa y contable de cuantos pudieran cometer delitos relacionados con el proceso soberanista en Cataluña durante una década, entre el 1 de enero de 2012 y hoy mismo, 13 de noviembre de 2023.

En este contexto cabe recordar que desde su fuga a Bélgica el 30 de octubre de 2017, el principal líder del llamado *procés*, Carles Puigdemont, ha ido sorteando las actuaciones de la Justicia española tendentes a conseguir que rinda cuentas en el Tribunal Supremo por su papel en dicha causa. De modo que seis años después, y en espera de la amnistía que el independentismo da por consumada, la estrategia procesal del expresidente catalán fluctúa, como mínimo, entre la factibilidad de hacer efectiva dicha medida de gracia y seguir batallando en términos jurídicos con el Supremo ante una eventual reactivación de la euroorden en Bélgica para recabar

de nuevo su entrega. De ahí la vigencia del pulso entre el reseñado Puigdemont y el instructor de la causa del *procés*, aunque no con el alto tribunal, pues este último se encargará de dirimirlo (insisto, amnistía mediante) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ya sustancia los recursos de los líderes independentistas contra la sentencia del Supremo que les condenó por sedición y malversación.

Como es sabido, el sistema judicial propio de la Unión Europea (UE) está constituido por tres tipos de órganos jurisdiccionales: el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados en determinadas áreas. En su conjunto, este sistema judicial europeo ha de velar por la interpretación y la aplicación del Derecho de la Unión. Sin embargo, no será este el eje argumental de nuestra aportación a esta obra, sino lo concerniente a cooperación, euroorden y su problemática actual centrada en esos casos que están en la mente de todos a raíz del llamado *procés* catalán.

Ello, no obstante, la cooperación judicial en el seno de la UE obliga a los órganos jurisdiccionales, no solo españoles, a comprometer esfuerzos de adaptación cada vez más progresivos y exigentes. Como iremos viendo, es necesario mudar los planteamientos tradicionales en este campo, y con el cambio de mentalidad se verán mejorados los habituales mecanismos de asistencia internacional a los que la inercia ha dado peso específico. Es preciso, como veremos, transitar decididamente hacia un modelo de reconocimiento mutuo basado en la confianza recíproca entre los estados miembros de la UE; sin recelos de otra índole, quizá de corte historicista. Y en esa labor es crucial recuperar la entidad de expresiones como «mutuo reconocimiento», huyendo de algunos tópicos y lugares comunes, que por mor de su reiteración vacía de contenido han sufrido una notable erosión semántica. Partamos de un aserto obvio, pero que conviene traer a colación desde el inicio, y es que la finalidad no es otra que los jueces de la UE trabajen con la perspectiva cierta de estar vinculados por un ordenamiento compartido, que actúen conducidos por la idea de que juntos construyen la jurisdicción europea, y haciéndolo de manera análoga como Poder Judicial integrante de la UE, se resuelven los asuntos a la manera de la cultura constitucional europea¹.

Digamos en sentido genérico que se alude a cooperación judicial como mecanismo de ayuda o asistencia que un tribunal presta a otro a efectos de hacer factible el ejercicio de sus atribuciones o para cumplimentar sus decisiones. En un mundo cada vez más globalizado donde, desde finales de la década de los 1980, las cadenas de valor han ido unificando el comercio mundial, en una realidad global

¹ En toda su extensión el libro coordinado por el profesor Balaguer Callejón, F. (2004), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid: Tecnos. Y en sintonía con ello, Marín Gámez, J. A. (2005), «Cultura constitucional europea: con ocasión del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 4, p. 455-482.

cada vez más sucinta debido a los avances tecnológicos, donde se da una creciente intensificación de los medios de comunicación y de los procesos de integración, donde aumenta exponencialmente el desplazamiento de personas y, por ende, se incrementan los asuntos jurídicos susceptibles de presentar aspectos transfronterizos, en un mundo así se hace necesario plantear soluciones nuevas en el campo de la cooperación judicial internacional.

Los mecanismos de cooperación judicial internacional forman parte de los procesos de integración aludidos, procesos en los que es básica e ineludible la seguridad jurídica. De ahí que la cooperación judicial transnacional se convierte en una exigencia del Estado de Derecho en la protección de los derechos e intereses de las personas y, también, para lograr la armonía y el respeto de los valores que son propios de las sociedades democráticas, en el bien entendido de que toda cooperación judicial implica que los Estados concernidos van a asumir derechos y deberes sobre la base de un trato basado en la reciprocidad. Trato recíproco que no es mera retórica, sino que exige que venga seguido de unas pautas de comportamiento que reconozcan los derechos de otro Estado con base en la reciprocidad. Este principio de reciprocidad fue elaborado por la doctrina jurídica del siglo XVII, entre otros, a través del aforismo conocido como «*comitas gentium*» (cortesía internacional o amabilidad entre pueblos —naciones—), máxima que se utiliza para referirse a usos o costumbres que los Estados emplean en sus relaciones y que no son jurídicamente obligatorios; dicha máxima equivale en Derecho internacional a cortesía, amistad, benevolencia o interés recíproco de las naciones, y halla su fundamento en la relación que entre ellas existe, siendo este un principio sobre el que se erigen numerosas reglas jurídicas que no derivan necesariamente de normas escritas taxativas, ni están consignadas en convenios y que, pese a todo, se observan llanamente por afabilidad o por los deberes que impone la civilización, como por ejemplo las que tienen lugar con ocasión de visitas de mandatarios o recibimiento de agentes diplomáticos.

Tradicionalmente, en virtud del «*comitas gentium*» se daba respuesta a las limitaciones que el reconocimiento del principio de territorialidad imponía al incipiente tráfico internacional del momento. De modo que, a partir de entonces, el principio de reciprocidad va a proporcionar a los Estados la posibilidad de hacer efectivos sus derechos en el territorio de otro Estado sobre la base a un comportamiento recíproco. Este trato recíproco puede o no tener su origen convencional, aunque cada vez más se tiende a incorporarlo en determinados tipos de acuerdos internacionales, como son, a modo de ejemplo, los referidos a la extradición (Fontestad Portalés, 2021: 137)². De modo que el principio de reci-

² Así lo señala la profesora Leticia Fontestad Portalés en relación con el «principio de reciprocidad como principio básico en el Derecho internacional para, posteriormente, dar unas breves explica-

prociudad supone una compensación de esfuerzos entre los Estados implicados, de tal forma que uno de los Estados no obtenga una clara ventaja o beneficio en detrimento del otro. De ahí que este principio implique, en todo caso, un trato recíproco justo y equilibrado.

II. Reconocimiento mutuo en el ámbito judicial europeo

El Tratado de Lisboa firmado en diciembre 2007 con el objetivo de mejorar el funcionamiento de la Unión Europea (UE), delimitar claramente sus competencias y otorgar expresamente a la UE personalidad jurídica propia, y que entró en vigor a finales de 2009, supuso un paso cualitativo en el proceso de integración europea y, en lo que aquí respecta, redundó en la constitucionalización de derechos básicos y consolidación común de una serie de principios sin los cuales la Unión no es posible. En ese sentido fue un avance la entrada en vigor —junto con el Tratado de Lisboa— de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), en tanto que documento en el que se recogen todos los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos, y donde se destaca la compatibilidad de la aplicación del principio de confianza mutua y —su corolario— el principio de reconocimiento mutuo con los derechos básicos. Principios que se han desarrollado exponencialmente desde 2009 gracias a la implicación de la cooperación judicial que comporta el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia antes referido que, en definitiva, es cimiento de la UE y clave singular de su ordenamiento.

Es precisamente el principio de confianza mutua el que se invoca por las instituciones de la UE como un elemento clave de la integración en materia penal ante la diversidad normativa de los distintos sistemas nacionales³. De manera que, en lugar de establecer un Derecho penal uniforme o completamente armonizado para todo el territorio de la UE, se ha optado por un alto nivel de integración

ciones acerca de su categorización como principio constitucional en relación a su aplicación en el procedimiento penal de extradición». Fontestad Portalés, L. (2021). Reflexiones sobre la aplicación del principio de reciprocidad en la orden europea de detención y entrega. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XLI, <https://doi.org/10.15304/epc.41.6718> ISSN 1137-7550: 137-187.

³ Cfr. Cortés Martín, J. M. (2020). «Sobre los límites a la confianza mutua y la equivalencia intersistémica de la orden europea de detención». En la obra colectiva *Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea*. Cortés Martín, J. M.; Ruiz Yamuza, F. G. (coords.). Madrid: Dykinson. En particular cuando en la pág. 61, en la primera nota al pie, alude a las Conclusiones del Abogado General, Pedro Cruz Villalón, en el asunto que dio lugar a la Sentencia TJUE de 21 de octubre de 2010, I.B., C-306/09, EU:C:2010:404; en las que manifestó que «la necesidad de interpretar la Decisión marco a la luz de los derechos fundamentales se ha vuelto más imperiosa tras la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales» (punto 44).

en este ámbito sobre la base de un sistema que permite la cooperación interestatal mediante la interacción fluida de los sistemas nacionales de justicia penal que, por cierto, es consecuencia del principio de confianza mutua. De modo que a criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y de la Comisión, la existencia de esta confianza entre miembros de la UE es equiparable al concepto de equivalencia de normas, y la jurisprudencia del TJUE transmite la idea de que los distintos sistemas de justicia penal son intercambiables a los efectos de lograr en materia penal los objetivos de la integración europea.

No obstante, no dejan de surgir voces discrepantes que apelan a cierto garantismo jurídico en contraposición a lo que acabamos de exponer, (cfr. el referido caso Puigdemont, donde uno de los alegatos de los jueces belgas destinatarios de la euroorden evidencia reticencias sobre la progresión de la cooperación judicial penal concretada en la euroorden del asunto; con la consiguiente merma del principio de confianza mutua, que a diferencia del reconocimiento mutuo, no está consagrado en la normativa convencional europea y los Tratados constitutivos, con lo que ello implica en detrimento de los principios. Siendo como es la confianza mutua una de las claves de la integración europea cuya existencia se presume, por más que no se imponga imperativamente). Sin embargo, compartimos la idea de que no cabe exclusión *ad limine* de la confianza mutua, salvo que se acrediten las circunstancias precisas que determinan desconfianza entre las autoridades judiciales de los Estados miembros que, a la postre, desembocarían en un rechazo al reconocimiento mutuo⁴.

Resulta innegable que en tiempos procelosos la confianza se resiente, y así lo señala sucesivamente el profesor Cortés Martín, quien cifra en el actual contexto de crisis porosa que se extiende desde lo económico a los principios y valores que hacen reconocible la cultura europea. De manera que aquello indiscutible en términos de integración y de todo cuanto —durante décadas— gozó de extraordinaria consideración en el proyecto europeo, se encuentra hoy día sumido en cierto síncope debido a la actual coyuntura crítica generalizada⁵. De ahí que se deba insistir en que el sistema europeo no puede prescindir de sus principios cimentadores, ya que el proyecto de construcción europeo depende, en buena medida, de los principios de confianza y del reconocimiento mutuo. Principios esenciales que

⁴ En sintonía con lo expresado por Cortés Martín, J. M. (2020). «Sobre los límites a la confianza mutua y la equivalencia intersistémica de la orden europea de detención». En la obra colectiva *Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea*, cit., pág. 62 y ss..

⁵ La punta del iceberg se identifica con las dificultades económicas que, desde luego, afecta a los Estados miembros de la UE, pero que cuenta con otros vectores asociados como son, por ejemplo, el déficit democrático y las dudas de legitimidad institucional —con la consiguiente quiebra de los fundamentos del Estado de Derecho, las diferencias norte-sur dentro del territorio europeo, la convulsión por la salida de la UE del Reino Unido (el llamado *Brexit*), las irredentas cuestiones migratorias, la deriva secesionista de los nacionalismos en algunos Estados miembros, entre otras.

en este campo son particularmente relevantes en relación con las decisiones judiciales intracomunitarias, donde —insistimos— la confianza y el reconocimiento mutuos no son meras presunciones, sino que la confianza entre los socios europeos es real y, precisamente, ha de reforzarse cuando la coyuntura deja ver sus costuras.

III. Cooperación judicial penal en Europa

La cooperación jurídica internacional en materia penal se erige como mecanismo necesario en virtud del cual la Comunidad Internacional hace frente a la criminalidad y al delito en general y, especialmente, a la delincuencia transnacional. En tal sentido, en el entorno competencial de la UE hablamos de un espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ) destinado a proveer a la UE de las normativa y procedimientos precisos para garantizar el reconocimiento de resoluciones judiciales y sentencias en cualquiera de sus formas, así como para prevenir y solventar los posibles conflictos de jurisdicción mediante la cooperación de las autoridades judiciales de los Estados miembros de la UE, en particular, en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de sus decisiones jurisdiccionales.

La cooperación judicial en materia penal se fundamenta en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y sentencias e incluye medidas para armonizar las leyes de los Estados miembros en diversos ámbitos. En este sentido el Tratado de Lisboa ha proporcionado una base sólida para el desarrollo de un espacio de justicia penal, a la vez que ha otorgado nuevas competencias al Parlamento Europeo. Partiendo de las nociones genérica que preceden, recordemos que el Tratado de Lisboa es un acuerdo internacional en virtud del cual se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (DOC 306 de 17.12.2007), que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, siendo sus principios inspiradores aquellos que son sustento de la herencia cultural y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho.

El Tratado de Lisboa fue suscrito por los distintos Estados miembros de la Unión el 13 de diciembre de 2007, y entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Como se ha indicado, con la firma del Tratado de Lisboa se vieron modificados el Tratado de Maastricht (1992), conocido en forma actualizada como el Tratado de la Unión Europea (2007) o TUE, y el Tratado de Roma (1957), conocido en forma actualizada como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2007) o TFUE. En consecuencia, el título formal del texto es el siguiente: Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Y sobre las nociones anteriores se anclan las

claves jurídicas del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), arts. 82 a 86 que se apoya en la cooperación judicial en materia penal, marcan objetivos de eliminación progresiva de los controles fronterizos en la UE, sin empañar la libre circulación de los ciudadanos europeos, manteniendo la vigilancia y persecución de conductas delictivas a escala transnacional. Así, con el fin de afrontar el reto de la delincuencia transfronteriza, el espacio de libertad, seguridad y justicia implica medidas para promover la cooperación judicial en materia penal entre los Estados miembros. Siendo el punto de partida es el respeto del principio de reconocimiento mutuo, desarrollado en este conjunto de normas⁶ mínimas:

⁶ Junto a las normas mínimas conviene reseñar las específicas sobre: Lucha contra el terrorismo (Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave; Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo. Reglamento (UE) 2021/784 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea). Lucha contra la corrupción, la ciberdelincuencia, el fraude y el blanqueo de capitales (Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, «Directiva sobre la ciberdelincuencia»; Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea; Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado); Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, y por la que se sustituye la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo; Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal; Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o financiación del terrorismo; Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal; Reglamento (UE) 2018/1805 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso; Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo). Intercambio de información entre los Estados miembros y las agencias de la Unión (Directiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la orden europea de investigación en materia penal; Reglamento (UE) n.º 2018/1726 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; Reglamento (UE) 2018/1862 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen en el ámbito de la cooperación policial y de la cooperación judicial en materia penal; Reglamento (UE) 2019/816 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un sistema centralizado para la identificación de los Estados miembros que poseen información sobre condenas de nacionales de terceros países y apátridas a fin de complementar el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726. Este Reglamento está vinculado a la Directiva (UE) 2019/884, por la que se modifica la Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo en lo que respecta al

- Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.
- Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.
- Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.
- Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.
- Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.
- Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.

IV. La euroorden: principios básicos

La euroorden⁷ (también Orden Europea de Detención y Entrega, OEDE) es un procedimiento judicial simplificado y transfronterizo de detención y entrega a

intercambio de información sobre nacionales de terceros países y al Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales; Reglamento (UE) 2019/818 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad entre los sistemas de información de la UE en el ámbito de la cooperación policial y judicial, el asilo y la migración). Sobre protección de las víctimas (Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la orden europea de protección; Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos).

⁷ Gómez Herrera, V., y Marín Gámez, J. Á. (2022). «Euroorden y certidumbre judicial europea». *CEFLegal. Revista práctica de Derecho*, (262), 101-120. <https://doi.org/10.51302/ceflgal.2022.9267>

efectos de enjuiciamiento o de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad. Toda euroorden emitida por las autoridades judiciales de cualquier país de la UE se considera válida en la totalidad del territorio de la UE. Como institución jurídica, la euroorden funciona desde el 1 de enero de 2004, y ha venido a sustituir los dilatados procedimientos de extradición que podían existir entre países de la UE. Se trata, por tanto, de un instrumento de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales emitidas por una autoridad competente de un Estado miembro, que se transmiten a otro para su reconocimiento y ejecución. La normativa concerniente a la OEDE se encuentra contenida en la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales dentro de la UE. Este instrumento legal cuenta con un capítulo que compendia y actualiza lo anteriormente previsto en la Ley 3/2003. La norma vigente contempla un procedimiento que permite a cualquier autoridad judicial española solicitar la entrega de una persona a otro estado miembro, para el seguimiento de actuaciones penales o para el cumplimiento de condenas y ejecutorias. Del mismo modo permite proceder a la entrega cuando haya recibido la oportuna solicitud de parte de la autoridad judicial de otro Estado miembro.

Según el artículo 34 de la Ley 23/2014, la OEDE es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la UE, con vistas a la detención y entrega, siendo la autoridad competente en España para emitirla el juez o tribunal que conozca la causa de la que procede. En síntesis, cabría indicar que la euroorden está prevista tanto para el ejercicio de acciones penales, la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, o una medida de internamiento en un centro de menores. Y para ejecutarla será competente el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional; y si la orden se refiere a un menor, la competencia corresponde al Juez Central de Menores. Del mismo modo, es sabido que los clásicos procedimientos de extradición⁸ no solo resultan arcaizantes, sino que tienen tendencia a eternizarse, y para evitar ese pernicioso efecto en el ámbito de la UE se instituyó la euroorden u orden europea de detención y entrega. Con la OEDE se establece esa ansiada comunidad de Derecho en la que asegurar la tutela jurídica efectiva de los derechos ciudadanos en el marco del sistema judicial sin fronteras de la UE. De modo que los tradicionales mecanismos de cooperación

⁸ Sobre las innovaciones y diferencias de la euroorden con respecto al tratamiento de los casos en la extradición clásica, el trabajo de Gómez Campelo, E. (2011). «Orden de Detención Europea y Extradición», en la obra colectiva *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo, orden de detención europea y garantías procesales*. Jimeno Bulnes, M. (coord.). Tirant lo Blanch: Valencia, p. 19-59, en particular p. 46. También la profesora Jimeno Bulnes, M. (2011), en su trabajo «Régimen y experiencia práctica de la orden de detención europea», en la misma obra anterior, coordinada por ella misma, *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo, orden de detención europea y garantías procesales*, cit., p. 109-200.

judicial quedaron desplazados, desde 2002, por esta —digamos— novedosa manera de entender las relaciones entre ordenamientos basada en la confianza. De ahí que insista en que el reconocimiento mutuo es la clave para interpretar cualquier cuestión relativa a la euroorden. Ello permite —o debería permitir— la ejecución prácticamente automática de las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales de cualquiera de los Estados miembros.

Por tanto, la base jurídica de la euroorden está, pues, en la *fiducia* y en el principio de reconocimiento mutuo. Ello determina que, una vez recibida la orden europea por la autoridad judicial competente para su ejecución, aquella produce efectos de forma automática, sin necesidad de que la autoridad judicial receptora que ha de ejecutar la orden, deba realizar nuevo examen de la solicitud, ni verificar la conformidad de la misma con su ordenamiento jurídico interno. Lo cual determina la desaparición de los motivos de denegación que tan habituales son en los legendarios procedimientos extradicionales, y, del mismo modo, desaparecen los motivos relativos a la no entrega de nacionales o aquellos concernientes a la consideración de las infracciones como delitos políticos. Únicamente cabe negarse a la ejecución de la euroorden por los motivos tasados, formales y objetivos contenidos en la propia norma. Siendo las causas de oposición propiamente dichas tanto la incompetencia del juez emisor de la euroorden, como que sean hechos que ya han sido juzgados o vulneración de derechos fundamentales. Fuera de tales supuestos, el tribunal desatenderá cualquier otra alegación relativa al fondo del asunto; no en vano la euroorden se cimienta en la confianza y mutuo reconocimiento de los Estados miembros de la UE. De manera que denegar la entrega por cualquier otro motivo, equivale a fracturar principios esenciales de la UE.

Este instrumento de cooperación judicial entre tribunales de la UE acelera de manera significativa la entrega de personas que son detenidas en su ámbito. Así, los plazos del procedimiento para la entrega oscilan entre 10 días (si el detenido consiente ser entregado) y 60 días (si no consiente); plazo que excepcionalmente se podría prorrogar hasta 90 días. De modo que una vez constatados los requisitos formales que marca la norma comunitaria y la nacional propia del país receptor, se ha de proceder con la euroorden. No cabe, pues, examinar cuestiones de fondo sobre los hechos, ni tampoco indiciarias, es decir, el órgano judicial receptor de la euroorden procederá a la entrega de la persona detenida que le es solicitada. La cooperación judicial directa que implica la euroorden implica una operatividad, eficacia y rapidez, antes inusitada, que va de suyo entre Estados con valores constitucionales compartidos y cuyos ordenamientos jurídicos se basan en el respeto de los derechos fundamentales y en los principios democráticos.

Sobre los plazos anotados, reiteramos el carácter de urgencia que tiene la figura, pues en las euroórdenes entra en juego lo dispuesto en el art. 17 de la Decisión Marco, según la cual podemos distinguir las dos categorías de plazos que

dejamos reseñadas, siempre en función de que exista o no consentimiento por parte de la persona objeto de la OEDE en cuanto a su entrega al Estado que lo reclame. La revocabilidad de esta decisión queda en el lado del derecho interno de cada estado, si bien supletoriamente el régimen general aboga por evitar la retractación⁹. Ahora bien, si por la legislación nacional se posibilitara dicha rectificación, los plazos también serán modificados, sin tomar en ningún caso consideración el intervalo temporal en el que existió la primera comunicación. En cualquier caso, en cada supuesto para las cuestiones procedimentales en la sustanciación de las euroórdenes se cuenta con el auxilio de *Eurojust*, propiciando una comunicación fluida entre las autoridades judiciales y los agentes policiales¹⁰ intervinientes. De manera que, en los aspectos relativos a la intendencia burocrática, la euroorden supone un hito en cuanto articula un método puramente comunitario que avanza en la tramitación de la detención y entrega, haciendo que el proceso en sí se haya simplificado notablemente en comparación con los instrumentos existentes antes de que fuera aprobada la aprobación de la Decisión Marco.

Hemos dejado para el final de este apartado otro aspecto destacable de la euroorden, como es el que incorpora y configura un procedimiento de detención y entrega de naturaleza puramente judicial, sin apenas intervención gubernamental. Ello creo que viene a incidir en la idea antes apuntada del principio de reconocimiento mutuo y la confianza recíproca en términos jurídicos. Lo cual redundo en otra ventaja integradora, como es la relativa a la agilidad del procedimiento. La orden europea es remitida directamente por la autoridad judicial que la emite a la autoridad que ha de proceder a su ejecución, sin necesidad de que intervenga el poder político. Lo novedoso, pues, de la euroorden reside en que articula un procedimiento teóricamente eficaz en torno a un modelo de resolución judicial unificado en la UE, que ha sido efectivo en la práctica salvo casos puntuales.

⁹ En atención a la Comunicación de la Comisión Europea según el Manual europeo para la emisión y ejecución de órdenes de detención europeas, (2017/C 335/01), publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, Bruselas, 6 de octubre de 2017.

¹⁰ Cfr. Consejo de la Unión Europea: «Sistema de Información de Schengen: el Consejo adopta nuevas normas para reforzar la seguridad en la UE», de fecha 19 de noviembre de 2018. Recuperado de <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2018/11/19/schengeninformation-systemcouncil-adopts-new-rules-to-strengthen-security-in-the-eu/>; *European Commission. Migration and Home Affairs*, «SIRENE cooperation». Recuperado de https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengeninformation-system/sirene-cooperation_en; *European Union Homepage*. «Oficina Europea de Policía (EUROPOL)». Recuperado de https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/europol_es

V. Euroorden y crisis europeísta

Seguidamente centraremos el análisis sobre una circunstancia concreta que atenaza la colaboración directa entre autoridades judiciales europeas, en concreto, dedicaremos unos párrafos a la euroorden cursada por el juez instructor del Tribunal Supremo español (TS) en el conocido caso Puigdemont arriba apuntado, que, por cierto, no queda a él circunscrito. Así, dedicaremos estas líneas a la —digamos— azarosa deriva del caso citado en el actual contexto jurídico de la Unión. Sin entrar todavía en pormenores, se nos antoja que este asunto y sus concomitancias ha interferido considerablemente en la dinámica del poder judicial español, al pronunciarse los jueces receptores de las euroórdenes aludidas sobre unas resultancias fácticas, probatorias y argumentales de las que no disponen ni pueden conocer, impidiendo al juez instructor español culminar la instrucción y al TS ejercer su plena función jurisdiccional.

Como ha señalado el profesor Sánchez Legido, el asunto que abordamos atañe al proyecto europeísta y tiene sus antecedentes en el «proceso de construcción europea, como mínimo, desde la constitución del llamado Grupo de Trevi a mediados de los setenta. Recordemos que es desde 1997 cuando la vieja idea del espacio judicial europeo en el ámbito penal comienza a adquirir la condición de prioridad política de primer orden en el seno de la UE»¹¹. Y en esta lógica se aprovecha el acervo integrado por el sistema de Schengen (1985-1990), así como las experiencias —no siempre positivas— de la Cooperación en Justicia y Asuntos de Interior diseñada en Maastricht (1992), que, no obstante, junto con las políticas de inmigración y asilo, demostró su utilidad en el impulso de la cooperación policial y judicial en materia penal¹² desde finales de aquellos años 90, y cuya

¹¹ Sánchez Legido, Á. (2007). «La Euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales». En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 14, 1-56, <https://www.reei.org/>.

¹² Castillo García, J. F. (2006). «La comunitarización del tercer pilar: un paso necesario para la consolidación del espacio penal europeo». En *RGDE*, nº 11 (2006), pp. 25 y ss., en la cita del autor anterior. Sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia aludido por el citado conviene reparar en lo que indica la doctora Armenta Deu, T. (2013). «Europeización del proceso penal y Derechos Fundamentales: Guía y condicionante». En la obra *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo: estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi* / coord. por Martín Ostos, Barcelona: Atelier, págs. 67 a 81; también en: <https://www.researchgate.net/publication/292735685>, en concreto, cuando señala que la «conocida estructura de los «tres pilares» sostendría la Unión: el primer pilar, el pilar integrado, formado por las CE y su derecho, el derecho comunitario. El segundo, el Título V del TUE, constituido por las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común y, el tercero, el Título VI, que inicialmente incluía las disposiciones relativas a la justicia y los asuntos de interior, pero que hoy (Tratado de Ámsterdam) se refiere exclusivamente a la cooperación policial y a la cooperación judicial en materia penal, que es sólo una parte del nuevo objetivo de convertir la Unión en un «Espacio de Libertad, de Seguridad y de Justicia», puesto que los visados, el asilo, la inmigración y la

relevancia normativa dio lugar al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, que encontró plasmación en el Tratado de Amsterdam como idea rectora que serviría de referente para la integración en el ámbito preferentemente económico (Mercado Interior o Unión Económica y Monetaria), y que a la postre se erigió como nuevo objetivo de la UE, es decir, que consagra la aspiración de un espacio sin fronteras interiores exigido por la libre circulación de personas, anhelo europeísta que había de verse acompañado por «medidas compensatorias del déficit de seguridad que de ello deriva, sin que las mismas acaben afectando a los estándares de derechos y garantías proclamados como valores esenciales de la filosofía política sobre la que se asienta la UE»¹³.

Conviene reseñar que en su momento el Tratado de Lisboa¹⁴ marcó un hito en el proceso de construcción de un Espacio de Justicia propiamente Europeo. Como indica la profesora Faggiani¹⁵, en él se garantizaba «de forma plena y efectiva el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, introduciendo elementos «materialmente constitucionales» de carácter tanto sustantivo como procesal», que entonces suponían una incorporación novedosa dentro el marco jurídico de la UE e iban a propiciar el que el itinerario de armonización de los distintos sistemas europeos de justicia penal fuera algo más que una simple expectativa. De modo que aquellos elementos «materialmente constitucio-

cooperación judicial en materia civil fueron «comunitarizados», es decir, transferidos al primer pilar. El 1er pilar es supranacional; en él los instrumentos legislativos se adoptan por el procedimiento de codecisión, correspondiendo la iniciativa a la Comisión. Respecto al mismo, el TJCE ejerce la competencia plena de control de la legalidad de los actos comunitarios y garantiza la interpretación y aplicación uniforme del derecho comunitario. La UE la constituyen en realidad el 2º y el 3er pilar, es decir, un sistema puramente intergubernamental en el que el Consejo de Ministros decide por unanimidad a propuesta de la Comisión o de cualquier Estado miembro. El Parlamento Europeo y el TJCE sólo aparecen en materia de cooperación policial y judicial penal, esto es, lo relativo al Título VI, pero limitado al estrecho marco de competencias que le reconoce el art. 35 TUE'.

¹³ Sánchez Legido, Á. (2007). «La Euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, cit.; también, Calderón Cuadrado, M. P. (2013). «¿Hacia una europeización del proceso?». En la obra antes citada *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo*, pág. 125; y con anterioridad de la misma autora, Calderón Cuadrado (2007), «Hacia la uniformidad y mayor visibilidad de las garantías procesales penales en la Unión Europea, en la obra *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*, (coord. Oliva Santos, Armenta Deu, Calderón Cuadrado). Madrid: Colex, p. 17 a 40.

¹⁴ El Tratado de Lisboa, con su importante paquete de medidas competenciales y modificativas de los dos tratados que forman la base constitucional de la UE, se firmó por los Estados miembros el día 13 de diciembre de 2007, y entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. Fecha relevante a considerar en la efectiva vigencia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

¹⁵ Faggiani, V. (2012). «¿Hacia la «constitucionalización» de un espacio europeo de justicia penal?: aspectos sustantivos y procesales del derecho a la tutela judicial efectiva tras el Tratado de Lisboa». En *Estudios de Deusto-Revista de Derecho Público*, vol. 60, nº 2. (Ejemplar dedicado a: Constitución y globalización: la constitucionalización de espacios supranacionales / coord. por Salvador Martínez, M^a.), págs. 261 y 262.

nales» (en terminología de la profesora Faggiani), iban a contribuir a la mayor seguridad jurídica en el ámbito europeo, además de reforzar la confianza mutua entre los Estados miembros de la UE, al tiempo que eliminarían o —al menos— reducirían las diferencias tradiciones constitucionales de los Estados miembros, y atenuarían la diversidad entre los distintos sistemas judiciales existentes en la UE, con el consiguiente favorecimiento del proceso de armonización legislativa y jurisprudencial de los derechos humanos y del necesario diálogo entre jueces europeos. De modo que la edificación del «Espacio Europeo de Justicia que ampare los derechos que la UE otorga a los justiciables dependerá por lo tanto de la recíproca interacción entre los mencionados «elementos materialmente constitucionales» en materia de Justicia, reconocidos en el Tratado de Lisboa»¹⁶, para lo que se hacía precisa cierta voluntad política entre los Estados miembros de la UE para transitar por un sendero integrador, de confianza y reconocimiento. Aunque como anota la autora anteriormente citada, el Tratado de Lisboa, a pesar de su carácter innovador y de su relevancia en el proceso de integración europea recoge algunos aspectos —diríamos— controvertidos que, sin llegar a ser contradictorios de inicio, podrían erigirse en auténticos valladares, que llegado el momento podrían paralizar la creación de un verdadero espacio común de justicia; y ello debido a la concesión que hubo de hacerse en pos del consenso, dado que algunos Estados presentaban objeciones al ejercicio del *ius puniendi*, que histórica y tradicionalmente ha pertenecido al meollo de la soberanía nacional respectiva, y que a partir de Lisboa ya no sería una competencia exclusiva de los Estados.

Así pues, como se ha indicado, la primera vez que se habló de euroorden en el ámbito del Derecho penal de la UE fue en la Decisión Marco 2002/584/JAI, como procedimiento de entrega entre Estados miembros mediante un proceso de entrega rápido y con seguridad jurídica. Esta norma fue inmediatamente incorporada al Derecho español a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega. Más tarde, el 11 de diciembre de 2014 y a la luz de la experiencia acumulada en esta materia, entró en vigor la Ley 23/2014, sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, norma cuyo Título II se dedica al instrumento conocido como orden europea de detención y entrega (OEDE), poniendo al día la euroorden según la estela legislativa marcada por antecesora, la Ley 3/2003. Hablamos entonces de un instrumento integrador en el campo de las obligaciones normativas europeas. Una herramienta que adquiere sentido mediante un trámite judicial simplificado y transfronterizo de entrega a efectos de enjuiciamiento o de ejecución de una pena o de una medida de seguri-

¹⁶ Faggiani, V. (2012). «¿Hacia la «constitucionalización» de un espacio europeo de justicia penal?: aspectos sustantivos y procesales del derecho a la tutela judicial efectiva tras el Tratado de Lisboa». En *Estudios de Deusto-Revista de Derecho Público*, vol. 60, nº 2, cit.

dad privativas de libertad. Es decir, se trata de una figura que responde al compromiso de mejorar la cooperación judicial penal en la UE y luchar contra la criminalidad, garantizando la seguridad y los derechos de los ciudadanos¹⁷. De manera que con la Ley 23/2014 se da por amortizada la técnica de la incorporación individual de cada decisión marco o directiva europea en una ley ordinaria y su correspondiente ley orgánica complementaria, y se presenta como un texto conjunto en el que se reúnen todas las decisiones marco y la directiva aprobadas hasta hoy en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales. Incluye tanto las ya traspuestas a nuestro Derecho como las que están pendientes, evitando la señalada dispersión normativa y facilitando su conocimiento y manejo por los profesionales del Derecho¹⁸. Pero, como indicaba al inicio, desde la Ley 3/2003 conocemos de euroórdenes en España¹⁹; baste recordar que la finalidad de la euroorden no es otra que acelerar la entrega de personas que son detenidas en países de la UE, y vaya por delante lo obvio, pues con ella se pone de manifiesto la confianza mutua entre los integrantes de la UE, ya que —insistimos— dicha confianza es clave de bóveda de los principios fundamentales y elementos comunes reflejados en los actos de derecho derivado adoptados en el seno de la UE, del que la euroorden es emblema como concreción del principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales en materia penal. No en vano la profesora Valentina Faggiani²⁰ incide en la elaboración de una construcción dogmática de este principio que permitirá individualizar la función, los puntos de fuerza y los límites de esta técnica de armonización de los derechos fundamentales en el desarrollo de un sistema común de garantías jurídicas sustantivas y jurisdiccionales. Lo que en opinión de la profesora Faggiani es consecuencia de que la UE

¹⁷ Sánchez Legido, Á. (2007). «La Euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales», antes citado.

¹⁸ Así, la norma vigente, la Ley 23/2014, introduce criterios de proporcionalidad y perfecciona el procedimiento que permite a cualquier autoridad judicial española solicitar la entrega de una persona a otro Estado miembro para el seguimiento de actuaciones penales o para el cumplimiento de una condena impuesta, así como proceder a la entrega cuando haya recibido una OEDE procedente de la autoridad judicial de otro Estado miembro. Con la Ley 23/2014 se da por amortizada la técnica de la incorporación individual de cada decisión marco o directiva europea en una ley ordinaria y su correspondiente ley orgánica complementaria, y se presenta como un texto conjunto en el que se reúnen todas las decisiones marco y la directiva aprobadas hasta hoy en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales. Incluye tanto las ya traspuestas a nuestro Derecho como las que están pendientes, evitando la señalada dispersión normativa y facilitando su conocimiento y manejo por los profesionales del Derecho.

¹⁹ Se activó en junio de 2002 al adoptar el Consejo de Ministros de Justicia e Interior la Decisión Marco relativa a la misma (DOCE L 190/1, de 18 de julio de 2002), como primer instrumento jurídico de la UE en que se aplica el principio de reconocimiento mutuo enunciado en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere.

²⁰ Faggiani, V. (2016). «El principio de reconocimiento mutuo en el espacio europeo de justicia penal. Elementos para una construcción dogmática». En *Revista General de Derecho Europeo*, nº 38.

ha tomado finalmente conciencia de que «la efectividad del derecho de acceso a la justicia y a un proceso con todas las garantías depende de la existencia de estándares mínimos comunes. El plan de trabajo para reforzar los derechos de los sospechosos y acusados implicados en procesos penales en la UE, incorporado posteriormente al Programa de Estocolmo, ha supuesto un avance en este sentido, puesto que ha procedido a una sistematización bien articulada de los derechos fundamentales de los justiciables, sentando las bases para la progresiva adopción de Directivas europeas en tales ámbitos»²¹. Luego no se debe perder de vista la normativa comunitaria destilada al efecto, toda vez que, por su importancia en el proceso de construcción de un modelo de justicia europeo, contribuyen a generar confianza y seguridad en material procesal penal dentro del espacio europeo.

Nadie duda hoy día de la tirantez que recorre la relación entre la seguridad y los derechos fundamentales, de ahí que las instancias europeas y, en concreto, la Comisión recuerde permanentemente la necesidad de que la UE «deba oponerse a tratar de forma aislada la seguridad, la justicia y los derechos fundamentales», pues se trata de ámbitos que discurren paralelos en el marco de un planteamiento coherente que pretende resolver los actuales desafíos y los futuros. Es esta una idea recurrente en la Agenda Europea de Seguridad (2015-2020), cuando afirma que la «seguridad y el respeto de los derechos fundamentales no son objetivos contradictorios, sino objetivos políticos coherentes y complementarios». Aunque lo cierto es que las medidas adoptadas en este último tiempo no se compadecen del todo con tales asertos. En ello incide la profesora Aguado-Correa²² al poner de manifiesto que el Parlamento Europeo en su Resolución sobre la Agenda Europea de Seguridad, de 9 de julio de 2015, no olvida que el objetivo de seguridad es compatible con la garantía de derechos y, por tanto, son ambos objetivos que no se puede perseguir de forma aislada, sino que «la libertad, la seguridad y la justicia son objetivos que deben perseguirse en paralelo; que, para alcanzar la libertad y la justicia, las medidas de seguridad deben, por lo tanto, respetar siempre la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad, y deben estar sujetas al control democrático y la rendición de cuentas debidos; que la dimensión de la justicia no está suficientemente cubierta en la Agenda Europea de Seguridad».

Con carácter previo hemos aludido al Tratado de Lisboa, a la constitucionalización de derechos básicos y a la consolidación común de una serie de principios sin los cuales la UE no es posible. En ese sentido fue un avance la entrada en vigor

²¹ Garrido Carrillo, Fº. J. y Faggiani, V. (2013). «La armonización de los derechos procesales en la UE». En *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 16, pág. 8.

²² Aguado-Correa, T. (2020). «Programa de Estocolmo: Entre la eficacia de la respuesta penal y la garantía de los derechos fundamentales en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia». En *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, vol. 11, nº 1, pág. 42.

—junto con el Tratado de Lisboa— de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), en tanto que documento en el que se recogen todos los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos, y donde se destaca la compatibilidad de la aplicación del principio de confianza mutua y —su corolario— el principio de reconocimiento mutuo con los derechos básicos. Principios que se han desarrollado exponencialmente desde 2009 gracias a la implicación de la cooperación judicial que comporta el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia antes referido que, en definitiva, es cimiento de la UE y clave singular de su ordenamiento. Siendo precisamente el principio de confianza mutua el que se invoca por las instituciones de la UE como un elemento clave de la integración en materia penal ante la diversidad normativa de los distintos sistemas nacionales²³. De manera que, en lugar de establecer un Derecho penal uniforme o completamente armonizado para todo el territorio de la UE, se ha optado por un alto nivel de integración en este ámbito sobre la base de un sistema que permite la cooperación interestatal mediante la interacción fluida de los sistemas nacionales de justicia penal que es consecuencia del principio de confianza mutua. De modo que a criterio del TJUE y de la Comisión, la existencia de esta confianza entre miembros de la UE es equiparable al concepto de equivalencia de normas, y la jurisprudencia del TJUE transmite la idea de que los distintos sistemas de justicia penal son intercambiables a los efectos de lograr en materia penal los objetivos de la integración europea.

No obstante, no dejan de surgir voces discrepantes que blanden máximas del garantismo jurídico en contraposición a lo que acabamos de exponer, y quizá el caso Puigdemont en Bélgica es sintomático y beneficiario de ello, pues, como veremos más adelante, uno de los alegatos de los jueces belgas destinatarios de la euroorden, gira en torno a las reticencias de lo expresado en el párrafo anterior y al sacrificio —según criterio belga— en la protección de los derechos fundamentales. Resulta evidente que tal postulado es adverso a la progresión de la cooperación judicial que venimos propugnando. Sin embargo, no ocultaremos que los planteamientos que se muestran recelosos con el principio de confianza mutua, a diferencia del reconocimiento mutuo, no está consagrado en los Tratados y, por tanto, su alcance y límites no están nítidamente identificados. Aunque considera-

²³ Cfr. Cortés Martín, J. M. (2020). «Sobre los límites a la confianza mutua y la equivalencia intersistémica de la orden europea de detención». En la obra colectiva *Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea*. Cortés Martín, J. M.; Ruiz Yamuza, F. G. (coords.). Madrid: Dykinson. En particular cuando en la pág. 61, en la primera nota al pie, alude a las Conclusiones del Abogado General, Pedro Cruz Villalón, en el asunto que dio lugar a la Sentencia TJUE de 21 de octubre de 2010, I.B., C-306/09, EU:C:2010:404; en las que manifestó que «la necesidad de interpretar la Decisión marco a la luz de los derechos fundamentales se ha vuelto más imperiosa tras la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales» (punto 44).

mos que ello no impide ni desvirtúa en ninguna medida que la confianza mutua continúe siendo un principio de la integración cuya existencia se presume, por más que no se imponga imperativamente. De modo que —compartimos la idea de que no cabe su exclusión *ad limine*, salvo que se acrediten las circunstancias precisas que determinan desconfianza entre las autoridades judiciales de los Estados miembros que, a la postre, desembocarían en un rechazo al reconocimiento mutuo²⁴.

Cierto que en tiempos procelosos la confianza se resiente, y así lo señala sucesivamente el profesor Cortés Martín, quien cifra en el actual contexto de crisis porosa que se extiende desde lo económico a los principios y valores que hacen reconocible la cultura europea. De manera que aquello indiscutible en términos de integración y de todo cuanto —durante décadas— gozó de extraordinaria consideración en el proyecto europeo, se encuentra hoy día sumido en cierto síncope debido a la actual coyuntura crítica generalizada²⁵. Es por ello que debemos reiterar que el sistema europeo no puede prescindir de sus principios cimentadores, ya que el proyecto de construcción europeo depende, en buena medida, de los principios de confianza y del reconocimiento mutuo. Principios esenciales que en nuestro campo son particularmente relevantes en relación con las decisiones judiciales intracomunitarias, donde —insistimos— la confianza y el reconocimiento mutuos no son meras presunciones, sino que la confianza entre los socios europeos es real y, precisamente, ha de reforzarse cuando la coyuntura es crítica. Insistimos en que la base jurídica de la euroorden está, pues, en la *fiducia* y en el principio de reconocimiento mutuo. Ello determina que, una vez recibida la orden europea por la autoridad judicial competente para su ejecución, aquella produce efectos de forma automática, sin necesidad de que la autoridad judicial receptora que ha de ejecutar la orden, deba realizar nuevo examen de la solicitud, ni verificar la conformidad de la misma con su ordenamiento jurídico interno. Lo cual determina la desaparición de los motivos de denegación que tan habituales son en los legendarios procedimientos extradicionales, y, del mismo modo, desaparecen los motivos relativos a la no entrega de nacionales o aquellos concernientes a la consideración de las infracciones como delitos políticos. Únicamente cabe negarse a la ejecución de la euroorden por los motivos tasados, formales y objetivos contenidos en la

²⁴ En sintonía con lo expresado por Cortés Martín, J. M. (2020). «Sobre los límites a la confianza mutua y la equivalencia intersistémica de la orden europea de detención». En la obra colectiva *Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea*, cit., pág. 62 y ss..

²⁵ La punta del iceberg se identifica con las dificultades económicas que, desde luego, afecta a los Estados miembros de la UE, pero que cuenta con otros vectores asociados como son, por ejemplo, el déficit democrático y las dudas de legitimidad institucional —con la consiguiente quiebra de los fundamentos del Estado de Derecho, las diferencias norte-sur dentro del territorio europeo, la convulsión por la salida de la UE del Reino Unido (el llamado *Brexit*), las irredentas cuestiones migratorias, la deriva secesionista de los nacionalismos en algunos Estados miembros, entre otras.

propia norma. Siendo las causas de oposición propiamente dichas tanto la incompetencia del juez emisor de la euroorden, como que sean hechos que ya han sido juzgados o vulneración de derechos fundamentales. Fuera de tales supuestos, el tribunal desatenderá cualquier otra alegación relativa al fondo del asunto; no en vano la euroorden se cimienta en la confianza y mutuo reconocimiento de los Estados miembros de la UE. De manera que denegar la entrega por cualquier otro motivo, equivale a romper dichos principios.

VI. Un trance del sistema judicial europeo

Pocas dudas había hasta el asunto de marras sobre el refuerzo que la euroorden supone para la cooperación judicial en la UE; y así lo auguraban sus tres principios básicos (confianza, reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, y armonización legislativa). Sin embargo, el caso Puigdemont ha trastocado el reto de integración europea que en materia penal plantea la euroorden. Sobre todo, cuando a propósito del asunto en cuestión la justicia belga alegó riesgo de vulneración de derechos fundamentales de los políticos catalanes reclamados por la justicia española²⁶. Es notorio que lo acontecido con algunos líderes del secesionismo catalán, puso en el punto de mira la consistencia de la OEDE, instrumento que adquirió una relevancia inusual tanto en los medios de comunicación como en las conversaciones cotidianas del ciudadano medio. Y, si bien hemos dejado constancia de que se trata de un instrumento de gran importancia en las relaciones entre los Estados de la UE, y con una vigencia cercana a los veinte años, la euroorden —como figura jurídica— puede no estar atravesando sus mejores momentos.

Esta deriva dio lugar a la cuestión prejudicial que planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) el juez español del Tribunal Supremo (TS), Pablo Llarena²⁷, como principal escollo para resolver el laberinto judicial

²⁶ El primer caso planteado fue el de Lluís Puig, dado que las euroórdenes contra Puigdemont, Comín y Ponsatí quedaron paralizadas tras ocupar escaños como eurodiputados a comienzos de 2020. En este extremo conviene traer a colación la elaboración doctrinal de la doctora González Monje, A. (2016). «La presunción de inocencia en la Unión Europea. Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio». En *Revista General de Derecho Europeo*, nº 39, donde ofrece un análisis de la reciente Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016, cuya finalidad consiste en reforzar en el proceso penal el derecho a un juicio justo, estableciendo unas normas mínimas comunes relativas a determinados aspectos de la presunción de inocencia y los derechos conexos, así como al derecho a estar presente en el juicio, dados los diferentes niveles de protección que los derechos de los sospechosos y acusados presentan en las legislaciones de los distintos Estados miembros.

²⁷ Auto de 3 de marzo de 2021; Causa Especial 20907/2017 del TS.

européo desencadenado por las diversas interpretaciones del delito de sedición por el que fueron condenados algunos líderes del *procés*. De modo que el magistrado Llarena vierte hasta siete preguntas al TJUE sobre la interpretación que realizan los jueces belgas de la normativa que regula las euroórdenes. Es ahora el TJUE el que debe pronunciarse sobre el alcance de una OEDE y sobre las razones para su denegación, una vez que las autoridades de ejecución de Bélgica han rechazado las entregas requeridas. Con la respuesta del TJUE, el magistrado español decidirá si mantiene, retira o emite nuevas euroórdenes respecto a Puig, Puigdemont, Comín, Ponsatí y Marta Rovira, contra quienes se sigue procedimiento por delitos de sedición, malversación de caudales públicos o desobediencia²⁸.

Inicialmente los jueces belgas denegaron la entrega de Puig al TS porque entienden que el órgano competente para instruir la causa no es el TS sino un tribunal catalán, y porque —dicen— su entrega pondría en peligro derechos fundamentales del reclamado. De ahí que una de las principales dudas que ello genera al instructor Llarena sea la relativa a si el órgano de ejecución belga tiene la facultad, conforme al Derecho de la UE, de controlar la competencia del órgano de emisión, en este caso el TS español. El Auto citado del juez Llarena indica que la no ejecución de una OEDE es «excepcional y se debe interpretar de manera restrictiva», y añade que «no hay una norma del Derecho de la UE que reconozca una facultad a favor de la autoridad de ejecución de una OEDE que le permita valorar y fiscalizar si el órgano de emisión es competente para hacerlo». Y tampoco cabe, a juicio de Llarena, una interpretación que sea compatible con la asunción de esa facultad por parte del órgano de ejecución. La polémica quedó servida desde el momento en que el Estado encargado de ejecutar la euroorden pone en solfa —según su derecho interno— la competencia del Estado emisor. Surgen así evidentes dudas sobre cuáles son los elementos que el órgano de ejecución debería tener en cuenta para realizar ese control sobre competencia. Más aún cuando la antes aludida Decisión Marco de 2002, de la que trae causa la euroorden, establece que solo el estado de emisión determina las autoridades competentes y lo hace conforme a su propia normativa. De ahí que Llarena acierte al afirmar que «el órgano de ejecución no puede aplicar ni interpretar el Derecho interno español, además de que tampoco lo ha hecho adecuadamente y que ha obtenido sus conclusiones sobre la competencia (o, mejor dicho, sobre la ausencia de la misma) interpretando y poniendo el énfasis en otros elementos distintos». En este asunto causa también extrañeza que el órgano de ejecución acuda

²⁸ Aclaremos que la situación de Marta Rovira y de Anna Gabriel es diferente ya que residían en Suiza, territorio no perteneciente a la UE, y, por tanto, las euroórdenes no rigen allí y dependen del tradicional proceso de extradición bilateral.

a la Constitución y legislación belgas, mostrando cierta displicencia hacia la estructura jurisdiccional española, pues los jueces belgas se permiten decidir sobre la competencia del TS en un litigio de alcance nacional ya resuelto en el transcurso del procedimiento interno. Ello resulta más sorprendente cuando la autoridad judicial belga no ha reclamado información complementaria sobre cuál es el soporte normativo del que deriva la competencia del TS. Más aún cuando la decisión sobre la competencia por parte de los órganos del Estado de ejecución se ha adoptado obviando el intenso debate —planteado en España desde 2017 con ocasión de este litigio— sobre la competencia del TS, (discusión suscitada por las defensas que dio lugar a tres autos de la Sala de Admisión, trece autos del instructor, seis autos de la Sala de Apelación, dos autos del Tribunal sentenciador, así como una sentencia y un auto del Tribunal Constitucional que también ha validado la competencia del TS).

Mención aparte merece el postulado belga sobre el riesgo de violación de derechos básicos. Concluir, como hace la sentencia de la Sala de Acusación del tribunal de Apelación de Bruselas, que existen motivos fundados para denegar la entrega de Puig por apreciarse un riesgo grave, real, concreto e individual de violación de los derechos fundamentales a ser enjuiciado por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, es —desde mi punto de vista— ir demasiado lejos con asertos gratuitos cuando se trata de Estados miembros de la UE. Hablar alegremente de detenciones arbitrarias de los incursos en el pleito del *procés*, si no es temerario, causa estupor, y es como mínimo hostil hacia un socio de la UE. De hecho, el juez Llarena pregunta al TJUE si se puede denegar la entrega de la persona reclamada por apreciar que exista un riesgo de violación de sus derechos fundamentales en el Estado emisor partiendo de un informe de un Grupo de Trabajo que presenta el propio reclamado ante la autoridad belga de ejecución de la euroorden. De ahí que el juez Llarena solicitara del TJUE que la tramitación de la cuestión prejudicial planteada se ventile por el procedimiento acelerado previsto en los arts. 105 y 106 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

A ello se suma el reciente dictamen del Abogado General del TJUE que da la razón a Llarena y abre el camino para la entrega de Puigdemont y el resto de políticos catalanes residentes en Bélgica y encausados por el TS por el referéndum secesionista del 1-O. De manera que el Abogado General considera que los jueces belgas no pueden rechazar la entrega de los encausados por el *procés*, y avala también que se pueda pedir de nuevo la extradición de Lluís Puig, a quien la Justicia belga ya se negó a entregar. Ciertamente que la opinión del Abogado General no es vinculante, pero sus dictámenes suelen ser secundados por el TJUE, lo que supone un claro contratiempo para las defensas de los separatistas. Del criterio del Abogado General del TJUE destaca su conclusión de que los Tribunales belgas no pue-

den denegar la ejecución de las euroórdenes emitidas por el TS español contra los encausados por el *procés*, so pretexto de que se violen sus derechos fundamentales, sobre todo, si no se demuestran deficiencias sistémicas y generalizadas en España. Concluye también que no cabe poner en duda las competencias del TS como autoridad para emitir estas órdenes. Es decir, el Abogado General repara el des-aguisado, da la razón a Llarena frente a Bélgica y abre el camino para la entrega a las autoridades judiciales españolas de Puigdemont y los demás reseñados. O sea, Bélgica no puede rechazar la euroorden presumiendo vulneración de derechos fundamentales en el Estado español. Más aún, si no demuestra deficiencias democráticas generalizadas que avalen esta tesis. Habría que probar —indica el Abogado General— «deficiencias sistémicas o generalizadas en el funcionamiento del sistema judicial del estado miembro emisor», en este caso del Estado español. Luego, sin datos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que demuestren que existe un riesgo real de vulneración del derecho fundamental a un proceso equitativo, no cabe la negativa belga. Y añade que el rechazo de la euroorden sin una comprobación en profundidad, por parte de la autoridad judicial de la ejecución —Bélgica—, de la existencia de un riesgo de vulneración del derecho fundamental a un proceso equitativo cuando no existen deficiencias sistémicas o generalizadas en el funcionamiento del sistema judicial de estado miembro emisor —España—, no sería otra cosa que la expresión de una desconfianza hacia los tribunales de ese país.

De esta forma se ha pronunciado Richard de la Tour, destacada figura jurídica de la justicia europea, sobre las prejudiciales del TS relativas a las euroórdenes contra los políticos catalanes reclamados por la justicia española que residen en Bélgica. El Abogado General también especifica que la regulación que rige en las euroórdenes no permite decidir a la justicia belga —ni a cualquiera otra de la UE que tenga que gestionar una petición de entrega de otro estado miembro- si la autoridad judicial que la emite es competente. Finalmente, De la Tour especifica que el juez Llarena puede volver a emitir una nueva euroorden contra la misma persona, en este caso Lluís Puig, y en el mismo país, Bélgica, a pesar de que la petición ya fue rechazada. El dictamen del Abogado General supuso un revés para los equipos jurídicos de los políticos catalanes encausados por el TS por el referéndum del 1-O. Aunque cuando llegue la sentencia definitiva del TJUE, si sigue los pasos del Abogado General, tendría una consecuencia relativa y centrada en Puig, ya que a pesar de que Llarena pueda emitir las euroórdenes, Puigdemont y los otros dos eurodiputados demandados mantienen —por ahora— la inmunidad como europarlamentarios. Antes de concluir quizá convenga subrayar el papel que el TJUE viene desempeñando en la construcción del Espacio de libertad, Seguridad y Justicia al que aludimos al inicio de este trabajo, y, «en concreto en materia de cooperación judicial penal, con el objetivo de cuestionar —como indica la

profesora Lorena Bachmaier Winter²⁹— cuál es el camino que debería seguir en el futuro. Al hilo de la reciente jurisprudencia sobre la orden de detención y entrega, se valorará si el TJUE ha mantenido un adecuado equilibrio entre su función de garante del derecho europeo, por un lado, y la efectiva protección de los derechos fundamentales por otro. A través de la interpretación que ha realizado el TJUE al resolver cuestiones prejudiciales se percibe como el TJUE hasta ahora ha apostado decididamente por reforzar el principio de reconocimiento mutuo. Sin embargo, a diferencia del área del mercado común, en materia de justicia penal, su enfoque quizás debería ser algo más matizado, para asumir también su función de garante de los derechos fundamentales, función que también le corresponde»³⁰.

VII. A modo de conclusión

En definitiva, la euroorden es un hito jurídico en la historia constitucional de la Europa contemporánea. Pocos dudaban de las virtudes del modelo de cooperación judicial incorporado con la euroorden, pues supuso un cambio radical en las relaciones entre los Estados miembros de la UE. La euroorden supone un indiscutible avance al sustituir las antiguas comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas por la comunicación directa entre órganos judiciales, al suprimir el principio de doble incriminación en relación con un listado predeterminado de delitos y regular como excepcional el rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución, a partir de un listado tasado de motivos de denegación. Sin embargo, la negativa de Bélgica a entregar a los encausados por el referéndum del 1-O que Llerena reclamaba en sus euroórdenes, ha puesto las cosas patas arriba, y ante este escenario, la euroorden queda en mal lugar, pues no ha funcionado como estaba previsto y como, por cierto, lo venía haciendo. Es obvio que caben mejoras en su aplicación. Posiblemente no sean suficientes las treinta y dos categorías delictivas recogidas en la euroorden, en las que no se comprueba que el acto es delito en ambos países y en las que la euroorden se considera de aplicación inmediata. Aunque me permito apuntar una más concluyente: La homologación directa de los tipos delictivos de los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miem-

²⁹ Bachmaier Winter, L. (2016). «Quo vadis – El TJUE y su papel en materia de cooperación penal al hilo de la reciente jurisprudencia sobre la orden de detención y entrega». En *Revista General de Derecho Europeo*, nº 38. Y sobre el balance de ese camino de futuro y los actuales interrogantes, la obra colectiva coordinada por Nasarre, E. y Aldecoa Luzárraga, F. (2015). *Treinta años de España en la Unión Europea: el camino de un proyecto histórico*. Madrid: Marcial Pons.

³⁰ Bachmaier Winter, L. (2016). «Quo vadis – El TJUE y su papel en materia de cooperación penal al hilo de la reciente jurisprudencia sobre la orden de detención y entrega». En *Revista General de Derecho Europeo*, cit.

bros³¹. La promoción del sistema democrático y la defensa de los valores del Estado de Derecho que son propios del modelo europeo³². La pérdida de confianza a la que hemos referido supone una limitación solapada del reconocimiento mutuo, la cual no solo socavaría la efectividad de la cooperación judicial en la UE, sino que constituiría también una seria amenaza para la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia³³. Por tanto, la justicia europea está en el escaparate, y sin el vigor de la euroorden retornamos al eufemístico (y disparatado) «diálogo de tribunales» que tantos descabros causa a la credibilidad del proyecto común. Una UE privada de tribunales estables, sólidos y —sobre todo— coordinados, fractura el imperio de la ley y la seguridad jurídica dentro de su ámbito. La credibilidad de un país y, desde luego, de la UE, no depende tanto de los pasajeros líderes, sino de las instituciones, de su solvencia como garantes del orden constitucional compartido³⁴. De ello pende la democracia occidental y los retos de

³¹ Sobre la doctrina del «acto claro» es ilustrativo el trabajo de la profesora Ruiz Cairó, E. (2016). «La revisión de la doctrina del acto claro por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: casos X y Ferreira Da Silva». En *Revista General de Derecho Europeo*, nº 38.

³² En la obra dirigida por Beneyto Pérez, J. Ma. (2014). *El modelo europeo: Contribuciones de la integración europea a la gobernanza global*. Madrid: Biblioteca Nueva-Instituto Universitario de Estudios Europeos-Universidad San Pablo; en tanto que aborda el contexto cambiante y cada día más global en que opera la UE, con sus aportaciones al sistema de gobernanza europeo desde la experiencia institucional atesorada hasta el momento, y que quizá podría exportarse a la escena internacional paulatinamente, partiendo de las técnicas de construcción del consenso que vienen siendo pauta en el modelo occidental, teniendo presente el papel del TJUE, las distintas políticas europeas y la experiencia del mercado interior.

³³ Cfr. Cortés Martín, J. M. (2020). «Sobre los límites a la confianza mutua y la equivalencia intersistémica de la orden europea de detención». En la obra colectiva *Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea*, cit., pág. 63.

³⁴ Consideramos que a ello obedece que el TJUE venga considerando y, recientemente, ha extendido la condicionalidad de la confianza mutua al respeto de otros valores fundamentales relacionados con el Estado de derecho, en particular, el respeto de la separación de poderes. Y así lo reseña el profesor Cortés Martín en la primera nota del trabajo antes citado, cuando indica que el TJUE ha dictaminado que la confianza mutua también se socava cuando no se respeta el principio de separación de poderes; y ese es el caso cuando un Estado miembro de la UE ha otorgado a la policía o al Ministerio de justicia el poder de emitir una OEDE. Dichas autoridades no pueden considerarse autoridades judiciales para la aplicación de la Decisión Marco: Sts. TJUE de 10 de noviembre de 2016, *Poltorak*, C-452/16 PPU, EU:C:2016:858; de 10 de noviembre de 2016, *Kovalkovas*, C-477/16 PPU, EU:C:2016:861. Sobre las dificultades de interpretación, aplicación y ejecución de la normativa de la UE por parte de los Estados miembros, consideramos reveladora la decisión del Tribunal Constitucional alemán contenida en su Sentencia *BVerfG*, de 23 de enero de 2017; resolución dictada atendiendo a la distinta autoridad de quien emite la euroorden y el Estado ejecutor de la misma. En dicho pronunciamiento la Corte de Karlsruhe resaltó que uno de los escollos que tiene que superar el principio de reconocimiento mutuo en el ámbito comunitario es la «igualación por abajo» en relación a las garantías relativas a los sujetos incurso penalmente en cualquiera de los Estados de la UE, puesto que dicho principio tal y como está hoy en día configurado supone una aceptación acrítica de todas y cada una de las decisiones judiciales dictadas por jueces y tribunales de cualquiera de los Estados de la UE.

integración de la UE. En ese sentido la euroorden ha venido —hasta ahora— contribuyendo a la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia basado en el respeto del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. Europa sigue en construcción, y todo lo que no sea avanzar en esa dirección es retroceder. De ahí que hayamos insistido a lo largo de estas páginas en la necesidad de preservar la cooperación en materia judicial, y, sobre todo, en aspectos tan cruciales para la credibilidad del proyecto europeísta como son todas aquellas cuestiones relativas a la cooperación en términos penales. No somos ajenos a las presentes circunstancias, y quizá convenga apostar por el posibilismo, por el camino del medio, con la intención de recuperar credibilidad tanto a nivel interno como a nivel internacional³⁵.

Sea como fuere el decurso procesal indicado, la previsible aprobación de la ley de amnistía en España —y según sus términos normativos— activará el plazo para que se produzca el archivo encadenado de las causas judiciales vinculadas a los hechos investigados en Cataluña en 2017. Aunque el instructor Llarena, como cualquiera de los jueces que instruyen dichas causas, podría suscitar una cuestión de inconstitucionalidad ante el Juez Constitucional español ante las posibles dudas sobre la sintonía de la ley de amnistía con la Constitución. Cuestión que una vez admitida a trámite dejará el proceso judicial en suspenso hasta que el Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión. En tal supuesto, incluso vigente la ley de amnistía, Puigdemont no podría regresar a España al mantenerse la orden nacional de detención del expresidente catalán y debería esperar a la decisión definitiva del Tribunal de garantías. Pero, al margen del denominado «efecto amnistía», la asistencia letrada del incurso Puigdemont continúa dilatando plazos en previsión de una eventual reactivación de la euroorden por parte del juez del Supremo español, que —por el momento— supedita tal reactivación a lo que decida el TJUE sobre la inmunidad del líder independentista, inmunidad que le retiró el Parlamento Europeo avalado después por el Tribunal General de la UE. Si bien, todo ello queda a expensas del tenor de la redacción definitiva de la amnistía que sea finalmente aprobada.

³⁵ Como ha indicado la profesora Barbé Izuel, E. (2016). «La estrategia global de la Unión Europea: El camino del medio». En *Revista General de Derecho Europeo*, nº 40. Y dentro de ese ejercicio de posibilismo que propugnamos, el trabajo de Aguado-Correa, T. (2020). «Programa de Estocolmo: Entre la eficacia de la respuesta penal y la garantía de los derechos fundamentales en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», cit., pues como indica la autora, «no se trata de conculcar garantías con el fin de lograr una mayor eficacia sino de encontrar el equilibrio adecuado entre eficacia y garantías, equilibrio al que no se puede renunciar a pesar de lo difícil que puede resultar lograrlo», pág. 67.

VOTOS PARTICULARES E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS. UNA REFLEXIÓN A PROPÓSITO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN*

ELOÍSA PÉREZ CONCHILLO¹

Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. Una nota previa de semblanza

Agradezco la oportunidad de colaborar en este *Liber Amicorum* en homenaje al profesor Gregorio Cámara Villar, maestro y amigo para quienes tenemos la oportunidad de contribuir en este libro. Para los que nos encontramos en las etapas investigadoras más incipientes y que, como es mi caso, nos hemos formado en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, esta contribución encierra notas de emotividad y responsabilidad. Quisiera aprovechar las primeras líneas de esta humilde contribución agradeciendo la cercanía, dispo-

* Esta contribución deriva de las reflexiones realizadas en el marco del trabajo de investigación en inglés «The importance of the separate opinions in the dialogue between the European Court of Human Rights and the Spanish Constitutional Court. Reflections on the freedom of expression» que ha sido enviado para su publicación a la *International Journal of Constitutional Law* (ICON) y que está pendiente de aceptación.

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Granada. Investigadora postdoctoral Juan de la Cierva en el departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid. La publicación es parte de la ayuda JDC2022-049807, financiada por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea «NextGenerationEU»/PRTR, que se desarrolla en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Se inscribe, además, en las actividades del Grupo de Investigación Derechos Fundamentales Multinivel/ Multilevel Fundamental Rights, código de grupo 271, de la UNED; de la Cátedra ISAAC. Derechos Individuales, Investigación Científica y Cooperación, UNED— CNR/IFAC; y de la Cátedra Jean Monnet Gobernanza y Regulación en la Era Digital —Proyecto 101127331 GovReDig, ERASMUS-JMO-2023-HEI-TCH-RSCH, financiado por la Unión Europea en el ámbito del Programa Erasmus+, que se desarrolla también en la UNED. Los puntos de vista y opiniones expresados son los de la autora y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea ni los de la Agencia Ejecutiva en el Ámbito Educativo y Cultural Europeo (EACEA). Ni la Unión Europea ni la EACEA pueden ser consideradas responsables de las mismas.

nibilidad y generosidad con que el profesor Cámara actúa siempre para con los más jóvenes de la disciplina. No hay distancia que en el debate puedan suponer sus años de experiencia. Él siempre es un resorte de afectuoso impulso para el grupo de jóvenes investigadores del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada. Nosotros, que tenemos la suerte de abanderar su obra y sus enseñanzas, adquirimos el compromiso de devolverle con todo respeto y, en lo posible, lo que nos ha enseñado.

II. Introducción y objeto

Esta contribución nace de la inquietud por analizar problemas que afectan a los derechos fundamentales en el marco del constitucionalismo multinivel. Partimos de la idea de que los derechos fundamentales son, en palabras del profesor Cámara, «categorías esenciales del constitucionalismo»² que exigen una mirada actualizada en el contexto en que se aplican para facilitar su progresiva efectividad. Por otro lado, y ligado con lo anterior, es ya un lugar común afirmar que el paradigma comunicativo actual genera grandes retos para la garantía de derechos fundamentales consolidados como pueden ser, entre otros, el derecho al honor, intimidad, propia imagen, protección de datos, libertad de información o expresión.

El análisis multinivel de los derechos exige la adopción de una visión permeable que permita complementar el alcance de los derechos en cada espacio constitucional, para coadyuvar a determinar su contenido esencial y realidad misma. Esta perspectiva invita a adoptar una mirada *ad extra*, propia del proceso de integración supranacional, orientada a la interpretación de los derechos conforme al contexto internacional, que nuestro ordenamiento materializa en el art. 10.2 de la Constitución (CE). Esta visión canaliza una interpretación armoniosa de los derechos en varios planos convergentes, como son el derivado del ámbito internacional, el supranacional y el interno, propio de los Estados³.

El estudio de los derechos fundamentales sobre estas claves debe orientarse a su plena efectividad, atendiendo a la normatividad constitucional. Esto es, la interpretación multinivel de los derechos y la realidad en que se aplican deben pivotar sobre el carácter normativo de la Constitución, como eje centripeto del entero sistema.

Como es sabido, la normatividad constitucional supone el estadio más avanzado del constitucionalismo al concretarse en dos garantías esenciales, cuales son

² Véase al respecto, CÁMARA VILLAR, G. «Los derechos fundamentales como categoría esencial del constitucionalismo», en BALAGUER CALLEJÓN, F (coord.) *Los derechos fundamentales ante la crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Aranzadi, 2020.

³ Puede citarse como obra de referencia en esta materia, SÁNCHEZ BARRILAO, J. F. *Pluralismo ordinamental y Derecho Constitucional: El Derecho como relaciones entre ordenamientos*, Aranzadi, 2021.

la rigidez constitucional, a través de los mecanismos de reforma constitucionalmente previstos y el control de constitucionalidad de las leyes atribuido al Tribunal Constitucional (TC). Traemos a colación esta idea porque los derechos fundamentales constituyen la máxima expresión de la normatividad constitucional, en tanto que pretensiones subjetivas exigibles frente a los poderes públicos, vinculantes, directamente ejercitables (al desplegar eficacia directa) e indisponibles frente al legislador (teniendo éste que respetar su contenido esencial).

Ahora bien, junto a tales notas, resulta esencial destacar el importante lugar que ocupa la interpretación constitucional en materia de derechos, teniendo en cuenta que estos no son conquistas pétreas, definitivas o inmutables, sino pretensiones subjetivas sujetas a las demandas de cada tiempo. Así pues, la normatividad constitucional debe conjugarse con la interpretación evolutiva de los derechos fundamentales. Idea que conecta con la interesante reflexión desarrollada por CÁMARA VILLAR en uno de sus trabajos, en torno a la consideración de los derechos como «artificio». Tal calificación encierra una definición de los derechos como «delicados productos culturales al servicio de las personas y de las sociedades y de la convivencia en paz y libertad, cuya aquilatación jurídico-política, nunca definitiva y siempre *in fieri*, se lleva a cabo mediante luchas que son libradas por personas y grupos sociales y políticas para poder acceder a los bienes inmateriales y materiales necesarios para la vida»⁴.

La mencionada reflexión del autor entronca con la preocupación que motiva este trabajo y que tiene que ver con la desprotección a la que pueden verse avocados algunos derechos, cuyo contenido esencial asiste a un proceso de redefinición por el cambio cultural y social propio del paradigma comunicativo. En este proceso, la labor del intérprete resultará esencial para definir nuevas pautas, capaces de advertir las claves esenciales para proteger los derechos en una era comunicativa digital, que poco tiene ya que ver con la comunicación propia del mundo analógico.

Por ello, situamos el trabajo en el valor de la interpretación constitucional. A tal fin, enmarcamos el debate acuñando la célebre tesis de HÄBERLE de la «sociedad abierta de intérpretes constitucionales», para alertar acerca del proceso de apertura y democratización de la interpretación constitucional a favor de «*todos* los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos» en tanto que «quien «vive» la norma, (co-)interpreta también»⁵. Y ello,

⁴ CÁMARA VILLAR, G. «Los derechos fundamentales como categoría...», *cit.*, p. 110.

⁵ HÄBERLE, P. «Interpretación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional», en LÓPEZ PINA, A., (ed.) *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Civitas, Madrid, 1991, págs. 274 y ss. Más recientemente véase HÄBERLE, P. «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.

sin perjuicio, de la responsabilidad que, en última instancia, recae sobre la justicia constitucional.

No obstante, al objeto de esta contribución, será crucial el papel de la jurisprudencia constitucional, así como el de los votos particulares en la práctica del TC. Como se verá más adelante, ello servirá para aterrizar el debate normatividad-interpretación evolutiva sobre el caso concreto de la libertad de expresión, que es el derecho que utilizamos para ello. Por su parte, el voto particular implica «hacer balance de por donde discurre la tensión permanente entre el Derecho Constitucional y la realidad»⁶. Es decir, contribuye al debate sobre la interpretación evolutiva de los derechos al llamar la atención sobre otras posibles interpretaciones. De modo que, aunque la interpretación expresada en el voto particular represente a la minoría del TC, alerta sobre lo que en el futuro pudiera terminar discuriendo como interpretación mayoritaria, a propósito de una interpretación evolutiva justificada⁷.

Este aspecto es el que quiere valorarse aquí en relación con la libertad de expresión ya que se trata de un derecho prototípico de lo dicho hasta ahora. Son básicamente dos los motivos por los que se escoge el estudio de este derecho. En primer lugar, se trata de un derecho ampliamente avalado por la doctrina constitucional sobre el que recae, paralelamente, un proceso de redefinición, como consecuencia del contexto tecnológico en que se aplica. Y, si bien es verdad que este primer aspecto no es analizado por exceder del propósito del trabajo, no es un dato que pueda desconocerse. En segundo lugar, es un derecho clave para estudiar cuestiones dogmáticas interpretativas desde la perspectiva del diálogo entre tribunales en el contexto multinivel. En la contribución abordaremos esta segunda idea.

Si bien es cierto que el contexto multinivel marca una tendencia hacia la armonización de pautas compartidas en materia de derechos para conformar un denominador mínimo común, lo cierto es que no siempre es tarea fácil. Ello da lugar a casos de «geometría variable»⁸ en los que la interpretación de

⁶ CÁMARA VILLAR, G. *Votos Particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Ministerio de Justicia, Madrid, p. 10.

⁷ Como señala CANOSA USERA, R. «Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales» en Ferrer Mac-Gregor, E., Silvero Salgueiro, J., (coords) *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, ASUNCIÓN — PARAGUAY, 2012, p. 271, respecto a la interpretación evolutiva, «[e]n esta tarea, el intérprete debe incorporar a su razonamiento los datos extranormativos de naturaleza social que han determinado el cambio de la realidad, ya que este cambio es el que demanda, en paralelo, una transformación de la interpretación para evitar el divorcio entre norma y realidad».

⁸ Entre otros, CARRASCO DURÁN, M. «Relaciones entre la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y la declaración de derechos contenida en la Constitución», en GORDILLO PÉREZ, L.I., (coord.) *Constitución Española e Integración Europea. Treinta Años de Derecho Constitucional de la Integración*, p. 66. JIMENA QUESADA, L. «Reforma constitucional y estándares internacionales de dere-

los derechos, por parte de los distintos tribunales, no siempre desemboca en un mismo destino. De ahí que la naturaleza propia de cada ordenamiento jurídico regido por sus propias reglas y fines y, estos, a su vez, garantizados por sus respectivos tribunales, contribuyan a la existencia de una tensión entre la armonización y la constatación de disidencias interpretativas entre ellos. Sirva como ejemplo de lo apuntado, el diálogo entablado entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el TC en torno al contenido y alcance de la libertad de expresión. En efecto, se trata de un supuesto en el que existen disparidades entre ambos tribunales, que muestran además la reticencia del TC por asumir e integrar en su jurisprudencia la doctrina del TEDH sobre libertad de expresión⁹.

Entendemos que lo dicho hasta ahora justifica el estudio de este tema y, en concreto, lo haremos con base en las dos sentencias claves (del TC y del TEDH) derivadas en el asunto *Fragoso Dacosta*. La actualidad del asunto mencionado, ligado a la disparidad interpretativa que ha generado en el diálogo TEDH-TC, y los relevantes votos particulares que concurren al caso en la STC 190/2020, de 15 de diciembre, aconsejan su análisis con más detalle. Para ello, utilizaremos como obra de referencia la monografía del profesor CÁMARA VILLAR sobre *Votos Particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)* publicado en 1993.

III. Interpretación constitucional y normatividad en una sociedad digital cambiante

La realidad tecnológica y los desafíos que ésta genera para muchos derechos permiten plantearse hasta qué punto los cambios sociales aparejados a dicho contexto (especialmente los ligados al paradigma comunicativo) pueden/deben verse traducidos en el plano normativo constitucional, teniendo en cuenta la rigidez constitucional, fruto de su normatividad.

El equilibrio entre normatividad y adaptabilidad constitucional en materia de derechos conjuga la tensión manifiesta en dos tendencias opuestas del orde-

chos humanos», en ALÁEZ CORRAL, B. (Coord.) *Reforma Constitucional y defensa de la democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2020, p. 176.

⁹ Por solo citar algunos ejemplos que han dado lugar a condenas del TEDH al Estado español por vulneración de la libertad de expresión pueden destacarse, entre otros, los asuntos *Castells c. España*, de 23 de abril de 1992, *Otegi Mondragon c. España*, de 15 de marzo de 2011, *Jiménez Losantos c. España*, de 14 de junio de 2016, *Stern Taulats y Roura Capellera. c. España*, de 13 de marzo de 2018, *Benítez Moriana e Iñigo Fernandez c. España*, de 9 de marzo de 2021 o, más recientemente, el asunto *Fragoso Dacosta c. España*, de 8 de junio de 2023.

namiento, una estática-normativa y otra dinámica-evolutiva¹⁰. Es, en esta tensión, y en aras a evitar que la Constitución se revele incapaz para hacer eficaces sus disposiciones, donde cobra sentido la interpretación evolutiva.

Es sabido que no toda innovación es admisible a través de la interpretación, pues ésta choca con la normatividad misma y con el riesgo de provocar una mutación constitucional ilegítima. Como señalábamos anteriormente, no toda innovación es admisible a través de la interpretación. Ahora bien, tampoco toda innovación ha de entenderse como sinónimo de mutación en términos de ilegitimidad. El problema que, en todo caso, subyace es la cuestión de los límites a la mutación constitucional. Es decir, «hasta dónde puede llegar a forzarse un texto sin incurrir en un exceso interpretativo»¹¹. Tal como ha señalado HESSE, la mutación constitucional debe situarse allí donde ya no cabe la interpretación por contradecir el texto de la norma¹². Por tanto, fuera de esos supuestos cabe admitir nuevas interpretaciones dinámicas acordes con los cambios sociales. Entendemos que aquí es donde la interpretación evolutiva de los derechos cobra auténtico sentido. Y, que ésta se hace especialmente reseñable en el contexto tecnológico y digital por su carácter altamente cambiante, novedoso, abierto y fragmentario. Los profundos cambios aparejados al paradigma digital han reforzado la interpretación evolutiva de los derechos como una necesidad para garantizar su efectividad y, más aún, para asegurar la propia expansión de la normatividad constitucional en este contexto. De ahí que, «la adaptación de la normatividad a la normalidad» deba consistir en «defender la Constitución, mediante una interpretación que promueva su eficacia normativa, también cuando la realidad ha cambiado y se espera de él que ofrezca una nueva interpretación que permita a la Constitución seguir los pasos de la realidad»¹³.

Llegados a este punto, pueden mencionarse dos criterios que consideramos elementos esenciales para el estudio de la interpretación evolutiva de los derechos. De un lado, encontraríamos el principio *favor libertatis* que implica escoger la interpretación más favorable al ejercicio de los derechos. Este criterio será favorable a la interpretación evolutiva de los derechos en la medida en que el pleno disfrute y efectividad de un derecho exija su adaptación a nuevas realidades dignas de

¹⁰ BETTI, E. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán, Giuffrè, 1971, pp. 113 y 123.

¹¹ BALAGUER CALLEJÓN, M. L. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, BOE, CEPC, Madrid, 2022, p.44.

¹² En tal sentido, HESSE, K. «Límites de la mutación constitucional», en HESSE, K. *Escritos de Derecho Constitucional* (Eds. CRUZ VILLALÓN, P., AZPITARTE SÁNCHEZ, M). Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 112, sitúa la mutación allí «donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma, y con ello, las posibilidades de una mutación constitucional».

¹³ CANOSA USERA, R. «Interpretación evolutiva...», *cit.*, p.278.

protección para las que éste no se había previsto. Así pues, «la creación de derechos, la ampliación del contenido de los existentes o la extensión del ámbito protegido responden al criterio *favor libertatis* que con frecuencia se materializa en la interpretación evolutiva»¹⁴.

Por otro lado, cabe mencionar el criterio de interpretación de los derechos conforme al contexto internacional que nuestra Constitución consagra en el art. 10.2 de la Constitución. Sin ánimo de profundizar demasiado sobre dicho precepto, pues excedería del objeto del trabajo, interesa al menos caracterizarlo brevemente por su relevancia interpretativa. En esta línea, el art. 10.2 CE es un criterio hermenéutico que debe tenerse en cuenta para interpretar los derechos fundamentales. Es cierto que este criterio ostenta limitaciones que el propio TC ha reconocido al no otorgarle capacidad para crear nuevos derechos que no ostenten previo reconocimiento constitucional, ni permitir por esta vía que los tratados internacionales sobre derechos puedan constituirse en parámetro autónomo de validez de las normas internas sobre derechos. No obstante, pese a dichas limitaciones, el precepto adquiere especial importancia desde la perspectiva interpretativa¹⁵.

Por otro lado, el art. 10.2 CE ayuda a «elegir la interpretación más favorable a los derechos y puede ir de la mano de su interpretación evolutiva»¹⁶, sirviendo para concretar el contenido de los derechos consagrados en la Constitución¹⁷. Ligado con esta última idea, puede añadirse que el art. 10.2 CE ostenta una importante capacidad para generar un espacio de integración¹⁸ y adaptación de la normatividad constitucional a la realidad en materia de derechos. Desde esta perspectiva, el art. 10.2 CE desempeña una función «*expansiva, reintegradora y promo-*

¹⁴ *Ibidem*, p.284.

¹⁵ Sobre la integración del art. 10.2 CE como parámetro de constitucionalidad, véanse entre otros, Vid. SCHILLACI, A. *Obblighi internazionali e parametro di costituzionalità: Compromisi internazionali y parámetro de constitucionalidad* [Tesis doctoral], Editorial de la Universidad de Granada, 2008, p. 258. REQUEJO RODRÍGUEZ, R. *La internacionalización del orden constitucional: los derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2018, págs. 31 y 34 y ss. ARZOZ SANTISTEBAN, X. *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, 2014, págs. 233 y ss.

¹⁶ Cfr. CANOSA USERA, R. «Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales», Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013, p. 145, recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/9.pdf>

¹⁷ Sobre esta idea véase, FOSSAS ESPADALER, E. «“Cosa interpretada” en derechos fundamentales: jurisprudencia del TEDH y jurisprudencia constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 82, 2, 2008, p. 178.

¹⁸ CASTELLÀ ANDREU, J. M. «El artículo 10.2 de la Constitución como canon de interpretación de los Derechos Fundamentales», en APARICIO, M. A (Coord.) *Derechos Constitucionales y Formas Políticas*. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico organizado por el Grupo de Estudios sobre la forma de Estado de la Universidad de Barcelona, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 2001, p.159, se refiere a la interpretación desde la perspectiva de la integración.

cional (...)»¹⁹ al actuar como guía en el traspaso interpretativo del orden internacional al orden interno²⁰.

Singular incidencia en el campo de la interpretación de los derechos ostenta el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y su correlativo órgano de garantía, a través de la jurisprudencia del TEDH, ya que ésta actúa como parámetro interpretativo *ex art.* 10.2 CE. En esta línea, el propio TC ha destacado la relevancia de la jurisprudencia del TEDH para adecuar la interpretación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución a los tratados internacionales, con especial consideración del CEDH²¹.

Este criterio es un aspecto clave a los efectos del presente trabajo, ya que será utilizado para canalizar el diálogo (o su ausencia) entre el TEDH y el TC en materia de libertad de expresión en el caso *Fragoso Dacosta* ya mencionado, a propósito de la STC 190/2020, de 15 de diciembre.

IV. Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional

En este apartado queremos hacer una breve reflexión sobre la funcionalidad interpretativa de los votos particulares, con especial alusión a la obra del profesor Cámara sobre *Votos Particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*.

Resulta de gran interés la perspectiva con la que el autor enfoca el estudio del voto particular insertándolo en la «la tensión permanente entre el Derecho Constitucional y la realidad»²². Como ya mencionamos, el voto particular conecta con el valor de la interpretación constitucional y con la posibilidad manifiesta de que éste se traduzca en discrepancia frente a la decisión de la mayoría del tribunal. En tal caso, podemos decir que «el dissent favorece la formación de una jurisprudencia

¹⁹ Cfr. RUIZ GIMÉNEZ CORTÉS, J., y RUIZ GIMÉNEZ ARRIETA, I. «Comentario al Artículo 10 de la Constitución Española», en ALZAGA VILLAAMIL, O (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo II. Artículos 10 a 23 de la Constitución española de 1978*, Edersa, 2006, p.87. En el mismo sentido, se han pronunciado PRECIADO DOMÈNECH, C. H. *Interpretación de los derechos humanos y los derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p.104. Por el contrario, se muestra reacio a la vinculación entre el contenido esencial de los derechos fundamentales y el nivel internacional de protección de los derechos *ex art.* 10.2 CE, a excepción de un sentido lato que no realice tal vinculación de forma automática, Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X. *La concretización y actualización...*, *cit.*, págs. 244 y 245.

²⁰ Véase JIMENA QUESADA, L. «La internacionalización de la Carta Magna española de 1978: Signo de madurez constitucional», *Revista de Derecho Político*, nº 101, 2018, págs. 827 y 828. ARZOZ SANTISTEBAN, X. «Aproximación a la interpretación conforme como técnica de coordinación normativa», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Sociales, vol. 4, 2021.

²¹ Puede destacarse, entre otras, la STC 87/2020, de 20 de julio, FJ 3.

²² Cfr. CÁMARA VILLAR, G. *Votos Particulares y derechos...*, *cit.*, p.10.

cia evolutiva, además de ser instrumento de expresión de valoraciones minoritarias en un órgano colegiado y plural»²³.

Nos parece destacable el papel que juegan los votos particulares para la apertura del diálogo con otros tribunales, especialmente con el TEDH. Esta cuestión se hace notoria cuando, además, los argumentos discrepantes apuntados en los votos particulares terminan siendo compartidos en la interpretación efectuada por parte del TEDH en el caso. Esto debe hacernos reflexionar sobre la posición constitucional de los votos particulares del TC pues, no sólo aportan argumentos adicionales en los aspectos problemáticos interpretativos más complejos del caso, sino que, a su vez, dan pistas de por dónde podría discurrir la argumentación del TEDH si éste tuviera que conocer del caso y no compartiera el fallo del TC.

La riqueza que encierra la figura del voto particular va mucho más allá de la mera aproximación formalista a la que pudiera llegarse de la lectura del art. 164 CE y del art. 90.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC). Por su parte, el art. 164 CE apela a la exigencia de publicidad de las sentencias del TC, junto con los votos particulares si los hubiere. Asimismo, el art. 90.2 LOTIC reitera la publicidad de los votos particulares junto a la resolución de la sentencia en el Boletín Oficial del Estado (BOE) y, además, recoge expresamente el derecho que asiste a los magistrados del tribunal de discrepar tanto del fallo como de la fundamentación adoptada siempre que así lo hubieran defendido en la deliberación. Más allá de su constitucionalización, la Constitución no dice nada sobre el valor de los votos particulares y, aunque la LOTIC aporte algo más de información, tampoco es que se aleje de un tratamiento tendencialmente formalista. Empero, ello no impide una lectura más profunda. Nótese que la mera constitucionalización del voto particular y el reconocimiento explícito que hace la LOTIC a la posible concurrencia en el seno del TC de una «opinión discrepante» revela, al menos, una cuestión sustancial de fondo. En palabras de CÁMARA VILLAR, evidencia «la quiebra de la tradicional idea de la interpretación como razonamiento lógico y perfectamente previsible conducente a la única solución correcta»²⁴.

Nos encontramos pues con que la interpretación constitucional es «extremadamente sensible a los matices por su estrecha relación con la realidad regulada en las normas constitucionales»²⁵. De otro lado, implica asumir que «constitucionalizar el pluralismo es constitucionalizar la discrepancia»²⁶. Idea esencial en una

²³ CASCAJO CASTRO, J. L. «La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986, p.177.

²⁴ CÁMARA VILLAR, G. *Votos Particulares y derechos...*, cit., p.11.

²⁵ Ibidem., p. 14.

²⁶ MEDINA RUBIO, R. «La discrepancia en el seno del Tribunal Constitucional», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, nº 9, 2000, p. 305.

«sociedad abierta de los intérpretes constitucionales»²⁷ en la que el valor de los votos particulares discrepantes se expande, favoreciendo un constitucionalismo más sólido y una interpretación más cotejada y depurada.

Subrayamos aquí dos ideas expuestas en la obra referenciada del emérito: 1) «No cabe una sola interpretación de las normas constitucionales (...) ni existen sólo y para siempre unos determinados cánones interpretativos». 2) Los votos discrepantes «llevan a la demostración de que varias interpretaciones pueden concurrir con pretensión de ser igual y jurídicamente válidas, y aún competir ante la opinión doctrinal y común, sobre todo de cara al futuro»²⁸.

Destacadas sucintamente algunas de las cuestiones que CÁMARA VILLAR ha manejado en la obra referenciada, no podemos sino suscribir su posición en torno al voto particular como engarce de la renovación constitucional. No debe minusvalorarse dicha función, ya que la renovación constitucional es una cuestión clave en el marco de una Constitución que vive por y para la sociedad a la que aspira proteger en cada momento.

V. Una concreta aplicación. El caso de la libertad de expresión en el asunto *Fragoso Dacosta*

Llegados a este punto, pretendemos materializar lo dicho hasta ahora con un caso concreto que ha suscitado polémica en el diálogo interpretativo entablado entre el TC-TEDH en materia de libertad de expresión y que resulta de sumo interés constitucional. Como ya se expuso en la introducción, el motivo para canalizar el trabajo en torno a este derecho radica en que: por un lado, la libertad de expresión resulta ser un claro ejemplo de derecho sujeto a redefinición en el marco del paradigma comunicativo actual. Y, por otro lado, quizás fruto de lo anterior, por ser ejemplo de un constante diálogo entre tribunales en el que se muestra una cierta variabilidad en la aplicación de diversos estándares interpretativos. El problema que subyace de la mencionada variabilidad interpretativa es que genera evidentes conflictos que, en ocasiones, terminan desembocando en condenas al Estado español por no respetar las disposiciones del CEDH en la interpretación efectuada por el TEDH. Así sucede en el caso *Fragoso Dacosta* que analizamos en relación con la libertad de expresión, garantizada en el 10 CEDH y 20.1.d) CE.

Conviene señalar que el objetivo del trabajo, y por lo que sigue a continuación, no es realizar un estudio dogmático profundo sobre la libertad de expresión, que bien podría ser objeto único de tratamiento en un posible estudio futuro. No

²⁷ HÄBERLE, P. «La sociedad abierta...», *cit.*

²⁸ CÁMARA VILLAR, G. *Votos Particulares y derechos...*, *cit.*, p. 17.

pretendemos ahondar, por tanto, en torno al contenido y alcance del derecho, sino mostrar, a propósito de la STC 190/2020, de 15 de diciembre, en el caso *Fragoso Dacosta*, una cuestión más metodológica en relación con la interpretación. En particular, se trata de analizar en el presente caso cuál es la utilidad de los votos particulares del TC, con la finalidad de situarlos en el debate interpretativo sobre la libertad de expresión en el contexto multinivel.

Surge así la necesidad de observar los relevantes votos particulares discrepantes con los que cuenta la sentencia mencionada para analizar cómo pueden contribuir a corregir o compensar la desatención en la que incurre el TC a la interpretación de los derechos conforme al contexto internacional en este caso, *ex art.* 10.2 CE. Asimismo, trataremos de reflejar las consecuencias negativas que implica dicha inobservancia y en qué medida el TEDH avala posteriormente los argumentos de los magistrados que conforman la opinión minoritaria del TC en su STEDH dictada en el asunto *Fragoso Dacosta c. España*, de 8 de junio de 2023.

Procedemos a exponer brevemente las circunstancias que dan lugar al recurso de amparo promovido por Frago Dacosta por supuesta vulneración de su libertad de expresión y libertad ideológica, al haber sido condenado por un delito de ultraje a España (art. 543 del Código Penal) ante las expresiones vertidas en un acto de protesta sindical, que dan lugar a la STC 190/2020, de 15 de diciembre. Las circunstancias del caso se desenvuelven en el marco de un conflicto laboral existente entre los trabajadores encargados de la limpieza de las instalaciones del arsenal militar de Ferrol, dependiente del Ministerio de Defensa, y la empresa que tenía contratado dicho servicio. Como consecuencia de impagos salariales a los trabajadores, tanto estos como los representantes sindicales (entre los que se incluía el demandante de amparo) reivindicaban sus proclamas mediante el ejercicio del derecho de huelga, así como mediante la realización de concentraciones que llevaban meses desarrollándose en la puerta de las instalaciones militares, con objeto de visibilizar el conflicto laboral por el que estaban viéndose afectados. Dicha publicidad y visibilidad al manifestar sus reivindicaciones y protestas laborales en la vía pública y en el lugar de trabajo de los afectados, iban también dirigidos a buscar la complicidad de los responsables de la administración de Defensa, para que ésta se implicara favoreciendo la resolución del conflicto. No obstante, el Ministerio de Defensa se mantuvo ajeno y pasivo frente al mismo. En este contexto de concentraciones, y aprovechando el acto ceremonial solemne que uno de los días estaba teniendo lugar en dichas inmediaciones, con el izado de la bandera nacional e interpretación del himno nacional y guardia militar en posición de arma presentada, Frago Dacosta gritó en gallego, por megáfono y en el marco de la referida concentración, por los motivos laborales expuestos: «aquí tenéis el silencio de la puta bandera» y «hay que prenderle fuego a la puta bandera». Tales expresiones son consideradas como constitutivas de un delito de ultraje a España

por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña en 2018 y así es como el recurrente llega en amparo ante el TC.

Antes de comentar el fallo desestimatorio del TC en esta sentencia, es necesario tener en cuenta que existían precedentes recientes en los que España ya había sido condenada (y no de forma aislada o puntual) por el TEDH, por vulneración de la libertad de expresión garantizada en el art. 10 CEDH. El antecedente jurisprudencial más directo y reciente aplicable al caso era el estándar establecido por el TEDH en materia de libertad de expresión en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera. c. España*, de 13 de marzo de 2018. En este asunto, se condenó a España por vulneración de la libertad de expresión de dos manifestantes, *ex art.* 10 CEDH, al considerar el Estado como un delito de injurias a la Corona el supuesto de la quema de una fotografía del Rey en el contexto de una manifestación antimonárquica, en lugar de considerarlo un ejercicio legítimo de la libertad de expresión. El TEDH ya venía mostrando en su jurisprudencia la necesidad de otorgar un amplio margen de protección a favor de esta libertad, por su importante dimensión objetiva, esto es, por su contribución a la opinión pública libre y a la sana crítica inherentes a las sociedades democráticas.

No obstante, en dicha sentencia el TEDH fija estándares comprometidos con la tutela de la libertad de expresión para cuando, como sucedía en este caso, se trate de expresiones que, aun siendo incómodas, de mal gusto o hirientes²⁹, se profieran contra personas que, por su función, estén sometidas a un especial escrutinio ciudadano, en un contexto de crítica que resulte relevante para el interés general y la contribución al debate público. Lo realmente relevante es que, en el supuesto mencionado, el hecho se produce en un contexto de crítica política contra la institución de la monarquía (y no contra la persona del Rey), sin incitar de manera real al odio o al uso de la violencia³⁰. Es cierto que en el caso planteado en la STC 190/2020 de 15 de diciembre, la crítica no se dirige contra una persona de relevancia pública, sino contra un símbolo de la nación como es la bandera. No

²⁹ La STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera. c. España*, de 13 de marzo de 2018, señala en tal sentido que: «Sin perjuicio del apartado 2 del artículo 10 del Convenio, vale no sólo para las «informaciones» o «ideas» acogidas favorablemente o que se consideran inofensivas o resultan indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden o importunan: así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna «sociedad democrática» (párrafo 30).

³⁰ Téngase en cuenta que se sitúa aquí un límite al ejercicio de la libertad de expresión así manifestado por el propio TEDH en el asunto *Stern Taulats...*, *cit.* En tales términos señalaba el TEDH que «la tolerancia y el respeto de la igualdad de la dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y plural. De ello resulta que en principio se pueda juzgar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar, incluso prevenir, todas las formas de expresión que propaguen inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), si se vela porque éstas «formalidades», «condiciones», «restricciones» o «sanciones» impuestas sean proporcionales a la finalidad legítima perseguida» (párrafo 30).

obstante, ello no puede servir de argumento para dejar de aplicar la doctrina del TEDH, ya que la crítica recaía sobre la bandera, que no es sino un símbolo con un marcado carácter político sobre el que, en consecuencia, debe haber un amplio espacio para la crítica y el ejercicio de la libertad de expresión. Además, dicha crítica se efectúa en un contexto de reivindicación sindical al que, entendemos, debía resultar aplicable la doctrina dictada por el TEDH en el caso *Stern Taulats y Roura Capellera. c. España*.

Con la señalada doctrina sentada en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera. c. España*, y otros importantes precedentes jurisprudenciales del TEDH, era factible y lógico esperar la admisión del recurso de amparo constitucional a favor del recurrente Frago Dacosta, por vulneración de su libertad de expresión y libertad ideológica. Sin embargo, el fallo del TC fue desestimatorio en base a una serie de cuestiones que expondremos resumidamente.

En primer lugar, el TC contextualiza las expresiones vertidas por el recurrente en el marco de una reivindicación laboral, sin deparar en el hecho de que el sujeto actuaba en calidad de representante sindical. Aspecto no menor, que arrastra consecuencias negativas claras para el recurrente. Una vez contextualizadas las expresiones (aunque de forma incompleta), el TC procede a sentar las bases de su doctrina consolidada en torno al contenido de la libertad ideológica y la libertad de expresión. Por lo que respecta a ésta última, recuerda el TC su especial «posición preferente en nuestro ordenamiento como sustento del pluralismo y del orden político», que todavía se ve reforzada cuando «el ejercicio del derecho a la libertad de expresión se encuentra en relación con la libertad ideológica». Consecuencia de lo anterior, y tal como expone el TC, la posibilidad para restringir su ejercicio en tales casos se reduce a los supuestos de «insulto, de incitación a la violencia (discurso del odio) y alteración del orden público protegido por la ley»³¹.

Pese a la claridad de dichas bases sobre las que el TC comienza su fundamentación, va dejándolas en un segundo plano hasta justificar que las expresiones vertidas por el recurrente quedan extramuros de la libertad de expresión. Hay muchos matices sobre los que podríamos comentar y cuestionar la argumentación del TC. No obstante, nos centraremos en los que consideramos nucleares para el fallo de la sentencia, que son: 1) El contexto ceremonial y solemne en que las expresiones fueron proferidas; 2) La utilización innecesaria de las calificaciones «puta bandera» y «hay que quemar la bandera» para sostener las reivindicaciones laborales. En este punto, la argumentación del TC es un tanto débil pues sostiene dicha posición por la sola comparativa entre las expresiones del recurrente y otras menos ofensivas que se habían vertido en ese mismo contexto con

³¹ STC 190/2020, de 15 de diciembre de 2020 (FJ 3).

anterioridad³². El TC va más allá en la valoración de las expresiones considerando que no sólo implican un rechazo hacia la simbología política que representa la bandera, sino que las califica de «beligerantes» y «ofensivas hacia un símbolo, la enseña nacional, en un marco reivindicativo completamente ajeno a los valores que la bandera representa»³³; 3) La falta de relación entre las expresiones vertidas y la reivindicación laboral en cuestión. Este aspecto es clave para la decisión a la que llega el TC, que entiende que las expresiones del recurrente son «singulares y aisladas del resto de actos de concentración y de las consignas expresadas en los mismos, que no guardaban relación con lo que defendían los concentrados». Por ello, el TC considera que las expresiones en cuestión no añaden nada, ni manifiestan conexión alguna entre la bandera y las reclamaciones sindicales que se estaban llevando a cabo³⁴. No obstante, como se verá en los votos particulares, se trata de un argumento con poco sustento y rigor al estar motivado por una contextualización incompleta del caso. Nótese que el TC pasa por alto prácticamente en su argumentación la condición de representante sindical del sujeto y la expresión «el silencio de la puta bandera» constituía la respuesta de frustración a un intento fallido de los concentrados por llamar la atención del Ministerio de Defensa para que no permaneciera pasivo e intercediera para resolver el conflicto laboral. No obstante, esa contextualización no se realiza de forma completa ni queda manifiesta en la valoración del TC; 4) El «intenso sentimiento de humillación» al que, según la sentencia de apelación, se sometió a los militares que estaban presentes en el acto.

Mas allá de tales elementos sobre los que gira la STC 190/2020, de 15 de diciembre, resulta llamativo que cuando el TC apela en su argumentación a la doctrina del TEDH pase por alto el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera. c. España*, de 13 de marzo de 2018 y, sin embargo, utilice como referente argumentativo el asunto *Partido Demócrata Cristiano del Pueblo c. Moldavia*, de 2 de febrero de 2010, que no sólo es menos actual, sino que versa sobre la quema de una bandera en un contexto radicalmente distinto al que se presenta ahora. Este último aspecto se reconoce por el propio TC³⁵, constituyendo, por tanto, una mención

³² Al respecto véase STC 190/2020, de 15 de diciembre de 2020 (FJ 5).

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*. «El contexto es muy diferente, puesto que no tiene lugar en el ámbito de un conflicto político entre Estados independientes, en el que ciudadanos de uno de los Estados partícipes del conflicto queman la bandera y una imagen del presidente del otro Estado, por su repulsa a este y no al Estado propio. En el caso presente no partimos, por fortuna, de aquel presupuesto de violencia y de hostilidad hacia el símbolo de otro Estado en conflicto con el propio, en que hubo de situarse el Tribunal Europeo. Ahora, el presupuesto de hecho es muy distinto pues se trataba de una concentración pacífica por motivos laborales que tenía lugar frente a unas instalaciones militares, y en la que, en un momento determinado, una de las personas participantes, actuó individualmente y profirió dos

innecesaria que aporta poca claridad al caso. No se entiende que el TC no fije su atención en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera. c. España*, de 13 de marzo de 2018, como un referente internacional reciente que resulta de aplicación imperativa por: 1) Tratarse de un supuesto perfectamente trasladable al presente caso; 2) Conformer la doctrina jurisprudencial más reciente y actualizada del TEDH en la materia; y 3) Porque era un caso en el que España había sido condenada por vulneración de la libertad de expresión. Aspecto no menor a tener en cuenta, que habría de servir para no incurrir en los mismos errores.

Con todo, el TC desestima el amparo constitucional a Fragoso Dacosta, entendiendo que no concurre vulneración de su libertad de expresión ni de su libertad ideológica.

1. LOS VOTOS PARTICULARES EN LA STC 190/2020, DE 15 DE DICIEMBRE.
UN IMPULSO AL DIÁLOGO CON EL TEDH

La STC 190/2020, de 15 de diciembre desestima el recurso de amparo interpuesto por Fragoso Dacosta en un reñido resultado de seis votos contra cinco de los magistrados que suscriben votos particulares discrepantes contra con la mayor parte de la argumentación y el fallo al que llega el TC. Como quiera que el análisis pormenorizado de cada voto particular, individualmente considerado, extendería innecesariamente el trabajo, entendemos más adecuada una valoración organizada en torno a una serie de cuestiones claves aportadas en los votos particulares. Esto es posible en la medida en que los cinco magistrados discrepantes llegan a la conclusión compartida de que el TC debería haber estimado el recurso de amparo por vulneración de la libertad de expresión y libertad ideológica del recurrente.

En concreto, trataremos de destacar con más detalle aquellos argumentos de los votos particulares que guardan mayor relación con las cuestiones que hemos venido tratando hasta ahora, esto es: interpretación de los derechos conforme al contexto internacional, *ex art. 10.2 CE* e interpretación evolutiva de los derechos conforme al criterio *favor libertatis*, así como su aplicación al caso concreto. De esta forma, podremos valorar la utilidad «práctica» de los votos particulares para dinamizar el constitucionalismo multinivel e, incluso, en qué medida contienen pistas indiciarias de considerable autoridad que pueden terminar convirtiéndose en la argumentación adoptada por el TEDH.

frases contra la bandera de España que eran innecesarias para los fines reivindicativos laborales que defendían los concentrados y que ninguna relación guardaba con aquellas reclamaciones». El subrayado es propio.

No es casualidad que un argumento al que apelan los cuatro votos particulares a la sentencia, y que suscriben los cinco magistrados³⁶ discrepantes, tengan como denominador común el criterio de la interpretación de los derechos conforme al contexto internacional, apelando en sus argumentaciones a la jurisprudencia del TEDH, *ex. art. 10.2 CE*. Nos detendremos en este argumento por haber sido objeto de especial tratamiento en el trabajo.

Curiosamente varios magistrados discrepantes con la decisión del TC justifican su posición en torno a otros votos particulares emitidos en casos similares anteriores en los que luego España resultó ser condenada por el TEDH. Como recuerda en su voto particular la magistrada ROCA TRÍAS, así sucedió en su caso en la STC 177/2015, de 13 de abril, por la que el TEDH terminó condenando a España en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera. c. España*, de 13 de marzo de 2018³⁷. Como veremos en el apartado siguiente, la historia se repite en este nuevo asunto a modo de *déjà vu* para los magistrados discrepantes.

Todos ellos apelan a la ya comentada STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera. c. España*, de 13 de marzo de 2018, tomándolo como claro referente para estructurar y desarrollar su argumentación. No sólo parten de los principios sentados en dicha sentencia para aplicarlos al caso concreto³⁸, sino de su exigibilidad *por mor* del art. 10.2 CE. En este sentido, resulta expresivo y particular el voto discrepante del magistrado OLLERO TASSARA, pues dejando constancia del rechazo que le merecen las expresiones vertidas por el recurrente y suscribiendo su gran afecto por «nuestra bandera y lo que ella significa», entiende que no hay otra solución posible que la derivada de la lectura del art. 10.2 CE³⁹.

Llegamos así a un pilar clave en la construcción de los votos particulares y del propio planteamiento del trabajo. En efecto, los derechos fundamentales consagrados en la Constitución han de interpretarse de conformidad con el contexto internacional en virtud del art. 10.2 CE que compromete, especialmente entre otros, al cumplimiento del CEDH en materia de derechos. Este precepto de la Constitución contiene un importante criterio hermenéutico que muchas veces parece banalizarse y ello, quizás, esté relacionado con la limitación que el TC le ha

³⁶ La sentencia cuenta con 4 votos particulares discrepantes, suscritos por 5 magistrados. El primer voto particular lo formula la magistrada Encarnación Roca Trías, el segundo lo firma el magistrado Andrés Ollero Tassara, el tercer voto particular lo formulan conjuntamente los magistrados Juan Antonio Xiol Ríos y María Luisa Balaguer Callejón y, el cuarto lo firma el magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón.

³⁷ Se refiere también a su voto particular emitido a la STC 177/2015, de 22 de julio el magistrado Xiol Ríos en el voto particular emitido a la STC 190/2020, de 15 de diciembre.

³⁸ Véase al respecto el voto particular de la magistrada ROCA TRÍAS a la STC 190/2020, de 15 de diciembre.

³⁹ Véase al respecto el voto particular del magistrado OLLERO TASSARA a la STC 190/2020, de 15 de diciembre.

impuesto en jurisprudencia reiterada. Tal limitación procede del entendimiento de que dicho precepto no permite considerar los tratados sobre derechos humanos como canon autónomo de validez de las normas internas⁴⁰. Empero, no debe obviarse que, en la medida en que los derechos garantizados en el ámbito internacional también estén reconocidos en la Constitución, «obliga a interpretar los correspondientes preceptos de esta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución»⁴¹.

Dicho lo cual, no es extraño que los votos particulares hagan hincapié en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera. c. España*, de 13 de marzo de 2018 y otros asuntos relevantes dictados por el TEDH en materia de libertad de expresión. La interpretación de los magistrados está en gran medida influida por el art. 10.2 CE. Nótese que, por ejemplo, en el voto particular de los magistrados XIOL RÍOS y BALAGUER CALLEJÓN se subraya, en virtud del canon de enjuiciamiento que fija el TEDH, «la prevalencia del derecho a la libertad de expresión frente al respecto al símbolo, porque esos actos suponen la forma de expresar una opinión con respecto a un asunto de máximo interés público». Los magistrados llegan a tal conclusión señalando que «indudablemente esa proyección no solo es posible, sino que resulta exigible atendiendo al mandato contenido en el art. 10.2 CE»⁴².

En el mismo sentido, se pronuncia CONDE-PUMPIDO en su voto particular al referirse al art. 10.2 CE como «un instrumento de obligada consideración en la interpretación y aplicación de las normas relativas a los derechos fundamentales, en la determinación de su sentido y alcance». Esta consideración que lleva al magistrado a justificar que la sola valoración del asunto *Stern Taulats y Roura Capellera. c. España*, de 13 de marzo de 2018, «debiera haber conducido a la estimación del amparo. Bastaría para ello con haber tomado en consideración que las expresiones de menosprecio a la bandera (...) deben enmarcarse en el ámbito de la crítica política a las autoridades militares responsables de las instalaciones que eran escenario del conflicto laboral (...)»⁴³.

Por lo que sigue y, vinculado directamente con el objeto del trabajo, hay que hacer mención al principio *favor libertatis* como criterio guía en la interpretación

⁴⁰ En tal sentido se ha pronunciado reiteradamente el TC, en sentencias tales como SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5; 118/2019, de 16 de octubre, FJ 6; 32/2019, de 28 de febrero, FJ 6; 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 8.

⁴¹ Véanse, por todas, las SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5 y 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 8.

⁴² Voto particular de los magistrados XIOL RÍOS y BALAGUER CALLEJÓN a la STC 190/2020, de 15 de diciembre.

⁴³ Véase al respecto el voto particular del magistrado CONDE-PUMPIDO TOURÓN a la STC 190/2020, de 15 de diciembre.

de los derechos. Es cierto que, aun cuando no se hace mención expresa a este principio en los votos particulares sí se alude, como hemos visto, a la interpretación de los derechos conforme al contexto internacional que, en el caso que se nos presenta, equivale a la interpretación más favorable posible al ejercicio de la libertad de expresión. Es decir, en este supuesto la interpretación de los derechos conforme al contexto internacional coincide en esencia con el principio *favor libertatis*. No obstante, cabría subrayar el voto particular de CÁNDIDO-PUMPIDO que, sin referirlo expresamente, alude a dicho principio al señalar que «la perspectiva de máxima amplitud del ejercicio de la libertad ideológica debiera habernos llevado a una conclusión estimatoria opuesta a la acordada»⁴⁴.

Hasta aquí por cuanto respecta a los criterios de aplicación interpretativa generales que llevan a los magistrados, en sus votos particulares, a discrepar de la decisión adoptada por la mayoría. A continuación, reflejaremos resumidamente algunas de las ideas esenciales vertidas en los votos particulares que permiten contraargumentar la decisión de la mayoría.

- A) *Las expresiones vertidas por el recurrente son ofensivas pero, por el contexto y circunstancias en que se profieren, deben ampararse por la libertad de expresión*⁴⁵. Por un lado, las expresiones se vierten contra un símbolo del Estado, en un contexto de reivindicación laboral que buscaba llamar la atención ante la pasividad de las autoridades por el impago de los salarios a los trabajadores. Por otro lado, las expresiones se profieren bajo la condición de representante sindical del recurrente. Y, aunque este aspecto pasa desapercibido en la argumentación aportada por la mayoría del TC en su decisión, no resulta un detalle menor para la valoración de las circunstancias del caso.
- B) *No hay odio o incitación a la violencia*⁴⁶. Las expresiones son ofensivas pero únicamente pretendían manifestar el descontento por la situación de impago de los salarios de los trabajadores y llamar la atención de las autoridades por la pasividad que mostraban respecto al conflicto. Dichas expresiones buscaban presionar a la administración de Defensa allí presente para que interviniera en la resolución del conflicto, pero no lanzar un «mensaje de beligerancia» como argüía la mayoría. Además, las expresiones referidas no constituyeron una amenaza para el orden público o incitaron a la violencia por cuanto la capacidad de influencia del demandan-

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Sobre este argumento véanse los votos particulares de ROCA TRÍAS (apartados i, ii); OLLERO TASSARA (apartado 6); XIOL RÍOS y BALAGUER CALLEJÓN (apartado 2); CONDE-PUMPIDO (apartado 5)

⁴⁶ Al respecto, sobre este argumento véanse los votos particulares de ROCA TRÍAS (apartado iii), OLLERO TASSARA (apartado 4), XIOL RÍOS y BALAGUER CALLEJÓN (apartado 3).

te de amparo se vio minimizada por el propio disgusto que expresaron frente a ellas algunos de los convocados.

- C) *Las expresiones ofensivas vertidas no están descontextualizadas sino que tienen que ver con las reivindicaciones laborales⁴⁷ defendidas en el marco de la huelga y concentraciones que estaban llevándose a cabo.* No se justifica el argumento sostenido por la mayoría de que las expresiones son ilegítimas por no haber relación entre aquellas y los fines a alcanzar. En particular, la expresión «aquí tenéis el silencio de la puta bandera» debe entenderse en el marco de una situación previa que el TC no tiene en cuenta. Las autoridades militares solicitaron a la Confederación Intersindical Galega que los congregados rebajaran el tono del conflicto por la falta de respeto a la bandera en las concentraciones, al gritar consignas tales como «la bandera no paga las facturas». Ello, sumado a la pasividad de las autoridades, que no intervienen pese a la presión ejercida por los congregados para llamar su atención y promover su intervención en aras a facilitar la resolución del conflicto laboral, genera un clima frustrante que tiene como respuesta las expresiones ofensivas del recurrente en el acto de ceremonia militar.
- D) *No deben castigarse expresiones por el hecho de ser contrarias a los símbolos políticos, porque en nuestro ordenamiento no se contempla un modelo de democracia militante⁴⁸.* Ello impide una supuesta exigencia de adhesión a los símbolos, al ordenamiento o a la Constitución, aunque estos cuenten con reconocimiento constitucional expreso (tal como sucede con la bandera, constitucionalizada como símbolo de la nación en el art. 4 CE). Además, puede provocar un efecto desaliento para el ejercicio de la libertad de expresión e ideológica en contextos en los que dichas libertades deben ser especialmentepreciadas por su vinculación con la formación de la opinión pública libre en asuntos de interés que consolidan la democracia.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el pluralismo inherente a toda sociedad democrática exige que la posición del disidente también haya de respetarse.

Los elementos destacados constituyen argumentos esenciales desarrollados en los votos particulares, que consiguen trasladar perfectamente las debilidades de la decisión adoptada por la reñida mayoría del TC. Cuando la mayoría deja pasar por alto el único mandato interpretativo de los derechos fundamentales que la

⁴⁷ Sobre este argumento véanse los votos particulares de OLLERO TASSARA (apartado 5), XIOL RÍOS y BALAGUER CALLEJÓN (apartado 2); CONDE-PUMPIDO (apartado 5).

⁴⁸ Véase, al respecto, sobre dicho argumento el voto particular de XIOL RÍOS y BALAGUER CALLEJÓN (apartados 1, 2, 4, 5); CONDE-PUMPIDO (apartado 6).

Constitución impone, no podemos sino suscribir que dicha ausencia se compense de algún modo en el planteamiento argumental de los votos particulares. Veremos en el apartado siguiente la conexión existente en la lógica aplicada por el TEDH y la que descansa en los votos particulares a la STC 190/2020, de 15 de diciembre.

2. LA SENTENCIA DEL TEDH EN EL ASUNTO *FRAGOSO DACOSTA C. ESPAÑA*, DE 8 DE JUNIO DE 2023

La STEDH dictada en el asunto *Fragoso Dacosta c. España*, de 8 de junio de 2023, no es sino la crónica de una condena anunciada. Así se refleja en los propios votos particulares a la STC 190/2020, de 15 de diciembre, que son claramente intuitivos de la condena futurible en la que incurriría España con dicha sentencia.

Cabía esperar que, atendiendo a la jurisprudencia sentada por el TEDH en la materia, *Fragoso Dacosta* acudiera al TEDH por vulneración de su libertad de expresión, al ver denegadas sus pretensiones ante el TC.

La valoración del TEDH en este caso sigue su doctrina previa en materia de libertad de expresión. La primera alusión que efectúa el TEDH va dirigida a la cuestión de si la injerencia en la libertad de expresión está prevista por ley. Ello lleva al TEDH a destacar la «elección del Parlamento español» de prever «la tipificación de ciertas conductas que pueden ultrajar los símbolos de España y que se consideran perjudiciales para los sentimientos de la sociedad española»⁴⁹. Esa opción del legislador español no ha sido mencionada hasta ahora, pero resulta relevante en este punto ya que permite abrir el debate sobre la pertinencia del art. 543 CP. Dicho precepto tipifica como delito «Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad».

Este leve apunte sobre la «elección del Parlamento español» relativa a la tipificación de las conductas previstas en el art. 543 CP permite mencionar la problemática relativa a la intervención del Derecho Penal en relación con ciertas conductas que pueden resultar cuestionables, como sucede en el presente caso. Dicho lo cual, la referencia apuntada por el TEDH engarza perfectamente con el voto particular suscrito por los magistrados XIOL RÍOS y BALAGUER CALLEJÓN a la STC 190/2020, de 15 de diciembre, que reflexionan sobre esta cuestión, mostrando su preocupación por la «proliferación de los delitos de expresión en la ley penal, junto con una interpretación abierta muchas veces a interpretaciones poco restrictivas y a una frecuente utilización del proceso penal para sancionar determinadas expresiones que admitirían la aplicación de mecanismos estatales de inferior gravedad».

⁴⁹ STEDH asunto *Fragoso Dacosta*, cit., (párrafo 24).

Tal como apuntan los magistrados, parece latir una amenaza por instalar «la imagen de una sociedad sometida y en actitud disciplinada poco conforme con lo que debe ser el ejercicio de la crítica en una sociedad democrática».

Hecho este paréntesis sobre el requisito de que la injerencia en la libertad de expresión esté prevista por ley, el TEDH continúa su valoración en torno a si tal injerencia persigue un objetivo legítimo. Requisito que entiende superado al tratarse de «un símbolo común a todos los miembros de la nación», respondiendo al objetivo legítimo de «proteger los «derechos de los otros», al que hace referencia el segundo párrafo del artículo 10 (...)»⁵⁰.

El TEDH pasa entonces a analizar si la injerencia era necesaria en una sociedad democrática para lo que contextualiza el caso en términos ya conocidos. A este respecto el TEDH circunscribe el problema en la decisión del TC de dejar fuera de protección las expresiones ofensivas vertidas por el representante sindical. El TEDH recuerda que el TC valora tales expresiones como injuriosas contra un símbolo nacional, la bandera, mostrando el sujeto hostilidad y falta de respeto hacia aquella, cuando tales expresiones resultaban innecesarias y ajenas al fin perseguido del pago de los salarios.

Para responder a esta cuestión, el TEDH se remite a su posición consolidada sobre la libertad de expresión recordando que ésta ampara también ideas «que ofenden, escandalizan o molestan al Estado o a cualquier otro sector de la población»⁵¹. Acepta el TEDH el carácter «provocativo» del lenguaje del demandante pero cuestiona, sin embargo, que existan indicios de alteración del orden público o incitación al odio como consecuencia de las declaraciones vertidas. El TEDH entiende que el TC «no analizó si existían motivos suficientes para considerar que sus declaraciones suponían una incitación al odio (...) o la capacidad de dichas declaraciones de tener consecuencias perjudiciales»⁵².

El TEDH introduce aquí un matiz. El tribunal de Estrasburgo reconoce estar dispuesto a aceptar que dichas declaraciones provocativas dirigidas contra un símbolo nacional «pueden herir la sensibilidad de las personas, el daño causado en su caso es de un carácter diferente comparado con aquel provocado por el ataque a la reputación de un individuo concreto». No obstante, a propósito de la referencia contenida en la sentencia de la Audiencia Provincial, igualmente suscrita por el TC, al «intenso sentimiento de humillación» al que se sometió a los militares presentes en el acto con las expresiones vertidas, el TEDH introduce un matiz. A juicio del TEDH, las expresiones controvertidas del demandante «no iban dirigidas a una persona o a un colectivo» por lo que ese sentimiento de humillación

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ STEDH asunto *Fragoso Dacosta...*, *cit.*, (párrafo 28).

⁵² STEDH asunto *Fragoso Dacosta...*, *cit.*, (párrafo 30).

subjetivo al que apelan las sentencias mencionadas no se justifica a los efectos presentes. Asimismo, reconoce que tales declaraciones «no produjeron daño personal o material alguno»⁵³.

En lo que sigue, el TEDH muestra su disconformidad con el argumento del TC consistente en la desconexión causal entre medios y fines. Es decir, con el intento de justificar que las expresiones vertidas no guardaban relación con las protestas celebradas. Para justificar tal argumento el TEDH opera en términos similares a cómo lo hacen los votos particulares a la STC 190/2020 en este punto. Remite así a las complejas circunstancias del caso, circunscribiendo dichas expresiones a la petición de las autoridades militares a la Confederación sindical de «rebajar el tono» de la protesta durante la ceremonia solemne. Sugerencia que manifiestamente se revela frustrante para el demandante teniendo en cuenta el silencio de las autoridades, ante las presiones que intentaban ejercer los trabajadores y representantes de sindicatos, para que éstas coadyuvaran a la resolución del conflicto con la empresa. Con lo dicho, es factible situar las expresiones del demandante en el marco de «una crítica y una expresión de protesta y descontento contra el personal militar en su calidad de empleadores de los trabajadores» y no como una mera ofensa cuyo objetivo fuera la humillación aisladamente⁵⁴.

Ligado con el contexto, subraya el TEDH que el demandante era un representante sindical que actuaba en el marco de una protesta en contra del impago de salarios. Motivo por cual admite «que se trataba de un debate sobre una cuestión de interés general para los trabajadores de la empresa de limpieza», reiterando que «los miembros de un sindicato deben poder expresar a su empleador las reivindicaciones con las que pretende mejorar la situación de los trabajadores de su empresa»⁵⁵.

Todo lo dicho, lleva al TEDH a condenar a España por vulneración de la libertad de expresión, garantizada en el art. 10 CEDH.

VI. Conclusiones

Con la presente contribución ha querido ponerse de manifiesto que la interpretación constitucional de los derechos no siempre resulta una operación fácil en un contexto integrado por diversos espacios constitucionales e influido por las circunstancias sociales propias de cada momento. Dicha dificultad se ve acrecentada si traemos a colación la rigidez con la que se garantiza la normatividad del texto

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ STEDH asunto *Fragoso Dacosta...*, *cit.*, (párrafo 31).

⁵⁵ STEDH asunto *Fragoso Dacosta...*, *cit.*, (párrafo 32).

constitucional en una sociedad cambiante, en especial, por lo que respecta al paradigma comunicativo. En esta situación, la interpretación evolutiva de los derechos se vuelve un elemento clave para evitar petrificaciones del orden constitucional que se traduzcan en pérdidas de efectividad de los derechos de las personas. Por eso, hemos querido resaltar la importancia de la interpretación evolutiva de los derechos a partir de las oportunidades que brindan su interpretación conforme al contexto internacional y los votos particulares entendidos, ambos, como elementos de integración y cohesión en la interpretación constitucional de los derechos.

La relevancia de interpretar los derechos conforme al contexto internacional ha quedado de manifiesto en el trabajo, no sólo por facilitar la integración y cohesión entre espacios constitucionales, sino porque resulta un criterio hermenéutico imperativo para los operadores jurídicos derivado del art. 10.2 CE. No obstante, este criterio choca con una realidad menos conciliadora y es que al no otorgar el TC capacidad para que los tratados sobre derechos se constituyan, por esta vía, en canon autónoma de validez de las normas internas sobre derechos, serán finalmente éstas las que determinen el régimen de protección de los derechos constitucionalmente reconocidos. Y ello, sin perjuicio, de la vía más o menos intensa de protección de la que goce el derecho en el ámbito internacional.

Ligado a la interpretación de los derechos hemos aludido también su interpretación conforme al principio *favor libertatis*, que en muchos casos podrá coincidir con la interpretación conforme al contexto internacional (tal como sucede en el caso concreto analizado en el trabajo). Junto a tales elementos, hemos destacado la relevancia del voto particular como una figura que favorece la interpretación evolutiva de los derechos y que contribuye directamente al debate y a la construcción de argumentos plurales en la «sociedad abierta de los intérpretes constitucionales».

A propósito del libro del profesor CÁMARA VILLAR en la materia, hemos querido plantear en qué medida los votos particulares permiten identificar por dónde discurre el debate y las principales problemáticas vinculadas a la interpretación de los derechos. Destacamos aquí la función renovadora que aportan los votos particulares a las sentencias del TC pues, como ya apuntamos, dicha función resulta crucial en una Constitución que vive por y para la sociedad cambiante a la que aspira poder proteger en cada tiempo.

Para dar visibilidad a la relevancia de los votos particulares, así como a su funcionalidad en el impulso a la interpretación evolutiva y al diálogo entre tribunales (con especial mención al TEDH) hemos aplicado estas cuestiones en el trabajo en torno a un derecho concreto: la libertad de expresión. Este estudio se aborda no desde una perspectiva dogmática general, sino vinculada a un supuesto concreto, la STC 190/2020, de 15 de diciembre, por la relevancia que presenta el caso al objeto de la contribución. Resta señalar, que los votos particulares a la re-

ferida sentencia constituyen una pieza clave del caso, visibilizándose en ellos el importante papel renovador que desarrollan los votos particulares en la justicia constitucional desde una perspectiva interpretativa. En el presente caso, los votos particulares favorecen un constitucionalismo más sólido y una interpretación más cotejada y depurada.

Cerramos estas páginas subrayando el poder argumental de los votos particulares. No puede obviarse que, aun cuando los magistrados discrepan en sus votos particulares de la decisión adoptada por la mayoría, pueden contener argumentos de considerable autoridad que terminen convirtiéndose en la postura defendida por el propio TC en el futuro, tras una interpretación evolutiva justificada o, coincidir en esencia con la argumentación adoptada por el TEDH. Así se ha demostrado con el análisis de la STEDH *Fragoso Dacosta c. España*, de 8 de junio de 2023, crónica de una condena ya anunciada en los votos particulares a la STC 190/2020, de 15 de diciembre.

EXPERIENCIAS DE UNA INTERNACIONALISTA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ELISA PÉREZ VERA

Universidad Nacional de Educación a Distancia

1. Conozco al profesor Cámara desde hace más de treinta años, en los que mi admiración por él ha crecido al mismo ritmo que se consolidaba nuestra amistad. Una amistad que el paso de los años ha hecho cada vez más profunda porque está hecha de materiales sólidos, inmunes al paso del tiempo. La sinceridad, el respeto mutuo y el no traspasar el espacio reservado a la privacidad son, todos ellos, elementos que han de defenderse de manera activa —lo que exige la voluntad de hacerlo—, pero cuyo mantenimiento garantiza relaciones de amistad cada vez más fuertes. De hecho, mi amistad con Gregorio Cámara trasciende la mera relación personal, extendiéndose a nuestras familias, hermanadas por tantos acontecimientos compartidos.

Como decía, por el profesor Cámara siento, además de una amistad sin fisuras, una sincera admiración no solo como intelectual y político; también como persona. En primer lugar, como intelectual consagrado al estudio del Derecho constitucional, siempre he admirado en el profesor Cámara la originalidad de sus planteamientos, el rigor con que los desarrolla y la pasión con que defiende las conclusiones que alcanza. Todos ellos son rasgos propios de su labor investigadora que traslada sin ambages a la función docente a la que ha consagrado muchas horas, completando la figura de un catedrático modélico de la Universidad española.

En segundo término, su actuación durante los años que generosamente dedicó a la política activa despertó en mí, como observador externo pero comprometido, sentimientos de agradecimiento admirativo. Gregorio Cámara es persona de principios y valores que defiende a ultranza, con los argumentos que la razón le proporciona. De hecho, el político Gregorio Cámara defendió siempre las posiciones a las que le llevó el análisis científico de los problemas que se le plantearon, por

encima de sus intereses coyunturales; éstos que podrían haberle hecho progresar en lo que suele llamarse «carrera política». Precisamente el que en su vida como político, Gregorio Cámara haya sido capaz de anteponer razón a pasión —siendo así que todos los que le conocen saben de su gran corazón— es la clave de un comportamiento tan atípico como ejemplar.

Y es a esta persona a la que admiro, en todas y cada una de sus facetas —amigo, intelectual, político-. Tan inteligente como «en el buen sentido de la palabra, bueno», que diría Antonio Machado, el profesor Cámara es un referente en muchas cosas y el amigo que todos querrían tener. Soy afortunada de poder decir que me cuento entre ellos.

Por todo lo dicho, cuando me invitaron a participar en este *Liber amicorum* mi respuesta inmediata y un tanto irreflexiva, fue sí, yo quiero estar ahí. Lo sigo diciendo, a pesar de que soy consciente de que esta obra recogerá básicamente aportaciones de especialistas en Derecho constitucional, un terreno en el que mis años de Magistrada en el Tribunal Constitucional apenas cubren mis carencias teóricas, que he intentado salvar denodadamente.

Es la conciencia de estar jugando en terreno que en buena medida me es ajeno, la que ha influido decisivamente en la selección del tema de esta colaboración. Escribir sobre mi experiencia como Magistrada constitucional al abordar problemas vinculados con el Derecho internacional, limita la perspectiva de análisis y me sitúa en un área de confort, al mismo tiempo que me permite sentirme cerca del ámbito de intereses intelectuales de quien constituye la razón de ser de este Libro. De este modo creo haber logrado un punto de encuentro entre los intereses del profesor Cámara y los míos que me hace sentirme cómoda y que muestra que, felizmente, el mundo del Derecho es uno, por más que no podamos ignorar la fuerza centrípeta de los procesos de especialización.

2. La Constitución Española de 1978 (en lo sucesivo CE) contiene un número significativo de normas que regulan aspectos propios del Derecho internacional público y de las relaciones internacionales. Por ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, al regular las funciones de la Corona (arts. 62 y 63 CE), al fijar la competencia en materia de relaciones internacionales (art. 149.1.3º CE) o al regular la celebración e integración en el ordenamiento español de los tratados (arts. 93 a 96 CE).

En contraste, al Derecho internacional privado solo se refiere de manera específica el artículo 149.1.8º CE que proclama la competencia exclusiva del Estado sobre las «normas para resolver los conflictos de leyes». Previsión que ha de completarse, desde la óptica constitucional, con las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 CE y que resulta determinante a la hora de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la normativa interna que

establece la jurisdicción internacional de los tribunales españoles, así como sobre la que regula el reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras.

3. En materia de relaciones internacionales resulta clave la interpretación que el Tribunal Constitucional (en lo sucesivo TC) ha hecho de la disposición contenida en el artículo 149.1.3º, según el cual la materia «relaciones internacionales» es de la competencia exclusiva del Estado. Como ha señalado el Tribunal, en una jurisprudencia constante, de una interpretación sistemática de este precepto se desprende claramente, «de un lado y en sentido negativo, que las ‘relaciones internacionales’, en cuanto materia jurídica, no se identifican en modo alguno con el contenido más amplio que posee dicha expresión en sentido sociológico, ni con cualquier actividad exterior. Ni tampoco, obvio es, con la ‘política exterior’ en cuanto acción política del Gobierno. De otro lado, en sentido positivo, que el objeto de aquella reserva — en términos generales, como se ha dicho — son las relaciones de España con otros Estados independientes y soberanos, el aspecto más tradicional de estas relaciones, y con las Organizaciones internacionales gubernamentales» Lo que incluye ‘materias tan características del ordenamiento internacional como son las relativas a la celebración de tratados (*ius contrahendi*), y a la representación exterior del Estado (*ius legationis*), así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado»¹.

El Tribunal ha hecho, pues, una interpretación estricta, no expansiva, de la competencia exclusiva del Estado que la hace compatible con el desarrollo cabal de las competencias de las Comunidades Autónomas que, como parte del ejercicio de las que les son propias, pueden llevar a cabo actividades con proyección exterior, siempre que respeten la competencia estatal *ex* artículo 149.1.3º, así entendida².

4. Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico internacional en sentido propio que incluye también, como es obvio, los aspectos atinentes a las Organizaciones internacionales gubernamentales, la interpretación de la Constitución de 1978 suscita necesariamente un doble comentario.

En primer lugar, llama la atención la ausencia de una referencia explícita en el texto de 1978 al proceso de unificación europea y al derecho generado en su seno. El mero recuerdo de que la firma del Tratado de Adhesión de España a las entonces Comunidades Europeas se realizó el 12 de junio de 1985 (la integración efectiva se produjo el 1 de enero de 1986), años después de que se proclamara la Constitución, explica esta aparente anomalía.

¹ STC 165/1994, de 26 de mayo, FJ 5. BOE núm. 151, de 26 de junio de 1994.

² Un resumen de la doctrina constitucional en materia de relaciones internacionales puede verse en la STC 31/2010, de 28 de junio, FFJJ 125 a 129. BOE, núm. 172, de 16 de julio de 2010.

Pese a todo, sería injusto decir que nuestros constituyentes ignoraron un proceso de integración al que España aspiraba adherirse ya en pleno franquismo. De hecho, es con la vista puesta en esa eventualidad, que se desea, como se redacta el artículo 93 que dispone que «Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución». Hasta la fecha esta disposición ha sido la puerta de entrada del Derecho de la Unión y título suficiente para la ratificación de las sucesivas reformas de los tratados constitutivos.

Pese a todo, no deja de resultar anómalo que más de treinta años después de la incorporación activa de España al proceso de construcción europeo, la base constitucional sobre la que se apoya sea tan sucinta. No estaría de más, pues, que la Constitución reflejara explícitamente las condiciones y consecuencias *ad extra* y *ad intra* de esa participación. Así lo entendió en su momento el Gobierno español cuando solicitó del Consejo de Estado un Informe sobre posibles modificaciones de la Constitución Española; petición que en su punto segundo se refería a la recepción en la Constitución del proceso de construcción europea. El Informe emitido al respecto por el Alto órgano consultivo sigue siendo, en mi opinión, punto de partida obligado para una hipotética reforma constitucional, en general, y en este punto concreto, en particular³.

5. El segundo aspecto a destacar se refiere a los tratados internacionales. De ellos se ocupa con relativa amplitud el Capítulo Tercero del Título Tercero de la Constitución. En sus artículos se precisan, tanto los cauces procedimentales, contenidos en los artículos 93 y 94, para la integración de los tratados en el ordenamiento español, como el régimen de resistencia pasiva a su reforma, establecido en el artículo 96. En este último se garantiza que «sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional».

La intangibilidad relativa de las normas convencionales, garantizada *ex Constitutione* ha dado pie para sostener que su violación por una norma interna posterior supondría la infracción indirecta de la Constitución. Frente a estos planteamientos el TC ha sido claro al negar que el artículo 96 CE haya conducido a la «constitucionalización» de los tratados, convertidos a su través en parámetros de constitucionalidad del Derecho interno.

Una completa síntesis de la doctrina constitucional al respecto se contiene en la STC 18/1991, de 14 de febrero⁴, en la que se afirma que

³ Consejo de Estado. Informe sobre modificaciones de la Constitución Española de 16 de febrero de 2006. Referencia: 2544/2004, cvce.eu/publishable.es. *Vid.*, en especial, su parte segunda.

⁴ STC 28/1991, de 14 de febrero. BOE núm. 48, de 25 de febrero de 1991.

«Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 CE más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno, de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, fundamento jurídico 14, *in fine*), sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan» (FJ 5).

Afirmación que, como la misma sentencia subraya, no se ve afectada por las previsiones constitucionales relativas a la integración de determinado tipo de tratados internacionales. En efecto, en opinión del Tribunal, tal procedimiento de incorporación

«no significa que por mor del art. 93 haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 CE. Este precepto constituye ciertamente el fundamento último de tal vinculación, dado que la aceptación de la misma —instrumentada en el Tratado de Adhesión, que es su fundamento inmediato— expresa la soberanía estatal. Ello no permite olvidar, sin embargo que el precepto constitucional, de índole orgánico procedimental, se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales, lo que determina que únicamente tales Tratados puedan ser confrontados con el art. 93 CE en un juicio de constitucionalidad» [...] Ahora bien, «una vez utilizado [...] el mecanismo del art. 93, dicha norma constitucional no resulta afectada por la eventual disconformidad en que pueda incurrir la legislación nacional —estatal y autonómica— respecto del ordenamiento comunitario, cuestión ésta que escapa al objeto y contenido de esa norma» (FJ 4).

En este panorama, los tratados internacionales sobre Derechos humanos constituyen una excepción, por imperativo constitucional específico (art. 10.2 CE). Una excepción, ciertamente, con perfiles peculiares, que no rompe sino matiza la norma general. A tal excepción se refería la STC 28/1991 al señalar que

«Problema ligeramente distinto sería que la contradicción aludida sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, puesto que las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse ‘de confor-

midad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España' (art. 10.2 CE). *Sin embargo, tampoco en un supuesto de esta naturaleza se convertiría per se el tratado en medida de la constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional*» (FJ 5; cursiva añadida por E.P.V.).

6. Fuera de estas consideraciones básicas no existe, a mi conocimiento un estudio sistemático de la doctrina constitucional en la materia, al modo del realizado por Julio D. González Campos en relación con el Derecho internacional privado⁵. No son fáciles de establecer las razones de este vacío, que tal vez se deba simplemente a su carácter poliédrico en un mundo globalizado, en el que España además se encuentra inmersa en un proceso vivo y complejo de integración regional.

En cualquier caso, vaya por delante que no es éste el estudio que vendría a rellenar esa laguna. Sería demasiado ambicioso y excedería con mucho la extensión recomendable en una obra colectiva. Como ya he dejado apuntado, el sentido de mi contribución es el mucho más modesto de dejar constancia de mis vivencias como internacionalista en el seno de un Tribunal que es el «intérprete supremo» de la Constitución española⁶. En su seno, por definición, los conocimientos técnicos de los especialistas en cualquier rama del Derecho resultan *a priori* menos determinantes que su capacidad para ponerlos al servicio de una interpretación integradora y coherente del texto constitucional.

En este punto, resulta obligado recordar que desde su instauración en 1980 hasta la renovación parcial de 2012, entre los Magistrados del Tribunal Constitucional siempre hubo un internacionalista. Es más, como si el azar quisiera destacar la importancia relativa de las tres áreas de conocimiento que integran, en un sentido amplio, los estudios internacionales, entre los Magistrados constitucionales ha habido profesores de Relaciones Internacionales (Antonio Truyol), de Derecho internacional público (Manuel Díez de Velasco) y de Derecho internacional privado (Julio González Campos). Así que cuando yo tomé posesión en 2001 puede decirse que había una tradición internacionalista en el Tribunal.

⁵ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. «The Spanish Constitution and Private International Law», en *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 9, 2003, pp. 1-20. <https://www.sybil/issue/view/91>.

Del mismo autor, «Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y respeto de los derechos fundamentales relativos al proceso», en *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*. Vol. II, pp. 895-717. Universidades de Córdoba, Sevilla y Málaga. Sevilla, 2005.

⁶ Artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979.

Con todos ellos tuve ocasión de hablar ampliamente de su experiencia en el Tribunal. En estas charlas el leit motiv fue, en términos generales, las dificultades inherentes a la función que tiene asignada; y es que, en su condición de «interprete supremo» de la Constitución, el Tribunal Constitucional puede entrar en conflicto eventualmente con todos los poderes del Estado, del ejecutivo al judicial, pasando por el legislativo. Los tres coincidieron en advertirme de la incomodidad que tales situaciones ocasionan, pero ninguno dudó al decir que el juicio del Tribunal (y sus componentes) no podía alterarse por tal motivo.

A esta opinión unánime solo Julio González Campos añadió unos comentarios que directamente se referían a nuestra común condición de internacionalistas. En primer lugar, enfatizó el carácter colegiado de las decisiones del Tribunal que hacían que el peso de la opinión de cada uno de sus miembros dependiera en buena medida de su capacidad de convicción; en segundo término, me previno de que solo el azar determinaría que fuera ponente en temas que afectaran al Derecho internacional, en cualquiera de sus manifestaciones. Ambas observaciones me fueron de la mayor utilidad. Gracias en buena medida a ellas, peleé cada punto que tenía que ver con el Derecho internacional como si la decisión colegiada dependiera de mí; con éxito desigual, tendría que añadir. Y no me frustré cuando ponencias sobre temas con aspectos internacionales recaían en otros colegas.

En cualquier caso, en los once años que pasé en el Tribunal se adoptaron importantes decisiones que enmarcan bastante bien los condicionantes constitucionales del posicionamiento de España en materias sensibles de Derecho internacional público y privado así como en relación con las relaciones internacionales.

Para fijar mis experiencias en el Alto Tribunal, he seleccionado tres aspectos que me resultan especialmente significativos. Se trata, de una parte, de la articulación del Derecho estatal, de fuente interna, con el Derecho de la Unión Europea; de otra, del necesario respeto del equilibrio de poderes en la celebración de los tratados internacionales. Finalmente, trataré de la doctrina constitucional en el tema de la jurisdicción universal, fijada es cierto cuando yo ya no era miembro del TC, pero que previamente había sido objeto de muchos debates en los que sí participé.

7. Por diversas razones la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, ocupa un lugar destacado en mis recuerdos como miembro del TC. En primer lugar, destaca por el carácter excepcional que, en la práctica, tienen tales Declaraciones. En efecto, en la historia del Tribunal solo en dos ocasiones el Gobierno ha recurrido a la vía que le ofrece el artículo 95.2 de la CE, requiriéndole que declare si existe o no contradicción entre un Tratado y la

Constitución⁷. El que, en ambos casos, el Tratado en cuestión estuviera llamado a formar parte de los Tratados constitutivos de la Unión Europea prueba dos cosas. De una parte, muestra las peculiaridades que, desde la perspectiva del Derecho de los Tratados, presenta el proceso de integración europeo; de otra, es la prueba de que la escueta regulación de la participación de España en el mismo, que contiene el vigente texto constitucional, no es plenamente satisfactoria.

Por ello, no es de extrañar que el Consejo de Estado en el Dictamen relativo al Tratado por el que se establece la Constitución Europea señalara, en uso de sus competencias de recomendación, que en el caso de que fuera necesaria una reforma constitucional, sería conveniente «europeizar» en alguna medida la CE. En este plano, una fórmula sería «introducir en la propia Constitución (a.e. con una reformulación del artículo 93) una cláusula de integración que incorpore un mecanismo que por sí solo y en sí mismo permita —con los límites de intangibilidad que se estimen irrenunciables, con los objetivos o con los requisitos formales agravados que se consideren necesarios— una apertura general del ordenamiento español al Derecho comunitario y, en su virtud, se reconozca apriorísticamente la constitucionalidad —la compatibilidad con la Constitución— de dicho ordenamiento»⁸. Mientras tanto, dado el tenor del vigente texto constitucional, el Consejo de Estado entendió que, «con carácter previo a la ratificación, es conveniente que se haga uso de la facultad prevista en el artículo 95.2 de la Constitución para que el Tribunal Constitucional declare si existe o no contradicción entre el Tratado... y la propia Constitución española»⁹.

Personalmente comparto la opinión sobre la conveniencia de «europeizar» nuestra Constitución, pero éste es un extremo sobre el que el TC no se pronunció en la Declaración de 2004, una vez descartada que fuera necesaria una reforma de la Constitución, con carácter previo a la ratificación del Tratado. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que la decisión del Tribunal se habría contraído necesariamente al señalamiento de la vía de reforma constitucional a seguir en el caso concreto (la del artículo 167 o bien la del 168), sin entrar en otras consideraciones. Y es que, como el propio Tribunal recordaba, «en razón de la naturaleza estrictamente jurisdiccional del procedimiento preventivo contemplado en el art. 95.2 de la Constitución, en la citada Declaración 1/1992 hemos dicho que ‘lo que de nosotros puede solicitarse es un declaración, no un dictamen; una decisión, no una mera opinión fundada en Derecho, [pues] este Tribunal no deja de serlo para transformarse ocasionalmente, por obra del requerimiento, en cuerpo consultivo’»

⁷ La Declaración 1/ 2004, de 13 de diciembre está publicada en el BOE núm 3, de 4 de enero de 2005.

La otra es la Declaración 1/1992, de 1 de julio de 1992. BOE núm 177, de 24 de julio de 1992.

⁸ Dictamen del Consejo de Estado..., *cit.*, p. 29.

⁹ Dictamen del Consejo de Estado..., *cit.*, p.30

(FJ 1). Entiende el Tribunal, con acierto, que su jurisdicción —de cuyo ejercicio se trata también en este procedimiento— sólo le habilita para resolver sobre lo constitucionalmente necesario, sin entrar en consideraciones de oportunidad, propias en su caso de órganos consultivos (FJ 7).

8. La duda de constitucionalidad planteada por el Gobierno se refería a tres preceptos del Tratado (artículos I-6, II-111 y II-112). Además se le pedía al Tribunal que se pronunciara sobre la suficiencia del artículo 93 CE para su integración en el ordenamiento interno, así como, en su caso, sobre el procedimiento de revisión constitucional pertinente para adecuar la Constitución al Tratado con anterioridad a su integración.

En principio, fue la duda sobre la posible discordancia entre el artículo I-6 del Tratado y la supremacía de la Constitución la que llevó al Consejo de Estado a entender que había «de ponderarse la pertinencia de acudir a lo dispuesto en el artículo 95.2 de la Constitución»¹⁰. No obstante, el TC entendió que, con carácter previo, eran precisas algunas consideraciones sobre el alcance y contenido del artículo 93 CE. Esta disposición, señala el Tribunal, fue concebida por las Cortes constituyentes

«como el medio constitucional de nuestra integración en las Comunidades europeas, fenómeno de integración que va más allá del puro procedimiento de la misma, y que comporta las consecuencias de la inserción en un ente supranacional distinto, susceptible de crear un Ordenamiento propio dotado de particulares principios rectores de la eficacia y de las exigencias y límites de la aplicabilidad de sus normas. Aquella fue una integración largamente anhelada y, sin ninguna duda, constitucionalmente querida y por ello facilitada por el citado art. 93 CE»

A partir de este presupuesto básico, el TC reafirmaba su doctrina sobre el artículo 93, «fundamento último» de nuestra incorporación al proceso de integración europea como precepto de «índole orgánico procedimental» (como se le calificó ya en la STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4) que es «el cauce previsto por la Constitución para transferir o atribuir a organizaciones o instituciones internacionales el ejercicio de competencias derivadas de la misma», pero que «no incorpora un cauce revisorio equiparable a los procedimientos de reforma constitucional regulados en el Título X CE»¹¹. Una afirmación que ha de contextualizarse, a la vista de la contradicción del Tratado en aquel momento en cuestión con una

¹⁰ Dictamen del Consejo de Estado..., *cit.*, p. 28.

¹¹ DTC 1/1992, *cit.*, FJ 4.

norma constitucional sustantiva (el art. 13.2 CE)¹². Por ello, el Tribunal entendió que había que seguir «ahondando» en el alcance y significado de la citada norma constitucional¹³.

Adentrándose en esta vía, el TC afirmó que

«el art. 93 CE es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución... En términos metafóricos podría decirse que el art. 93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos... De este modo se confiere al art. 93 CE una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar».

Ahora bien, esta interpretación de la Constitución, continúa el Tribunal, ha de partir del reconocimiento de que tal operación de cesión impone «límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional» (FJ 2).

9. En tales términos se produce la integración en el ordenamiento interno del Derecho de la Unión. Este punto es el que le suscitó al Gobierno la primera duda concreta de constitucionalidad, referida específicamente al artículo I-6 del Tratado, a cuyo tenor «La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros».

¹² La contradicción se producía entre el art. 13.2 CE en su redacción originaria (que sólo preveía la posibilidad de extender el derecho de sufragio *activo* a los extranjeros) con lo dispuesto en el art. 8.B del Tratado de Maastricht, por el que se modificó el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que se refería al derecho de los ciudadanos de la Unión a ser elector y elegible en las elecciones municipales.

¹³ La doctrina no es unánime sobre si la Declaración de 2004 efectúa un overruling de la de 1992. Sin ánimo de exhaustividad, *vid.*, ALONSO GARCÍA, R., «Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 73, 2005, pp. 339-364. CRUZ VILLALÓN, P., «El Tratado sobre la Constitución. Tres planteamientos», ponencia presentada al III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Barcelona, 21 y 22 de diciembre de 2004, <http://constitucion.redisis.es/acc>. LÓPEZ CASTILLO, A., SÁIZ ARNAIZ, A., y FERRERES COMELLA, V., *Constitución española y Constitución europea: Análisis de la Declaración del TC (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Madrid, Centro de Estudios políticos y Constitucionales. RODRIGUEZ, A., «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución española? Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre», <https://ugr.es/~redce/ReDCE3/18angelrodriguez>.

Podía sorprender que la duda surgiera en relación con una estipulación que, según declaraba uno de los anexos al Tratado, «refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia» (Declaración anexa al art. I-6). Opinión que comparte el TC, tras el análisis del texto convencional, cuando afirma que «el nuevo Tratado no altera sustancialmente la situación creada tras nuestra adhesión a las Comunidades y, si acaso, la simplifica y reordena en términos que hacen más preciso el alcance de la cesión del ejercicio de competencias verificada por España».

Y es que la primacía que reclamaba el Tratado no pretendía tener un alcance general, sino que se refería exclusivamente a las competencias propias de la Unión; ligada, por tanto a su ejercicio efectivo en cada uno de los Estados miembros. De ahí que, como recoge el TC, dicha primacía «no se afirma como superioridad jerárquica sino como una ‘exigencia existencial’ de ese Derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados» (FJ 3).

Entendida en tales términos, la primacía proclamada en el art. I-6 del Tratado no resulta incompatible con la supremacía de la Constitución, como rasgo consustancial a su condición de norma fundamental. Como declarara solemnemente el Tribunal,

«Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma... La primacía, en cambio..., en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas... Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto.... En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado» (FJ 4).

Con estos argumentos, el Tribunal concluyó que no existía contradicción entre el artículo I-6 del Tratado y el artículo 9.1 de la Constitución. No obstante, la misma Declaración extrae las consecuencias últimas de la proclamada supremacía de la Constitución Española que se traduciría en el examen de la situación por el Tribunal, en el supuesto «difícilmente concebible» de que el Derecho de la Unión resul-

tara inconciliable con la propia Constitución. Sin olvidar, recuerda el Tribunal, que la soberanía nacional siempre resulta a la postre asegurada por el artículo I-60 del Tratado que contempla la posible retirada voluntaria de la Unión de todo Estado miembro, de conformidad con sus normas constitucionales (*ibidem*).

10. La otra gran duda sobre la compatibilidad del Tratado y la Constitución española se refería a la posible contradicción con ésta del tratamiento que el Tratado le daba a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000.

Entendiendo que el problema planteado era el determinar si los criterios convencionales —cuando se apliquen por los poderes públicos españoles al margen del Derecho de la Unión—, son o no conciliables con los derechos fundamentales proclamados por la Constitución, el Tribunal se remitirá a su reiterada doctrina sobre el artículo 10.2 CE. Ello le permite afirmar que «el valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950», al que se refiere tanto la doctrina constitucional como las normas de cuya compatibilidad se duda.

En efecto, la apertura al Derecho convencional que realiza el artículo 10.2 del texto convencional, se traduce necesariamente en la coexistencia de distintos regímenes de garantía en nuestro sistema de derechos fundamentales. Ahora bien, los concretos problemas de articulación entre ellos difícilmente podrían resolverse con un pronunciamiento «anticipado y abstracto». Su solución, señala la DTC 1/2004, «sólo puede perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este Tribunal».

Por todo ello la conclusión que se impuso es que no existía contradicción «entre la Constitución Española y los arts. II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa» (FJ 6).

11. Una problemática muy diferente es la que abordó la STC 155/2005 de 9 de junio¹⁴, que nos conduce directamente a los requisitos constitucionales para la conclusión de los tratados.

¹⁴ STC 155/2005, de 9 junio. BOE núm. 162, de 8 de julio. Sobre la misma pueden verse, *inter alia*, SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Decreto Ley, Ley y Tratado internacional. Comentario a la STC 155/2005, de 9 de junio». *Teoría y realidad constitucional*. UNED, núm. 18, 2006, pp. 399-428. SELLARÉS SERRA, J., «Un 'auténtico embrollo jurídico' y su aparente solución. La sentencia del Tribunal Constitucional 155/2005». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 11, 2006. URREA CORRES, M., «La autorización parlamentaria en la celebración de Tratados internacionales: una reserva orgánica y de procedimiento. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 155/2005, de 9 de junio». *Revista General de Derecho Europeo*, nº 10 mayo 2006.

En una democracia parlamentaria como la española la asunción de nuevos compromisos internacionales requiere de la intervención de las Cortes Generales, encargadas del control del Gobierno (art. 66.2 CE), que es a quien le corresponde dirigir *inter alia* la política exterior (art. 97 CE).

El grado de participación de las Cortes en la celebración de los Tratados depende de su naturaleza. Así lo establece el artículo 94 CE que distingue entre aquéllos en que la prestación del consentimiento del Estado para obligarse requiere de «la previa autorización de las Cortes» (párrafo 1), y el resto de los Tratados de cuya conclusión Congreso y Senado sólo serán informados tras su conclusión (párrafo 2).

Los Tratados cuya celebración requiere de autorización previa se enumeran en las distintas letras del artículo 94.1 y son de distintos tipos, que tienen en común su importancia para el futuro del país, bien por su capacidad para afectar eventualmente a la estructura del Estado, bien por condicionar la propia actividad parlamentaria.

Pues bien, la STC 155/2005 abordó de frente el problema de la naturaleza de esa autorización previa y las consecuencias, desde el punto de vista constitucional, de su omisión. El que en el caso concreto se tratara de un Acuerdo que implicaba «obligaciones financieras para la Hacienda Pública» (letra d) del art. 94.1) no supone, en mi opinión, ninguna peculiaridad que afecte al alcance general de la doctrina sentada que resulta, en principio, extensible a los restantes supuestos contemplados en el artículo 94.1 CE.

La Sentencia resuelve dos recursos de inconstitucionalidad acumulados presentados, respectivamente, contra el Real Decreto-ley 14 /1990, de 9 de octubre y la Ley 13/1999, de 21 de abril, de igual contenido¹⁵.

Sucintamente expuesto, el enrevesado relato fáctico que dio origen a ambos recursos es el siguiente. El 23 de septiembre de 1997 la Asamblea anual del Fondo Monetario Internacional (en adelante, FMI), celebrada en Hong Kong entre el 20 y el 25 de septiembre, aprobó la cuarta enmienda a su Convenio constitutivo, así como la ampliación de los recursos financieros del Fondo en un 45% de las cuotas aportadas por cada país.

El 28 de agosto de 1998 —esto es, casi un año después— el Gobierno solicitó al Congreso la iniciación del procedimiento autónomo previsto en los artículos 94.1 y 74.2 CE para la obtención de la autorización previa de las Cortes a la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por determinados tratados.

¹⁵ RI 73/1999 en relación con el Real Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre, suscrito por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso (presentado en el TC el 8 de enero de 1999). RI 3247/1999, que impugna la Ley 13/1999, de 21 de abril, suscrito igualmente por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, con entrada en el TC el 22 de julio de 1999.

Iniciado el trámite, el 10 de octubre se publica el Real Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre, de adhesión de España a la citada enmienda. El Real Decreto-ley se registra en el Congreso que lo convalida en Pleno el 28 de octubre, iniciando su tramitación como proyecto de ley.

Con fechas 12 de noviembre y 9 de diciembre de 1998, respectivamente, Congreso y Senado otorgaron la preceptiva autorización previa en el procedimiento iniciado el 28 de agosto anterior.

Finalmente, se aprueba la Ley 13/1999, de 21 de abril, de adhesión de España a diversos acuerdos del FMI¹⁶.

Los hechos expuestos revelan que se han sucedido hasta cuatro autorizaciones para la adhesión de España a la cuarta enmienda del Convenio constitutivo del FMI (en el Real Decreto-ley, con su convalidación, en el procedimiento autónomo del art. 74.2 CE, y en la Ley), acordadas en procedimientos distintos, lo que, cómo señala la STC 155/2005, «no hace sino confirmar la existencia de un problema constitucional» (FJ 2).

12. El TC comienza despejando la duda sobre la eventual pérdida de objeto del recurso dirigido contra el Real Decreto-ley, reafirmandose en que «velar por el recto ejercicio de la potestad de emitir Decretos-leyes, dentro del marco constitucional, es algo que no puede eludirse por la utilización del procedimiento del art. 86.3 (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ; en el mismo sentido, más recientemente STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 1)» (FJ 2).

Frente al Real Decreto-ley se alegaban dos motivos de inconstitucionalidad. La primera referida a razones de índole material, pues el texto recurrido habría regulado una materia que le estaba constitucionalmente vedada; la otra, referida a la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad, exigida por el artículo 86.1. Análisis este último que solo procedería en el caso de que se rechazara la primera objeción.

En efecto, la CE enumera una serie de materias que no pueden ser reguladas por Decreto-ley, un instrumento puesto a disposición del Gobierno para que, «en caso de extraordinaria y urgente necesidad», dicte «disposiciones legislativas provisionales» (art. 86.1 CE). Ahora bien, las materias vedadas al Decreto-ley que el anterior artículo contempla no son los únicos límites de los Decretos-leyes; límites que se materializan también en las reservas que resultan del establecimiento de formas y procedimientos específicos. Tal sería el caso de la autorización previa requerida por el artículo 94.1 (con el procedimiento a que se refiere el art. 74.2) para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de ciertos tratados.

¹⁶ BOE núm. 96 de 22 abril de 1999.

Entre los Tratados que requieren de la previa autorización de las Cortes se encuentran, como ya se ha señalado, aquéllos que impliquen «obligaciones financieras para la Hacienda Pública». Un aspecto que la STC 155/2005 considera claro a la luz del propio tenor del texto recurrido, sin que pueda aceptarse, como alega el representante del Gobierno, que los Nuevos Acuerdos sean «mera consecuencia del normal desarrollo del Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional». Por el contrario, señala el Tribunal, «[s]e trata de un nuevo compromiso en el marco de un compromiso anterior, con entidad suficiente, desde el propio Convenio constitutivo, para exigir un pronunciamiento expreso de adhesión» (FJ 6).

Por lo demás, en relación con la parte de estos Acuerdos que incorporan la Cuarta Enmienda al Convenio Constitutivo del FMI, al que España se adhirió en 1958, entiende el Tribunal que «la modificación por vía de enmienda de un Convenio ya integrado, *ex art.* 96 CE, en el Ordenamiento nacional es una operación que sólo puede asumirse con las condiciones requeridas para la asunción de un nuevo compromiso, esto es, en los... términos exigidos para la incorporación de un convenio de esas características, un convenio de los previstos en el art. 94.1 CE» (FJ 7).

13. Establecido pues que el texto convencional entraba en el ámbito de aplicación del artículo 94.1, se trataba de dilucidar si la autorización previa podía otorgarse a través de un Real Decreto-ley. En este punto señala el TC el tenor de la propia disposición excluye «la posibilidad de una prestación de ese consentimiento sin previa autorización parlamentaria o con la dispensada por un órgano distinto». De donde, continúa el Tribunal, que sea evidente

«que el Decreto-ley no es una forma jurídica habilitada para la autorización requerida por el art. 94.1 CE. De un lado, porque el art. 86.1 sólo prevé la figura del Decreto-ley para el dictado de ‘disposiciones legislativas’, categoría jurídica que es distinta de la que corresponde a las autorizaciones... De otro, porque tratándose de una autorización es claro que no puede concederla quien debe ser autorizado. Por último, porque el Decreto-Ley es una fuente normativa propia del Gobierno que sólo precisa de la intervención del Congreso de los Diputados —y no de las dos Cámaras que integran las Cortes Generales— para la estabilización en su vigencia en el Ordenamiento. Por ello ni siquiera tras su convalidación parlamentaria es el Decreto-ley una forma jurídica capaz de dispensar una autorización que sólo pueden brindar las Cortes Generales» (FJ 5).

En consecuencia, hay que concluir en la inconstitucionalidad material del Real Decreto-ley 14/1998, sin necesidad de entrar a considerar si concurría o no la «extraordinaria y urgente necesidad» exigida por el artículo 86.1 CE.

14. Constatada la inconstitucionalidad del Decreto-ley 14/1998, el TC entra a considerar el recurso contra la Ley 13/1999 de contenido idéntico. Las dudas de inconstitucionalidad en este caso se desarrollan en un doble plano. De un lado, el de saber si la ley puede subsanar la tacha del Real Decreto-ley; de otro, el determinar si la ley, en sí misma, es instrumento adecuado para canalizar la autorización requerida por el art. 94.1.

En el primer aspecto, el Tribunal es tajante al decidir que «la Ley 13/1999 no puede, en absoluto, subsanar el defecto radical padecido por el Real Decreto-ley 14/1998, consistente en ser expresión de una voluntad que en ningún caso puede imputarse a las Cortes Generales, sino únicamente al Gobierno y, eventualmente, tras la oportuna convalidación, a una sola de las dos Cámaras que integran el conjunto de las Cortes Generales» (FJ 8).

15. En cuanto a la idoneidad de la ley para vehicular la autorización a que se refiere el artículo 94.1, el tema se plantea en otros términos, ya que la ley sí que es fruto de las Cortes Generales, es decir, del mismo sujeto del que, según tal artículo, debe emanar la autorización en cuestión.

Ahora bien, dado que en el artículo 94.1 las Cortes ejercen una competencia no legislativa para la que, además, la propia Constitución prevé un cauce específico *ex* artículo 74.2, cabe preguntarse con el TC «si la Constitución impone, en el caso de la autorización requerida para la asunción de compromisos internacionales, además de una reserva orgánica, una reserva de procedimiento, por tratarse de ejercicio de competencias constitucionales distintas». Debe tenerse en cuenta que ambos procedimientos no coinciden y que, en el diseñado por el artículo 74.2 de la Constitución, la posición del Senado es de mayor equilibrio con el Congreso. Diferencia de procedimientos a la que ya aludiría el ATC 114/1991, de 11 de abril¹⁷, cuando señalaba que «la aprobación de las Leyes... es una figura jurídica esencialmente distinta de la autorización parlamentaria de los Tratados internacionales, que es la regulada por el art. 94 de nuestra Ley de Leyes».

En la misma línea la STC 155/2005 razonará que el procedimiento diseñado en el artículo 74.2 CE tiene suficientes rasgos característicos como para entender que fue voluntad del constituyente que fuera ese, y no otro, el procedimiento seguido para la prestación del consentimiento internacional del Estado. Lo que le lleva a concluir que la autorización contenida en el artículo 2 de la Ley no se adecúa a la Constitución. «No se trata de un posible vicio en el procedimiento legislativo..., sino de la inadecuada elección del procedimiento mismo, directamente establecido en la Constitución» (FJ 9).

¹⁷ ATC 114/1991, de 11 de abril, FJ 3 *in fine*. Auto de la Sección Primera de Inadmisión del Recurso de amparo 2824/1990.

Precisamente el carácter específico del procedimiento de autorización hace que no sea aplicable a otras disposiciones, como las contenidas en los restantes artículos de la Ley 13/1999 y que están destinadas a facilitar la aplicación en el orden interno de los compromisos internacionales asumidos por España. Por tanto, en lo que concretamente les concierne, el recurso debe ser desestimado.

16. En cuanto a la autorización tramitada según el procedimiento constitucionalmente previsto y que fue otorgada el 12 de noviembre por el Congreso y el 9 de diciembre de 1998 por el Senado, nada dijo el TC, por la sencilla razón de que no había sido recurrida. Ahora bien, la simple consideración del relato fáctico pone de relieve dos datos relevantes.

El primero, que el Gobierno era consciente de que la vía del Real Decreto-ley era inapropiada, como pondría de relieve el que impulsara el procedimiento correcto antes de la promulgación del Real Decreto-ley 14/1998, y que lo continuara después de su promulgación.

El segundo que, pese a ello, la autorización así obtenida sería extemporánea, en la medida en que el Real Decreto-Ley habría producido sus efectos *ad extra*, por lo que de ningún modo la autorización de las Cortes Generales habría sido previa a la asunción del compromiso internacional por España.

De este modo, nos encontrábamos ante una situación paradójica. El Gobierno y las Cortes habían manifestado su voluntad de adherirse a la Cuarta enmienda al Convenio constitutivo del FMI, pero ninguna de las fórmulas utilizadas para manifestar esa voluntad, era constitucionalmente correcta. En tales circunstancias el TC va a matizar la declaración de inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley recurrida, eludiendo la declaración de nulidad del precepto, como se recoge en el Fallo por referencia al FJ 10 de la propia sentencia, a cuyo tenor

«...en el presente caso el compromiso de carácter económico asumido por el Estado ha de darse por perfectamente consumado, y no cabe revertirlo para evitar los perjuicios que en otro caso podrían acarrear al Fondo Monetario Internacional y a otros Estados. La inidoneidad del específico procedimiento seguido por las Cortes Generales, con ser, insistimos, tan grave como puede serlo toda infracción de la Constitución, encuentra sanción suficiente con la declaración de inconstitucionalidad del precepto que de ese procedimiento ha resultado, sin necesidad de añadir a ello un efecto anulatorio que, sobre no reparar en su integridad el mal causado, sumaría al ya producido el de la revisión de un compromiso internacional inatacable desde la perspectiva del Derecho de los tratados».

17. Por último quiero referirme a la doctrina del TC en relación con la justicia universal como expresión máxima de la extensión territorial de la jurisdicción penal. A falta de una definición comúnmente aceptada, asumo como propia la utilizada por el Institut de Droit International en 2005, a cuyo tenor, «[l]a jurisdicción universal en materia penal, como título adicional de competencia, comprende la competencia de un Estado de perseguir a un sospechoso y de castigarlo si es declarado culpable, con independencia del lugar de comisión de los crímenes y sin tener en cuenta ningún vínculo de nacionalidad activa o pasiva o a otros fundamentos de competencia reconocidos por el derecho internacional»¹⁸.

El principio general en materia de competencia penal internacional es el de la territorialidad, recogido en el ordenamiento interno español en el artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ)¹⁹. No obstante, la concurrencia de otros principios determina la posible extensión extraterritorial de las jurisdicciones nacionales. Entre estos principios destaca el de universalidad o de justicia universal, en los términos recogidos más arriba, que puede ejercerse en relación con crímenes que conculcan los valores fundamentales de la comunidad internacional. Se trata de crímenes internacionales que, como el genocidio, los crímenes contra la humanidad o las violaciones graves del Derecho humanitario bélico —y la enumeración podría hacerse mucho más extensa—, atentan contra la misma existencia de un orden internacional digno de ese nombre.

Respecto de estos crímenes internacionales todos los Estados tienen la responsabilidad de perseguir los que hayan ocurrido en su territorio o hayan sido cometidos por personas bajo su control. Al mismo tiempo, hay que reconocer el importante papel que, de manera progresiva, van teniendo los tribunales o cortes penales internacionales, dentro de los límites convencionales en que pueden desarrollar su actividad. Ahora bien, también es cierto que ambas vías de actuación pueden fallar. Y aquí es donde cobra toda su importancia la jurisdicción universal como medio para contribuir a la prevención y represión de los crímenes internacionales, evitando su impunidad. En este sentido acierta el TC cuando afirma que

«el principio de justicia universal trasciende a su consideración como mera regla de atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la comunidad internacional, debiendo ser considerado, en su dimensión funcional, como una fórmula garante de un espacio universal de jurisdicción con el objetivo de erradicar la inmunidad respecto

¹⁸ «Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes», adoptada el 26 de agosto de 2005. Institut de Droit International, Session de Cracovie, 2005. Traducción propia.

¹⁹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE núm. 157, de 2 de julio; corr. de errores, BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1985.

de la comisión de determinados crímenes particularmente odiosos para la humanidad por ser agresiones muy graves de los derechos humanos»²⁰.

18. En el ordenamiento interno español, la LOPJ de 1985 incorporó el principio de justicia universal a favor de la jurisdicción española en relación de los que se han denominado delitos internacionales, en su artículo 23.4. En su primera redacción podría decirse que su incorporación al Derecho español se hizo en términos absolutos, sin condicionamientos. Con posterioridad, el texto ha sido objeto de hasta seis reformas, con distinto alcance, pero que hasta la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, mantuvieron en términos generales la universalidad de la jurisdicción española para determinados delitos, sin condicionamientos. Esta situación quiebra con la citada Ley Orgánica, recurrida ante el TC²¹, sin que la última reforma, hasta la fecha, haya cambiado sustancialmente la situación²².

Hasta la reforma introducida por la Ley de 2014, los temas sometidos al conocimiento del TC en relación con la justicia universal lo habían sido por la vía del recurso de amparo, alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE). Especialmente significativas al respecto son las SSTC 237/2005, de 26 de septiembre y 227/2007, de 22 de octubre²³. En ambos casos se recurría en amparo frente a resoluciones judiciales que se fundaban en la doctrina sentada por la Sala de lo

²⁰ STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 3. BOE núm. 22, de 25 de enero de 2019. Sobre la Sentencia *vid.*, *inter alia*, FERRAN DEL VILLAR, D.E., «Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018, de 20 de diciembre, en la que se desestima el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2014, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal», *Judicium*, nº 7, 2019. MARULLO, M. C., «La jurisdicción universal española en la STC 140/2018 de 20 de diciembre», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2019, vol. 71, núm 2. MONTESINOS PADILLA, C., «La jurisdicción universal en regresión: comentario a la sentencia del TC 140/2018, de 20 de diciembre», *Legal Today*, 27 noviembre 2019. VÁZQUEZ RODRIGUEZ, B., «La jurisdicción universal en España a la luz de la STC 140/2018, de 20 de diciembre de 2018: la regresividad escapa al control de constitucionalidad», *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 37, 2019.

²¹ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014. Para la situación anterior a esta reforma, *vid.*, por todos, PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España*, Generalitat de Catalunya. Colección «Recerca x Drets humans, 3. Barcelona, diciembre 2009.

Sobre la Ley Orgánica 1/2014, *vid.*, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Universal jurisdiction in Spain: Substantial change of model or implied repeal?», *Spanish Yearbook of International Law*, nº 18, 2013-2014. SÁNCHEZ LEGISO, A., «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2014, Nº 27.

²² Se trata de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. BOE núm 174, de 22 de julio de 2015.

²³ STC 237/2005, de 26 de septiembre. BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2005 y STC 227/2007, de 22 de octubre. BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2007.

Penal del Tribunal Suprema²⁴, conforme a la cual la aplicación del principio de justicia universal de la jurisdicción española requiere la existencia de vínculos o elementos de conexión de los hechos denunciados con el ámbito de nuestra jurisdicción.

En ambos casos, el TC concedió el amparo, entendiendo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. El Tribunal parte de la consideración de que el texto del artículo 23.4, vigente en el momento de producirse los hechos, «otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal..., sin sometimiento a criterios correctivos de corrección o procedibilidad» (FFJJ 3 y 5 a), respectivamente).

Afirmación a partir de la cual el TC va a examinar y rechazar los elementos de conexión exigidos por las decisiones combatidas para la entrada en juego del artículo 23.4 LOPJ. Así en cuanto a la necesidad de que el presunto responsable se encuentre en territorio español se dirá, que siendo un requisito insoslayable para su enjuiciamiento y eventual condena, ello «no puede llevar a erigir esa circunstancia en requisito *sine qua non* para el ejercicio de la competencia judicial y la apertura del proceso, máxime cuando de así proceder se sometería el acceso a la jurisdicción universal a una restricción... que, por lo demás, resultaría contradictoria con el fundamento y los fines inherentes a la institución» (FFJJ 7 y 5 b), respectivamente).

Del mismo modo, el TC rechazó como elementos de conexión, el de la nacionalidad española de las víctimas y el de la vinculación con intereses españoles relevantes, afirmando que

«tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal... desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación *de facto* del art. 23.4 LOPJ» (FFJJ 8 y 5 c), respectivamente).

19. Desde la perspectiva del TC, la situación cambió radicalmente, como ya he avanzado, con la Ley Orgánica 1/2014 por la que se introducen criterios correctores en el artículo 23.4 LOPJ, que condicionan la aplicación de la jurisdic-

²⁴ STS 327/2003, de 25 de febrero de 2003.

ción universal. La Ley fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad que sería desestimado por la STC 140/2018, de 20 de diciembre²⁵. Tanto la Ley como el recurso y la sentencia son posteriores a mi mandato en el Tribunal. Si incluyo una breve reflexión sobre la última es porque entiendo que con ella se cierra el círculo de los pronunciamientos del TC en una materia a la que consagré una parte importante de mi tiempo como miembro del mismo.

Lo primero que hay que señalar es que la Sentencia de 2018 no supone directamente un *overruling* de la doctrina expuesta más arriba. En efecto, afirmar la vulneración de la tutela judicial efectiva por la interpretación *contra legem* de los criterios atributivos de la jurisdicción española, en nada prejuzga el juicio sobre la constitucionalidad de tales criterios. Como puntualiza la Sentencia, el Tribunal en ningún momento «instaura un principio de jurisdicción universal absoluto vinculado a la Constitución, sino que reconoce que la Ley Orgánica del Poder Judicial lo hace»; el TC se habría limitado, al tiempo de validar esta opción, a «rechaza[r] una interpretación jurisprudencial que obviaba su aplicación» (FJ 7).

Por tanto, es correcto decir, como hace la misma sentencia, que ha sido «la primera ocasión en que el Tribunal está llamado a formular un juicio sobre la existencia o inexistencia de un modelo constitucional de extensión extraterritorial de la jurisdicción penal española». En una primera aproximación, la sentencia 140/2018 constata que «la definición de la jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español no viene dada en la Constitución» (FJ 3).

Constatación inicial, a la que habría que añadir que «es una premisa básica asociada al principio democrático, que el legislador del pasado no puede vincular al legislador del futuro y, por tanto, que no existe un genérico derecho al mantenimiento de la Ley y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas nacidas a su amparo. Y aunque el principio de seguridad jurídica impone en cualquier estado de Derecho que la sucesión de las normas se atenga a ciertas condiciones, entre ellas no se encuentra la interdicción de la reforma peyorativa»²⁶

A partir de estas premisas, el análisis del ajuste de las disposiciones legales al derecho a la tutela judicial efectiva insistirá en el amplio ámbito de libertad con que cuenta el legislador «para definir las condiciones de acceso a la jurisdicción (que) también incluye la definición del contenido de la jurisdicción universal», siempre que respete las disposiciones convencionales asumidas por España y el derecho internacional consuetudinario. Respecto de este último plano, la sentencia concluye que el ordenamiento internacional «otorga a los Estados la facultad

²⁵ RI 3754-2014 presentado por más de cincuenta Diputados del Grupo Socialista en el Congreso.

²⁶ STC 56/2016, de 17 de marzo. BOE núm. 97, de 22 de abril de 2016.

de atribuir competencia universal a sus jueces y magistrados, pero no les impone la obligación de hacerlo» (FJ 4).

En cuanto a los eventuales límites derivados de las obligaciones convencionales asumidas, el TC concluye que «la Ley Orgánica 1/2014 no es, considerada en su conjunto, contraria al artículo 10.2 CE en relación con el artículo 24.1 CE por definir el principio de jurisdicción universal de forma restrictiva» (FJ 5).

A su vez, la denunciada contradicción entre las obligaciones convencionales asumidas por España y el texto de la Ley es resuelta por la Sentencia, en uno de sus fundamentos más polémicos, llevando a sus últimas consecuencias la doctrina del TC, según la cual los tratados no integran el canon de constitucionalidad. Así, afirmará que «cualquier análisis de compatibilidad entre los tratados y la Ley Orgánica 1/2014 se dirimirá en términos de legalidad ordinaria y selección del derecho aplicable *en un primer término*, y no en clave de contradicción con el artículo 96 CE de la norma interna eventualmente contraria a un tratado» (FJ 6, énfasis añadido). Entiendo (y espero) que el inciso destacado deja abierta la puerta a un juicio de constitucionalidad del derecho interno por el TC, a la luz de nuestras obligaciones internacionales.

Una referencia aún a la denunciada inconstitucional de la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, a cuyo tenor «las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella».

Consideraban los recurrentes que esta norma, además de otras consideraciones vinculadas con la irretroactividad *ex* artículo 9.3 CE, infringe el principio de exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción, recogido en el artículo 117.3 CE, al contemplar un sobreseimiento *ex lege* de las causas abiertas con arreglo a la norma precedente.

Ahora bien, es doctrina constitucional asentada, que permite obviar las resoluciones concretas que la abonan, que del principio de exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional no puede inferirse la existencia de una correlativa prohibición al legislador que condicione su libertad de configuración o que se traduzca en la cristalización del ordenamiento. Por tanto, concluye la sentencia. «la previsión de una disposición transitoria como la que se cuestiona... no limita ese principio de exclusividad». Por lo demás, añade, «no resulta en modo alguno impertinente recordar que a las normas procesales les es aplicable el principio *tempus regit actum*, como sostiene este Tribunal desde la STC 63/1982, de 20 de octubre» (FJ 9).

20. Una última reflexión sobre las razones subjetivas, sin duda discutibles, que me han llevado a seleccionar los temas con los que he querido sintetizar mi experiencia en el TC.

Una primera razón, común en los tres ejemplos, es puramente subjetiva. En los debates que precedieron a la adopción de las distintas resoluciones sentí como pocas veces la tensión entre mis conocimientos científicos y lo que de mí se esperaba como miembro del Tribunal. Esta es una lección que todo profesor universitario tiene que aprender cuando accede al TC: las resoluciones del TC no son el lugar idóneo para publicar sus opiniones científicas en el Boletín Oficial del Estado. Se trata, por el contrario, de poner al servicio del Tribunal los conocimientos que pueda aportar, abriéndose simultáneamente a modular las propias convicciones en la búsqueda de los consensos necesarios. El resultado puede que no sea el que defendería en un artículo científico, pero será satisfactorio si contribuye a una fiel interpretación de la Constitución, adaptada también al orden internacional.

Las otras razones tienen que ver con la enorme importancia que los temas abordados tienen, en mi opinión, en la estructura constitucional. De una parte, la imbricación del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea es un tema central para entender nuestro ordenamiento jurídico del presente y del futuro. De otra, el escrupuloso respeto de las previsiones constitucionales en la asunción de compromisos internacionales es la garantía del control parlamentario sobre el poder ejecutivo; un control que resulta especialmente necesario en un mundo globalizado y fluido, en que las relaciones internacionales pueden conducir a extrañas alianzas. Por último, la evolución de la doctrina constitucional en cuanto a la justicia universal muestra que distintas sensibilidades pueden coexistir en la defensa de la Constitución, marco para la coexistencia de opiniones a veces contrapuestas.

Evidentemente, aceptarlo no siempre resulta fácil. De ahí las frecuentes descalificaciones del TC, las acusaciones de su «politización», cuando no directamente de su sumisión al poder. Pues bien, por encima de todo ello, hay que insistir en el papel relevante que tiene el Tribunal en la defensa de la Constitución como marco normativo de nuestro Estado social y democrático de Derecho.

Como internacionalista puedo dar fe de los esfuerzos del Tribunal por realizar interpretaciones de la Constitución acordes con los compromisos de España en el concierto de las Naciones. Del mismo modo, su entendimiento integral del texto constitucional se inspira en los principios y valores de un texto contrastado durante décadas. Creo, así, que al margen de lógicas disidencias sobre algunas decisiones concretas, la actuación del Tribunal Constitucional durante décadas acreditan la importancia de su papel en nuestra historia democrática.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO «TRIBUNAL DE CONFLICTOS». UN BALANCE PROVISIONAL

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ¹

Universidad de Granada

A Gregorio, con el afecto de tantos años...

I. Introducción

El Tribunal Constitucional español, al igual que sus homólogos alemán e italiano, viene desarrollando, desde su creación, una inestimable función como «tribunal de conflictos», especialmente de aquellos ligados a la *división territorial del poder*. No en vano, desde un principio, existió siempre una clara vinculación entre el Tribunal Constitucional y el llamado «Estado autonómico»², que tiene su precedente histórico en el Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República³. De ese modo, a través de esa vía, y junto con el recurso de inconstitucionalidad, se ha ido conformando jurisprudencialmente un modelo de organización territorial del Estado que había quedado abierto e indeterminado, de forma deliberada, en la Constitución.

En este sentido, el art. 161.1 c) de la Constitución reconoce, inicialmente, la competencia del Tribunal Constitucional para conocer: «*De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí*». A su

¹ Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático *Jean Monnet* de Derecho Constitucional Europeo.

² Rubio Llorente, F., «La jurisdicción constitucional en España», en Rubio Llorente F. y Jiménez Campo, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, págs. 1-29; en especial, págs. 18-25. Gómez Montoro, A.J., «Los procesos de resolución de conflictos constitucionales», en VVAA, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid, McGraw-Hill, 2000, págs.77 y ss.

³ Cfr., el art. 121 de la Constitución de 1931.

vez, en estrecha conexión de sentido, el art. 161.2 CE determina, en su primera frase, que «El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas». A todo ello cabe añadir, como dispone la letra d) del citado art. 161.1, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda, también, conocer, en «numerus apertus», «De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas», atribución ésta que permite ampliar significativamente sus competencias.

Fundándose en esas habilitaciones, el Título IV de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional procede a regular tales «*conflictos constitucionales*», a los que, primero, enumera en los dos párrafos de su art. 59. Se refiere así:

- 1) A los *conflictos de competencia* que opongan al Estado con una o más Comunidades Autónomas; o a dos o más Comunidades Autónomas entre sí.
- 2) A los *conflictos de atribuciones* que enfrenten al Gobierno con el Congreso de los Diputados, el Senado o el Consejo General del Poder Judicial; o a cualquiera de estos órganos constitucionales entre sí.
- 3) A los *conflictos en defensa de la autonomía local*, planteados por municipios y provincias frente al Estado o a una Comunidad Autónoma.
- 4) Finalmente, a tales procesos conviene agregar, conforme a lo previsto en el art. 161.2 CE y al Título V LOTC (arts. 76 y 77), los *conflictos* que se suscitan *por la impugnación*, por parte del Gobierno, de las disposiciones y resoluciones sin fuerza de ley de las Comunidades Autónomas, *por motivos materiales*, que no competenciales.

II. Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o de éstas entre sí

Cabe distinguir, de acuerdo con la Ley, la existencia de *conflictos positivos y negativos de competencia*.

1. EL CONFLICTO POSITIVO

Hasta el presente, los conflictos positivos de competencia⁴ han tenido una importancia muy notable, si bien la misma se advierte decreciente en el tiempo.

⁴ Con carácter general, entre otros, vid., Terol Becerra, M., *Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1988. García Roca, J., *Los conflic-*

Su frecuencia, especialmente acusada en los años ochenta del pasado siglo, trae causa, como se ha indicado, en primer lugar, de la *apertura e indeterminación del sistema de reparto competencial* existente, motivada por una imperfecta delimitación del espacio competencial autonómico. Ese hecho genera conflictos que, habitualmente, traen causa de la avidez del Estado por incidir en aquél, so pretexto de salvaguardar el interés general. En segundo lugar, y en no menor medida, contribuye a esa proliferación de conflictos la *insuficiencia de medios o instrumentos propios del llamado federalismo cooperativo*, orientados a reconducir las diferencias, propiciando acuerdos que eviten la formalización de contenciosos. Ambos factores concurrentes han ocasionado, en determinados períodos temporales, la extrema judicialización del modelo vigente de organización territorial del Estado.

En ese sentido hay que constatar el hecho de que las *Comunidades Autónomas* han sido, habitualmente, las *impulsoras preferentes de tales conflictos*, en tanto que instancias de poder político más frecuentemente consideradas perjudicadas por el desequilibrado sistema de distribución competencial resultante. La constante intervención del Estado en, prácticamente, cuantos ámbitos materiales existen, ya se encontrara, o no, el mismo, expresamente habilitado para hacerlo, ha ocasionado el frecuente menoscabo y devaluación de las competencias autonómicas. Así, la habitual apelación por parte de aquél a las muy genéricas competencias de carácter transversal que se contienen en el art. 149.1, apartados 1º y 13º, combinada con su facultad para determinar, en relación con las materias de regulación compartida, tanto el alcance de su legislación, como el de las normas de carácter básico que le corresponde dictar, ha supuesto, al cabo, la restricción, en ocasiones, muy apreciable, del poder de disposición o margen de autodeterminación normativa atribuido a las Comunidades Autónomas. A ello se une la constatación de que el Estado ha venido reservándose, tradicionalmente, un papel preponderante, cuando no excluyente, en el proceso europeo de toma de decisiones, en relación con ámbitos competenciales asumidos por las Comunidades Autónomas. De ese modo, ha alterado la distribución interna del poder público y la naturaleza y el alcance de las competencias autonómicas⁵.

No obstante, el descenso apreciable de esta modalidad de procesos es, también, hoy, una realidad incontrovertible⁶. Se debe, más que a factores políticos coyunturales, relacionados con el cambio y eventual convergencia de las mayorías gobernantes en los distintos espacios territoriales, al *progresivo desarrollo, aún incompleto, de los mecanismos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autó-*

tos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas. (Una aproximación desde la jurisprudencia constitucional), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁵ Porras Ramírez, J. M^a, *Las reformas estatutarias y el nuevo sistema autonómico de fuentes del Derecho*, Madrid, Civitas, 2007, págs. 53 y ss.

⁶ Consúltense, a este respecto, las sucesivas memorias anuales del Tribunal Constitucional.

*nomas*⁷, hecho éste que ha propiciado, ya la evitación, ya la resolución extrajudicial de los conflictos; y, también, en no menor medida, a la constatación de que *la práctica totalidad de los, aproximadamente, doscientos setenta y cinco títulos competenciales hayan sido ya objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional*, lo que ha permitido establecer una densa y prolija jurisprudencia, incorporada, cuando menos, a la letra de los Estatutos de Autonomía de segunda generación que han sido reformados durante el período 2004-2011. De ese modo, las nuevas normas institucionales básicas de las Comunidades Autónomas han podido precisar mejor el contenido y alcance de las competencias a aquéllas atribuidas, haciendo cumplida referencia a las sub-materias sobre las que se proyectan las mismas, lo que, a la postre, posibilita una mayor capacidad de desarrollo normativo propio. En suma, todos estos elementos concatenados han venido a restar protagonismo a la vía de acceso a la jurisdicción constitucional que se comenta, la cual conoció durante el período 1981-1990 su época de máxima incidencia.

Sea como fuere, su utilización, aun significativa, al persistir los problemas estructurales o de fondo que se han señalado, en tanto en cuanto no se acometa la necesaria reforma constitucional durante demasiado tiempo reclamada, *ha permitido al Tribunal Constitucional determinar muy bien los perfiles o rasgos definitivos de este proceso*, en el que perdura, a pesar del tiempo transcurrido, el desequilibrio o la asimetría, no razonable, ni justificable, entre el Estado y las Comunidades Autónomas

Así, conforme a los arts. 62 y 63 LOTC, el *conflicto positivo* puede plantearse cuando el Gobierno de la Nación o el Gobierno de una Comunidad Autónoma consideren que una disposición, resolución o acto, emanado de alguno de los órganos, bien del Estado, bien de una Comunidad Autónoma, no respeta el orden de distribución competencial establecido en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía o en las leyes orgánicas correspondientes, integradas en el bloque de la constitucionalidad.

Tales conflictos positivos enfrentan al Estado con las Comunidades Autónomas; siendo raros los conflictos que han opuesto a las Comunidades Autónomas entre sí, a pesar de que no han faltado ni faltarán razones para promoverlos.

En cualquier caso, todo conflicto positivo de competencia persigue un *doble fin* (STC 11/1984, F.J. 2º). El primero, de carácter inmediato, no es otro que instar *la declaración de nulidad del acto, resolución o disposición impugnada*. Y, el segundo, de carácter mediato, pretende lograr *la declaración de titularidad de la competencia disputada* que habilitó el dictado de la resolución, disposición o acto objetado. Se aspira así, por tanto, no sólo a restituir y salvaguardar el interés subjetivo del Estado o de la Comunidad Autónoma demandante; sino, también, a

⁷ La ausencia de un Senado territorial verdaderamente digno de ese nombre es aún muy representativa de esas carencias.

clarificar y consolidar el orden objetivo de reparto de competencias y la consiguiente distribución territorial del poder. Ambos fines, a pesar de su diferente alcance, no pueden separarse, al formar una «*síntesis inescindible*», a juicio del propio Tribunal Constitucional (STC 166/1987, F.J. 2º).

Por tanto, en atención al «*objeto inmediato*» del conflicto, cabe la impugnación de una «*disposición, resolución o acto*» que no respeten «*el orden constitucional de competencias*» (arts. 62 y 63 LOTC), lo que hace atacable prácticamente cualquier actuación administrativa, estatal o autonómica. La jurisprudencia, con elogiada flexibilidad, ha admitido así demandas promovidas contra «*actos resolutorios*», meros «*actos de trámite*», «*circulares e instrucciones*», «*comunicados de colaboración*», «*escritos*» u «*oficios*» (STC 220/1992), ya que, para el Tribunal Constitucional, *lo importante no es la forma que reviste el acto, sino, sobre todo, la real existencia de una disputa competencial que traiga causa de una manifestación de una autoridad de una Comunidad Autónoma o del Estado* (STC 143/1985). En este mismo sentido, también se ha considerado que cabe impugnar «*actuaciones materiales*» (STC 101/1995), que evidencien un ejercicio inequívoco o significativo de una competencia. Pero no cabe apreciar como objeto del conflicto a las «*omisiones*», ni, lógicamente, a las normas con fuerza de ley, al ser éstas últimas objeto potencial de impugnación por otras vías⁸.

No obstante, el «*objeto mediato*» del conflicto hace referencia a *la distribución de competencias*, que trasciende al acto o disposición impugnado, el cual actúa como ineludible presupuesto del conflicto. De ese modo, se quiere resaltar la llamada dimensión abstracta que posee el mismo. Así, pese a que en una temprana jurisprudencia constitucional se insistía en que, *sin reivindicación competencial no hay conflicto*, al ser éste un cauce reparador de transgresiones competenciales, lo cierto es que la *tesis de la «vindicatio potestatis»* (STC 32/1981) se revela insuficiente para explicar las complejidades que pueden suscitarse. «*No respetar el orden constitucional de competencias no equivale, meramente, a reivindicar la usurpación de una competencia propia*» (STC 11/1984), si no, también, a la constatación de un ejercicio desmedido o exorbitante de la competencia, por parte de quien es legítimo titular de la misma, redundando en un menoscabo de la que tiene atribuida la otra parte. Cabe así efectuar un entendimiento más amplio de lo que supone incurrir en un «*vicio de incompetencia territorial*», en el que «*lo esencial es la diferencia de opinión sobre las respectivas competencias y la subsiguiente titularidad de una esfera material de actuación*» (STC 1/1986)⁹.

⁸ García Roca, J., «Artículo 61», en Requejo Pagés, J.L., (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., págs. 980-984.

⁹ López Guerra, L., «Algunas propuestas sobre los conflictos positivos de competencia», en VVAA, *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995, págs. 201 y ss.

Por otra parte, de la indicada naturaleza jurídica del conflicto se ha de deducir el criterio para conocer cuándo ha de intervenir en la resolución de los conflictos competenciales la jurisdicción constitucional y cuándo la jurisdicción contencioso-administrativa, evitando indeseables solapamientos. Así, aun no siendo pacífica la cuestión, suele entenderse, con carácter general, conforme a lo indicado en la STC 88/1989, que se habrá de acudir al Tribunal Constitucional cuando se hayan de interpretar las normas que se integran en el bloque de la constitucionalidad, en aras de determinar la titularidad y extensión de una competencia controvertida. Por tanto, «a sensu contrario», se considera que, si existe acuerdo en este punto, no presentando la cuestión una dimensión o relevancia constitucional, le podrá corresponder a la justicia ordinaria el control de toda disposición, resolución o acto concreto, emanado en ejercicio de una competencia pacíficamente atribuida y definida¹⁰.

En lo que a la *tramitación del conflicto* se refiere ha de señalarse que el mismo conoce dos fases diferenciadas: una primera, que se abre con el *requerimiento de incompetencia*; y otra segunda que da lugar a la propia *formalización o planteamiento del conflicto ante el Tribunal Constitucional*. En dicha tramitación, como se observará, *el Gobierno de la Nación recibe un trato de privilegio*, que no encuentra hoy, ya, justificación.

Así, el *requerimiento previo de incompetencia* tiene un *carácter potestativo para el Estado* que, por tanto, puede omitirlo, (ex art 62 LOTC); siendo, por el contrario, *obligatorio para las Comunidades Autónomas*, para las que actúa, por tanto, como presupuesto del conflicto (art. 63.1 LOTC), evidenciando la existencia de una asimetría no razonable, ni justificada, derivada, conviene subrayarlo, de la ley, que no de la Constitución, que nada dice a este respecto. No obstante, dada su conveniencia y utilidad, ha de señalarse que el Estado normalmente hace uso del mismo, aun no estando obligado a ello. No en vano, el requerimiento busca la *avenencia o conciliación de las partes, la resolución extra-contenciosa y amistosa de la controversia, evitando, en fin, el planteamiento del litigio ante el Tribunal Constitucional* (STC 104/1989).

Mediante dicho requerimiento *se insta a la otra parte a la derogación de la norma o acto que es objeto de la controversia, al considerarlo viciado de incompetencia*. A tales efectos, se cuenta con un plazo de dos meses siguientes al día de la publicación o comunicación de la disposición, resolución o acto en cuestión. Tal requere-

¹⁰ Entre otros, vid., Arce Janáriz, A., «Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la jurisprudencia de conflictos de competencia», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº. 70, 1991, págs. 225 y ss. También, Gómez Montoro, A.J., «Dimensión constitucional de los conflictos de competencia y jurisdicción constitucional», en VVAA, *Jurisdicción ordinaria y distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, Granada, Comares, 1998, págs. 17 y ss.

rimiento se dirigirá directamente al correspondiente Gobierno (art. 63.2 LOTC). En el escrito se especificarán con claridad los preceptos de la disposición, resolución o acto que se consideran viciados de incompetencia, así como las disposiciones legales o constitucionales de las que traen causa (art. 63.3 LOTC). El órgano requerido tiene el plazo de un mes desde su recepción para atender el requerimiento, estimándolo o rechazándolo (art. 63.4 LOTC).

La *formalización del conflicto* se expresa mediante *demanda* o «escrito fundado en el que se fijará con precisión y claridad lo que se pida» (art. 85 LOTC), que, aunque no se exprese en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cabe inadmitir, mediante auto, si adolece de defectos formales insubsanables (ausencia de requerimiento, si lo plantea una Comunidad Autónoma o extemporaneidad del mismo). También se contempla la declaración, mediante auto, de la caducidad del procedimiento si los defectos advertidos por el Tribunal que han sido notificados al recurrente (certificación del cumplimiento infructuoso del trámite de requerimiento exigido al ejecutivo autonómico correspondiente) no han sido subsanados en el plazo de diez días (art. 86 LOTC).

Dentro del mes siguiente a la notificación del rechazo (o agotado el plazo indicado), el órgano ejecutivo requirente, de no haber obtenido satisfacción suficiente a su solicitud, podrá plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional, certificando este hecho (art. 63.5 LOTC). En cualquier caso, como se ha indicado, el Gobierno de la Nación, para quien el requerimiento es potestativo, puede formalizar la demanda directamente ante el Tribunal Constitucional en el plazo de dos meses.

En el «petitum» de la *demanda* se expresarán los mismos preceptos o puntos concretos de la resolución o acto viciado de incompetencia especificados en el requerimiento (art. 63.3 LOTC), lo que equivale a decir que el contenido del requerimiento condicionará el de la demanda, y, por tanto, el alcance mismo del conflicto. Aun así, aunque se estima, de forma insubsanable, que «los motivos de incompetencia alegados en el escrito de planteamiento deben coincidir, en sustancia, con los formulados en el requerimiento»; «menos importancia podría darse a la divergencia respecto a los preceptos constitucionales y estatutarios invocados» (STC 116/1984). Por otra parte, también se recogerán en la demanda los antecedentes de hecho y la pretensión que se desea alcanzar.

La primera consecuencia que se deriva del planteamiento del conflicto no es otra que la *suspensión de la resolución, disposición o acto impugnado*, si el demandante es el Gobierno de la Nación y así lo solicita¹¹. Dicha suspensión se extenderá por un plazo de cinco meses, tras los cuales el Tribunal Constitucional deberá ra-

¹¹ Tolívar Alas, L., *El control del Estado sobre las Comunidades Autónomas*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1981, págs.160 y ss.

tificarla o levantarla. La misma, que se fundamenta en la pretensión genérica de evitar «perjuicios de imposible o difícil reparación», tiene *carácter automático al invocarla el Gobierno de la Nación*, ex art. 161.2 CE¹² (art. 64.2 y 65.2 LOTC), lo que refleja su posición privilegiada. Sin embargo, la declaración de suspensión es potestativa del Tribunal Constitucional, en tanto que auténtica medida cautelar, cuando quien la solicita es el Gobierno de una Comunidad Autónoma (art. 64.3 LOTC), circunstancia ésta que sitúa a las partes en una posición de claro desequilibrio.

Se viene así a expresar y perpetuar la notable desconfianza inicial que suscitaban al constituyente, ex art. 161.2, las normas, disposiciones y actos de origen autonómico¹³. Ese recelo hacia eventuales comportamientos desleales de los órganos territoriales, guarda relación con otras medidas que la Constitución reserva al Estado en ese mismo sentido. Por tanto, la que se comenta se inscribe en el marco de un conjunto de expedientes, dispuestos en la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que, si bien pudieron encontrar justificación en los inciertos comienzos del proceso autonómico, hoy, una vez consolidado éste, carecen de la misma, salvo en supuestos excepcionales. De ahí que su mantenimiento merezca un juicio desfavorable, dado el desequilibrio que introduce entre las partes en el curso del procedimiento constitucional y, más allá de eso, el debilitamiento que se genera de la posición de las Comunidades Autónomas en el marco de la forma compuesta de Estado constitucionalmente prevista¹⁴.

No es, pues, ésta, inicialmente, una medida cautelar orientada al aseguramiento del objeto litigioso, que pretenda evitar la producción de daños o perjuicios irreparables o de difícil enmienda, lo que requeriría un previo examen jurisdiccional, sino un auténtico mecanismo de control político en manos del Gobierno¹⁵. No obstante, en todo caso, poder instar, inicialmente, la suspensión, que afecta a todo tipo de decisiones emanadas de cualquier órgano autonómico (afectando al recurso de inconstitucionalidad, en relación a las normas con valor de ley; y al conflicto

¹² Fernández Farreres, G., «La impugnación prevista en el artículo 161.2 de la Constitución y el problema de su sustantividad procesal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 13, 1985, págs. 125 y ss.

¹³ Navarro Munuera, A.E., «La suspensión de las disposiciones y resoluciones autonómicas impugnadas por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional, prevista en el artículo 161.2 de la Constitución», en *Revista de Administración Pública*, nº. 114, 1987, págs. 201 y ss.

¹⁴ Porras Ramírez, J.M^a, *Las reformas estatutarias y el nuevo sistema autonómico de fuentes del Derecho*, op. cit. págs. 81-82.

¹⁵ Son así aplicables, por extensión, los comentarios que acerca de este privilegio procesal se señalan en el marco del recurso de inconstitucionalidad. Cfr., Jiménez Campo, J., «Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español», en VVAA, *La jurisdicción constitucional en España: 1979-1994*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, págs.71 y ss; en especial, pág. 86.

positivo de competencia y al peculiar procedimiento previsto en el Título V LOTC, en relación a las disposiciones, resoluciones y actos autonómicos)¹⁶, sin que se precise *motivación o justificación* al respecto, queda delimitado por los objetos y razones de la impugnación que se hacen presentes en cada proceso¹⁷.

De todos modos, posteriormente, la *fundamentación de la iniciativa de suspensión* sí se advierte necesaria cuando se sustancia el incidente acerca del levantamiento o ratificación de la suspensión de la norma autonómica objeto de control, ya que, si no estuviera motivada aquélla, los servicios jurídicos de la Comunidad Autónoma afectada sufrirían indefensión, al no conocer las razones que llevaron al Gobierno a instar la suspensión y así tener ocasión de rebatirlas. En todo caso, es de justicia subrayar que, desde la década de los años noventa del pasado siglo, suelen predominar las decisiones del propio Tribunal Constitucional que se inclinan por el levantamiento de la suspensión de la norma o resolución impugnada, aun antes de que se agote el plazo establecido, a instancias de la Comunidad Autónoma que es parte en el proceso (ATC 154/1994). Al pronunciarse así el Tribunal Constitucional acerca de su prórroga o alzamiento, transforma este privilegiado instrumento de control político en una auténtica medida cautelar en el marco del proceso. Aun así, conviene instaurar un modelo de relación, similar al alemán, en el que el Tribunal Constitucional asume la resolución de los conflictos de competencia y de los recursos de inconstitucionalidad, sin introducir desequilibrios entre las partes procesales, que redunde, al cabo, en el favorecimiento o la postergación de la una respecto de la otra. El fin no es otro que conseguir su plena equiparación, dada su igual condición de elementos integrantes de la forma territorial de Estado¹⁸.

En todo caso, en el término de diez días, el Tribunal Constitucional comunicará al Gobierno u órgano autonómico correspondiente la *iniciación del conflicto*, señalándose un plazo, no mayor de veinte días, para que aporte los documentos y alegaciones que considere convenientes (art. 64.1 LOTC). Asimismo, el Tribunal Constitucional podrá solicitar de las partes *informaciones, aclaraciones o precisiones* para su decisión, resolviendo dentro de los quince días siguientes al término del plazo de alegaciones o del que se fijare, en su caso, para las informaciones complementarias indicadas (art. 65.1 LOTC).

¹⁶ Fernández Rodríguez, T.R., «Reflexiones en torno al artículo 161.2 de la Constitución», en *Revista de Derecho Político*, nº 3, 1979, págs. 8 y ss.

¹⁷ García Roca, J., «Artículo 64», en Requejo Pagés, J.L., (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, 2001, pág. 1042.

¹⁸ Pascual Medrano, A., *La suspensión de actos y normas de las Comunidades Autónomas en la jurisdicción constitucional: el artículo 161.2 de la Constitución española*, Pamplona, Aranzadi, 2001, págs. 32 y ss. También, Porras Ramírez, J.M^a, *Las reformas estatutarias y el nuevo sistema autonómico de fuentes del Derecho*, op. cit., págs. 81-82.

La *sentencia* pondrá fin al proceso, a menos que éste termine, como en ocasiones se advierte, por *desistimiento del promotor*; *allanamiento del demandado*; *satisfacción extraprocésal de la pretensión*; o *desaparición del objeto*.

La sentencia, según el art. 66 LOTC, en primer lugar, *declarará la titularidad de la competencia controvertida*. En segundo lugar, *acordará, en su caso*, esto es, eventualmente, *la anulación de la disposición, resolución o acto que originaron el conflicto*, no sólo «en cuanto estuvieren viciados de incompetencia»; sino, también, cuando, aun teniendo la competencia el órgano autor de la disposición, resolución o acto impugnado, se demuestre que hizo un uso desmedido o exorbitante de aquella, con menoscabo de la de la otra parte. Y, en tercer lugar, *se dispondrá lo que fuere procedente respecto de las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la misma*, a fin de, si es necesario, corregir o restablecer el daño causado por la disposición anulada.

Aun así, *sólo el primer pronunciamiento indicado, esto es, el que afecta a la declaración de titularidad y extensión de la competencia controvertida, es indefectible*. El mismo trasciende al caso, disposición o acto concreto recurrido, ya que *pacifica el conflicto y genera una interpretación jurídica perdurable del precepto constitucional o estatutario que actúa como base o fundamento de aquél, resolviendo las diferencias de criterio existentes*. Así, el alcance del fallo se proyecta «pro futuro». A este respecto, no hay que olvidar que el valor declarativo que fundamentalmente alcanza la sentencia que resuelve un conflicto de competencia obedece, además, al hecho de que, en ocasiones, resulta imposible subsanar situaciones jurídicas causadas por disposiciones o actos que han agotado ya sus efectos en el tiempo¹⁹.

Finalmente, hay que hacer referencia a la circunstancia particular contemplada en el art. 67 LOTC, conforme a la cual *«si la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una ley o norma con rango de ley, el conflicto de competencias se tramitará desde su inicio o, en su caso, desde que en defensa de la competencia ejercida se invocare la existencia de la norma legal habilitante, en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad»*.

Así pues, el art. 67 LOTC contiene un *cauce* o «*vía incidental de control de constitucionalidad*» para expulsar las posibles leyes viciadas de incompetencia a través del control de sus normas de desarrollo o de sus actos de aplicación²⁰. El mismo permite enlazar secuencialmente dos procesos constitucionales, tramitando incidentalmente como recurso lo que surgió como conflicto. De ese modo, el art. 67 LOTC acaba por ser un cauce de control concreto e indirecto de leyes inconstitucionales, que es previo al enjuiciamiento de la disposición que dio lugar inmediato al conflicto.

¹⁹ Rubio Llorente, F., «La jurisdicción constitucional en España», *op. cit.*, pág. 20.

²⁰ Terol Becerra, M., *El conflicto positivo de competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, págs. 182 y ss.

No obstante, ha de quedar claro que no estamos ante un recurso de inconstitucionalidad encubierto o solapado, sino ante un conflicto positivo de competencia que, en lo que se refiere a la determinación de la constitucionalidad de la ley impugnada, se tramita como un recurso de inconstitucionalidad. De ahí que no quepa plantear pretensiones autónomas o independientes del objeto del conflicto. Es, pues, una vía indirecta de impugnación de leyes: un conflicto competencial con especificidades procedimentales propias del recurso de inconstitucionalidad, sin que exista transformación del conflicto en recurso, como, a veces, se ha opinado²¹. Así, por medio de este incidente el Tribunal Constitucional resuelve las dudas sobre la constitucionalidad de la ley en el seno del conflicto en el que se plantean, sin la necesidad de abrir un nuevo procedimiento. El art. 67 LOTC contempla, por tanto, un incidente previo a la decisión sobre el fondo, que ha de resolverse en el mismo conflicto. De ahí que el fallo deba tener el contenido que señala el art. 66 LOTC.

2. EL CONFLICTO NEGATIVO

Esta modalidad, ciertamente muy infrecuente, de conflicto²² se produce cuando un órgano de la Administración del Estado o de una Comunidad Autónoma declina su competencia para resolver cualquier pretensión deducida ante el mismo, al considerar competente, en el caso del Estado, a una Comunidad Autónoma; y, en el caso de ésta, a otra o al Estado (art. 68.1 LOTC).

En tales supuestos, se faculta, en primer lugar, a las personas físicas o jurídicas solicitantes, una vez agotada la vía administrativa, a que reproduzcan su pretensión ante el órgano ejecutivo de la Comunidad Autónoma, o del Estado, declarado competente.

Tras ello, la Administración solicitada deberá admitir o declinar su competencia en el plazo de un mes. Si se inhibe, se lo notificará al requirente, indicando los preceptos en que se funda su resolución (art. 68.2 LOTC).

Seguidamente, el interesado, al ver rechazada su pretensión, podrá acudir al Tribunal Constitucional, presentando una demanda dentro del mes siguiente a la notificación de la declinatoria o si transcurriese el plazo que se le dio a la Administración para resolver expresamente (art. 68.3 LOTC). El escrito de la demanda se acompañará de los documentos acreditativos de haber agotado la vía administrativa (art. 69.1 LOTC).

²¹ García Roca, J., «Artículo 67», en Requejo Pagés, J.L., (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., págs. 1086 y ss.

²² Fernández Farreres, G., «Artículos 68-72», en Requejo Pagés, J.L., (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., págs. 1099-1127.

En el plazo de diez días siguientes al de la presentación del escrito, *el Tribunal Constitucional admitirá a trámite, mediante auto, el conflicto si entiende que la negativa de las Administraciones implicadas se funda en una diferencia de interpretación de preceptos constitucionales o de los Estatutos de Autonomía o de las leyes orgánicas u ordinarias que delimitan los ámbitos respectivos de competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas*. Sólo entonces, confirmada su jurisdicción, se declarará planteado el conflicto, cosa que no ha sucedido nunca hasta el presente, al no haber apreciado el Tribunal, en ocasión alguna, la concurrencia del requisito aludido, que exige constatar la relevancia o trascendencia constitucional del caso (STC 156/1990).

Una vez trasladado el auto de admisión a las partes implicadas, el Tribunal Constitucional fija el plazo de un mes para que formulen alegaciones (art. 69.2 LOTC). Agotado ese plazo, o el que el Tribunal Constitucional posteriormente conceda para formular aclaraciones, se dictará sentencia que declarará cuál es la Administración competente (art. 70.1 LOTC). Ello conllevará, a partir de la publicación de la sentencia, la reapertura de los plazos administrativos agotados para reclamar la resolución de la pretensión (art. 70.2 LOTC).

En segundo lugar, también se contempla la posibilidad, ciertamente excepcional (de ahí que hasta ahora no se conozca ningún caso), de que *el Gobierno de la Nación pueda plantear conflicto de competencia negativo cuando, habiendo requerido al órgano ejecutivo superior de una Comunidad Autónoma para que ejercite las atribuciones propias de la competencia que el bloque de la constitucionalidad le asigna, aquél desatienda su requerimiento por declararse incompetente el órgano requerido, expresa o tácitamente (por simple o mera inactividad), en el plazo fijado por el Gobierno, que nunca será inferior a un mes* (art. 71 LOTC). En tales supuestos, el Gobierno, más que en defensa de sus competencias propias, interviene en defensa del interés general ante la desatención de la obligación de actuar que asiste a una Comunidad Autónoma. Se trata, como cabe apreciar, de un procedimiento residual de control, previo al que pueda más gravemente suscitarse sobre los órganos autonómicos ex art. 155 CE.²³

Conforme a la actual normativa, una vez rechazado el requerimiento, dentro del mes siguiente a conocerse dicho rechazo, el Gobierno podrá *plantear el conflicto negativo de competencia ante el Tribunal Constitucional*, mediante escrito. En el mismo *se indicarán los preceptos constitucionales, estatutarios o legales que, a su juicio, obligan a la Comunidad Autónoma a ejercer sus atribuciones* (art. 72.1 LOTC). Seguidamente, el Tribunal Constitucional dará traslado del mismo a la parte demandada, que contará con un plazo de un mes para presentar *alegaciones* (art. 72.2

²³ Fernández Farreres, G., «Artículo 71», en Requejo Pagés, J.L., (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit. págs. 1120-1124.

LOTIC). Dentro del mes siguiente a la conclusión del plazo indicado, o del que hubiese fijado el Tribunal Constitucional para formular *aclaraciones*, se dictará *sentencia*, que contendrá algunos de los siguientes pronunciamientos: a) la *declaración de que el requerimiento es procedente, lo que conllevará el establecimiento de un plazo dentro del cual la Comunidad Autónoma deberá ejercer la competencia requerida*; b) la *declaración de que el requerimiento es improcedente*.

Dicho esto, en lo que no ha reparado el legislador es en colmar la injustificable laguna que supone la *inexistencia de regulación acerca de los conflictos negativos que pudieran plantearse a instancias de las Comunidades Autónomas, fundados en la inactividad del Estado*. No contemplar esta modalidad subraya, una vez más, la desigualdad de armas que, en los procesos constitucionales, el legislador proporciona al Estado y a las Comunidades Autónomas, lo que carece de justificación alguna. Ello redundaría en una merma de garantías, que genera situaciones de indefensión. Así se ha observado cuando se han rechazado «a limine» conflictos promovidos por Comunidades Autónomas contra la omisión indebida de la aprobación por el Gobierno de varios decretos de trasposos, alegando el Tribunal Constitucional que tales controversias no tenían encaje en la regulación procesal vigente²⁴.

III. Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado

A su vez, en ejercicio de la potestad que confiere al legislador el art. 161 d) CE, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha creado un proceso no previsto, en un principio, en la Constitución, cuya regulación se expresa en los arts. 73 y 74 LOTC. Tales preceptos contienen una *regulación insuficiente e imprecisa* de aquél, la cual ha debido ser, por tanto, completada por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que, durante muchos años, se redujo a la *STC 45/1986*, que puso fin a los tres primeros conflictos resueltos, de forma acumulada, por aquél²⁵. Los tres fueron planteados por el Consejo General del Poder Judicial contra los actos de aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y, de manera particular, contra dos de sus arts., el 112, que atribuía a las Cortes Generales la designación de todos los miembros del Consejo General del Poder Judicial; y la Disposición Adicional 1ª.2, que habilita al Gobierno para que dicte reglamentos en desarrollo de la ley. En cualquier caso, en dicha Sentencia se insiste en el

²⁴ García Roca, J., «Artículo 59», en Requejo Pagés, J.L., (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., pág. 941-942.

²⁵ Gómez Montoro, A.J., «De los conflictos entre órganos constitucionales del Estado», en Requejo Pagés, J.L., (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., págs. 1129-1173.

carácter excepcional de este proceso constitucional, lo que condujo a hacer una interpretación restrictiva de los sujetos legitimados y del objeto del conflicto.

Así, el art. 59.1 c) LOTC determina que pueden ser actores de este proceso, en «*numerus clausus*»: *el Gobierno, Congreso de los Diputados, el Senado y el Consejo General del Poder Judicial* (habiéndose dejado fuera al Tribunal Constitucional, a la Corona y a las Cortes Generales, en su conjunto, además de a los llamados órganos de relevancia constitucional, esto es, al Defensor del Pueblo, al Consejo de Estado y al Tribunal de Cuentas)²⁶. De ese modo, al establecer un tan selectivo listado de sujetos legitimados, se viene a restringir sustancialmente el número potencial de conflictos que puedan plantearse. A ello se suma la probable coincidencia de una misma mayoría política sustentando a tales órganos, los cuales, al compartir una misma orientación, no es probable que se vean tentados a interponer demandas contra sus afines.

Además de estimar, de conformidad con el art. 73.1 LOTC, que deben ser los plenarios de tales órganos los efectivamente legitimados, lo que impide extender esta legitimación al Presidente del Gobierno, a pesar de su evidente diferenciación funcional con respecto al Consejo de Ministros, la STC 124/2018 sí agregó, a esos mismos efectos, en referencia al Congreso y al Senado, a las *Diputaciones Permanentes de las Cámaras*. No en vano, según se indica en el FJ 2º de la referida sentencia, aun estando disueltas aquéllas, tales órganos, destinados a asegurar la continuidad de las tareas parlamentarias, al venir a actuar en su nombre y representación, cabe considerarlos también legitimados en el proceso que se considera.

En todo caso, el art. 73.1 LOTC determina que *cuando el pleno de alguno de los órganos constitucionales mencionados*, «...estime que otro de dichos órganos adopta

²⁶ La definición de órganos constitucionales del Estado se deduce de la inmediata, directa y originaria regulación constitucional de sus atributos estructurales y funcionales básicos, y del hecho de discurrir necesariamente su actuación en tal esfera o plano del ordenamiento. De ahí su posición «superiorem non recognoscens». Así, al encontrarse en el vértice del aparato organizativo estatal, junto a los restantes de este modo calificados, con los que comparten, en lo que a su estatus respecta, una efectiva paridad de rango e independencia jurídica, dichos órganos se revelan componentes fundamentales e indefectibles de la organización institucional establecida en la Constitución, implicando su eventual supresión una transformación sustancial de la misma. Cfr., a modo de referencia ya clásica, que actualiza las originarias referencias de Santi Romano, cfr., Cheli, E., «*Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionali*. Appunti per una definizione», en *Archivio Giuridico*, Vol. CLXIX, 1965, págs. 61-113. Indudablemente, estos rasgos apuntados no asisten al Consejo General del Poder Judicial, a pesar de la artificiosa inclusión legislativa del mismo en semejante categoría, ya que la función que el mismo desempeña en modo alguno cabe considerarla esencial, al no afectar al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Como se sabe, tal función consiste en la mera garantía externa de la independencia judicial, ya asegurada, en su contenido esencial, por otros medios. Así, Porras Ramírez, J.Mª, «Fundamento, naturaleza, extensión y límites de la potestad reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial», en *Revista de Estudios Políticos*, nº. 87, 1995, págs. 239-257; en especial, págs. 242-244.

decisiones asumiendo atribuciones que la Constitución o las Leyes orgánicas confieren al primero, éste se lo hará saber así dentro del mes siguiente a la fecha en que llegue a su conocimiento la decisión de que se infiera la indebida asunción de atribuciones y solicitará de él que la revoque».

De la dicción literal de este precepto se deduce que el *objeto del conflicto* ha de consistir, por tanto, de una estricta «*vindicatio potestatis*», tras constatarse una *usurpación de competencias*. A tal reclamo de restitución subyace la voluntad de *preservar la división de poderes constitucionales*. De ahí que el proceso se conciba fin de denunciar una invasión de atribuciones disconforme con el reparto horizontal de competencias establecido en la Norma Fundamental. No obstante, semejante *concepción restrictiva*, expresada, inicialmente, por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 45/1986, resulta criticable, ya que, como ha indicado repetidamente, *el orden competencial puede verse modificado, tanto si un órgano ejerce competencias ajenas, como cuando, ejerciendo competencias propias, menoscaba y lesiona las competencias ajenas*.

Por ello, acogiendo esa crítica, la STC 234/2000 vino, por fin, a reconocer, en su F.J. 5º, la pertinencia de la interpretación extensiva del objeto del procedimiento, acogiendo, así, el segundo sentido que se acaba de apuntar. De tal modo sucedió cuando dispuso la anulación del Acuerdo de la Mesa del Senado por el que la Cámara Alta se negaba a admitir a trámite la declaración de urgencia de un concreto proyecto de ley, efectuada por el Gobierno, conforme a la competencia que reconoce a aquél el art. 90.3 de la Constitución. No en vano, la demanda presentada por el Ejecutivo instaba la restitución y preservación de su ámbito de atribuciones, menoscabado por ese rechazo²⁷.

Además, cabe acusar a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de imprecisión al establecer los *vicios que cabe alegar en tanto que causantes inmediatos del conflicto*. Sólo se mencionan las «*decisiones*» y los «*actos*», que impliquen una lesión competencial. Serán, por tanto, las disposiciones, resoluciones y normas sin fuerza de ley, interpretadas en sentido amplio, las que cabrá atacar en la demanda. Más, ¿qué ocurre con las *omisiones*? La STC 124/2018 aclaró este punto al venir a reconocer que, si la omisión de actuación de un órgano produce una *lesión por menoscabo en la esfera competencial* de otro, cabe suscitar un conflicto de atribuciones ante el Tribunal Constitucional²⁸. No otra cosa sucedió cuando el Gobierno,

²⁷ En las SSTC 34 y 44/2018, referidas al uso cuestionado del veto presupuestario por parte del Ejecutivo, se reitera esta doctrina, al afirmarse que, no sólo cabe promover el conflicto en reivindicación de una competencia usurpada, sino, también, en razón al supuesto menoscabo de una competencia, en este caso, considerada propia del Gobierno, por la actuación del Congreso. Ambas demandas fueron desestimadas.

²⁸ A este respecto ya se había pronunciado favorablemente Gómez Montoro, A.J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pág. 405.

entonces en funciones, se negó, durante 314 días, alegando carecer de la confianza del Congreso, a someterse al procedente control parlamentario de sus actuaciones. Alegó, a ese respecto, que, al hallarse en una situación causante de la disminución de sus competencias, limitadas al despacho ordinario de los asuntos públicos, le era lícito rechazar el sometimiento de sus actuaciones a fiscalización política alguna por parte de las cámaras. A esa alegación el máximo intérprete de la Constitución respondió insistiendo en la pertinencia y obligatoriedad del sometimiento del Ejecutivo al control del Congreso, al estimar que este órgano no se encontraba afectado por merma alguna de sus atribuciones en aras de ejercitar sus funciones constitucionales. De ahí que concluyera que la Cámara Baja de las Cortes Generales, promotora del conflicto, había sufrido, como consecuencia de la omisión gubernamental, una lesión o menoscabo evidente de sus potestades, que afectaba al equilibrio de poderes prescrito en la Norma Fundamental²⁹.

En lo que al *parámetro de enjuiciamiento* se refiere, ha de indicarse, de conformidad con el art. 73.1 LOTC, que no puede ser otro que el integrado por la Constitución y aquellas leyes orgánicas que, formando parte del llamado bloque de la constitucionalidad, detallan las competencias de los órganos constitucionales afectados. A tal bloque pertenecen, así mismo, los reglamentos parlamentarios, los cuales actúan como canon de constitucionalidad cuando se quiere determinar si se ha producido afectación lesiva alguna de las atribuciones asignadas a ambas cámaras.

En cuanto al *procedimiento* cabe indicar su cercano parecido al que se sigue en los conflictos de competencia territoriales. Así, la fase previa la constituye el *requerimiento de incompetencia*, mediante el cual el órgano que considera lesionadas sus competencias deberá necesaria, y, por tanto, no potestativamente, en el plazo de un mes, se sobreentiende, aunque no se indique de manera explícita, que desde su publicación, solicitar, de forma motivada, del órgano que aprobó la decisión, presuntamente viciada, su revocación (art. 73.1 in fine LOTC). Si, en el plazo de un mes desde que recibió el requerimiento, el órgano al que se dirigió aquél se reafirma motivadamente en que actuó en el ejercicio constitucional y legal de sus atribuciones, no rectifica su decisión en el sentido que se le ha solicitado, o no contesta al requerimiento, se posibilitará al órgano promotor el planteamiento del conflicto ante el Tribunal Constitucional dentro del mes siguiente. A tal efecto, presentará un *escrito de demanda* en el que *se especificarán los preceptos que considera vulnerados y formulará las alegaciones que estime oportunas, acompañadas de una certificación de los antecedentes que repunte necesarios y de la comunicación cursada en*

²⁹ Así, Porras Ramírez, J.Ma, «¿Está en crisis el Estado de Derecho y la separación de los poderes por un ejercicio distorsionado de las funciones parlamentarias?», en *Revista de Derecho Político*, nº 117, 2023, págs. 43-72; en especial, págs. 66-67.

cumplimiento de su obligación de haber enviado el requerimiento previo de incompetencia (art. 73.2 LOTC).

Una vez recibida la demanda, el Tribunal Constitucional, dentro de los diez días siguientes, dará traslado de la misma al órgano requerido y le otorgará el plazo de un mes para formular alegaciones. Igual se hará con todos los demás órganos legitimados para plantear este género de conflictos, los cuales podrán comparecer como coadyuvantes en el procedimiento, en apoyo del demandante o del demandado, si consideran que la solución del conflicto en cuestión puede afectar de algún modo a sus propias atribuciones (art. 74 LOTC).

El Tribunal Constitucional podrá, a su vez, solicitar de las partes cuantas *aclaraciones, informaciones o precisiones* juzgue necesarias para resolver el caso, lo que hará dentro del mes siguiente a la expiración del plazo de alegaciones o del que, en su caso, se fije para las aclaraciones complementarias, el cual no será superior a los treinta días (art. 75.1 LOTC).

De todos modos, *no se prevé que la interposición de la demanda entrañe la suspensión de la decisión impugnada*. De ahí que no quepa apreciarla (ATC 462/1985).

Finalmente, si el proceso concluye mediante *sentencia*, ésta determinará, en primer lugar, de manera indefectible, «*a que órgano corresponden las atribuciones constitucionales controvertidas*». Y, eventualmente, también, esto es, sólo si fuera necesario, «*declarará nulos los actos ejecutados por invasión de atribuciones*»; y, en tercer lugar, «*resolverá, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas al amparo de los mismos*». (art. 75.2 LOTC).

IV. Las impugnaciones de las disposiciones y resoluciones sin fuerza de ley de las Comunidades Autónomas

Aunque regulado en un Título de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional distinto al anterior, denominado «*De la impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas, previsto en el art. 161.2 de la Constitución*», el cauce de impugnación dispuesto en los arts. 76 y 77 LOTC presenta similitudes muy apreciables con aquéllos que se contemplan en el Título IV, dedicado a los conflictos constitucionales. No en vano, el mismo «se formulará y sustanciará por el procedimiento previsto en los arts. 62 a 67 de esta Ley Orgánica...», referido a los conflictos positivos de competencia.

Mediante el proceso en cuestión se faculta al *Gobierno*, ex art. 76 LOTC, a «*impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas*». Se establece así una suerte de «*cláusula de cierre*», amparada en la extensa habilitación

que se contiene en el art. 161.2 de la Constitución, la cual permite al Gobierno, que no, sin embargo, a los Ejecutivos de las Comunidades Autónomas, instar el control por parte del Tribunal Constitucional de cualquier disposición normativa, resolución o acto autonómico sin fuerza de ley, apelando a razones fundadas en la garantía de la preservación de los intereses generales de la Nación. Tal previsión constitucional, que ha sido interpretada por el legislador de la forma más amplia posible³⁰, al entender que la misma implica, a su vez, la facultad de invocar la suspensión de la norma o resolución atacada, habilita al Gobierno para que «dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la publicación o, en defecto de la misma, desde que llegue a su conocimiento», pueda impugnar ante el Tribunal Constitucional «las disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas» (art. 76 LOTC).

No obstante, a los efectos de circunscribir el objeto de la impugnación, y dado el carácter residual que pretende atribuírsele a este procedimiento, se entiende que el Gobierno no podrá atacar tales disposiciones y normas alegando, ni su presunta ilegalidad, ya que no es el Tribunal Constitucional, sino la jurisdicción ordinaria quien tiene atribuida tal modalidad de control (SSTC 54/1982 y 16/1984); ni, tampoco, sus supuestos vicios de incompetencia territorial, de los que conocería el Tribunal Constitucional, si bien a través del conflicto positivo de competencia (SSTC 44/1986 y 66/1991). Es así que, por medio de este proceso, el supremo intérprete de la Norma Fundamental habrá de limitarse a practicar un examen de constitucionalidad material de la norma sin valor de ley o resolución autonómica objetada (SSTC 54/1982, 64/1990 y 148/1992)³¹, tramitándose la impugnación, según la remisión que, en este sentido, hace el art. 77 LOTC, conforme al procedimiento del conflicto positivo de competencia (arts. 62 a 67 LOTC). En consecuencia, si se admite que el Gobierno puede hacer uso del requerimiento previo (art. 62 LOTC), el plazo para la formalización de la impugnación quedará determinado de la forma prevista en el art. 63.5 LOTC, y no ya dentro de los dos meses siguientes a la fecha de publicación de la norma.

En todo caso, la suspensión de la norma infralegal atacada tiene efectos automáticos, a partir de la admisión a trámite de la impugnación, quedando, no obstante, condicionada a que el Gobierno invoque, al plantear su demanda, el art.

³⁰ Aragón Reyes, M., «Artículo 161: competencias del Tribunal Constitucional», en Alzaga Villamil, O., (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo XII, Madrid, Edersa, 1999, págs. 189 y ss. También, Fernández Farreres, G., «La impugnación prevista en el art. 161.2 de la Constitución y el problema de su sustantividad procesal» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 13, 1985, págs. 125 y ss.

³¹ Fernández Farreres, G., «Artículo 76» y «Artículo 77», en Requejo Pagés, J.L., (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., págs. 1219-1233; en especial, pág. 1235.

161.2 CE. Y todo ello sin perjuicio de que dicha suspensión quede referida temporalmente, en cuanto a sus efectos, al momento en que aquélla se interpuso. Así, inicialmente, el Tribunal Constitucional estimó que la duración de los efectos de tal medida extraordinaria debía ajustarse, íntegramente, al plazo de cinco meses que marca la ley, tras el cual procede determinar acerca de su levantamiento o ratificación (AATC 319/1983, 573/1984 y 350/1985, entre otros). Sin embargo, con el paso del tiempo, y ante las críticas suscitadas, se ha abandonado, casi completamente, esa interpretación extensiva, la cual ha sido sustituida por otra que admite la posibilidad de que pueda resolverse sobre la suspensión, antes de agotarse el plazo de cinco meses, siempre que así se solicite expresamente (AATC 355/1989, 154/1994 y 221/1995, entre otros).

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha acudido, preferentemente, al criterio de la ponderación concreta de los perjuicios y lesiones de imposible o difícil reparación que, para los intereses públicos y privados concurrentes, puedan derivarse del alzamiento o mantenimiento de la suspensión (AATC 566/1983, 641/1983 y 239/1985). En cualquier caso, la continuidad de la misma se interpreta restrictivamente, trasladándose al postulante, esto es, al Gobierno, la carga de la prueba (ATC 947/1985); hecho éste que casa muy bien con el carácter de medida excepcional que se otorga a la suspensión automática prevista en el art. 77 LOTC, respecto del principio de efectividad y vigencia de las normas y resoluciones sobre las que recae aquélla (ATC 1202/1987)³².

Estamos, pues, en presencia, de un procedimiento que, desde su instauración, ha merecido fuertes críticas doctrinales, ya que el mismo sitúa a las Comunidades Autónomas en una posición de inferioridad respecto del Estado, circunstancia ésta que, si algún día pudo encontrar alguna justificación, antes las incertidumbres que suscitaba, en sus inicios, el surgimiento y desarrollo del proceso autonómico, hoy apenas las posee, de acuerdo con criterios objetivos, como no sea, en todo caso, a efectos de impedir que una Comunidad Autónoma atente, extraordinaria y gravemente, contra el interés general del Estado³³.

De ahí el carácter marcadamente residual que muestra este proceso, lo que se corrobora una vez que se conoce la escasa utilización que se ha venido haciendo, hasta ahora, del mismo. No en vano, la mayoría de los vicios de inconstitucionalidad imputables a las disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones autonómicas traen causa de la vulneración del orden constitucional de competencias; siendo, en las restantes ocasiones, la infracción generada de mera legalidad ordinaria, en

³² Ampliamente, sintetizando la doctrina del intérprete supremo de la Constitución sobre esta materia, cfr., Fernández Farreres, G., «Artículo 77», en Requejo Pagés, J.L., (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., págs. 1235-1243.

³³ Porras Ramírez, J.M^a, *Las reformas estatutarias y el nuevo sistema de fuentes autonómico*, op. cit., págs. 181 y ss.

cuyo caso hay que considerar preferente la depuración del vicio por la jurisdicción contencioso-administrativa³⁴. Así, en este último supuesto, el control directo e inmediato de constitucionalidad, a instancias del Gobierno de la Nación, de las normas reglamentarias de las Comunidades Autónomas, se habrá de ceñir, en la práctica, al examen de los reglamentos independientes que se dicten, sin afectar al sistema de reparto competencial existente; hecho éste, de por sí, ciertamente extraordinario y, en todo caso, desde cualquier perspectiva, escasamente relevante.

V. El conflicto en defensa de la autonomía local

De entre todas las iniciativas llevadas a cabo en torno a la idea de «Pacto local», materializada en los años noventa del pasado siglo, a fin de articular un acuerdo político que colmara las carencias, de todo orden, competenciales, financieras, organizativas y funcionales que afectan al régimen legal de la autonomía local en España, la que revistió una mayor significación, a pesar de que las expectativas despertadas por la misma no se hayan satisfecho, dada su defectuosa regulación, fue la que llevó a modificar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a fin de crear un nuevo proceso constitucional «en defensa de la autonomía local»³⁵.

Se pretendía así la atribución a los gobiernos locales de un medio reaccional extraordinario que les permitiera el acceso directo al Tribunal Constitucional, en aras de lograr la tutela plena y efectiva de su autogobierno y autoadministración característicos. Se buscaba, pues, garantizar una mejor protección de su autonomía, dada la potencial vulnerabilidad a la que se ve sometida la misma por la acción del legislador, tanto estatal como autonómico, en ausencia de un instrumento eficaz e inmediato de impugnación de las normas por éste emanadas, puesto a disposición de sus legítimos representantes afectados³⁶. La imprevisión de un proceso específico dispuesto al efecto condujeron así a introducirlo, ex art. 161 d) CE, emulando la práctica seguida en el ordenamiento alemán. Así, la LO 7/1999, de 21 de abril modificó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional a esos efectos, creando un nuevo procedimiento denominado «*conflicto en defensa de la auto-*

³⁴ Camaño Domínguez, F., *El control de constitucionalidad de las disposiciones reglamentarias*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, págs.76 y ss.

³⁵ Porras Ramírez, J.Mª, «La posición constitucional de los entes locales. La oportunidad del Pacto local», en VVAA, *Modificaciones y panorama actual del régimen local español*, Granada, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, 2000, págs. 37 y ss.

³⁶ García Roca, J., «Sobre la posibilidad de configurar una acción para la defensa de la autonomía local por sus propios titulares ante el Tribunal Constitucional: ¿es factible un conflicto local e indirecto contra leyes?», en VVAA, *Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1998, págs. 15-53.

mía local» (art. 59.2 LOTC), que pasa a constituir el nuevo Capítulo IV del Título IV, «De los conflictos constitucionales», de la indicada Ley Orgánica.

En lo que a *la peculiar naturaleza del nuevo procedimiento* se refiere hay que señalar que, mediante el mismo, se ha diseñado una nueva modalidad de conflicto constitucional, dotado de perfiles propios, que lo hacen sumamente atípico y singular, en relación a los ya existentes, al promoverse directamente frente a leyes y no contra actos o disposiciones infra-legales, ya provengan del Estado o de las Comunidades Autónomas, que afecten a la autonomía constitucionalmente garantizada de los gobiernos locales. Así, consciente de su peculiaridad el legislador lo ubica en un segundo y específico apartado del art. 59 LOTC. Se trata, por tanto, de un «*sui generis*» «*conflicto de competencia legislativa*», mediante el cual y a instancias de los gobiernos locales legitimados, lo que se solicita, directamente, es un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, acerca de si se ha producido, por la acción de una ley estatal o autonómica, lesión alguna de su autonomía tutelada por la Constitución y por las normas integrantes, a tal efecto, del llamado bloque de la constitucionalidad. De este modo, lo que se impugna, propiamente, es la manera concreta de configurar la competencia de que se trate, por quien tiene habilitación para ello. No en vano aquí la controversia fundada en una diferencia de opiniones por motivos competenciales entre entes territoriales pretende dilucidar si se ha producido un menoscabo en el ámbito de la autonomía local protegido, causado por la inferencia de una norma con valor de ley, cuya validez resulta, al tiempo, cuestionada³⁷.

Por tanto, no se está verdaderamente reivindicando una competencia ilegítimamente usurpada por una ley; sino que lo que se pretende es instar, unidireccionalmente, al sólo poder ser los gobiernos locales sujetos activos, y nunca pasivos de la disputa, la salvaguardia y eventual restitución de la imagen socialmente reconocible de la autonomía local supuestamente afectada³⁸. Tras esa verificación esencial, que se verá seguida de la determinación de la titularidad y extensión de la competencia controvertida, y de lo que procediere sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas, se inicia, si así lo considera oportuno el Pleno del propio Tribunal Constitucional, que conoció de la acción, un nuevo procedimiento, dissociado artificialmente del anterior, para controlar la validez de la ley impugnada,

³⁷ Porras Ramírez, J.Mª, *El conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, págs. 69-70.

³⁸ La STC 132/2014, FJ 5ª, que resume su doctrina, insiste en que «este proceso constitucional versa exclusivamente sobre la defensa de la autonomía local garantizada por la Constitución.». Así, «el conflicto sólo puede ser promovido frente a normas legales con base en un único motivo de inconstitucionalidad, la lesión de la autonomía local constitucionalmente garantizada; en consecuencia, no podrán alegarse en él otros motivos fundados en la infracción de preceptos constitucionales que no guarden una relación directa con la autonomía que la Constitución garantiza a los entes locales».

a través del planteamiento de una auto-cuestión de inconstitucionalidad, como si se partiera de un recurso de amparo, que, finalmente, determinará, en su caso, la adecuación a la Constitución de la ley causante de la afectación en su momento apreciada. El resultado es una fórmula rebuscada, confusa y un tanto arbitraria, en la que se lleva a cabo una curiosa mezcla de procedimientos constitucionales ya existentes, a fin de obviar o vencer la imposibilidad legal de extender a los gobiernos locales la legitimación activa en el recurso de inconstitucionalidad³⁹. Quizá por eso el empleo, hasta el presente, de este proceso constitucional ha sido notablemente escasa⁴⁰ y «su eficacia reparadora de eventuales lesiones de la autonomía local, constitucionalmente garantizada, nula»⁴¹, al no haberse aún dictado sentencia estimatoria alguna.

En lo que se refiere a los *sujetos del conflicto* y a los *problemas de la legitimación* hay que indicar que la capacidad para plantear tales conflictos se confiere siguiendo un *doble criterio selectivo*, ya sea a título individual, al Municipio o Provincia que resulte destinatario único de la ley (lo que se observa cuando la norma cuestionada resulta exclusivamente aplicable a un concreto municipio o provincia: STC 121/2012, FJ 3º); ya sea colectivamente, dando así lugar a la constitución de un litisconsorcio activo necesario, esto es, atribuyéndosela a «un número de municipios que supongan, al menos, un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen, como mínimo, a un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente», y a «un número de provincias que supongan, al menos, la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen, como mínimo, a la mitad de la población oficial» (art. 75-ter 1 LOTC).

Se combinan así criterios territoriales y poblacionales restrictivos para, salvo en el supuesto de las leyes singulares, en el que se habilita la legitimación individual, restringir la legitimación a colectivos, puede que muy numerosos, de *municipios*, obligando a su actuación concertada en el breve espacio de tres meses, a contar desde la publicación de la norma legal impugnada, lo que dificulta apreciablemente el ejercicio de la acción. Mediante esta ponderación se pretendió evitar la excesiva proliferación de conflictos, dada la situación lacerante de multi e inframunicipalismo existente en España y por la insoportable sobrecarga de trabajo que le supondría al Tribunal Constitucional el verse en la tesitura de admitir a trámite

³⁹ Porras Ramírez, J.Mª, *El conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, op. cit., pág. 71.

⁴⁰ Hasta la fecha (diciembre de 2023), sólo se han dictado doce sentencias en veinticuatro años.

⁴¹ Pomed Sánchez, L., «El conflicto en defensa de la autonomía local: mayoría de edad en soledad: balance escéptico de dieciocho años de existencia del conflicto en defensa de la autonomía local», en *Anuario del Gobierno Local 2017*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2018, págs. 292-318; en especial, pág. 291.

demandas provenientes de cuantos gobiernos locales gozan de la autonomía que la Constitución les reconoce, que creen lesionado su círculo de intereses. No obstante, se generan disfuncionalidades diversas, no advertidas por el legislador⁴². Así, cabe reparar, en primer lugar, en que en aquellas Comunidades Autónomas donde la distribución poblacional resulte desequilibrada, al concentrarse muchos de sus habitantes en una gran capital, se le concede a ésta una suerte de derecho de veto, ya que, sin su concurso, la impugnación no procederá. En segundo lugar, ha de advertirse que en territorios provinciales y autonómicos donde existe una gran dispersión poblacional, abundando el número de municipios, se obliga a reunir el voto favorable de un gran número de ellos, lo que dificulta la acción contra, sobre todo, leyes estatales, más que autonómicas⁴³ (ATC 418/2003). A esto cabe añadir la indeterminación que, en ocasiones, se ha constatado del ámbito territorial de aplicación de la ley que se desea impugnar (ATC 108/2010).

En el supuesto de la legitimación de las *provincias* se requiere, como se ha indicado, contar con «un número de ellas que supongan, al menos, la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen, como mínimo, la mitad de la población oficial». En consecuencia existen treinta y ocho provincias enclavadas en Comunidades Autónomas pluriprovinciales (la autonomía provincial desaparece por subsunción en las Comunidad Autónomas uniprovinciales), que pueden así beneficiarse de este proceso, a las que cabe sumar los tres territorios históricos vascos ex Disposición Adicional 4ª.2). Esas condiciones, salvo en los supuestos en que la importancia en número de habitantes de una provincia concreta haga su concurso inexcusable, resultan significativamente de menos gravoso cumplimiento que las exigidas a los municipios, allanando así su acceso al Tribunal Constitucional.

Por su parte, ha de indicarse que las *islas* poseen un régimen extraordinario cuando deseen plantear conflictos contra leyes autonómicas en las que se integran. Así la legitimación corresponderá a tres cabildos en Canarias y a dos consejos insulares en Baleares, sin exigirse la concurrencia de porcentaje poblacional alguno. Sin embargo, de este requisito no se las dispensa si lo que desean es impugnar leyes estatales (DA 3ª).

En lo que al País Vasco se refiere, la DA 4ª LOTC, como se indicó, reconoce la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de las impugnaciones que las Diputaciones Forales realicen de las leyes autonómicas. Además, «cuando

⁴² Castellá Andreu, J.Mª y Román Martín, L., «El conflicto en defensa de la autonomía local: la legitimación de los entes locales ante el Tribunal Constitucional español», en Anzon, A., Caretti, P., Grassi, S., (eds.), *Prospettivi di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, págs. 478-505; en especial, pág. 502.

⁴³ Pulido Quecedo, M., *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: el conflicto en defensa de la autonomía local*, Pamplona, Aranzadi, 1999, págs. 62 y ss.

el ámbito de aplicación de la ley afecte directamente a dicha Comunidad Autónoma», a los sujetos legitimados se unen las Juntas Generales y las Diputaciones Forales de cada Territorio Histórico.

En lo que toca a Ceuta y Melilla, ciudades autónomas que poseen, tanto competencias derivadas de su condición de gobiernos locales, como de entes autonómicos, se las habilita para recurrir leyes estatales en los supuestos en que resulten destinatarias únicas de las mismas o se consideren afectadas directas, en su círculo de intereses locales, por la acción de leyes de ámbito de vigencia más extenso. Dado que no se les ha reconocido la legitimación activa en el recurso de inconstitucionalidad (STC 240/2006), equiparándolas a las Comunidades Autónomas, promover conflictos en defensa de la autonomía local es el único medio reaccional contra leyes que se les permite emplear⁴⁴.

A su vez, el art. 75-ter 2 LOTC exige, como requisito previo indispensable, la necesidad del acuerdo plenario, con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros del gobierno local interesado. En dicho acuerdo, según ha exigido el Tribunal Constitucional, se ha de detallar cuáles son los contenidos de la ley que se desea impugnar que se consideran contrarios a la autonomía local (ATC 410/2003). De ello se deduce que sólo los partidos mayoritarios tienen a su alcance el planteamiento del conflicto. Que éstos dispongan ya del más simplificado medio para articular la impugnación que constituye el recurso de inconstitucionalidad, hace que el conflicto de referencia presente un marcado carácter subsidiario respecto de aquél. Además, conviene reparar en el posible desistimiento en el conflicto de los gobiernos locales que, por cambio de las mayorías de gobierno, dada la larga duración habitual de los procesos constitucionales, causen la pérdida sobrevenida de los porcentajes alcanzados.

Asimismo, se precisa, con carácter previo a la formalización del conflicto, la solicitud conjunta de un dictamen preceptivo, pero no vinculante, al Consejo de Estado o al Consejo consultivo de la correspondiente Comunidad Autónoma, según que el ámbito territorial al que pertenezcan los gobiernos locales corresponda a varias o a una Comunidad Autónoma (art. 75 quater 1 LOTC)⁴⁵. Dicha solicitud se habrá de presentar, en todo caso, «dentro de los tres meses siguientes al día de la publicación de la ley que se entienda lesiona la autonomía local». Tras

⁴⁴ Cfr., Porras Ramírez, J.M^a, «Las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y el conflicto en defensa de la autonomía local. A propósito de la STC 240/2006, de 20 de julio», en *Revista de Derecho Político*, n° 68, 2007, págs. 77-103. También, vid., Ibídem, «Disposición Transitoria Quinta», en Casas Baamonde, M.E., y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XL aniversario*. Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2018, Volumen II, págs. 1969-1975.

⁴⁵ Font i Llovet, T., «La autonomía local en España a los veinte años de la Constitución: perspectivas de cambio: perspectivas de cambio», en *Anuario del Gobierno Local 1998*, Madrid, Marcial Pons, 1999, págs. 15-54; en especial, págs.49-51.

recibirse el dictamen no se exige nuevo acuerdo del órgano plenario de cada gobierno local (SSTC 95/2014 y 92/2015).

Por tanto, al mes siguiente de la recepción del dictamen, para el que no existe plazo de entrega, lo que favorece nuevamente tanto la solución extraprocetal como el desistimiento, podrá presentarse el conflicto ante el Tribunal Constitucional (art. 75-quater 2 LOTC). Inicialmente, la indeterminación indicada en los plazos, unida a la diversidad de previsiones legales en la propia regulación aplicable del Consejo de Estado y de los órganos consultivos autonómicos, hacía imposible, atendiendo a las previsiones de la ley, conocer el tiempo cierto, en todo caso, siempre superior a cuatro meses, durante los que la norma legal resultaba atacable a través de esta vía procesal⁴⁶. El Tribunal Constitucional lo ha aclarado al indicar que el *dies a quo* para el cómputo del mes se sitúa en la fecha de recepción efectiva del dictamen (ATC 70/2015).

En el escrito de planteamiento del conflicto se deberá hacer constar el cumplimiento de los requisitos, como se ha observado, notablemente gravosos, y las alegaciones en que se funda la demanda. De no concurrir los mismos, dice la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que, mediante «auto motivado» (sic) el Tribunal Constitucional podrá desestimarlos «*in limine litis*» (art. 75-quinquies 1: «por falta de legitimación u otros requisitos exigibles y no subsanables, o cuando no estuviere fundada la controversia suscitada»), lo que resulta sorprendente, en relación a esta última previsión, habida cuenta del carácter habitualmente concertado de la acción y de la preceptiva consulta al órgano consultivo correspondiente. Sea como fuere, el trámite de admisión, análogo al que se sigue en relación a las cuestiones de inconstitucionalidad (art. 37.1 LOTC) faculta al Tribunal a rechazar el conflicto por inconsistencia en la argumentación, o a fin de anticipar su desestimación, lo que es contradictorio con la posibilidad, que siempre debe dejarse abierta, a que el Tribunal modifique su doctrina⁴⁷.

Como no se ha previsto expresamente la solicitud de suspensión de la ley objeto del conflicto, no cabe contemplar la utilización de una medida tan excepcional.

Si el control de admisión resulta favorable, lo que se resolverá mediante providencia, el Tribunal Constitucional dará traslado de la demanda a los órganos legislativo y ejecutivo del Estado o Comunidad Autónoma que dictó la ley, en el plazo de diez días. Éstos dispondrán de veinte días para personarse y formular alegaciones (art. 75-quinquies 2 LOTC). El Tribunal Constitucional notificará el planteamiento del conflicto y lo publicará (art. 75-quinquies 3 LOTC). Y podrá

⁴⁶ Jiménez Campo, J., «Política de la constitucionalidad. (Una reflexión ante los nuevos modos de impugnar la ley)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 59, 2000, págs.11-27; en especial, págs.14-15.

⁴⁷ Pomed Sánchez, L., «El conflicto en defensa de la autonomía local...», *op. cit.*, págs. 308-309.

solicitar aclaraciones, informaciones o precisiones a las partes (art. 75-quinquies 4 LOTC). Finalmente, a menos que el proceso haya concluido a través de vías diferentes, el Tribunal Constitucional dictará *sentencia*, que declarará si se ha producido, o no, afectación lesiva de la autonomía local, originada por una ley estatal o autonómica. Adicionalmente, según proceda, el Tribunal Constitucional se pronunciará acerca de la titularidad o atribución de la competencia legislativa controvertida, y resolverá, «en su caso, lo que procediere sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas en lesión de la autonomía local» (art. 75-quinquies 5 LOTC).

En lo referido a las *normas objeto del conflicto* ha de señalarse que, en el marco del proceso de referencia cabe recurrir directamente, tanto las leyes estatales como las autonómicas, supuestamente lesivas de la autonomía local constitucionalmente garantizada, aun sin esperar a que se produzca su aplicación concreta.

Como *parámetros de enjuiciamiento* actuarán, en la resolución del conflicto, la Constitución y las normas integrantes del bloque de la constitucionalidad que, en cada caso, convenga apreciar. En todo caso, entre las mismas hay que incluir a la *Carta Europea de la Autonomía Local*, integrada en un tratado internacional, ya que la misma se erige en canon de interpretación y aplicación del ordenamiento local español, cuyos principios constitutivos refuerza y complementa, definiendo su alcance y significación. Pero, en todo caso, es con la Constitución con quien se contrastará, tanto la normativa legal básica, como la de desarrollo, además de la sectorial, emanada de las instancias de poder estatal y autonómico, que conforman el ordenamiento local⁴⁸. Así, el canon que el Tribunal Constitucional debe aplicar para resolver los conflictos en defensa de la autonomía local, promovidos frente a leyes, vendrá representado por los preceptos constitucionales que establecen la garantía institucional de la autonomía local (arts. 137, 140, 141 y 142 CE), definiendo su contenido mínimo o esencial, el núcleo primario del autogobierno de los entes territoriales locales indisponible para el legislador, ya tenga éste, o no, la consideración de básico.

En este sentido, no está de más recordar que el propio Tribunal Constitucional ha deducido una serie de principios que contribuyen a perfeccionar el aseguramiento y tutela más eficaces de la autonomía local. De ahí que el mismo aluda, como su homólogo federal alemán, a la conveniencia de proyectar sobre el legislador, controles de subsidiariedad, proporcionalidad, necesidad, interdicción de la arbitrariedad, prevalencia de la voluntad local, eficacia en la gestión y naturaleza o condición de la actividad pública de referencia (SSTC 227/1988 y 11/1999), a fin de determinar la comisión de excesos por parte del mismo que puedan afectar a la identidad o cualidad propias del ámbito de actuación autónoma reconocido a los

⁴⁸ Ortega Álvarez, L., «La Carta Europea de la Autonomía Local y el ordenamiento local español», en *Revista de Estudios de la Administración Local*, nº 259, 1993, págs. 475-497.

gobiernos locales. Tales criterios revelan su utilidad a la hora de oponerse a eventuales desapoderamientos competenciales, al traducirse en una exigencia de actuación leal, proporcional, no arbitraria y justificada del legislador al respecto.

A su vez, junto con los preceptos constitucionales, es claro que el Tribunal Constitucional ha de tener bien presente, igualmente, en la resolución de los conflictos en defensa de la autonomía local que se susciten, lo dispuesto singularmente en los Estatutos de Autonomía. Así, las competencias que los mismos les reconocen actualizan el contenido de la autonomía local constitucionalmente garantizada, viniendo a constituir manifestaciones o exteriorizaciones de la misma. Por eso, se reputa a esas normas contenidas en dicho Estatuto susceptibles de emplearse como parámetro de control de la ley impugnada. Así, es bien conocido que algunos Estatutos, como los de Cataluña y Andalucía, teniendo bien presentes los límites que la Constitución impone, han reforzado considerablemente la posición de las entidades locales. Así, han incorporado un listado de competencias, asignadas a aquéllas, en relación con materias, siquiera sea parcialmente de titularidad autonómica, en las que se hacen presentes los intereses locales. Ello ha permitido acometer su definición más segura, prescindiendo del habitual e incierto recurso a cláusulas generales e indeterminadas. De ese modo se consigue introducir una cualificada garantía de sus estatus frente a la acción del legislador sectorial, tanto estatal como, sobre todo, autonómico, tentado habitualmente de eludir o menoscabar sus competencias. A ese fin, lo que se ha hecho en tales Estatutos, en el marco del sistema de distribución territorial del poder dispuesto en la Constitución, ha sido tomar como referencia la acotación realizada por el legislador estatal general de un núcleo mínimo y común de servicios obligatorios a desarrollar por los ayuntamientos y demás entidades locales consideradas básicas, de ámbito supramunicipal, determinando así los contenidos esenciales sobre los que han de recaer sus competencias. Desde esa perspectiva, dado el cometido habilitador y delimitador que llevan a cabo los Estatutos de Autonomía, tales normas se erigen en incuestionables parámetros de enjuiciamiento de las leyes sectoriales que inciden en el ámbito de autogobierno que se reconoce a los entes locales radicados en sus territorios⁴⁹.

Por otra parte, y de conformidad con lo atinadamente dispuesto en la importante STC 240/2006, la *Ley de Bases de Régimen Local*, dictada al amparo del art. 149.1.18º CE, la cual ha sido reiteradamente invocada como parámetro de constitucionalidad de las leyes, tanto estatales como autonómicas, actuará como con-

⁴⁹ Font i Llovet, T., «El gobierno local en la reforma del Estado de las autonomías», en *Anuario del Gobierno Local 2004*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2005, págs. 13-36; en especial, págs. 35-36; y Porras Ramírez, J.Mª, «El autogobierno local en el Estado autonómico. Premisas para una reforma necesaria», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 75, 2005, págs. 224 y ss.

dición de validez de aquéllas, únicamente a los efectos de contribuir a dilucidar cuestiones de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas (art. 149.1.18º CE); más no a la hora de enjuiciar normas que desarrollen manifestaciones específicas de la autonomía local constitucionalmente garantizada. Por tanto, es falso entender que esta ley sigue siendo, en la práctica, la única capaz de definir y garantizar constitucionalmente la autonomía local, pues ello sólo contribuye a disminuir el alcance de ésta. Si así fuera se llegaría al absurdo que supondría creer, por una parte, que sólo el legislador autonómico puede generar una afectación o menoscabo del autogobierno local, como si al estatal esto no le fuera posible; y, por otra, se conduciría a pensar, erróneamente, llegado el caso, que, para enjuiciar la validez de sus propias reformas, en el caso de que se impugnaran las mismas, habría que utilizar como parámetro a la propia Ley de Bases señalada. Una interiorización real de los gobiernos locales en los ordenamientos autonómicos ha de ocasionar que sean los Estatutos de Autonomía quienes desarrollen esta función, ex art. 148.1.2º CE, determinando el marco o estatuto jurídico del autogobierno local, de acuerdo con las singularidades que éste presenta en las diferentes Comunidades Autónomas.

Seguidamente, tras la resolución propiamente dicha del conflicto, el Tribunal Constitucional determinará, si el Pleno decide plantearse una *auto-cuestión o cuestión interna de constitucionalidad*, que resolverá, mediante una nueva sentencia, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley que dio lugar a aquél (art. 75-quinquies 6). Se pretende así subrayar la diferenciación existente entre el conflicto como tal y la declaración de inconstitucionalidad de la ley generadora del mismo, por otro. El legislador no desea convertir al conflicto en un medio indirecto de ampliación de la legitimación en el recurso de inconstitucionalidad, al subrayarse que no cabe, sin reformar la Constitución, anular una ley, de resultas de la interposición de una acción directa, si no es a instancias de los sujetos expresa y tasadamente legitimados para ello en el art. 162.1 a) CE⁵⁰.

Así, en esta segunda fase se advierten paralelismos con las previsiones del art. 55.2 LOTC (auto-cuestión), aunque su traslación al proceso de referencia, es inadecuada⁵¹. No en vano, esta nueva fase procesal resulta completamente prescindible e innecesaria, al quedar en buena medida predeterminada por la resolución del previo conflicto legislativo que, como tal, ya lo es, de por sí frente a la ley impugnada. Y es que no estamos ante un conflicto de competencia al uso, ni ante un recurso de amparo, planteados contra actos no legislativos, lo que sí podría justificar, en este último caso, acudir a la cuestión, en el caso de que se discutiera la

⁵⁰ Pérez Tremps, P., *La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1997, págs.80.

⁵¹ Urías Martínez, P., *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, *passim*.

validez de la ley originaria de los mismos; sino ante un mecanismo directo de rección frente a leyes⁵². Además, tanto el conflicto, como la auto-cuestión competen al Pleno del Tribunal Constitucional (art. 10.1 f) y 55.2 LOTC), que empleará un similar parámetro de enjuiciamiento para su valoración. De ahí que poco o nada pueda aportar la nueva sentencia, sino la insistencia en lo ya determinado. Pues si en el fallo que dilucida el conflicto se dispuso que la ley impugnada lesiona la autonomía local, de suyo cabe poder declararla inconstitucional y, en consecuencia, nula, en la misma sentencia, como ocurre, por lo demás, ex art. 67 LOTC, sin que sea necesario dictar una nueva al respecto. En todo caso, cabe indicar que, hasta el presente, esta segunda fase procesal del conflicto en defensa de la autonomía local no se ha explorado jamás.

Finalmente, en atención a la valoración que merece este proceso ha de concluirse afirmando que estamos en presencia de un conflicto de competencia legislativa sujeto a evidentes defectos de regulación. Merece criticarse la legitimación, en particular, y los requisitos para la tramitación del conflicto, en general, sobre todo en lo que afecta a la cuestionable articulación, abiertamente disuasoria, de los criterios selectivos empleados. También debe cuestionarse la innecesaria disociación de procedimientos establecida, con la consiguiente duplicidad de sentencias a que da lugar. Parece así un procedimiento concebido para no ser empleado si no en muy contadas ocasiones, dadas sus trabas, y, en todo caso, frente a leyes autonómicas.

En vistas de lo indicado cabe corroborar lo fallido del intento⁵³. De ahí que, si se quiere, como se debe, otorgar una protección extraordinaria a la autonomía local garantizada constitucionalmente, se deba seguir recurriendo a otras vías o cauces más efectivos, que ya brinda por la jurisdicción constitucional.

⁵² Mieres Mieres, L.J., *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales. (Especial referencia al incidente en el recurso de amparo)*, Madrid, Civitas, 1998, págs. 189-192.

⁵³ Se muestran pesimistas al respecto, entre otros, Fossas Espadaler, E., «El conflicto en defensa de la autonomía local: un experimento constitucional fallido», en Pérez Tremps, P., (coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 903-924; y Pomed Sánchez, L., «El conflicto en defensa de la autonomía local...», *op. cit.*, pág. 311.

3

El pluralismo político y territorial

REFERÉNDUM, DEMOCRACIA E INTEGRACIÓN FEDERAL

PALOMA BIGLINO CAMPOS
Universidad de Valladolid

I. Introducción

Desde la cátedra o desde el escaño, Gregorio Cámara ha dedicado su vida al interés general. Para él, como para muchos otros constitucionalistas, sería preciso reformar la norma fundamental con el objetivo de incrementar la integración territorial y, por ende, seguir aproximando el poder a los ciudadanos. Se avanzaría, así, en la senda abierta en 1978, que, mediante la identificación entre democracia y federalismo, daba respuesta a la reivindicación que se hizo popular en aquellas fechas y que reclamaba libertad, amnistía y Estatuto de Autonomía¹.

La intención de estas líneas es moverme en la misma dirección, aunque, desafortunadamente, no puedo compartir el optimismo que Gregorio Cámara manifestaba en 2012, cuando coordinó el grupo de estudio que propuso una reforma federal de nuestro Estado autonómico². No pongo en duda que dicha reforma sea necesaria. Es más, me atrevería a decir que resulta imprescindible si no queremos que la Constitución, en vez de ser modificada, sea fracturada. Ahora bien, que sea necesaria no significa que sea posible, al menos a corto plazo. La dificultad no es, ya, sólo la ausencia de acuerdos entre los principales partidos políticos de nuestro país. Ahora el ambiente se ha vuelto todavía mucho más hosco del que existía hace una década y no cabe descartar que, a través de la vía de la reforma constitucional, demos paso a ese fenómeno que, con escasa propiedad, se ha denominado «constitucionalismo iliberal».

¹ «La organización territorial de España. Una reflexión sobre el estado de la cuestión y claves para la reforma constitucional, *Revista de Derecho Político*, n.º 111, 2018, pág. 404.

² *Por una reforma federal del Estado autonómico*, Fundación Alfonso Perales, s.f. <https://fcampalans.cat/uploads/activitats/pdf/libro-federalismo11.pdf>, visitado 24 noviembre 2024.

Vaya por delante que esta calificación es incorrecta, porque el constitucionalismo se construye sobre valores que, como la división de poderes o la protección de los derechos fundamentales, tienen como principal objetivo garantizar la libertad frente al despotismo. Hablar de «constitucionalismo iliberal» es, pues, una *contradictio in adiecto* porque el constitucionalismo o es liberal, o simplemente no es. Ahora bien, justo es reconocer que, a pesar de este defecto, esa expresión es muy plástica a la hora de designar el avance de nuevas formas de autoritarismo que se sirven de los elementos formales del constitucionalismo para, sin embargo, destruir su sustancia. No está de más recordar que, precisamente, el paso que suele iniciar dicho dismantelamiento es una reforma de la constitución destinada a favorecer al poder establecido y a tolerar sus abusos.

Ese pesimismo no impide, sin embargo, evaluar las ventajas e inconvenientes de ciertas instituciones, con el objetivo de estimar si, mediante ellas, es posible perfeccionar nuestro ordenamiento sin necesidad de modificar nuestra norma fundamental. Este análisis previo es la mejor manera de prevenir la comisión de errores de imposible o muy difícil reparación. Se trata, pues, de no volver a equivocarse y de no reiterar la amarga experiencia de, por ejemplo, propugnar la celebración de elecciones primarias en el seno de los partidos políticos. En su momento, esta innovación parecía ser muy democrática, pero la experiencia ha demostrado que favorece formas de cesarismo que cercenan la participación y la libertad de los afiliados en el seno de dichas formaciones políticas.

En esta ocasión, mi intención es poner el foco en el referéndum y analizar el juego que pueden dar en los sistemas de corte federal. Más en concreto, se trata de determinar su funcionalidad con respecto a las propias finalidades del federalismo.

Este asunto sigue siendo de máxima actualidad. Si el éxito o fracaso de una institución se midieran por el grado de polémica que suscita, el referéndum se llevaría la palma, porque no parece que haya acuerdo posible entre sus detractores y sus defensores. Hay, además, ejemplos para todos los gustos: quienes se oponen al referéndum invocan el *Brexit*, la votación sobre las cuotas de asilo en Hungría o la que versó sobre el proceso de paz en Colombia. Quienes lo defienden alegan su buen resultado en Estados Unidos o Suiza.

El asunto adquiere todavía más interés, por razones teóricas y prácticas, si el ámbito del referéndum es inferior al del territorio nacional. En este supuesto, la figura enlaza con la propia naturaleza del federalismo, concebido desde sus orígenes como técnica para aproximar las decisiones a los ciudadanos. Pero, además, la funcionalidad del referéndum se ha puesto a prueba en países como Canadá, Escocia o, más recientemente, Italia, y es propugnada por quienes reivindican el derecho a la autodeterminación en Cataluña.

La polémica acerca del uso del referéndum en esta Comunidad Autónoma sigue arreciando en nuestro país. El asunto empezó a aparecer en la primera página de los

periódicas desde que en Arenys de Munt, el 13 de septiembre de 2009 se preguntó a los ciudadanos si estaban de acuerdo con que Cataluña se convirtiera «en un Estado de Derecho, independiente, democrático y social, integrado en la Unión Europea». Han pasado ya casi tres lustros y todavía se discute si los ciudadanos, en todo o en parte del territorio nacional, pueden ser consultados acerca de la pertenencia de Cataluña a España. Será preciso, pues, abordar este asunto al final de estas páginas.

Antes de entrar en materia, creo necesaria una precisión terminológica. No es fácil gestionar el lenguaje cuando se trata de organizaciones territoriales complejas. Es cierto que, en los federalismos de devolución, utilizamos la palabra Estado para referirnos a la entidad central y que hablamos de comunidad autónoma o región para designar a una realidad que, en los federalismos de integración, se denomina Estados miembros. Ahora bien, aunque todas estas sean expresiones jurídicamente apropiadas, quizá convenga prescindir de ellas y utilizar la expresión federalismo, federación y Estados miembros para referirnos a todas estas realidades.

En esta decisión no sólo influyen razones de carácter práctico, sino también de naturaleza teórica. No parece que, en la actualidad, la diferencia entre los Estados unitarios y federales pueda seguir construyéndose sobre la noción de soberanía, como sucedía en el S. XIX porque, tanto en un caso como en el otro, dicho poder no puede imputarse ni a la Federación ni a los Estados miembros, simplemente porque no es un atributo de ninguna entidad estatal. En los sistemas democráticos, la soberanía corresponde al pueblo.

Tampoco las diferencias entre los federalismos *holding together* y *coming together* son tan intensas. Los Estados absolutamente centralizados y los absolutamente descentralizados son meros modelos teóricos que nunca han existido en la realidad, ya que todas las formas existentes se mueven entre ambos polos y cada una de ellas está dotada de sus propias peculiaridades. El único rasgo característico de todos los Estados federales, que los diferencia de los unitarios, está en la dualidad del poder legislativo, porque sólo en los primeros hay dos tipos de leyes cuya fuerza se encuentra equiparada, por estar inmediatamente subordinada a la constitución. En todo caso, no parece que la funcionalidad del referéndum dependa del modelo de federalismo. Como veremos más adelante, el juego de la institución depende de otras variables que no enlazan necesariamente con la razón de ser de la estructura federal.

II. El referéndum y las finalidades del federalismo

1. FEDERALISMO, DEMOCRACIA Y REFERÉNDUM

No digo nada nuevo al afirmar que las formas federales se proponen dos objetivos: de una parte, robustecer la democracia, al constituir un medio para aproxi-

mar las decisiones a los ciudadanos; de otra, consolidar la integración, ya que permiten dar expresión a las reivindicaciones identitarias. Es preciso, pues, valorar, si el referéndum constituye un buen instrumento para lograr ambas metas o si, por el contrario, es un obstáculo para alcanzarlas.

No voy a profundizar en el primero de estos asuntos, porque me parece menos polémico. Merece la pena tan sólo recordar que la vinculación entre democracia y federalismo goza de gran tradición histórica y recoge diferentes orientaciones doctrinales.

De un lado, hay quienes como S. Mill³ a finales del siglo XIX, configuraron los poderes locales como un ámbito de participación ciudadana que suple la separación entre representados y representantes en los intervalos entre elecciones parlamentarias de ámbito nacional. L. Brandeis dio un paso adelante en esta concepción cuando afirmó que los Estados miembros pueden servir como laboratorios de democracia, al permitir experimentar reformas sociales y económicas sin poner en peligro la estabilidad del resto del país⁴.

De otra, están quienes, como Madison⁵, veían en el federalismo una garantía del pluralismo. Desde esta óptica, la nueva Constitución de los Estados Unidos no sólo establecía una división del poder entre las instituciones de la federación y de los estados miembros, sino también dentro de la sociedad. La variedad de intereses y partidos existentes en la nueva Unión creaba obstáculos para que los abusos de las mayorías pusieran en peligro los derechos de individuos y minorías.

Ambas justificaciones se han mantenido a lo largo de la historia. Sirva como ejemplo que estuvo presente en la Asamblea constituyente que redactó la Constitución italiana de 1948. Durante los debates de este texto la opinión que finalmente predominó fue la de aquellos partidos antifascistas que concebían el Estado regional como una forma de acercar el poder a los ciudadanos y consolidar las instituciones democráticas⁶. Y, desde luego, inspiró a los redactores de nuestra norma fundamental.

Es verdad que, en la extensión de la organización autonómica a territorios que no tenían hechos diferenciales hubo algo de táctica política, porque «el café para todos» sirvió para neutralizar a los teóricos del agravio comparativo. Pero también implicaba la creación de nuevas formas de poder más descentralizado y, por ello, más cercano al ciudadano. Después de tantas décadas de autoritarismo,

³ *Considerations on Representative Government*, London, 1861, pág. 268.

⁴ Opinión disidente a la Sentencia *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/285/262>, visitado 28 noviembre 2023.

⁵ *The Federalist Papers*, nº 10 (J. Madison) y 51, (A. Hamilton o J. Madison). <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers>.

⁶ Groppi, T. «Lo stato regionale italiano nel XXI secolo, tra globalizzazione e crisi economica», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, nº21, abril 2015, pág. 35.

era imprescindible encontrar nuevos espacios de participación política, crear nuevos poderes legítimos y responsables ante los ciudadanos, así como dotar estas autoridades de medios suficientes para resolver los problemas de sus propias comunidades.

Como es sabido, nuestra norma fundamental diseña una democracia representativa en la que se insertan algunas instituciones de democracia directa destinadas a corregir la excesiva distancia entre representantes y representados que se atribuye a la primera. Con esta finalidad, el referéndum no sólo se prevé a nivel nacional, sino también en otros ámbitos territoriales distintos. En efecto, el art. 149.1. 32 CE permite, aunque sea de forma indirecta, que las entidades locales o las comunidades autónomas organicen consultas populares por vía de referéndum. La última oleada de reformas de los estatutos de autonomía se movió en la misma dirección, al insertar la figura entre los derechos políticos de los ciudadanos⁷.

No resulta sencillo analizar la funcionalidad de esta figura en nuestro país, ya que cualquier conclusión acerca del tema está condicionada por el peso de la experiencia en Cataluña. Prescindiendo ahora de ese supuesto, es preciso constatar que la nula utilización de este tipo de referéndum en las comunidades autónomas impide formular conclusiones empíricas acerca del asunto. Por eso, sólo a título de hipótesis y como reflexión de teoría general, es posible sostener que el uso de dicho instrumento en esos territorios podría agudizar las ventajas y los riesgos que son inherentes a esa forma de participación⁸.

Del lado positivo, en efecto, el referéndum en las comunidades autónomas podría incrementar la influencia que la opinión pública tiene sobre los órganos representativos. Este efecto se produciría en lo que podríamos denominar fase

⁷ Así, por ejemplo, el art. 29.6 del Estatuto de Cataluña reconoce a los ciudadanos de dicha Comunidad el derecho a promover la convocatoria de consultas populares por parte de la Generalitat y los Ayuntamientos, en materia de las competencias respectivas, en la forma y las condiciones que las leyes establecen. De manera similar, el Estatuto de Andalucía reconoce, en su art. 30. c), el derecho a promover la convocatoria de consultas populares por la Junta de Andalucía o por los Ayuntamientos, en los términos que establezcan las leyes. De manera más precisa, el art. 11.5 5 del Estatuto de Castilla y León reconoce a sus ciudadanos el derecho a promover la convocatoria de consultas populares, relativas a decisiones políticas que sean competencia de la Comunidad, en las condiciones y con los requisitos que señalen las leyes, respetando lo dispuesto en el artículo 149.1.32.^a de la Constitución Española. En aplicación de estos preceptos, las comunidades autónomas han dictado sus propias leyes de participación ciudadana. La información más detallada acerca de estos asuntos es la que recoge *Códigos electrónicos Formas de Participación Directa*, BOE, Edición actualizada a 9 de junio de 2023, file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/BOE-410_Formas_de_Participacion_Directa.pdf, visitado 28 noviembre 2022.

⁸ Tuve ocasión de tratar este asunto en «La funcionalidad del referéndum en los estados miembros y finalidades del federalismo», en Garrido López, C y Sáenz Royo (coord.), *Referéndums y consultas populares en el Estado autonómico*, 2019, págs. 27-44.

ascendente de la democracia, a la hora de que los órganos representativos seleccionaran los temas que más interesan a los ciudadanos y tuvieran en cuenta la opinión de la mayoría respecto a esos asuntos. Sucedería, también en la fase descendente, cuando los ciudadanos ejercen la exigencia de responsabilidad a los poderes públicos, aprobando o rechazando normas o decisiones adoptadas por sus representantes.

Ahora bien, y del lado negativo, la proximidad que facilita el ámbito territorial del referéndum podría agudizar algunos aspectos adversos. Por ejemplo, podría facilitar que quienes convocan el referéndum hicieran un uso cesarista o, al menos, propagandista del mismo, en caso de que lo utilizara como moción de confianza para dar mayor legitimidad a medidas ya adoptadas o, simplemente, para difundirlas. Hay buenos ejemplos de este tipo de instrumentalización en el ámbito local. Recordemos, por ejemplo, que uno de los grandes municipios españoles convocó en 2016 una consulta popular para que los ciudadanos decidieran si apoyaban la creación de un abono conjunto de metro y autobús, como si esta fuera una medida polémica a la que alguien pudiera negarse.

Hay que reconocer que, al menos desde un punto de vista teórico, hay tantos argumentos a favor como los hay en contra de la hipótesis expuesta, cuya comprobación o refutación requeriría más estudios empíricos referidos exclusivamente a nuestro país. En cualquier caso, la agudización de los efectos perniciosos del referéndum no es un motivo para excluirlos de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, sino sólo para establecer ciertos requisitos y garantías, tal y como se ha mantenido por los sectores doctrinales más autorizados⁹.

2. FEDERALISMO, INTEGRACIÓN Y REFERÉNDUM

Antes señalaba que el federalismo es, también, una técnica que favorece la diversidad, ya que permite dar expresión a las diferentes identidades de las partes que componen el territorio. Esta idea estuvo presente en los redactores de nuestra norma fundamental, pero también tuvo expresión en otros países. En Italia, por ejemplo, cinco regiones gozan de un Estatuto especial y, en el Reino Unido, sólo Escocia, Gales e Irlanda del Norte disponen *devolved powers*. Ahora bien, tampoco cabe olvidar que el reconocimiento de hechos diferenciales no es esencial al federalismo, ya que existen modelos, que gozan de profundas raíces históricas, basados en la homogeneidad, como son los casos de Estados Unidos, Austria o Alemania.

⁹ Por ejemplo, Sáez Royo, E. «La regulación del referendo en el derecho comparado: aportaciones para el debate en España», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 108, 2016, págs. 123-153; Garrido López, C. «La utilidad del referéndum como acicate y contrapeso en las democracias representativas», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 181, 2018, págs. 135-165.

En realidad, la finalidad que es común a todos los modelos federales es conseguir integración. El reconocimiento de peculiaridades, que puede conducir a un federalismo desigual, es instrumental con respecto a dicho objetivo. Lo que se pretende a través de esta técnica es eliminar las tensiones que derivan de reivindicaciones basadas en lengua, cultura o tradiciones históricas diferentes, canalizándolas a través de una estructura territorial donde la unidad se no asiente sobre la homogeneidad sino sobre bases más diversas. La finalidad es, pues, la misma que en países donde, o no hay hechos diferenciales o estos carecen de relevancia jurídica. En estos sistemas, la razón del federalismo aparece, quizá, más conectada con el principio democrático o con la división territorial del poder, por lo que no entraña desigualdades territoriales. Pero en estos casos, la homogeneidad en las competencias de los Estados miembros y la equiparación entre los ciudadanos se entiende como forma de permanecer unidos.

Merece la pena, pues, plantearse la funcionalidad del referéndum con respecto a esa finalidad. Acerca de ese tema es preciso volver a formular una respuesta hipotética, que consiste en resaltar los problemas que el referéndum puede generar sobre la integración territorial.

La suposición, una vez más, está llena de dudas, porque hay datos de la realidad que, en principio, la contradicen. Así, justo es reconocer que, en algunos casos, la unión ha sido posible gracias al referéndum. Así sucedió en Estados Unidos desde mediados del siglo XIX, cuando el Congreso requirió que los nuevos Estados admitidos a la Unión sometieran sus constituciones iniciales a votación popular¹⁰. Ocurrió también en Italia, país que es el resultado de los plebiscitos de integración que se sucedieron entre 1848 y 1860¹¹. No conviene tampoco olvidar que, en épocas mucho más recientes, la adhesión a la Unión Europea fue sometida a referéndum en 16 de sus Estados miembros¹².

Ocurre, sin embargo, que estos casos de utilización del referéndum son mucho menos frecuentes que aquellos en los que la institución se utiliza, o se pretende utilizar para el objetivo contrario, esto es, para poner en cuestión el pacto de unión.

Hay muchos ejemplos recientes de este hecho. Lo vivimos cuando, en 2005, los referéndums celebrados en Francia y Holanda impidieron seguir adelante en la elaboración de la Constitución Europea. Ha sucedido, también, con

¹⁰ Fisch, W. Constitutional Referendum in the United States of America, *American Journal of Comparative Law*, nº 54, 2006, pág. 485 <https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1411&context=facpubs>, visitado 20 octubre 2023.

¹¹ <https://www.150anni.it/webi/index.php?s=36&wid=94>, visitado 21 octubre 2023.

¹² Cuesta López, V. «El referéndum europeo: la decisiva intervención de los soberanos nacionales en el proceso de integración», *Oñati Socio-legal Series* [online], 7 (5), 899-928, pág. 912, <http://ssrn.com/abstract=3063962>, visitado 21 octubre 2023.

la votación del Brexit celebrada el 26 de abril de 2006, cuyas consecuencias han sido más nocivas para el Reino Unido que para la Unión. Y, en el ámbito nacional, ha sucedido algo parecido en Montreal con respecto a Canadá, Escocia con respecto al Reino Unido, el Véneto con respecto a Italia y Cataluña con respecto a España.

Un buen ejemplo de las tensiones que pueden provocar algunos referéndums convocados por entidades subestatales es Italia.

El primero de ellos afecta a Italia. En este país, las tensiones se volvieron a manifestar en 2017 en dos de los territorios que cuentan con la renta per cápita más alta, esto es, Lombardía y Véneto. No era esta la primera vez que las instituciones de las Regiones del norte de Italia intentaban respaldar, a través de votaciones populares, sus reivindicaciones de mayor autonomía ni, tampoco, que la Corte Constitucional italiana tuviera que intervenir en el proceso.

Ya en 1992, este órgano había declarado inconstitucional una Ley que preveía una consulta a los ciudadanos para incrementar las competencias de las instituciones de la Región. En opinión de la Corte, el referéndum, aunque carezca de eficacia vinculante, influye sobre el poder de iniciativa que corresponde al Consejo Regional y sobre las sucesivas fases del procedimiento de formación de la ley estatal, llegando a condicionar elecciones discrecionales que corresponden únicamente a los órganos centrales del Estado¹³.

En 2014 la situación fue más grave, dado que el Consejo Regional no sólo aprobó una Ley que instituía un referéndum consultivo sobre la autonomía del Véneto¹⁴ sino, además, otra norma de igual rango destinada a convocar una votación sobre la independencia de dicha región¹⁵. La Corte Constitucional confirmó la constitucionalidad del primero, aunque con sustanciales modificaciones en las preguntas. Ahora bien, declaró la nulidad del segundo. Para dicho órgano, preguntar a los electores de una zona de Italia sobre la independencia subvierte decisiones constitucionales esenciales, como son la unidad e indivisibilidad de la República, que el art. 5 de la Norma fundamental declara sustraídos hasta al poder de revisión constitucional. El pluralismo y la autonomía no consienten a las regiones cualificarse en términos de soberanía ni permite que sus órganos de gobierno se asimilen a los que están dotados de representación nacional. Una iniciativa de referéndum que contradiga la unidad de la República no podrá nunca traducirse en un ejercicio legítimo de poder por parte de las instituciones regionales y resulta, por tanto, *extra ordinem*¹⁶.

¹³ Sentencia nº 470/1992. Un criterio similar se mantuvo en la Sentencia 496/200.

¹⁴ Ley 19 de junio de 2014, nº15.

¹⁵ Ley 19 de junio de 2014, nº16.

¹⁶ Sentencia 188/2015 (ECLI:IT:COST:2015:118), <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2015&numero=118>, visitado 30 noviembre 2023.

El referéndum para incrementar las competencias autonómicas se celebró, finalmente, el 22 de octubre, con una participación del 57,2 % de los electores, cuyo 98,1 % votó a favor¹⁷. El mismo día tuvo lugar un referéndum muy similar en Lombardía, aunque en este territorio la participación fue sólo del 38,34 %. Ahora bien, se manifestaron a favor de la propuesta más del 95 % de los electores¹⁸.

Podrían citarse más casos similares al que se acaba de describir, que afectan a otros países europeos. Pero creo que el supuesto italiano pone de manifiesto el principal riesgo que suscitan los referéndums en entidades subestatales y que consiste en poner a prueba la naturaleza contramayoritaria de la constitución y del tribunal constitucional.

En otros momentos¹⁹ he tenido ocasión de demostrar la estrecha relación que existe entre la idea normativa de constitución y la estructura federal. Este vínculo se da, por primera vez, en la Constitución estadounidense de 1789, cuyo art. VI.2 declara que la Constitución es *supreme law of the land* como garantía del pacto federal y frente a su posible incumplimiento por parte de los Estados miembros. Dicho precepto, además, configura a los jueces de estas entidades territoriales como garantes del pacto, permitiéndoles inaplicar las normas de sus propios ordenamientos jurídicos que sean contrarias a las federales. De aquí, como sabemos, nace el control de constitucionalidad, que, sólo cuando ya habían transcurrido catorce años desde la aprobación de la Norma fundamental, comenzó a ser ejercido por la Corte Suprema federal sobre las leyes de la Federación.

La experiencia europea, con ser muy posterior, no fue muy distinta.

Recordemos que la idea normativa de constitución tarda en implantarse y, en sus primeras formas, nace en países que se descentralizan políticamente, como fueron los casos de Austria (1920) o España (1931). Es H. Kelsen quien configura teóricamente la nueva concepción de constitución, al enfocarla como norma jurídica que no sólo crea la federación sino, también, a los Estados miembros, atribuyéndoles una autonomía que antes no poseían. Como resultado de esta supralejidad, tanto las normas de la federación como las de los Estados miembros se encuentran igualmente subordinadas jerárquicamente a la norma fundamental.

La conexión entre control de constitucionalidad y federalismo es tan estrecha en Europa como en Estados Unidos. Fueron Austria, Checoslovaquia y España, es decir, tres ordenamientos que asumieron una estructura territorial compuesta, los primeros que crearon un Tribunal Constitucional, encargado de un control de constitucionalidad similar al que hoy conocemos, cuya principal misión es actuar

¹⁷ <http://referendum2017.consiglio Veneto.it/sites/index.html#/riepilogo>.

¹⁸ <https://referendum.regione.lombardia.it/#/turnout/100000>.

¹⁹ Sobre todo en «La Constitución fue norma por ser pacto federal», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 28, 2011, págs. 179-204.

como árbitro en las disputas competenciales entre los Estados miembros y la federación²⁰.

El principal problema que suscitan los referéndums celebrados en los Estados miembros consiste en que pueden llegar a constituir un desafío a estas ideas. En efecto, pueden servir para cuestionar la función de la constitución como pacto de unión y el papel del Tribunal Constitucional como garante de dicho acuerdo. Las tensiones que este tipo de votaciones populares genera puede, pues, repercutir de forma negativa en la necesaria legitimidad que dicho órgano precisa.

En los Estados federales, la misión de la justicia constitucional consiste en resolver disputas de poder entre instituciones. Esta es una tarea complicada, porque en todas partes la delimitación de las competencias es compleja, por muy bien que esté redactada la norma fundamental²¹. Ahora bien, dichos debates son inherentes al federalismo, como lo es que exista una institución cuya misión consista en resolverlos. La situación es distinta, y mucho más compleja, cuando es el pueblo, en referéndum, quien desafía el pacto de unión que da vida a la norma constitucional. En ocasiones como esta, la declaración de inconstitucionalidad acentúa un problema que afecta a la propia existencia de la justicia constitucional y que consiste en su debatida legitimidad para anular decisiones adoptadas directamente por la voluntad popular.

Hay que reconocer que el control de constitucionalidad es, a veces, polémico cuando afecta al resultado de un referéndum. Recordemos que hay países que gozan de una larga tradición democrática, como es el caso de Francia, donde los órganos de justicia constitucional consideran que su misión reside, sólo, en controlar a los poderes públicos y no las decisiones aprobadas por el pueblo, ya que estas son expresión directa de la soberanía nacional²². En el caso de los Estados

²⁰ Kelsen, H. «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional). Traducción de R. Tamayo y Salmorán, revisada por D. García Belaunde, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2011, págs. 249-300.

²¹ Tuve ocasión de analizar estas dificultades en «Garantías de integración y garantías de autonomía», en Biglino Campos, P., Mapelli Marchena, C., *Garantías del pluralismo territorial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Fundación Manuel Jiménez Abad, *Forum of Federations*, Madrid, 2011, pág. 13-26.

²² Decisión nº 93-313 DC de 13 de septiembre de 1992. En esta ocasión mantuvo el mismo criterio que había sostenido en la Decisión nº 62-20 DC, de 6 de noviembre, para resolver la situación creada a partir del referéndum convocado por Ch. de Gaulle en 1968. El General había decidido someter a referéndum la modificación del procedimiento de elección presidencial, para pasar de una forma indirecta a otra por sufragio universal. La votación se llevó a cabo el 28 de octubre de 1968 y la propuesta se aprobó con el 68% de votos favorables. El presidente del Senado recurrió la decisión ante el Consejo Constitucional, ya que se había prescindido del procedimiento exigido por el art. 89 de la Constitución, que preveía la necesaria participación de las Cámaras en la consulta. Ahora bien, dicha institución se declaró incompetente para decidir sobre la cuestión, argumentando que las leyes aprobadas por el pueblo constituyen expresión directa de la soberanía nacional (López Rubio, D. «El

federales, estos problemas se pueden agravar en caso de que, a la dificultad mencionada, se añada otra, que consiste en poner en cuestión la legitimidad de la jurisdicción constitucional a la hora de velar por la integración nacional frente a la opinión expresada en las urnas por una parte de los ciudadanos.

En ocasiones como esta, no sólo sufre la constitución como pacto de unión, sino también el rol que desempeña el Tribunal Constitucional. Buen ejemplo de ello es la reacción provocada en Cataluña por la STC 31/2010, en la que dicho órgano declaró parcialmente inconstitucional la reforma del Estatuto de Autonomía de dicha Comunidad. Por ahora, baste con señalar que la profundidad y la extensión de la reacción a la sentencia quizá responda, entre otros factores, a que la norma sometida a control constitucional no sólo tenía el respaldo de instituciones representativas, como eran las Cortes Generales y el Parlamento de Cataluña, sino también del pueblo catalán en referéndum. Entonces ya hubo voces que, en línea con la postura del Consejo Constitucional francés, pusieron en cuestión la legitimidad del Tribunal Constitucional para decidir acerca de la validez de una decisión adoptada directamente por los ciudadanos²³.

Es claro que este tipo de problemas no tienen por qué resolverse negando la funcionalidad de los referéndums en los Estados miembros, sino que dichas dificultades pueden evitarse mediante una regulación adecuada y las necesarias garantías. A este espíritu respondió, por ejemplo, la reintroducción del recurso previo para los proyectos de Estatutos de Autonomía que llevó a cabo la LO 15/2015. Ahora bien, tampoco cabe negar que la mera posibilidad de que los referéndums se utilicen para poner en cuestión el pacto de unión afecta, de manera muy acusada, a la funcionalidad del referéndum.

Desde un punto de vista normativo explica que, cuando existen problemas de integración territorial, la legislación sea mucho más cautelosa que cuando la unidad no se pone en cuestión. Por ejemplo, la exigencia de autorización estatal para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum que impone el art. 149.1.32 de la nuestra Constitución nace de la desconfianza. A la que ya suscita la figura en un ordenamiento eminentemente representativo, como es el nuestro, se añade la que deriva de su uso en territorios más reducidos que el del Estado.

Desde un punto de vista fáctico, la puesta en cuestión de la unidad por parte de determinados territorios explica la escasa utilización del referéndum en los países que sufren este tipo de reivindicaciones. Esta ha sido la experiencia, al me-

control de constitucionalidad de los referendos e iniciativas» en Sáenz Royo, E., Garrido López, C. (Coords), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, Valencia 2017, págs. 255-259).

²³ Por ejemplo, Pérez Royo, J. «El Tribunal Constitucional y la autonomía de Catalunya: crónica de un disparate», *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho (Universidad de Sevilla)*, n.º 15, 2017, págs. 177-203.

nos hasta el momento, en España y en Italia, donde pocas veces las regiones o las comunidades autónomas han hecho uso de una figura que, sin embargo, sus propios ordenamientos jurídicos contemplan de manera generosa.

Esta experiencia contrasta con la intensa utilización del referéndum en otros ordenamientos que, sin embargo, desconocen este tipo de tensiones o donde, al menos, los problemas de integración tienen mucha menos intensidad. Aquí nuevamente nos movemos en el terreno de la hipótesis, pero quizá fuera posible demostrar sobre hechos ciertos que el éxito de la democracia directa en los Estados miembros de los Estados Unidos y en los Cantones suizos deriva, entre otros factores, de que no se someten a votación popular reivindicaciones que pongan en cuestión la unidad nacional.

III. La propuesta de un referéndum para Cataluña desde la optica federal

No es cuestión de rememorar, en estas páginas, las tensiones que las reivindicaciones independentistas formuladas por algunas fuerzas políticas catalanas han generado en nuestro ordenamiento. Antes se señalaba que el respaldo popular que había recibido el nuevo Estatuto catalán fue, precisamente, el argumento utilizado por quienes defendían dicha norma para poner en cuestión la legitimidad del Tribunal Constitucional. Conviene ahora recordar que la reacción inmediata a la Sentencia fue una manifestación, que, encabezada por el presidente de la Generalitat de Cataluña, esto es, por el representante del Estado en dicho territorio, congregó el 9 de julio de 2010 a un millón de personas. El argumento que todavía utilizan algunas fuerzas políticas para justificar el referéndum ilegal del 1 de octubre de 2017 sigue siendo que la decisión del Tribunal frustraba las expectativas identitarias generadas por el nuevo Estatuto.

Lo cierto es no es fácil encontrar otros casos en los que el descontento ante una decisión de la justicia constitucional en materia territorial haya generado una infracción tan grave del ordenamiento, como es una declaración unilateral de independencia. Quizá, el único precedente sea la reacción que provocó la Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de 8 de junio de 1934 sobre la Ley catalana de 11 de abril de 1934, de Contratos de Cultivo²⁴. También en este caso el rechazo a dicha decisión por parte de algunas fuerzas políticas catalanas no sólo condujo al Parlamento de dicho territorio a aprobar por unanimidad una nueva ley que era reproducción literal de la que acaba de ser

²⁴ Puede consultarse en https://cja.gencat.cat/web/.content/continguts/la_institucio/historia/sentencia-8-junio-tribunal-garantias-constitucionales-1934-ES.pdf, visitado 29 noviembre 2023.

declarada inválida, sino también a que Esquerra Republicana, secundada por los diputados nacionalistas vascos, se retirara de las Cortes en señal de protesta. Ninguna de estas actuaciones puede desligarse de la posterior proclamación de independencia de octubre de 1934²⁵.

Volviendo a épocas más actuales, el rechazo a aceptar la decisión STC 31/2010 poco tiene que ver con la lealtad constitucional manifestada por las regiones italianas a la Sentencia 188/2015 antes mencionada o con el acatamiento de la decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido de 23 de noviembre de 2022, en la que dicho órgano negó que el Parlamento escocés tuviera competencia para convocar un referéndum de manera unilateral²⁶.

Quizá la STC 31/2010 no fuera del agrado de muchos, pero esto no es justificación para romper las reglas del juego, a menos que no se esté dispuesto a renunciar a la propia esencia del constitucionalismo contemporáneo. Como antes se recordaba, la misión del Tribunal Constitucional es, precisamente, actuar como árbitro de las disputas territoriales y, en su caso, poner límites a la mayoría cuando esta se extralimita y vulnera la norma fundamental. En una democracia pluralista, ninguna fuerza política tiene el derecho a deslegitimar a las instituciones hablando en nombre de todo un pueblo, sobre todo ello conduce a llevar a tensión al máximo la integración territorial.

Aunque los argumentos destinados a justificar la convocatoria del referéndum ilegal y de la declaración de independencia se esgrimen todavía, por lo que no estaría de más seguir contrarrestándola, merece la pena centrar la atención en el otro tipo de referéndum que también se ha propugnado para que los ciudadanos decidan sobre el destino de Cataluña, esto es, el contemplado en el art. 92 CE.

Es verdad que ha habido voces que han defendido la posibilidad de utilizar esta vía para consultar al pueblo acerca de la posición que Cataluña ha de ocupar en nuestra organización territorial²⁷. La situación política existente en el momen-

²⁵ Sobre estos asuntos, Balcells, A. *El problema agrario en Cataluña. La cuestión Rabassarie*, (1890-1936), Ministerio de Agricultura, Madrid, 1980, pág. 223, https://www.mapa.gob.es/ministerio/pags/Biblioteca/fondo/pdf/15991_all.pdf, visitado 29 octubre 2023; González Hernández, E. «El problema regional en la II República: los controles estatales sobre las regiones autónomas en la Constitución de 1931 y los acontecimientos de 6 de octubre de 1934», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 75, 2008, págs. 257-307, file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/902-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1668-1-10-20190618.pdf, visitado 29 noviembre 2023.

²⁶ Sobre esta decisión, Sánchez Ferro, S. ¿Referéndum unilateral de independencia? La respuesta del Tribunal Supremo británico, *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 39, 2023.

²⁷ Por ejemplo, De Carreras, F. «¿Un referéndum?», *La Vanguardia*, 19 septiembre 2012, <https://www.lavanguardia.com/opinion/articulos/20120920/54350587199/francesc-de-carreras-un-referendum.html>, visitado 30 noviembre 2023; Rubio Llorente, F. «Un referéndum para Cataluña», *El País*, 8 octubre 2012, https://elpais.com/elpais/2012/10/03/opinion/1349256731_659435.html, visitado 30 noviembre 2023. Para este autor, sí, por ejemplo, una minoría territorializada desea la independencia, el principio democrático impide oponer a esta voluntad obstáculos formales que puedan ser elimi-

to de escribir estas páginas no excluye que se acuda a esta vía, dado que una de las condiciones impuestas por Junts al acuerdo de investidura con el PSOE propone, precisamente, explorarla²⁸. Ahora bien, tampoco cabe negar que una solución como esa deja abiertos muchos interrogantes.

El primer de ellos es, claro está, el contenido de la pregunta, porque una cosa es requerir la opinión del pueblo acerca de la independencia de Cataluña y otra es recabar su posición acerca de una reforma de la Constitución destinada a revisar la relación de dicha comunidad autónoma con el conjunto del Estado. Sería preciso aclarar, también, el ámbito territorial de la votación, ya que algunos defienden que se realice sólo en Cataluña, mientras que otros argumentan que el art. 92 CE exige, literalmente, que se llame a consulta «a todos los ciudadanos».

Pero sea cual sea la solución a estos interrogantes, es preciso compartir la opinión expresada por Gregorio Cámara hace algunos años²⁹ acerca de la inconstitucionalidad de un referéndum en el que solo la ciudadanía de Cataluña se pronunciara directamente sobre la independencia. Yendo más allá de lo que él expone, cabe también dudar de la validez de una votación, aun realizada a nivel nacional, que versara sobre una propuesta manifiestamente contraria al texto de la norma fundamental vigente. En efecto, los procedimientos de reforma constitucional están tasados en nuestro ordenamiento, por lo que cualquier modificación de nuestra norma fundamental debe discurrir por lo dispuesto en los arts. 167 y 168 CE. Es cierto que ambos preceptos prevén la participación popular, pero una vez que las Cortes Generales hayan concretado los términos del debate. En caso contrario, la libertad del órgano que representa a todo el pueblo en su conjunto estaría sumamente condicionada por el resultado de un referéndum convocado por el ejecutivo, aunque sea con autorización de Congreso de los Diputados.

Queda una última reflexión para concluir estas páginas. A lo largo de ellas se ha puesto de manifiesto que el juego del referéndum en un sistema federal es ambivalente. Es un instrumento de participación que puede favorecer la democracia cuando la integración territorial no está en juego. En caso contrario, el referéndum puede tener efectos muy nocivos para la pervivencia del pacto de unión. El mejor ejemplo de esta afirmación es lo que está sucediendo en nuestro país. En los Estados Constitucionales contemporáneos, la democracia no se reduce al derecho a

nados. En su opinión, antes de reformar la Constitución es preciso averiguar la existencia y la solidez de esta supuesta voluntad. El mismo autor señala algunas de los problemas que suscitara la iniciativa. El primero de ellos sería la laguna de la Ley Orgánica sobre modalidades de referéndum, que no contempla esta figura

²⁸ Acuerdo PSOE-JUNTS, <https://estaticos-cdn.elperiodico.com/epi/public/content/file/original/2023/1109/11/231107-acuerdo-psoe-junts-pdf-2.pdf>, visitado 30 noviembre 2023.

²⁹ «La organización territorial de España. Una reflexión sobre el estado de la cuestión y claves para la reforma constitucional», *Revista de Derecho Político*, n.º 101, enero-abril 2018, pág. 421.

decidir, o, utilizando una expresión más precisa, al derecho de participación política. Es también respeto al pluralismo político y al Estado de Derecho, que hoy en día es Estado Constitucional de Derecho. La celebración de un referéndum en el que se preguntara a todos, o a una parte, de los ciudadanos por una solución que es contraria a la norma fundamental podría en cuestión la propia noción de democracia y el espíritu integrador que mueve al federalismo.

Como antes se afirmaba, la democracia contemporánea se fundamenta en la voluntad popular, pero el pueblo no está *legibus solutus*. Tiene el poder de aprobar y, posteriormente, modificar la norma fundamental, pero mientras esta se encuentre en vigor ha de respetar los límites que la constitución establece. Esta vinculación no es una limitación al principio democrático, como podría pensarse en un principio, sino una consecuencia del mismo, ya que la democracia exige también la obediencia a la ley y a la constitución que nos hemos prescrito.

Junto a ello, someter a referéndum la independencia de Cataluña pondría en claro peligro el otro objetivo que el federalismo pretende alcanzar. Como se ha explicado, el federalismo permite la expresión de los hechos diferenciales, pero de manera instrumental y con el objetivo de reforzar la unión. El mero hecho de someter a votación la separación de una zona geográfica del país al conjunto del Estado supone, de por sí, negar la integración que el federalismo se propone garantizar.

SOBRE LA FEDERALIZACIÓN DEL ESTADO AUTONÓMICO

ADORACIÓN GALERA VÍCTORIA
Universidad de Granada

I. Introducción

Uno de los grandes éxitos de la democracia española ha sido diseñar un modelo territorial capaz de integrar el pluralismo y garantizar la cohesión social. La opción por descentralizar territorialmente el poder y construir un modelo de reparto del poder entre el Estado y las comunidades autónomas permitió articular el pluralismo de la sociedad española sobre la base de unos principios de convivencia en común. Con la unidad y la solidaridad como punto de partida y la igualdad como horizonte, la construcción y el desarrollo del sistema autonómico lograrían consolidar un modelo que ha permitido establecer un marco constitucional de integración social y gestión de los asuntos públicos a partir la distribución de competencias entre instancias territoriales distintas.

Han sido muchas las etapas que han ido definiendo un modelo complejo de relaciones institucionales y competenciales que ha resultado positivo para una mejor y más eficaz gestión de los servicios públicos. Sin embargo, es preciso seguir ajustando el sistema autonómico a las necesidades sociales actuales para ofrecer una mejor respuesta a las demandas de la población. El balance de estos más de cuarenta por construir un modelo de ordenación territorial de convivencia es, sin duda, positivo. El recorrido constitucional por cada uno de los hitos que han permitido desarrollar y consolidar el Estado autonómico ha permitido avanzar en progreso y cohesión social. Así lo demuestra la experiencia de estos años donde constantes ajustes políticos y jurídicos ha ido acercando el sistema a las ventajas de un gobierno compartido entre el Estado y las comunidades autónomas. Como también espacios de mejora para seguir avanzando en el progreso social mediante los instrumentos que ofrece una adecuada distribución territorial del poder.

Sobre las dogmática de quienes como el profesor Cámara Villar desde hace años han defendido la reforma del modelo territorial en clave federal¹ y la propia experiencia constitucional, nos parece oportuno recordar en estas páginas algunas de las propuestas más destacadas que, con el deseo de perfeccionar el modelo constitucional, pueden abrir nuevos horizontes para el Estado autonómico. En este deseo de avanzar sobre la base de los principios e instrumentos básicos de la democracia, el reajuste del sistema territorial se aborda desde la cultura y las técnicas federales. Y ello porque, como ha sido acertadamente advertido, la realidad actual nos sitúa ante modelo territorial que funciona en la práctica con una lógica federal². El Estado autonómico es un sistema que ha seguido una evolución natural hacia la forma federal, aunque adolece de carencias o déficits estructurales que, una vez superada la indefinición inicial y consolidada su generalización, deberían ser solventados. Una *lectura autonomista y federal* del modelo constitucional³ no sólo debe seguir presente para una adecuada comprensión de la opción constitucional por organizar territorialmente en poder. Esa premisa sin duda necesaria para entender la evolución del modelo, es precisamente el reto que debemos asumir y afrontar para el futuro del Estado autonómico: reajustar el marco constitucional a las exigencias de la democracia pluralista y de la complejidad del esquema de relaciones de poder en una realidad globalizada.

Con este propósito y en este contexto, puede resultar oportuno recordar hasta qué punto es acertado federalizar el sistema autonómico mediante fórmulas e instrumentos de ordenación territorial del poder claros y ajustados a nuestra realidad constitucional. Ello presupone en primer lugar, depurar una errónea concepción del modelo federal muy común en el imaginario colectivo español y acercar a la opinión pública a las técnicas federales con ejemplos claros que los hay ya, en nuestro sistema. Para finalmente, subrayar las ventajas que implica ordenar y limitar el poder conforme a unos principios precisos e inherentes al constitucionalis-

¹ Entre otros trabajos del autor, vid. G. CÁMARA VILLAR «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 (Ejemplar dedicado a: Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española de 1978 (II)), págs. 395-430; G. CÁMARA VILLAR, «Federal Reform of Spain vs. Secession in Catalonia. Could Constitutional Reform Provide a Response to the Demands Upon Which the Justification for Secession Are Based?» en A. LÓPEZ-BASAGUREN y L. ESCAJEDO (eds.), *Claims for Secession and Federalism*. Cham: Springer. 2019, y europeísta «La Unión Europea necesita transitar hacia el federalismo», en *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, F. BALAGUER CALLEJÓN. E. ARANA GARCÍA (coord), Vol. 1, 2014, págs. 167-188.

² Sobre la «lógica» federal del Estado autonómico en G. CÁMARA VILLAR «El principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónoma», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1, enero-junio de 2004, texto disponible en <http://www.ugr.es/~redce/>

³ J. SOLÉ TURA en «La lectura autonomista y federal del modelo de Estado constitucional», *Leviatán: Revista de hechos e ideas*, núm. 26, 1986, págs. 5-15.

mo democrático como son el respeto al pluralismo, la solidaridad, la cooperación y colaboración y la lealtad institucional.

Se tratará pues de subrayar las ideas y presupuestos de una democracia federal expresada en reglas de ordenación territorial construidas desde la negociación y el acuerdo sobre cómo y qué instancia conviene gestionar los asuntos de interés común y aquellos que en cambio, corresponden a un espacio particular. Lo que inevitablemente conduce al abandono de posturas férreas o encontradas y, en cambio, subrayar la búsqueda de cauces de debate y entendimiento que permitan integrar el pluralismo y gestionar de forma eficaz las demandas sociales. En definitiva, se propone un debate sosegado y realista sobre el modelo territorial, sobre sus logros, pero también sobre sus déficits, lo que nos sitúa ante un escenario constitucional que precisa ajustes básicos para seguir mantenido su finalidad integradora mediante la satisfactoria, eficaz y racional respuesta pública a las demandas de la ciudadanía. Para eso partiremos del marco constitucional inicialmente diseñado y desarrollado para situarnos en el horizonte del federalismo cooperativo, en una perspectiva de futuro que nos parece el encaje más preciso y natural para la perfección del sistema autonómico, en la órbita de otros Estados y de la propia Unión Europea.

II. Del regionalismo diferenciador a la federalización del modelo territorial

Los análisis sobre el sistema autonómico español suelen subrayar la combinación de principios y presupuestos que permitieron la constitución de un sistema de distribución territorial del poder original desde una perspectiva empírica y metodológica. Se parte así de la conocida *desconstitucionalización* del modelo territorial en la simbólica expresión de P. Cruz Villalón⁴ y su articulación progresiva sobre la base del principio dispositivo, que permitió el desarrollo de un sistema singular y lograría la consolidación del Estado autonómico sobre el principio de igualdad. En cierto, y conviene recordarlo, que la formulación del artículo 2 de la Constitución no menciona la igualdad junto a los tres principios que actuarán como eje del modelo: la autonomía como derecho de las «nacionalidades» y «regiones» ejercida desde el respeto a la unidad territorial y la garantía de la solidaridad interterritorial. Pero la propia flexibilidad del sistema y a impulso de la autonomía andaluza, introduce la igualdad como principio vertebrador de un modelo

⁴ P. CRUZ VILLALÓN «La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. extra 4 (Las Comunidades Autónomas), 1981, págs. 53-63. También en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

territorial y reconduce el sistema autonómico por cauces federales⁵. Y es que, si el marco constitucional fue diseñado con una clara inspiración regional sobre los cauces constitucionales diseñados en el Título VIII CE y las disposiciones transitorias segunda y adicional primera, la realidad reorienta el modelo hacia la generalización del sistema autonómico a la totalidad de los territorios con una marcada tendencia federalizante de carácter igualador.

En efecto, una visión panorámica sobre las distintas etapas que han conducido a la configuración del Estado autonómico⁶ ofrece sin gran esfuerzo analítico una primera conclusión: el proceso de construcción y evolución del sistema autonómico español ha generalizado el sistema para todos los territorios en una constante búsqueda (y logro) de la versión territorializada del principio de igualdad. En ese proceso la voluntad de determinados territorios por introducir y mantener la igualdad en la configuración y consolidación del sistema territorial, será determinante frente a las tensiones y pulsos diferenciadores de territorios periféricos. El mapa autonómico es así fácilmente caracterizado por una fuerte conflictividad territorial generada por la presencia constante del binomio igualdad-asimetría territorial. En todo caso, la generalización del modelo a todos los territorios se produce desde su puesta en marcha, primero mediante los acuerdos políticos de 1981, donde los principales partidos de la escena política del momento (UCD y PSOE) apuestan por una autonomía igual para todas las comunidades autónomas mediante la equiparación del sistema institucional básico descrito en la Constitución (artículo 152 CE). Como es sabido, desde ese esquema constitucional la autonomía política se desarrolla conforme a un mecanismo de mimetismo institucional respecto al modelo estatal y entre sí, hasta tal punto que las diferencias son prácticamente inexistentes.

En materia competencial, la constante igualadora en la evolución del modelo autonómico es asimismo subrayable. La distinción de partida entre territorios atendiendo a su diverso modo de acceder a la autonomía política fijada por un periodo inicial de cinco años (artículo 148.2 CE), sería eliminada de nuevo por la vía de la negociación política mediante los acuerdos políticos de 1992 suscritos entre el gobierno y el principal partido de la oposición (PSOE y PP). Se consolida así el compromiso con una autonomía política igualadora que se concreta en una fase de reformas estatutarias de las llamadas comunidades autónomas de vía lenta. La sustancial equiparación competencial entre los territorios (con las notables

⁵ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Desarrollo constitucional y respuesta andaluza en la construcción del Estado autonómico*, en *Cuadernos Fundación Giménez Abad*, Zaragoza, 2012. También G. CÁMARA VILLAR, desde una perspectiva autonómica en «La propuesta andaluza de federalización del Estado» *Anuario político de Andalucía 2013-2014* J. MONTABES, C. ORTEGA (coord.) 2015, págs. 251 y ss.

⁶ Vid. la obra de referencia de E. AJA, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*. Alianza editorial, Madrid. 1999.

salvedades de las competencias en materia de sanidad y educación) acaecida en la década de los noventa no calma sin embargo, las tensiones y conflictos territoriales. Al contrario, el debate sobre la simetría o asimetría del Estado autonómico⁷, la apelación al regionalismo diferenciador latente en el texto constitucional y las presiones de los territorios periféricos por mantener un status singular dentro del mapa autonómico se agudiza y encuentra eco en el espacio público.

Los elementos regionales presentes en el texto constitucional se proyectan fuertemente en la realidad social y política. Uno de los factores que influyen (y alimentan) la amplificación de las reivindicaciones diferenciadoras estará marcado por los cambios en los escenarios de debate político. A partir de ese momento, comienza a desmontarse un sistema político regido por la alternancia de fuertes mayorías parlamentarias en las instituciones de gobierno centrales. El *retorno de gobiernos minoritarios* sostenidos por mayorías parlamentarias débiles necesitarán del apoyo de otras fuerzas parlamentarias y, singularmente, de los partidos nacionalistas en el congreso⁸. Este cambio en la escena política impulsará un periodo donde el protagonismo de los partidos periféricos de implantación territorial en la formación de decisiones de interés general será determinante para la reconfiguración del sistema autonómico⁹. En este contexto cobra especial relevancia los cambios en el sistema común de financiación autonómica impulsados por los partidos nacionalistas que por primera vez se abre a la participación general de las comunidades autónomas. Pero la virtualidad de esta primera y sucesivas reformas del sistema de financiación muestra, sin embargo, las debilidades de un modelo que no responde a las exigencias de garantizar la autonomía financiera con criterios de transparencia, equidad y solidaridad territorial.

⁷ A este respecto vid. entre otros, en la doctrina G. TRUJILLO «Homogeneidad y asimetría en el Estado autonómico. Contribución a la determinación de los límites constitucionales de la forma territorial del Estado», *Documentación administrativa*, núm 232-233, 1992-1993 (Ejemplar dedicado a: El estado autonómico, hoy), págs. 101-120; J. F LÓPEZ AGUILAR «Constitución, autonomía y hecho diferencial. El Estado autonómico y el «hecho diferencial constitucionalmente relevante»» *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2 (septiembre-diciembre 1997), págs. 25-74; E. ÁLVAREZ CONDE «Homogeneidad y asimetría en el modelo autonómico español», en *Asimetría y cohesión en el Estado autonómico: jornadas sobre el Estado autonómico: integración y eficacia*, 1997, págs. 77-90; Un visión posterior sobre esta cuestión J. TUDELA ARANDA «La asimetría, que no los hechos diferenciales, como nota distintiva del Estado autonómico» *Revista de Derecho Político*, núm. 101, 2018 (Ejemplar dedicado a: Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española de 1978 (II)), págs. 431-460.

⁸ Al respecto vid. G. TRUJILLO, «Homogeneidad y simetría en el Estado autonómico: contribución a la determinación de los límites constitucionales de la forma territorial del Estado», op. cit. pág. 101.

⁹ F. BALAGUER CALLEJÓN, *La constitucionalización del Estado Autonómico*, en *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, n. 9, 1997, pp. 129-160; ID: *autor Desarrollo constitucional y respuesta andaluza en la construcción del Estado autonómico* op. cit., Igualmente, vid. J. TUDELA ARANDA, *El fracasado éxito del Estado autonómico. Una historia española*. Marcial Pons, Barcelona, 2016.

La evolución del Estado autónomo español vuelve a mostrar la fortaleza de la tendencia igualadora en el ámbito territorial en la fase de las reformas estatutarias iniciada en 2005, cuando tras el intento fallido de la propuesta de independencia del País Vasco, presentada formalmente ante el congreso como reforma del Estatuto de Guernica, se abre una intensa etapa en el proceso autonómico impulsada por las propias comunidades autónomas mediante la reforma de sus Estatutos de Autonomía¹⁰. Dejando al margen el interés que tiene este periodo por la diversidad e intensidad de los aspectos actualizados en los textos estatutarios, así como por su utilidad para evidenciar la necesidad de una revisión constitucional en clave federal¹¹, el sentido de este análisis nos conduce de nuevo a insistir en la activación de mecanismos de cierre por parte de las propias comunidades autónomas a la hora de revisar en profundidad el marco estatutario.

Como es conocido, la legitimidad constitucional para abordar una profunda revisión del autogobierno en todas sus posibles expresiones (institucionales, competenciales, financieras, de relaciones con la ciudadanía y otros poderes territoriales internos y externos) tal y como quedaría reflejada en el *Estatut* y en otras normas estatutarias, fue objeto de examen de constitucionalidad en la STC 31/2010¹². Esta respuesta jurisdiccional constituirá un nuevo hito en el proceso de evolución (o mejor, involución) del Estado autonómico. Pues, es sabido que desde entonces la reacción de los gobiernos catalanes estará inspirada por una fê-

¹⁰ Al respecto vid. L. ORTEGA, *Reforma constitucional y reforma estatutaria*, Civitas, 2015; C. VIVER I PI-SUNYER, F. BALAGUER CALLEJÓN, J. TAJADURA *La reforma de los Estatutos de Autonomía con especial referencia al caso de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005; Igualmente, los artículos publicados en el número monográfico sobre el tema de la *Revista de Estudios Políticos*, núm. 51/2011. J. A. MONTILLA MARTOS, *Reforma federal y Estatutos de segunda generación*, Thomson-Aranzadi, Cidur-Menor, 2015.

¹¹ Entre los números trabajos al respecto, vid. E. AJA «¿Hay que reformar la Constitución?» en *Claves de razón práctica*, 241, 2015; E. AJA, F. GARCÍA ROCA, J. A. MONTILLA MARTOS, L. Díez BUESO, *Reflexiones sobre una posible reforma constitucional del sistema autonómico*, *Informe comunidades autónomas*, 2015; A. LÓPEZ BASAGUREN «Sobre el desarrollo federal del sistema autonómico», en *Constitucionalismo crítico: Liber amicorum Carlos de Cabo Martín* / M. A. GARCÍA HERRERA, J. ASENSI, F. BALAGUER CALLEJÓN (Coord.), Carlos de Cabo Martín (hom.), Vol. Tirant lo Blanch, 2016; S. MUÑOZ MACHADO (Coord.) *Ideas para una reforma de la Constitución*, (2017). Disponible en idpbarcelona.net/docs/actual/ideas_reforma_constitucion.pdf, pp. 10-12. G. CÁMARA VILLAR, «La organización territorial de España. Una reflexión sobre el estado de la cuestión y claves para la reforma constitucional», op. cit.

¹² Entre los abundantes estudios que analizan críticamente este pronunciamiento pueden ser consultados los publicados en el número monográfico *El Constitucional y el Estatut de El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 15/2010; Igualmente en *Valoración general de la Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional* realizada por diversos autores en *Revista catalana de dret públic*, núm. extra 1/2010; Los estudios publicados en el número monográfico sobre la sentencia del Estatut de la *Revista d'estudis autonòmics i federals*, n. 12/2011 o en el número especial de la revista *Teoría y realidad constitucional*, núm. 27/2011.

rra voluntad de afirmar una identidad territorial propia y trazar un camino hacia la independencia de Cataluña amparándose en una lectura interesada y sesgada del «derecho a decidir»¹³. Desde entonces el radical desencuentro entre las diversas fuerzas políticas, independentistas por un lado, y las denominadas constitucionalistas, por otro, no ha hecho sino incrementar la tensión y el grado de conflictividad territorial hasta niveles extremos. La conflictividad social y política propia de las sociedades complejas se expresa en el sistema político español, en conflictos territoriales que, lejos de ser resueltos conforme a las técnicas y cauces democráticos, se han agudizado en los últimos años. El debate público adopta así un enfoque esencialmente identitario que paraliza cualquier avance racional en la mejora del funcionamiento del sistema.

En efecto, desde hace década y media la radical oposición a las pretensiones del independentismo catalán, que no de las legítimas reivindicaciones de mayor autogobierno para Cataluña (o Andalucía, o Galicia o cualquier otro territorio que así lo exprese por cauces constitucionales) ha impulsado un discurso radicalizado de agravios sociales y económicos que se maneja en cualquier parte del territorio español y reduce notablemente los márgenes del respeto al pluralismo social, político y territorial. Además, la creciente desafección ciudadana hacia la política y las instituciones democráticas, cada vez más debilitadas por el aumento de la influencia de populismos en las instancias representativas y de gobierno, se apuntala con la defensa de posturas férreas pro territorio y desplazan el interés general a un plano marginal de la gestión pública.

Por eso, tratemos de subrayar las enormes ventajas que conlleva reconducir el discurso territorial hacia propuestas moderadas que lo hagan más racional y ofrecer el horizonte de la federalización del Estado autonómico como el camino natural para su perfección. Frente a los falsos mitos y una miope visión de nuestra experiencia histórica, la consolidación de los elementos federales del modelo constitucional, además de reactivar el efecto igualador del sistema territorial fortalece la cohesión social y mejora su eficacia en la prestación de servicios y disfrute de los derechos. Y es que, por si hubiese algún resquicio de duda sobre la necesidad de afrontar los aspectos deficitarios del sistema territorial, la experiencia de la pandemia demostró la necesidad urgente de la gestión compartida y coordinada de los asuntos públicos para resolver los problemas y dar respuesta a las demandas de la ciudadanía. Ésta nos parece la opción lógica y racional atendiendo a los valores y principios estructurales de nuestro sistema constitucional y a las exigencias de

¹³ La falta de encaje constitucional de los diversos instrumentos jurídicos utilizados para lograr este objetivo sería reiteradamente confirmada en sede jurisdiccional. Así, las SSTC 42/2014, 3/2015, 32/2015 examinaron la Resolución 742/IX, de 27 de septiembre de 2012, más tarde la resolución 5/X, de 23 de enero de 2013 y la ley de consultas catalana 10/2014, de 26 de septiembre y finalmente la celebración del referéndum ilegal de 1 de octubre de 2017.

desarrollo y progreso que demanda la sociedad democrática que lo sostiene. Es además una opción templada, moderada si se prefiere¹⁴, alejada de anhelos rupturistas o antojos recentralizadores que laminan décadas de éxito de progreso y convivencia.

III. La democracia pluralista como cultura federal

El funcionamiento actual del Estado autonómico nos sitúa ante el presupuesto de partida de este análisis, esto es, ante la necesidad de ajustar el modelo autonómico conforme a las técnicas y principios federales. Y también ante la necesidad de apelar al diálogo y la negociación política como instrumentos básicos de la democracia para resolver los conflictos sociales y lograr acuerdos. Entendido de este modo, la relación directa entre federalismo y democracia y cómo esa relación se proyecta en el actual contexto globalizado es un presupuesto necesario para el análisis de esta fórmula de ordenación del poder. En los espacios democráticos el federalismo logra cohesionar e integrar el pluralismo en una organización política mediante respuestas institucionales y competenciales y concretos mecanismos de integración y coordinación. Y a su vez, en una relación de interdependencia¹⁵, las técnicas y la cultura federales son en este aspecto herramientas valiosas pues apelan a principios democráticos muy claros y alejados de posturas extremas, como son el respeto a la diversidad y al pluralismo, la solidaridad, cooperación o la lealtad. Ese marco nos parece el más adecuado para afrontar el debate político y jurídico acerca del modelo territorial español y con ello, los retos que es preciso afrontar para ajustar sus mecanismos de funcionamiento a los desafíos sociales actuales.

Deliberar, negociar o acordar son acciones propias de las democracias avanzadas para actualizar y reformular las relaciones de poder con la sociedad. Desde los presupuestos del sistema democrático y mediante el reparto competencial entre distintas instancias de poder político, el sistema de ordenación del poder debe proteger en condiciones de igualdad, el pluralismo a través de su expresión político-institucional. Los valores y técnicas federales son en este punto, singularmente útiles porque sobre la base de la unidad y los principios de lealtad, colaboración y

¹⁴ G. TRUJILLO, «Homogeneidad y simetría en el Estado autonómico: contribución a la determinación de los límites constitucionales de la forma territorial del Estado», *op. cit.* pág. 106.

¹⁵ Desde sus primeras formulaciones en los *Federalist papers* (46), federalismo y democracia son concepciones estrechamente vinculadas. El sistema de gobierno federal descansa en la voluntad de quienes otorgan su confianza mediante las elecciones a sus representantes en cada una de las instancias federales, «The Influence of the State and Federal Governments Compared». <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-46>

solidaridad, muestra su capacidad para *maximizar* las reglas de la democracia¹⁶. En este punto, conviene retomar el origen etimológico del término federal, la idea de pacto, de alianza que evoca el término en latín (*foedus*) y con ello la búsqueda del acuerdo entre las partes mediante las técnicas y reglas de la democracia, la deliberación, la negociación y el diálogo. Este escenario de ordenación del poder presupone el diálogo institucionalizado, el debate y la negociación entre los distintos centros de poder especialmente sobre aquellos espacios de acción política compartidos, pues hay intereses y fines comunes. Es la democracia federal más exigente¹⁷ pues además de la garantía de la libertad individual y la igualdad exige mayor transparencia, deliberación y competencia política a los poderes públicos.

Esta propuesta metodológica puede parecer ilusoria a la vista de las tensiones, incluso bloqueo político, en el que se ha instalado el debate sobre la cuestión territorial. Sin embargo, la confrontación política conduce al bloqueo institucional y esto, como la experiencia ha demostrado, puede desembocar en acciones contrarias al sistema que obligan a la reacción del Estado para preservar los presupuestos políticos y jurídicos sobre los que se asienta el modelo constitucional. Por eso, si bien los mecanismos e instrumentos políticos y jurídicos de prevención frente a acciones contrarias al sistema ofrecen salidas en situaciones concretas, es la Constitución y los instrumentos e instituciones democráticas el cauce para integrar y ofrecer respuestas dialogadas a los conflictos sociales.

En la escena política y social la cuestión territorial ahora no parece centrada en mejorar la eficacia y el funcionamiento del sistema o en garantizar una adecuada prestación de los servicios públicos esenciales a la ciudadanía. Los parámetros de la acción política y de sectores sociales cada vez más radicalizados se mueven en espacios de pretensiones identitarias. En la reclamación de diferencias o en la negación de tales diferencias. La igualdad como presupuesto de partida en la configuración del sistema autonómico se mantiene, pero para negarlo o reafirmarlo de forma categórica. La desafección ciudadana hacia la política y las instituciones democráticas y la creciente presencia de los populismos en parlamentos y gobiernos autonómicos, alimenta reivindicaciones territoriales en defensa de posturas férreas pro territorio. La defensa del interés común como esencia de la acción política queda en un plano marginal frente al interés partidista.

El constitucionalismo democrático y las herramientas que éste ofrece, son el mejor modo de afrontar el debate territorial, para mejorar el funcionamiento del sistema autonómico e integrar el pluralismo de la sociedad española en un sistema propio de ordenación del poder. En este punto, la cuestión central consiste en

¹⁶ J. J. SOLOZABAL, ECHAVARRÍA, *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Biblioteca Nueva, Madrid. 2004.

¹⁷ F. CAAMAÑO, *Democracia federal*. Apuntes sobre España. Turpial, Madrid. 2014.

pensar quién (qué poder político) puede ofrecer una mejor y más rápida respuesta a las demandas ciudadanas actuales y ajustar los espacios propios o compartidos de decisión política, a esas demandas. Junto a esto, es preciso reconocer y garantizar recursos financieros suficientes para satisfacer los compromisos asumidos con la ciudadanía y ello, en términos de eficiencia, equidad, solidaridad y transparencia. Como también garantizar una gestión eficaz, coordinada y leal entre los territorios. El Estado debe asumir con eficacia su función de coordinación, y de cohesión del conjunto y las comunidades autónomas en el ejercicio de su autogobierno ofrecer respuestas a la ciudadanía de manera eficaz, solidaria y con lealtad institucional.

Cabría preguntarse por el método para avanzar hacia ese objetivo y para ello, es preciso recordar que en las democracias actuales, el Estado no puede ser ajeno a diversidad y a las exigencias de una ciudadanía abierta y plural. El Estado autonómico español desarrollado durante décadas ha logrado descentralizar el poder y articular un sistema institucional y competencial de relaciones de poderes diferenciados. Pero el sistema adolece de deficiencias y carencias estructurales y también coyunturales, que impiden un avance y desarrollo del modelo en un sentido ajustado a las demandas de la sociedad actual. Por eso, si deseamos garantizar un funcionamiento racional y garantizador del pluralismo y, en consecuencia, reducir los espacios para la conflictividad territorial debemos corregir esos déficits o carencias que atañen a elementos esenciales de la configuración del sistema.

Estas circunstancias y por las razones expuestas en las páginas anteriores, entendemos necesario ajustar el texto constitucional ordenando el poder de acuerdo con los principios y las técnicas federales. Lo ideal sería comenzar un proceso hacia la reforma constitucional que llevase al máximo nivel normativo un pacto social sobre la ordenación territorial del poder actualizado a las demandas de la sociedad española. Que eso sería lo ideal es evidente por razones políticas y jurídicas, pues permitiría integrar el pluralismo y, con ello, reconducir los conflictos sociales por cauces constitucionales. Pero no ignoramos que tal proceso requiere un acuerdo político siquiera para iniciar el camino que hoy parece lejos de alcanzarse. En este contexto, donde se incide en la importancia de los principios e instrumentos democráticos para fortalecer el sistema debe subrayarse un factor que distorsiona su funcionamiento que debe ser corregido por los actores políticos y asumir la responsabilidad institucional que les corresponde¹⁸. No es el legislador, ni son las comunidades autónomas o el Estado como entes territoriales quienes en ocasiones adoptan actitudes o decisiones contrarias al interés general, incluso, propio en la gestión de sus competencias. Son los partidos políticos con representación institu-

¹⁸ F. BALAGUER CALLEJÓN, en VVAA, TUDELA ARANDA J. (Coord) Estado Autonómico y COVID-19: un ensayo de valoración general, Fundación Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

cional quienes se oponen o respaldan medidas que resultan incomprensibles para la población de un determinado territorio o del conjunto de la sociedad española por razones de interés partidista. Esta circunstancia que no es atribuible directamente a las carencias estructurales del sistema autonómico, sino a una cultura política de confrontación, incide negativamente en el funcionamiento del sistema autonómico. El debate político sobre la cuestión territorial hoy no afronta los problemas sociales con voluntad de diálogo y de búsqueda de soluciones acordadas. Al contrario, la polarización sobre cuestiones identitarias o la ineficiencia ante problemas estructurales genera incomprensión o confusión entre los destinatarios de la acción política debilitando los mecanismos de respuesta democrática y generando desafección entre la ciudadanía. Los problemas pues de la cuestión territorial no son sólo estructurales al sistema, pero al menos tratemos de utilizar los instrumentos y reglas de la democracia para encauzarlos en aras de mejorar las condiciones de vida de las personas.

Cabría preguntarse pues, si existen alternativas a la actualización del modelo por la vía de su constitucionalización. Y la respuesta nos la ha dado la experiencia de la pandemia que logró un cambio positivo en los modos de abordar los problemas comunes y un activismo político y normativo dignos de mención¹⁹. Dejando a un lado las debilidades mostradas por el sistema y las exigencias de suspensión de la autonomía del primer periodo requeridas por la severidad de la situación, debe subrayarse que la pandemia logró poner en marcha un sistema de gobierno compartido que permite incorporar en el lenguaje político y en la sociedad española un nuevo término, el de *cogobernanza*. Al margen del acierto o no del préstamo lingüístico de este término, es cierto que cumple una acertada finalidad pues evoca una nueva forma de entender y gestionar los asuntos de interés común. La nueva gobernanza o mejor, el gobierno compartido es, sobre todo, un concepto hasta entonces poco relevante en la acción política española que, a partir de ese momento se incorpora la cultura federal en los modos de decisión y gestión pública.

Así pues, circunstancias extraordinarias nos sitúa ante un nuevo escenario que promueve una acción pública coordinada y reforzar los mecanismos de colaboración y el diálogo institucionalizado, como pilares para mejorar una respuesta a la ciudadanía más eficaz y eficiente. En un momento en que los mecanismos e instrumentos han sido reactivados o fortalecidos, debe subrayarse la importancia de abordar aquellas reformas normativas parciales que resulten necesarias para, desde

¹⁹ M AZPITARTE SÁNCHEZ «Coronavirus y derecho constitucional. Crónica política y legislativa del año 2020», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 121, 2021, págs. 105-138; Igualmente, E. GUILLÉN LÓPEZ «Descentralización territorial, Estado de alarma y Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud», en A. GALERA VICTORIA *La cuestión territorial en España. Un debate histórico, político y constitucional necesario*. Comares, Granada, 2024, pp. 125-146.

el plano institucional, competencial o financiero, permitan encauzar el sistema autonómico en la lógica de una democracia federal. Y es en este escenario donde conviene situarse para solventar la interinidad de los espacios de acción pública y las constantes tensiones políticas y sociales que suelen acompañar las propuestas de reivindicación competencial que ponen a prueba los límites constitucionales de la disponibilidad política del sistema autonómico²⁰. Por eso, nos interesa subrayar el horizonte que, a partir de 2020 se abre, enmarcado por las ventajas (y necesidades) de la cooperación y la lealtad institucional entendidas en términos federales.

IV. El federalismo cooperativo como horizonte

Se ha insistido en la utilidad de los espacios y los instrumentos de la democracia representativa para la confrontación de posiciones políticas en el marco de un diálogo institucionalizado impulsado, al menos así debe ser entendido, para la búsqueda de acuerdos sobre asuntos de relevancia pública. La cuestión central está pues en reconocer y garantizar el pluralismo e integrarlo mediante las reglas y los procedimientos democráticos. Para ello, proponemos el horizonte del federalismo cooperativo para mejorar un sistema de ordenación del poder que desde sus primeros momentos apuntaba hacia su efectiva federalización en un sentido igualador.

El desarrollo de esta propuesta y su concreción en el sistema autonómico exige no obstante, desmontar afirmaciones muy extendidas sobre el Estado autonómico que condicionan su correcta comprensión. Y es que, la federalización del Estado autonómico, se enfrenta a los temores y preconcepciones que rodean al término federal en la sociedad española. En primer lugar, es necesario desprenderse de las connotaciones que arrastra el término «federal» fomentadas por factores sociales o históricos particulares que condicionan una comprensión precisa del sistema de nuestro pasado²¹. En una versión segada y por ello, equívoca, el término federal suele aparecer ligado a una ideología (la socialista, al republicanismo), pero también a la desmembración y a la desigualdad territorial en España²². Es cierto que una visión estática y poco rigurosa de la herencia de la Historia española en este punto puede confirmar esos tópicos. Conocer, analizar y reflexionar

²⁰ Al respecto vid. G. TRUJILLO, «Homogeneidad y simetría en el Estado autonómico: contribución a la determinación de los límites constitucionales de la forma territorial del Estado», *Documentación Administrativa* núm. 232-233 (1992-1993), p. 102.

²¹ S. CRUZ ARTACHO, «La cuestión territorial en España: debate y problema histórico», A. GALERA VICTORIA, *La cuestión territorial en España...*, *op. cit.*, pp. 3-22.

²² G. CÁMARA VILLAR «La organización territorial de España. Una reflexión sobre el estado de la cuestión y claves para la reforma constitucional», *op. cit.* págs. 399-404.

sobre lo que entonces ocurrió es necesario y útil para comprender el presente, pero no predetermina el devenir de una sociedad, pues la *historia cambia*²³. En cada momento histórico, los factores y los actores políticos, sociales, económicos son distintos y si el contexto cambia, la historia cambia. Dejemos pues que la historia siga su curso y avancemos sin aquellos precedentes históricos que sacados de su contexto social, político y económico distorsionan las expectativas del futuro del modelo de organización territorial en España.

En segundo lugar, conviene advertir en el frecuente error de identificar el Estado autonómico como un tipo del modelo federal como en ocasiones se afirma. Como tampoco la definición de una realidad como «federal» presupone la existencia del federalismo. Ante la pregunta ¿es España un sistema federal? La respuesta, a nuestro juicio, sería *no del todo*. En la actualidad, el Estado autonómico se muestra muy desarrollado, sin embargo, estructuralmente condicionado por la falta de una definición constitucional clara de aspectos clave para el sistema, como pueden ser los que afectan al reparto del poder entre el Estado y las comunidades autónomas, o los modos e instrumentos de relación y colaboración institucional. En términos precisos debería perfeccionarse pues es un sistema donde sólo confluye algún componente institucional del federalismo (dos niveles de gobierno y una instancia neutral de resolución de conflictos territoriales), pero carente de algunos amarres federales²⁴ o de los presupuestos políticos y culturales que sostienen el federalismo²⁵. Es un sistema territorial lastrado desde su origen. Es podríamos decir, un federalismo imperfecto que reclama mejoras claras y concretas para lograr los objetivos de cohesión territorial y satisfacción de las demandas de la sociedad actual.

En efecto, el éxito inicial del Estado autonómico como fórmula deliberadamente flexible para integrar el pluralismo de la sociedad española, ha derivado en un sistema incapaz de responder de manera eficaz las demandas sociales²⁶. La carencia de algunos elementos clave en el sistema, junto a la imperfección de los mecanismos cohesión e integración del pluralismo o, pese a los avances, la ausencia del diálogo institucionalizado dificulta un funcionamiento eficaz y racional en la prestación de los servicios públicos y en el logro de los objetivos esenciales de cohesión e igualdad social. Sobre estos elementos clave para reforzar y mejorar el Estado autonómico resulta siempre oportuno recuperar los argumentos y conclu-

²³ J. ÁLVAREZ JUNCO *Dioses útiles. Naciones y nacionalismos*. Galaxia Gutenberg. Barcelona, 2016.

²⁴ J. J. SOLOZABAL (1998) *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

²⁵ Una «federación sin federalismo» en expresión de F. CAAMAÑO, *Democracia federal op. cit.* 2014

²⁶ J. TUDELA ARANDA, *El fracasado éxito del Estado autonómico, op. cit.*

siones expuestas en el *Informe para la reforma constitucional* en clave federal (2018)²⁷. Las carencias más significativas allí indicadas afectan a cuatro aspectos esenciales en la conformación del sistema y a su funcionalidad como sistema sólido, integrado y cohesionado, capaz de ofrecer respuestas eficaces y eficientes a los problemas sociales.

1. La inexistencia de un foro u otra fórmula institucionalizada para el debate y la negociación interterritorial de cuestiones de interés general, usualmente representada mediante una Cámara o instancia permanente de encuentro entre los dos niveles de gobierno. El Senado definido formalmente como «cámara de representación territorial» en el artículo 69 de la Constitución, en la práctica no cumple esa labor. El sistema de elección de estos miembros por un lado, y la ausencias de competencias de naturaleza autonómica reducen el papel de esta institución a la de mera cámara legislativa de segunda lectura. Es pues obvia la necesidad de revisar la composición y competencias actuales del Senado y convertirlo en foro institucionalizado de naturaleza territorial. La experiencia alemana puede ser un buen modelo a partir del cual se podría reconfigurar la institución atendiendo a las particularidades del sistema político español.
2. Un reparto constitucional claro y preciso de los espacios de acción política (materias) que corresponden a cada nivel de gobierno de forma independiente y un gobierno compartido sobre ámbitos de interés común a los dos niveles²⁸. Frente a la definición racional del espacio de poder y defensa del interés común por parte del Estado, frente a la construcción de uno de los pilares más sólidos de reparto del poder, nuestro sistema incorpora una de las paradojas más subrayables del sistema territorial: la apuesta por el desarrollo del sistema autonómico lo que deja indefinidos los límites constitucionales del ejercicio de la autonomía territorial²⁹. Desde esa indefinición la cuestión competencial es un ámbito abierto al debate político y fuente de tensiones constantes de revisión o reformulación de los espacios competenciales. Tal y como se mantiene el (flexible) reparto competencial aleja el sistema de esa idea de gobierno compartido

²⁷ S. MUÑOZ MACHADO (Coord *Informe para la reforma constitucional* en clave federal, op.cit.

²⁸ En las bases del federalismo se halla la idea de asignar a cada instancia territorial el ejercicio de aquellas materias que puede realizar con mayor eficacia, P. BIGLINO CAMPOS, *Federalismo de integración y devolución: el debate sobre la competencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

²⁹ Al respecto vid. G. TRUJILLO, «Homogeneidad y simetría en el Estado autonómico: contribución a la determinación de los límites constitucionales de la forma territorial del Estado» op. cit., p. 106.

que inspira una ordenación racional del poder ajustado a los intereses generales y concretos que deben ser atendidos por la instancia territorial que mejor pueda satisfacer las necesidades de la ciudadanía.

3. Mecanismos e instrumentos de colaboración y cooperación para articular las relaciones entre los dos niveles de gobierno basadas en el apoyo y respeto mutuo y la lealtad institucional son, aún insuficientes y mejorables. El objetivo de estas técnicas es asegurar un funcionamiento eficaz del sistema regido por los principios de colaboración, cooperación, auxilio y lealtad en el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas³⁰. Además la función de coordinación debe ser bien definida y reconocida de forma clara al Estado³¹. Uno de los aspectos positivos de la pandemia ha sido precisamente poner en evidencia la importancia de mecanismos y técnicas claras de colaboración y cooperación institucional para que el sistema funcione, esto es, para que responda de forma racional y eficaz a las demandas sociales. La delimitación de la función coordinación estatal y el fortalecimiento de los mecanismos horizontales y verticales de colaboración y cooperación articulados en torno a la Conferencia de Presidentes y las conferencias sectoriales es fundamental para respetar los ámbitos de autogobierno y garantizar la eficacia y sostenibilidad de un modelo basado en el gobierno compartido y la gestión de intereses comunes y particulares. En esta cuestión, resulta pues de un gran valor la formalización jurídica de las técnicas y mecanismos de relación institucional otorgando prevalencia a los instrumentos de naturaleza multilateral para los asuntos de interés general, lo que no excluye que en asuntos de exclusivo interés de una comunidad autónoma, deba recurrirse a la negociación bilateral.
4. Es necesario un pacto de mínimos sellado en el texto constitucional sobre los elementos esenciales de un sistema de financiación regido por los

³⁰ Entra otras vid. E. ALBERTÍ ROVIRA «Las relaciones de colaboración entre Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista española de derecho constitucional*, núm 14, 1985, págs. 135-180, ID: «Los convenios entre Comunidades Autónomas», *Documentación administrativa*, núm 240, 1994 (Ejemplar dedicado a: Administración y Constitución: El principio de cooperación), págs. 107-130; G. CÁMARA VILLAR «El principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas», op.cit; pág. 197 y ss. M^a J. GARCÍA MORALES, J. A. MONTILLA MARTOS (aut.), X. ARBÓS I MARÍN (aut.) *Las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. M^a J. GARCÍA MORALES «Convenios de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas y entre Comunidades Autónomas», Informe comunidades autónomas, núm. 2021, 2021, págs. 397-408

³¹ E. ALBERTÍ ROVIRA «La coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas» *Documentación administrativa*, núm 230-231, 1992 (Ejemplar dedicado a: Administración y Constitución: El principio de coordinación), págs. 49-74; J. A. MONTILLA MARTOS, El ejercicio de la coordinación estatal a través de las actuaciones coordinadas», *Revista de estudios políticos*, núm. 202, 2023, págs. 105-135.

principios de autonomía financiera y solidaridad interterritorial, igualdad y equidad. Es preciso el pacto constitucional en materia fiscal y financiera que ofrezca instituciones estables, mecanismos democráticos, reglas y criterios objetivos y claros con los que afrontar los debates sobre este tema central³². El marco constitucional es insuficiente, no define con claridad reglas, criterios y objetivos estables para garantizar la suficiencia financiera de las comunidades autónomas y su corresponsabilidad fiscal. Junto a ello, es preciso subrayar que estamos ante una de las grandes cuestiones donde la solidaridad y la garantía de la igualdad en el disfrute de los derechos son esenciales y por ello, la función de coordinación y el papel cohesionador del Estado deben cobrar protagonismo. El sistema de financiación autonómica debe estar bien diseñado constitucionalmente en sus elementos esenciales de tal modo que permita confluir la gestión eficaz y suficiente de los recursos con la garantía de la igualdad y la solidaridad interterritorial y un adecuado diseño de suficientes mecanismos de compensación y nivelación.

Una revisión del sistema en estos aspectos permitirá un adecuado ajuste de las técnicas y mecanismos de ordenación territorial del poder a los retos y demandas sociales de nuestro tiempo y, a su vez incluirá el modelo autonómico en la órbita de los sistemas federales. El punto de partida, el objetivo y el resultado final son claros. El método y los instrumentos para hacerlo posible también, pues no son otros que los propios de un sistema democrático. En democracia el diálogo y la negociación son los instrumentos básicos de la acción política al servicio del bien común y la mejora de las condiciones de vida de las personas. El perfeccionamiento del sistema autonómico requiere retomar esos instrumentos y revisar con voluntad de diálogo y entendimiento los aspectos deficitarios del modelo.

V. Conclusiones

La experiencia de estos más de cuarenta años de funcionamiento del Estado autonómico nos ha enseñado las ventajas de un gobierno compartido entre el Estado y las comunidades autónomas. Pero también espacios de mejora. Un sistema de gobierno multinivel presupone la existencia de instancias territoriales con facultades sobre espacios de poder claros y precisos, dotadas de recursos económi-

³² R. BLANCO, BLANCO VALDES. *Los rostros del federalismo*, Alianza editorial, Madrid, 2012; J. A. MONTILLA MARTOS, *Reforma federal y Estatutos de segunda generación*, Thomson-Aranzadi, Cidur-Menor, 2015; F. TRILLAS. «Las razones económicas del federalismo», en V. CAMPS, J. BOTELLA y F. TRILLAS, *¿Que es el federalismo?*, Catarata, Madrid, 2016.

cos suficientes y con sólidos instrumentos de colaboración y cooperación que garanticen una gestión pública coordinada y eficaz de los problemas sociales. La ciudadanía debe recibir de los poderes públicos, respuestas claras y eficaces a sus demandas, de tal manera que los problemas sociales sean abordados y resueltos por quien mejor pueda ofrecer una solución en un sistema de gobierno compartido. Sin embargo, la realidad actual nos muestra las carencias y distorsiones de un sistema que logró con éxito encauzar el pluralismo social en un marco constitucional abierto y dinámico pero hoy necesita ser reajustado para lograr una gestión más eficaz, coordinada y leal de las demandas de la ciudadanía. Que una reorientación del nuestro sistema en un sentido federal puede funcionar es una cuestión que la experiencia de la llamada cogobernanza, con sus dificultades ciertamente, aunque más ligadas a la falta de una cultura política del diálogo y el entendimiento que a opciones técnicas. Esta labor de revisión y mejora del sistema autonómico, no trata de reclamar *más* (más competencias o más recursos) para las comunidades autónomas, sino de mejorar el autogobierno. Se trata pues de asentar un sistema de gobierno compartido entre distintos niveles territoriales con facultades y recursos reales para ofrecer respuestas institucionales cercanas y eficaces a la ciudadanía.

Comprender la España actual exige plantear un debate democrático serio y profundo sobre nuestro modelo territorial. Un debate político leal basado en la voluntad de llegar a acuerdos que permita consolidar un marco común de convivencia en el que pueda reconocerse toda la ciudadanía en todas las partes del territorio. Un futuro de convivencia democrática en clave federal que redefina el modelo territorial avanzado y adecuado al contexto social actual, en la línea de las exigencias y retos de las sociedades democráticas de hoy. Por eso, si deseamos garantizar un funcionamiento racional y garantizador del pluralismo y, en consecuencia, reducir los espacios para la conflictividad territorial debemos corregir aquellos déficits o carencias que atañen a elementos esenciales de la configuración constitucional del Estado autonómico. Y para eso las técnicas federales son una herramienta clave y los principios y la cultura federal el camino. Esa sería la opción lógica, racional atendiendo a los valores y principios estructurales de nuestro sistema constitucional y de la cultura democrática que lo sostiene.

CONSTITUCIONALISMO Y UNIÓN EUROPEA: UN ANÁLISIS EN TORNO AL ART. 2 TUE Y LOS VALORES EN LOS QUE SE FUNDAMENTA LA UNIÓN

ANDREA GARRIDO RAYA
Universidad de Granada

I. Introducción: el art. 2 TUE como núcleo constitucional del derecho europeo

Es ya un lugar común afirmar que el art. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) constituye el germen constitucional del ordenamiento jurídico de la Unión. La «cláusula de homogeneidad»¹ no es más que la plasmación constitucional de unos (meta)valores que, además de desbordar todo principio u objetivo económico, han sido asumidos, desde los orígenes más embrionarios del proceso de integración, como la seña de identidad y unicidad de la Unión Europea. El 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, en tanto que valores derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, hacen de la Europa de la Unión una comunidad político-social caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. Su incorporación en la Carta Constitucional permite identificar a la UE no solo como una Unión Monetaria o Comunidad de Derecho, sino también y sobre todo, como una Unión de Valores. Tras la amplia reforma de los Tratados acordada en Lisboa, en general, y la proclamación del art. 2 TUE, en particular, se puede

¹ MANGIAMELI, S., «Article 2: The Homogeneity Clause», en BLANKE, H.-J., and MANGIAMELI, S., (eds.) *The Treaty on the European Union (TEU). A commentary*. Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2013, pp. 109-155; en especial p. 110. También puede consultarse a MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La Unión Europea como Comunidad de Valores: A vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho» en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº43, 2019, pp. 121-159, en especial pp. 129-130.

afirmar, sin ambages, que la Unión Europea irradia constitucionalismo, tanto formal, como material. Cuestión distinta es que aquel, en tanto que fórmula político-jurídica diseñada por y para el Estado, no haya conseguido arraigar, de igual forma, dentro de una entidad de naturaleza supraestatal.

II. Constitucionalismo y Unión Europea: el proceso de constitucionalización de la Unión

En «Perfiles históricos del Derecho Constitucional Europeo»² CÁMARA VILLAR reflexiona acerca del vector constitucionalista que ha ido informando el proceso de creación de la Comunidad Europea. En efecto, pese a la ausencia inicial de cualquier vestigio de dogmática constitucionalista en los Tratados³, lo cierto es que aquellos sí que incluían, a lo largo de su articulado, diversas técnicas de división y organización del poder dignas de ser consideradas fiel reflejo de las empleadas por el constitucionalismo asentado en sus Estados. Entre ellas destaca, por ejemplo, la definición de un entramado institucional en el que las competencias se repartían de forma funcional y conforme a un incipiente sistema de *checks and balances*⁴. No obstante, el hito constitucionalista fundamental de aquel momento fue, sin duda, la proclamación de los Tratados como Norma Suprema del ordenamiento comunitario, y, con ello, como fundamento de las competencias de las Comunidades, dotando así a su Derecho de la unidad mínima intrínseca a cualquier ordenamiento constitucional. Así lo confirma el Tribunal de Justicia de las Comunidades (TJCE) en la sentencia *Les Verts/Parlamento Europeo*, en la que dictamina que «la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse *al control de la conformidad* de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye

² CÁMARA VILLAR, G., «Perfiles históricos del Derecho Constitucional Europeo», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 11, 2009. Disponible en: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/08GregorioCamaraVillar.htm>

³ Esta ausencia, en realidad, no era tal. Así, por ejemplo, en el Preámbulo del Tratado de París (1951) por el que se constituía la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) se incide en conceptos como la paz, el progreso y el desarrollo. El art. 2 dispone como objetivos a alcanzar el de contribuir a la expansión económica y al desarrollo del empleo y el nivel de vida de sus Estados fundadores. Siguiendo esta misma línea, el Preámbulo del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), firmado en Roma en 1957, hace referencia al compromiso de los Estados signatarios por garantizar la paz y la libertad en el continente a través de la puesta en común de recursos, llegando a invitar al resto de los pueblos de Europa a que participen en la consecución de dicho ideal. Ya se podía apreciar, pues, un cierto ímpetu por constituir, de cara al futuro, una Comunidad de Estados cuyos fines y competencias habrían de trascender lo meramente formal o sectorial.

⁴ CÁMARA VILLAR, G., «Perfiles históricos del Derecho Constitucional Europeo», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, *ob.cit.*

el Tratado»⁵. De esta forma se otorga al Tratado rango de norma constitucional y se consolida su naturaleza de derecho autónomo, tal y como se colige del principio de primacía construido por el propio TJCE en la resolución *COSTA/E.N.E.L.*⁶. La atribución de primacía al derecho comunitario convierte a éste en un ordenamiento propio e independiente, así como de obligado cumplimiento para las instituciones nacionales y supraestatales. Todo ello implicó varias consecuencias de importante relevancia constitucional:

En primer lugar; destaca la negación absoluta del derecho interno de los Estados como parámetro de validez del derecho de las Comunidades. Todo el derecho comunitario, sea originario, sea derivado, conforma un ordenamiento autónomo y diferente, —mas no independiente—, del de los Estados. En consecuencia, su validez; su constitucionalidad, ha de ser enjuiciada solo respecto a sí mismo por el único Tribunal competente para ello: el propio TJCE. Aunque no expresamente, el Tribunal ya asumía aquí el rol de un auténtico Tribunal constitucional.

En segundo lugar; la transferencia del principio de constitucionalidad al ordenamiento jurídico de las Comunidades, que se verá concretado a través del principio del Estado de Derecho comunitario⁷. A partir de este momento, todos los poderes públicos, comunitarios y nacionales, se encuentran sujetos al derecho de las Comunidades, cumpliéndose así una de las premisas básicas del constitucionalismo: la fundamentación y limitación del poder por el Derecho. Se produce, en definitiva, la asunción comunitaria del principio de separación de poderes, o, en palabras de AGUILAR CALAHORRO; «la aplicación del principio del *Rule of Law* en el ordenamiento europeo»⁸.

No hay que olvidar, empero, que este último acontecimiento no obedece a una auténtica motivación constitucionalista, —lo que sí sucede, en cambio, durante el proceso de constitucionalización de los ordenamientos de los Estados—, sino a exigencias puramente funcionales, basadas en garantizar la prevalencia absoluta del derecho comunitario sobre cualquier invocación jurídico-nacional que atentara contra la viabilidad del Mercado Común. Este matiz es importante. No en vano, su evocación puede ayudar a comprender la razón por la que las instituciones se encuentran hoy promoviendo una política de acción focalizada, de forma desproporcionada, en la garantía del *Rule of Law* como principal herramienta de contención frente a un contexto de crisis de magnitud constitucional, y que afec-

⁵ STJCE de 23 de abril de 1986, *Les Verts/Parlamento*, as. C-294/83, párr. 23.

⁶ STJCE de 15 de julio de 1964, *COSTA/E.N.E.L.*, as. C-6/64.

⁷ AGUILAR CALAHORRO, A., «Los ciudadanos en la UE: ¿Sujetos u objetos del derecho europeo? Sobre identidad, democracia y participación en la UE», en *Revista KorEuropa*, nº5, 2014, pp. 16-34.

⁸ *Ibidem*.

ta, precisamente por ello, a todos los valores constitucionales *ex.art.2TUE*, y no solo a uno de ellos⁹.

Al margen de esta última cuestión, es evidente que las instituciones no tardaron en asumir las técnicas de organización y normativización propias del movimiento constitucionalista. De hecho, esto fue lo que permitió a aquellas impregnar al proyecto europeo, si bien de forma acoplada y muy progresiva, de un cierto espíritu constitucionalista de vertiente, ahora sí, sustantiva y dogmática. Esta incipiente «materialización» del proceso de constitucionalización europea tiene su máxima expresión en la loable saga jurisprudencial que el TJCE comenzó a construir a finales de los años sesenta, a partir de la cual los derechos fundamentales consiguen penetrar en el proceso de integración¹⁰.

El discurso cronológico seguido por el TJCE durante la elaboración de dicha saga jurisprudencial, así como su significación para el proceso de constitucionalización de las Comunidades, ha sido también estudiado por el prof. CÁMARA VILLAR¹¹. Por razones de extensión, basta aquí con recalcar que la fórmula de los «principios generales del derecho comunitario» permitió al Tribunal de Luxemburgo conciliar la tutela de los derechos de los ciudadanos (europeos) con la garantía absoluta del principio de primacía frente a cualquier amenaza de «rebeldía» procedente de los Tribunales constitucionales nacionales¹²: los derechos fundamentales quedan garantizados como parte integrante del derecho comunitario en tanto que principios generales. Su contenido deriva de las «tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros», a las que el derecho de las Comunidades queda imbricado de manera profunda e incuestionable, así como de los tratados internacionales que en materia de derechos humanos han sido ratificados por aquellos, con especial hincapié en el Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa. En definitiva, comienza a surgir un incipiente sistema comunitario comprometido con la garantía de aquellos derechos que son reconocidos como principios generales del derecho comunitario, que prima y prevalece, en cualquier caso, sobre el derecho constitucional nacional.

Estado de Derecho, separación (limitación) de poderes y reconocimiento y garantía pretoriana de derechos fundamentales. El constitucionalismo iba calando, de forma paulatina, en el proceso de integración. Pero lo cierto es que dichos

⁹ Sobre esta idea se profundizará más adelante.

¹⁰ SSTJCE de 12 de noviembre de 1969, *Stauder/Stadt Ulm*, as. C-29/69, de 17 de diciembre de 1970 *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, as. C-11/70, de 13 de diciembre de 1979, de 13 de diciembre de 1979, *Hauer/Land Rheinland-Pfalz*, as. C-44/79, *et al.*

¹¹ CÁMARA VILLAR, G., «Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº4, 2005. Disponible en: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/01camara.htm>

¹² CÁMARA VILLAR, G., «Perfiles históricos del Derecho Constitucional Europeo», *op. cit.*

avances todavía adolecían de la esencia mínima que todo constitucionalista debe exigir a cualquier Estado u organización que pretenda ser definida como tal. Y ello porque la consagración, por sí sola, del principio del Estado de Derecho no hace justicia a las premisas sustanciales del constitucionalismo. No en vano, el constitucionalismo se basa en ordenar, limitar y someter el poder al Derecho, «pero no al derecho de cualquier orden jurídico, sino al Derecho de un ordenamiento cuya fuente de legitimidad directa sea su origen democrático»¹³. En ese sentido, es evidente que el proceso de constitucionalización europea aún necesitaba de la efectiva conjugación del principio del Estado de Derecho con el principio democrático. Las Comunidades nunca conseguirían constituir una auténtica Unión de Derecho mientras siguieran postergando su profundización democrática. Constitucionalización y democratización son dos caras de la misma moneda. Por otro lado, huelga decir que el sistema pretoriano de protección de derechos dejaba mucho que desear frente a los sistemas de garantía formalizados en las constituciones nacionales.

Tales deficiencias constitucionales acabarían cayendo por su propio peso, pues cualquier avance funcional en el proceso de integración traía (y trae) consigo mayores exigencias de integración política y constitucional. Es lo que se conoce como el efecto *spill-over* propio de los fenómenos de integración económica. De su inevitable proyección sobre el proceso de integración acaba emergiendo, en palabras del prof. CÁMARA VILLAR, una auténtica «dinámica constitucionalizadora» con suficiente potencial como para reducir, con creces, el déficit democrático tan característico de la Comunidad Europea. Los hitos históricos producidos en relación con esta última cuestión son numerosos, aunque la ratificación del Tratado de Maastricht (1992) es el punto de referencia indiscutible. No en vano, este Tratado no solo se encarga de reconocer el estatuto de ciudadanía de la Unión, o de ampliar las competencias, normativas y de control, del Parlamento europeo, sino de asumir, también, un firme compromiso con la protección de los derechos humanos mediante la codificación, al fin, del sistema de garantías desarrollado hasta aquel momento por el Tribunal de Justicia: «*La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.*»¹⁴

Este compromiso acabaría por eclosionar con el desarrollo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión; declarada, primero, como documento so-

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ Art. F2 TUE-Maastricht. Énfasis añadido.

lemne en el Tratado de Niza (2000), y reconocida, después, como auténtico derecho originario mediante su incorporación en los Tratados a través del art. 6.1 del Tratado de Lisboa (2007).

La firma del Tratado de Ámsterdam en 1997 apuntalaría, aún más, el proceso de constitucionalización de la Unión al fijar «por escrito» los principios materiales fundamentales del ordenamiento europeo¹⁵: «*La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.*»¹⁶

Democracia, respeto de los derechos humanos y Estado de Derecho. Las coordinadas congeniales al constitucionalismo son, por fin, formalmente asumidas por la Unión como auténticos principios constitucionales¹⁷. Ya no solo se trata de garantizar el principio democrático mediante el respeto de la identidad constitucional de los Estados miembros (art. F.1 TUE-Maastricht)¹⁸, sino del compromiso que asume la propia UE por garantizar los principios que representan el basamento sobre el que ella misma se constituye¹⁹. Este compromiso se hizo todavía más evidente con el art. I-2 del *non-nato* Tratado Constitucional (2004), cuya redacción sería acogida, de forma íntegra, por el art. 2 del Tratado de Lisboa (2007): «*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.*»²⁰

Esta cláusula evoca el compromiso que, tras las barbaries acontecidas durante la II Guerra Mundial, asumen los Estados europeos con vistas a refundar sus or-

¹⁵ CÁMARA VILLAR, G., «Perfiles históricos del Derecho Constitucional Europeo», *op. cit.*

¹⁶ Art. 6.1 TUE-Ámsterdam. Énfasis añadido.

¹⁷ En ese sentido, se podría decir que el art. 6.1 TUE-Ámsterdam supuso el primer paso para que el proyecto europeo asumiera una auténtica lógica constitucional («a constitutive rationale»); SPIEKER, L.D., *EU Values Before the Court of Justice. Foundations, Potential, Risks*, Oxford Studies in European Law, 2023, p. 79.

¹⁸ «La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos.» Énfasis añadido.

¹⁹ MANGAS MARTÍN, A., «Nuevos y viejos valores de la identidad europea al hilo del Tratado Constitucional», en *Revista General de Derecho Europeo*, n. 12, 2007, pp. 1-25; pp. 1-2. SPIEKER, por el contrario, sostiene una visión más «prudente» acerca del art. 6.1 TUE-Ámsterdam. El autor afirma que más que dirigirse a la UE, el precepto en cuestión se dirige a los Estados, con vistas a garantizar que, frente a las futuras adhesiones de los países orientales, todos los Estados que conforman o vengán a conformar la Unión mantengan una cierta «homogeneidad»; SPIEKER, L. D., *EU Values Before the Court of Justice. Foundations, Potential, Risks*, *op. cit.*, pp. 77-78.

²⁰ Art. 2 TUE-Lisboa. Énfasis añadido.

denamientos mediante la constitucionalización de unos valores superiores inspirados en la herencia cultural europea. La entrada en vigor del art. 2 TUE-Lisboa fue el detonante que permitió que el constitucionalismo antropocentrista se acoplara al derecho constitucional de la Unión. Este artículo se erige en la piedra angular sobre la que se construye la dogmática constitucionalista europea. Representa el elemento fundamental del que derivan y al que se reconducen el resto de preceptos que conforman el derecho de la UE²¹. Es, ni más ni menos, que la *Grundnorm* del proceso de integración²².

En este sentido, la referencia *ex.art.2TUE* al respeto de la dignidad humana es un ejemplo paradigmático. El art. 10.1 de nuestro texto constitucional considera a la dignidad de la persona como «fundamento del orden político y de la paz social». Pese a que el constituyente español decide no integrarla en el catálogo de derechos que recoge el Capítulo II del Título I de su obra, aquel sí que decide situarla, en cambio, al inicio o al frente del mismo. De ello se suele deducir que la dignidad humana constituye el presupuesto esencial de los derechos inherentes a la persona, pues ésta, por el mero hecho de existir, es digna de ser titular de unos derechos que son naturales y pre-jurídicos²³. Esta concepción de la dignidad como presupuesto axiológico del ordenamiento constitucional es predicable, también, de la «cláusula constitucional europea». Al ser, en efecto, el fundamento de los demás valores, el art. 2 TUE se refiere a la dignidad humana por delante del resto. A decir verdad, el derecho originario va incluso más allá que el constituyente español. Recuérdesse que la mismísima Carta de Derechos Fundamentales dispone, en su artículo primero, el respeto a la inviolabilidad de la dignidad humana

²¹ «Even a short glimpse at the content of Article 2 TEU seems to suggest that Article 2 TEU entails practically all substantive building blocks for a constitution», SPIEKER, L. D., *EU Values Before the Court of Justice. Foundations, Potential, Risks, op.cit.*, p. 94.

²² WOUTERS, J., «Revisiting Art. 2 TEU: A True Union of Values?», en *European Papers*, Vol. 5, nº1, 2020, pp. 255-277, en especial p.258.

²³ Tal deducción, por cierto, es errónea. Me remito a las elocuentes palabras del prof. PORRAS RAMÍREZ: «insistir en el carácter ontológico y previo de la dignidad humana constituye una mixtificación de la realidad, ya que los diferentes derechos se han ido definiendo históricamente, en relación a situaciones particulares en las que se ponía de manifiesto la contradicción existente entre los intereses y objetivos que se planteaba alcanzar un amplio y activo colectivo humano, demandante de los mismos, y un orden político contrario o reacto a su admisión. En consecuencia, la efectiva garantía constitucional de los derechos viene a representar la culminación exitosa de un, a veces, prolongado proceso de reconocimiento, atravesado por luchas y enfrentamientos no siempre pacíficos. Por eso, convenida su historicidad, hemos de considerar falaz la argumentación que sostiene que los mismos se deducen o derivan de una consideración previa de la dignidad humana que, a modo de fundamento absoluto e indiscutido, actúa como presupuesto antropológico o razón de ser de los mismos. Más bien sucede al contrario: son los derechos los que jurídicamente conforman la dignidad, aunque se sostenga interesadamente lo opuesto»; PORRAS RAMÍREZ, J. M., «Eficacia jurídica del principio constitucional de la dignidad de la persona», en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, nº34, 2018, pp. 201-223, en especial, pp. 207-208.

como parte y «pilar fundamental»²⁴ de todo el sistema de derechos de la Unión, en clara sintonía con la línea marcada por la tradición constitucional europea. Véase, por ejemplo, el art. 1 de la Ley Fundamental de Bonn.

Algo así sucede, también, con la «constitucionalización comunitaria» del principio democrático, consustancial al concepto de dignidad humana y al de la garantía de derechos humanos, entre los que se incluyen, por cierto, «los derechos de las personas pertenecientes a las minorías».

La finalización de la II Guerra Mundial hizo emerger en Europa un nuevo paradigma constitucional²⁵ en el que la persona, cualquier persona, se sitúa como elemento clave, conformador y partícipe, del orden político-social. Ese nuevo paradigma constitucional representa el único tipo de régimen en el que el trato preferencial que se otorga a la mayoría no implica la desprotección o marginación de las minorías²⁶. La concepción de estas últimas como auténticos sujetos de derecho se fundamenta en el principio democrático, a la par que promueve el pluralismo político sobre el que descansa el constitucionalismo post-bélico europeo. La democracia exige que la libre participación de un ciudadano en el proceso de concreción de la voluntad política sea compatible con la igual libertad de cualquier otro. El derecho que ordena la comunidad es legítimo en tanto que (todos) los individuos que forman parte de ella han participado, libremente y de igual a igual, en su proceso de formación²⁷. De ello se sigue su fundamentación: la vinculatoriedad del marco normativo responde a que en su creación han participado todos aquellos que se someten a él²⁸. El principio democrático tiene como presupuesto esencial que el origen del poder y la potestad de su ejercicio se atribuye a todos los miembros del pueblo y en el mismo modo²⁹, pues todos ellos pretenden su realización conforme a unos objetivos e ideales igualmente válidos. Y es que, como así indica BÖCKENFÖRDE, el principio democrático concretiza al principio constitucional de la igualdad jurídica como igualdad política o de oportunidades durante el ejercicio del poder político³⁰.

La consolidación del principio democrático permite el tránsito del Estado legal de Derecho, construido por y para las mayorías, al Estado constitucional de

²⁴ MANGIAMELI, S., «Article 2: The Homogeneity Clause», *op.cit.*, p. 120.

²⁵ CÁMARA VILLAR, G., «Los derechos fundamentales como categoría esencial del constitucionalismo», en BALAGUER CALLEJÓN, F., (coord.), *Los derechos fundamentales ante la crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 65-116.

²⁶ Ejemplo claro de esto último lo tenemos en los sistemas de decisión por mayoría cualificada; *p.ej.*, art. 81.2 CE.

²⁷ BÖCKENFÖRDE, E. W., *Demokratie als Verfassungsprinzip* (1987). (Trad. Esp. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 81-82).

²⁸ *Ibidem*, p. 77.

²⁹ *Ibidem*, p. 83.

³⁰ *Ibidem*, p. 82.

Derecho, constituido por y para las mayorías y minorías. El Estado democrático de Derecho es un Estado abierto a todas las necesidades sociales, pues todas ellas son igualmente dignas de atención y protección. Es un Estado abierto al conflicto, permanente, entre mayorías y minorías. La toma de decisiones democráticas parte del derecho a una igual participación y cooperación política, que se manifiesta en un procedimiento público y accesible, a partir del cual se conforma la voluntad política. Su publicidad y accesibilidad permite poner en contacto a la mayoría con las minorías, avivando el conflicto entre ellas. Ese conflicto no puede ser resuelto más que por la regla dictada por la mayoría, como consecuencia lógica de la libertad e igualdad democrática de los ciudadanos. Lo que no es óbice para que el Estado constitucional democrático garantice, al mismo tiempo, que la imposición de la regla dictada por la mayoría se produzca en aspiración de alcanzar el máximo consenso entre ésta y las minorías³¹. Ello permite al Estado resolver el conflicto político-democrático en nombre de los valores superiores que incorpora el texto constitucional; los cuales, a raíz de su codificación, fungen como auténticos principios constitucionales. En este sentido, el art. 1.1 de la Constitución española sintetiza, a la perfección, la dimensión axiológica que inspira al constitucionalismo democrático y social de mediados del s. XX.

Este nuevo paradigma constitucional no permanecerá constreñido a los regímenes estatales durante mucho tiempo. Basta con comparar lo proclamado por el art. 1.1 de la Constitución española y el art. 2 TUE-Lisboa (o incluso el art. 6.1 TUE-Ámsterdam). La libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político son los valores superiores del ordenamiento jurídico español. Su promoción y tutela por parte del Estado hace a la sociedad española democrática, diversa, libre y solidaria, y, por tanto, también más justa. Estos mismos rasgos son los que caracterizan e identifican a la sociedad europea: entre otros, el pluralismo, la justicia o la solidaridad. No podría ser de otra forma si la entidad jurídico-política en la que aquella se ordena, la Unión Europea, se fundamenta en valores como el respeto de la dignidad humana, la democracia o los derechos humanos, incluidos los de las personas pertenecientes a las minorías.

Siguiendo con las palabras del prof. CÁMARA VILLAR; «el arraigo, el desarrollo y la valoración social primordial de un constitucionalismo antropocentrista en los países de Europa a partir de la Segunda Guerra Mundial, fundamentado en la dignidad de la persona, la libertad y la igualdad, y convertido en «cultura constitucional» (P. Häberle) llena de posibilidades de desarrollo, ha funcionado como un potente motor ideológico-político que ha alimentado la idea de Europa y su construcción en sentido constitucional. Este factor ha sido determinante para que en las etapas más recientes se apunten dimensiones que claramente sobrepasan las

³¹ *Ibidem*, p. 94.

concepciones internacionalistas, introduciéndose en el núcleo estructural de la Unión Europea dimensiones axiológicas, teleológicas, garantistas y organizativas hasta ahora prototípicas del constitucionalismo estatal»³².

III. ¿Una auténtica unión de valores constitucionales?

Asumida ya la retórica constitucionalista que sustantiva e informa a los Tratados de la Unión, ¿se puede afirmar, entonces, que la Unión Europea se erige en una auténtica Unión de valores constitucionales? Pues la verdad es que no. Y la razón es simple: es cierto que la UE proclama, de forma categórica, valores constitucionales (art. 2 TUE). Mas, en realidad, no comulga con ellos. O no lo hace con la suficiente contundencia con la que debería. Sobre todo respecto a sí misma.

Uno de los principales motivos reside en la naturaleza de la propia Unión Europea, descrita por WEILER como una confederación en el plano político y una federación en el plano jurídico. La confluencia en un mismo organismo de rasgos propios de una organización internacional y de un Estado federal, y su manifestación a través de una doble legitimidad internacional (Consejo Europeo) y democrática (Parlamento Europeo)³³, ha propiciado la aparición de una comunidad de Estados soberanos cuyas decisiones de relevancia constitucional se discuten y deciden conforme a los procedimientos de producción de derecho internacional (art. 48 TUE), si bien aquellas se aplican sobre los ciudadanos como si de derecho constitucional se tratara (principios de primacía y eficacia directa). Esta asimetría entre lo jurídico y lo político, inextricable al origen de las Comunidades y su proceso de integración, continúa presente en la arquitectura institucional de la UE. Y mientras esto permanezca así, la Unión podrá seguir siendo competente para garantizar la viabilidad del Mercado Común, así como definida como una Comunidad de derecho de Estados soberanos. Pero no lo será como una de derecho democrático. De un derecho por y para los ciudadanos. De derecho constitucional, en definitiva. Así lo reafirma, de forma contundente, el prof. BALAGUER CALLEJÓN: «el modelo propio (*Sonderweg*) que se pretende defender para Europa es una *formulación antidemocrática* que carece de viabilidad en el contexto de una Europa que quiere reconocerse en la identidad de una *cultura constitucional propia*»³⁴. Y más

³² CÁMARA VILLAR, G., «Los derechos fundamentales como categoría esencial del constitucionalismo», *op. cit.*

³³ PORRAS RAMÍREZ, J. M., «La arquitectura institucional de la Unión Europea: consideraciones críticas tras su reforma en el Tratado de Lisboa», en *Revista de estudios políticos*, nº156, 2012, pp. 125-166, en especial, pp. 138-140.

³⁴ BALAGUER CALLEJÓN, F., «Capítulo IX. Derecho Constitucional Europeo», en BALAGUER CALLEJÓN, F., (coord.), *Manual de Derecho Constitucional* (Volumen I), Tecnos, Madrid, pp. 202-275, en especial, p. 214.

aún cuando las carencias democráticas de la UE trascienden las dimensiones relacionales entre los ordenamientos nacionales y supraestatal y se proyectan, también, dentro del sistema comunitario. Hasta el punto de afectar, de hecho, como principios que se retroalimentan, al resto de valores que la UE dice auspiciar: la inviolabilidad de la dignidad humana, el pluralismo político o la protección de las minorías.

No en vano, conviene no olvidar que la Unión sigue sin disponer de un conjunto de mecanismos en garantía de la participación de las minorías en los procesos de producción normativa (democracia formal). Recuérdesse, por ejemplo, que el poder de iniciativa legislativa sigue residiendo, de forma casi exclusiva, en la Comisión Europea (art. 17.2 TUE). Ésta, en tanto que órgano de carácter ejecutivo, suele poner el foco de atención en cuestiones consensuales y tecnocráticas, olvidándose del conflicto de intereses propio de la dialéctica política mayoría-minorías³⁵. Ello trata de ser «compensado» con la posibilidad atribuida al Parlamento europeo, como representante directo de la ciudadanía europea (art. 14 TUE), de presentar propuestas de iniciativa legislativa, cuya adopción se decide, empero, por mayoría (art. 225 TFUE)³⁶. Junto a ello, resulta igual de problemático que las minorías tengan prácticamente vetada la opción de recurrir, de forma directa, la posible invalidez de las decisiones legislativas de la mayoría, al contrario de lo que sucede en los sistemas de jurisdicción constitucional de los Estados (art. 161.1 a) de la Constitución española)³⁷. A consecuencia de estos obstáculos a la realización efectiva del principio democrático, las minorías europeas se ven sometidas a unas normas cuyo contenido no acoge habitualmente sus intereses. La conclusión no puede ser otra más que el derecho de la Unión no es un derecho ni legítimo, ni plenamente democrático.

Pero las deficiencias institucionales de la Unión no solo se predicen en relación con los sistemas de producción o control de las normas (democracia formal). Estas también se proyectan en torno a la dimensión sustantiva del principio de-

³⁵ PORRAS RAMÍREZ, J. M., «La iniciativa legislativa indirecta del Parlamento Europeo: ¿un cambio en el método comunitario de toma de decisiones?, en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº70, 2019, pp. 23-48, en especial, p. 26.

³⁶ Asimismo, esta facultad de presentar propuesta indirecta de iniciativa, *id est*, una «iniciativa de la iniciativa», en ningún caso faculta al Parlamento europeo a subrogarse en el lugar de la Comisión a la hora de poner en marcha, por sí mismo, la ejecución del método de decisión comunitario. El Ejecutivo europeo es, por lo menos de momento, el único dueño formal del derecho de iniciativa normativa. Lo que no excluye, empero, el deber que tiene la Comisión de intentar, por lo menos, dar salida a toda aquella propuesta de acción normativa planteada por el Parlamento, teniendo además aquella, en todo caso, la obligación de comunicar las razones por las que decide rechazar o desatender la petición parlamentaria (art. 225 TFUE). Así se desprende del principio interinstitucional de cooperación leal *ex art. 13.2 TUE*; *Ibidem*, pp. 34-36, 39 y ss.

³⁷ AGUILAR CALAHORRO, A., «Los ciudadanos en la UE: ¿Sujetos u objetos del derecho europeo? Sobre identidad, democracia y participación en la UE», *op. cit.*

mocrático; que es aquella que entronca con el resto de valores del art. 2 TUE y su significación constitucional.

La realización plena de la dignidad humana exige que el individuo participe no solo en la producción de las normas que se le imponen, sino también de los valores y fundamentos que ordenan la sociedad³⁸. El individuo necesita ver en dichos principios una expresión de sí mismo que lo vincule con ellos. Necesita identificarse con los valores que inspiran a la comunidad a través de su intervención en los mismos. Solo así se sentirá integrado, realizado como persona y como sujeto de valores y de derecho, y no, en cambio, como un mero ente alienado, objeto³⁹ y receptor de derecho y de valores. No en vano, los valores expresan lo más profundo del ser. Si éstos son normativizados, o, más aún, constitucionalizados, los individuos deben participar de ellos y comulgar con ellos. La marginación de los individuos (o de los grupos minoritarios) en su adopción y concreción supone imponer a éstos, a través de la aplicación del derecho, un deber ser ajeno, vulnerándose con ello su dignidad humana.

Esta otra manifestación del déficit democrático de la UE nos acaba reconduciendo al valor *ex.art.2TUE* que se refiere al respeto de los derechos «de las personas pertenecientes a las minorías». La implantación de un sistema supranacional para la tutela efectiva de las minorías y sus derechos (de participación o no), en tanto que concreción del principio de dignidad humana, no haría más que contribuir a la promoción de la democracia y del pluralismo en el nivel de la Unión. Y, sin embargo, la cuestión de las minorías constituye, sin lugar a dudas, el valor europeo olvidado por excelencia. Su exclusión del proceso de integración —pese a su explícita inclusión en la cláusula constitucional europea— impide que la UE se constituya en una auténtica sociedad democrática y pluralista, abierta a la diversidad ciudadana y a la disidencia política. Para que la Unión sea una Comunidad de Derecho fundamentada en valores constitucionales no basta con su asunción a través de la retórica constitucional (art. 2 TUE). Junto a esto último deviene imperante un mayor compromiso político y normativo por cumplir y exigir su respeto, tanto en relación con los demás como consigo misma.

El problema aquí es doble. Primero, porque si se aprecia tal compromiso, este ha sido más contra los Estados (tanto miembros como candidatos) que contra sí misma. Y, segundo, porque solo es posible entrever dicho compromiso en relación con uno de esos valores: el Estado de Derecho. La democracia, la dignidad o la garantía de los derechos humanos —no hablemos ya de los de las minorías— apenas han sido promocionados como valores constitucionales de cara a la crisis exis-

³⁸ HÄBERLE, P., *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

³⁹ AGUILAR CALAHORRO, A., «Los ciudadanos en la UE: ¿Sujetos u objetos del derecho europeo? Sobre identidad, democracia y participación en la UE», *op. cit.*

tencial que acecha al continente. El único valor defendido a ultranza ha sido el principio europeo del Estado de Derecho, mientras que el resto, pese a representar los auténticos cimientos valorativos del constitucionalismo social y democrático, solían quedar excluidos (hasta hace bien poco)⁴⁰ del ámbito normativo de la Unión, viéndose «relegados» a la dimensión axiológica de aquella. Estos mismos valores constitucionales, son, en cambio, los que han fomentado la reaparición de la teoría de los contralímites en los Estados iliberales y su invocación contra la Unión y su Derecho (art. 4.2 TUE). Mas la invocación, por parte de aquellos, de «sus valores constitucionales» la realizan, paradójicamente, desde una perspectiva que no es constitucional, basada en desnaturalizar principios como la democracia —reduciendo su significado a la voluntad de la mayoría⁴¹—, el respeto a las minorías —al que recurren a la hora de relacionarse con la UE mientras que en el plano interno ignoran y vulneran los intereses de las minorías ciudadanas—, o el pluralismo —excluyendo o atacando a todo aquello que difiere de lo que ellos propugnan como «su» identidad constitucional nacional—.

En definitiva, la crisis existencial que asola a la Unión desde la década de 2010 se manifiesta, a nivel estatal y supraestatal, como otra de las grandes crisis a las que debe de hacer frente el constitucionalismo⁴², pues son sus cimientos axiológicos los que están en peligro: democracia, pluralismo, minorías, derechos fundamentales o Estado de Derecho.

¿Cuál debe ser la solución frente a este alarmante panorama? Pues más constitucionalismo. Pero la respuesta, en este caso, debe construirse a nivel europeo, pues la amenaza no proviene ahora de la Unión, sino de sus propios Estados. No hace falta decir que este plan de reacción supranacional debe construirse sobre los

⁴⁰ Esta cuestión será abordada en el apdo. nº4.

⁴¹ A la luz de lo dispuesto por BÖCKENFÖRDE, está claro que el iliberalismo tergiversa la significación del principio democrático. Y ello porque si bien el principio de la decisión mayoritaria encuentra su fundamento en la libertad e igualdad política, éstas también le imponen a aquel una serie de límites ineludibles. El principio de la decisión mayoritaria ni se identifica, ni puede dar lugar, al absolutismo o a la dominación de la mayoría. La legitimidad del principio de la decisión mayoritaria descansa en la relación y conflicto continuo entre mayoría y minorías, y en la posibilidad inexcusable de que estas últimas puedan ser mayoría en el futuro. La decisión de la mayoría de vetar el acceso al proceso político a las minorías con razón al principio de la decisión mayoritaria no redundaría en la expresión del principio democrático, sino en su quiebra. No se puede eludir el proceso de discusión político-democrática en nombre de ninguna concepción política, ni siquiera la mayoritaria. Cuando se produce esto último se vacía de contenido el derecho a la libertad e igualdad política del disidente (en ese momento minoritario), negando, con ello, su carácter de sujeto político (ver *supra* notas nº 27, 28, 29, 30 y 31); BÖCKENFÖRDE, E.W., *Demokratie als Verfassungsprinzip* (1987). (Trad. Esp. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, op. cit., pp. 95-97).

⁴² BALAGUER CALLEJÓN, F., «Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 30, 2018. Disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/02_F_BALAGUER.htm

valores superiores (y constitucionalistas) del art. 2 TUE. Todo ello con vistas a que este precepto deje de ser concebido como «mera» retórica constitucional y consiga impregnarse, al fin, de una dimensión de normatividad que se equipare a la del constitucionalismo estatal.

Lo que se plantea aquí es algo ambicioso y que no está exento de problemas. Ni más ni menos que la elaboración de una política de defensa supraestatal de los valores constitucionales. Pero no es imposible. Las bases, de hecho, están ya ahí. Y son tanto normativas, como jurisprudenciales.

IV. Primacía y protección del art. 2 TUE

La promulgación de los Reglamentos 2020/2094 y 2020/2092 en respuesta a la crisis económica y social desencadenada por la COVID-19 es el punto de referencia fundamental⁴³. Con su aplicación conjunta se pretende conseguir la recuperación económica de Europa a la par que se protegen los valores del art. 2 TUE. O más bien uno de ellos: el Estado de Derecho. No en vano, la recepción de los fondos comunitarios queda condicionada a su respeto y garantía por parte de los Estados. En ese sentido, el Reglamento 2020/2092 aspira a convertirse, por lo menos en el corto plazo, en el instrumento normativo más efectivo para la protección del art. 2 TUE⁴⁴, pues afecta a la fibra más sensible de los ejecutivos nacionales: su financiación. Más aún si se tiene en cuenta que los Estados iliberales suelen ser los principales receptores de los fondos estructurales de la UE.

Desde un enfoque constitucionalista estricto, sin embargo, es justamente ahí donde reside el problema. Si el objetivo es la garantía constitucional del *Rule of Law*, que sea éste, entonces, asumido y promocionado como tal: como un fin en sí mismo en tanto que principio constitucional de la Unión, y no como un medio invocable, solo, cuando peligren los intereses del Mercado Único⁴⁵. Bien es cierto, eso sí, que dadas las limitaciones competenciales a las que se enfrenta aquí la

⁴³ Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo de 14 de diciembre de 2020, por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19 y Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión.

⁴⁴ Si bien el Reglamento 2020/2092 se refiere, en esencia, al principio (o valor) del Estado de Derecho, la defensa del resto de valores *ex.art.2TUE* podría sustentarse invocando a su definición «amplia» o sustantiva (*thick Rule of Law*).

⁴⁵ Conferencia impartida por el prof. BALAGUER CALLEJÓN; «Democracia y Estado de Derecho como principios del derecho constitucional europeo» en el Congreso europeo *Democracia y Estado de Derecho en la Unión Europea*, 2021. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=sOrlqwSe-4NE&t=6343s>

Unión (art. 322 TFUE), poco más se podría esperar de una norma de derecho derivado⁴⁶.

De ello parece ser consciente el Tribunal de Justicia, al tratar él mismo de materializar el contenido del Reglamento 2020/2092 con su respuesta a los recursos de anulación que Polonia y Hungría presentaron contra el mismo⁴⁷. El TJUE deja claro en sus dos sentencias que el art. 2 TUE expresa una serie de valores jurídicamente obligatorios para todos los Estados miembros, pues éstos representan la pieza sustantiva sobre la que se construye una identidad constitucional común y compartida⁴⁸. En consecuencia, todo el aparato institucional y jurídico de la Unión, incluido el propio Reglamento 2020/2092, se encuentra vinculado al contenido mínimo que dispone el art. 2 TUE, que despliega su eficacia a través de la jurisprudencia del Tribunal, y, también, de la normativa derivada aplicable en los distintos ámbitos competenciales atribuidos a la UE⁴⁹. En consecuencia, el respeto a los valores constitucionales del art. 2 TUE «estaría llamado a penetrar»⁵⁰ no solo las resoluciones del TJUE, sino también y muy especialmente, la acción del legislador comunitario. El Tribunal propugna, en suma, la inversión de los cimientos de la Unión al fomentar la subordinación de lo económico a lo constitucional, esto es, al Estado de Derecho.

Esta respuesta de los jueces de Luxemburgo pone el broche final a una saga jurisprudencial que comienza a construirse unos años atrás. Se trata, en efecto, del asunto *ASJP*, a partir del cual el Tribunal consigue abrir una nueva vía por la que hacer operativo o «normativizar» el principio del *Rule of Law ex.art.2TUE* a través del art. 19.1 TUE como expresión concreta del mismo⁵¹.

No obstante, y sin querer desmerecer la labor, sin duda encomiable, realizada hasta ahora por el TJUE, esta respuesta sigue sin ser suficiente. La defensa del art. 2 TUE no debe construirse desde el principio del Estado de Derecho, pues no se

⁴⁶ Dichas limitaciones vienen expresadas en el propio art. 4 del Reglamento, al disponer que su aplicación necesita de un nexo causal, directo y probado, entre la vulneración estatal del *Rule of law* y la afectación, potencial o efectiva, de los intereses financieros y presupuestarios de la UE.

⁴⁷ SSTJUE de 16 de febrero de 2022, *Hungría/Parlamento y Consejo, Polonia/Parlamento y Consejo*, as. C-156/21 y C-157/21.

⁴⁸ Sobre el auténtico carácter, común y compartido, de los valores europeos *ex.art.2TUE*, puede consultarse a CLAES, M., «How Common are the Values of the European Union?», en *Croatian Yearbook of European Law and Policy (Editorial Note)*, Vol. 15, 2019, pp. VII-XVI.

⁴⁹ DE GREGORIO MERINO, A., «El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 71, 2022, pp. 11-26, en especial, pp. 22-24.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 22.

⁵¹ Entre otros; SSTJUE de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, as. C-64/16, de 19 de noviembre de 2019, *AK y otros*, as. ac. C-585/18, C-624/18, C-625/18, de 15 de julio de 2021, *Comisión/Polonia (Régimen disciplinario de jueces)*, as. C-791/19 o de 2 de marzo de 2021, *A.B. y otros*, as. C-824/18.

trata de garantizar, sin más, la primacía del (Estado de) Derecho europeo. Se trata de frenar un contexto de regresión constitucional que amenaza a todos y cada uno de los valores el art. 2 TUE. Y ello exige el diseño de una política de protección transversal, en la que ningún valor prevalezca sobre los demás. Porque al igual que se debe proteger el principio de la independencia judicial en garantía de la confianza mutua y la viabilidad jurídica y económica del Mercado, también se deben proteger los derechos de los ciudadanos —mayorías y minorías— en garantía del principio de la inviolabilidad de la dignidad humana. Porque al igual que el constitucionalismo es legalidad y supremacía normativa, también es democracia e igualdad. Aquí es donde reside el fundamento de su normatividad. Luego, frente a afectaciones iliberales del principio democrático o de los derechos de las minorías, tan solo cabe una reacción supranacional en garantía de su tutela como valores constitucionales *per se*.

En definitiva, el contexto actual de *constitutional backsliding* necesita de la respuesta de una Europa comprometida por la defensa de todos y cada uno de los valores constitucionales *ex.art.2TUE*, y no solo del Estado de Derecho por ser éste el principio que mejor secunda la integración jurídica y económica.

Muchos dirán que esta aspiración no es más que una utopía. Nada más lejos de la realidad. De hecho, hasta las mismísimas instituciones se han hecho eco de ella. Y, contra todo pronóstico, no ha sido el TJUE.

En efecto, en julio de 2022 la Comisión dio un paso al frente tras decidir llevar a Hungría ante el TJUE por la promulgación de la Ley LXXIX de 2021⁵². Interpuso así un recurso contra la ley húngara por atentar contra diversas normas de derecho europeo. Entre ellas, el art. 2 TUE. A él se refiere, por primera vez en el marco de un procedimiento de infracción, como precepto autónomo e independiente. Hasta el momento, la defensa del carácter normativo de la cláusula constitucional europea venía necesitando de la referencia o conexión con otro precepto originario de carácter más «técnico» o concreto: *p.ej.*, el art. 19.1 TUE. Ahora, la afectación de los valores del art. 2 TUE vendría a ser, para la Comisión, motivo jurídico suficiente como para fundamentar, por sí solo, su recurso de incumplimiento.

De esta forma, la Comisión da un paso primordial por acelerar el proceso de constitucionalización de la UE. Y ello lo hace, además y sorprendentemente, en relación con un valor *ex.art.2TUE* cuya concreción o defensa tradicionalmente han sido «sorteadas» por las propias instituciones comunitarias: la protección de los derechos de las minorías. Concretamente, de la comunidad LGTBIQ+⁵³.

⁵² Ley LXXIX de 2021, por la que se adoptan medidas más estrictas contra los delincuentes pedófilos y se modifican determinadas leyes para proteger a los menores.

⁵³ La ley, entre otras cosas, se encarga de prohibir el uso en las escuelas de material que «promueva» la homosexualidad y el cambio de género, así como de relacionar implícitamente a la comunidad

Parece ser que ahora sí que comienza a consolidarse una auténtica política de defensa supranacional de principios constitucionales, al ponerse el foco en el valor fundamental del constitucionalismo democrático y social: las minorías⁵⁴.

En cualquier caso, lo cierto es que la decisión final reside en el TJUE. Es el que tiene ahora la oportunidad (y responsabilidad) de «otorgar» a los valores constitucionales del art. 2 TUE aplicabilidad directa y autónoma, es decir; normatividad plena. Así debería suceder si el Tribunal es coherente con lo fallado en sus sentencias sobre la legalidad del Reglamento 2020/2092. Para algunos, esto supondría un hito histórico fundamental para el proceso de constitucionalización de Europa⁵⁵. Para otros, en cambio, tal judicialización de los valores europeos redundaría en (todavía) más problemas, políticos y jurídicos, para la Unión y su Tribunal⁵⁶.

Por todo lo hasta aquí argumentado, parece ser que la construcción de una política eficaz de defensa de los valores de la Unión necesita, en todo caso, de una profunda revisión de los Tratados que, bajo el máximo respeto al principio de pluralidad y diversidad constitucional *ex.art.4.2TUE*, atribuya a la Unión competencias más amplias y sólidas para defender, con plena legitimidad, sus valores constitucionales frente a posibles regresiones iliberales estatales.

Ahora bien, para ello la propia Unión debe ser una Unión constitucional. Y no porque así lo exprese el art. 2 TUE, sino porque así lo ha de reflejar su naturaleza y su arquitectura institucional y jurídica. En otras palabras, la definitiva constitucionalización de la Unión no será tal hasta que ésta no alcance una democrati-

LGBTIQ+ con la pedofilia; BONELLI, M., & CLAES, M., «Crossing the Rubicon? The Commission's use of Article 2 TEU in the infringement action on LGBTIQ+ rights in Hungary», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 30, nº 1, pp. 3-14, en especial, p. 4.

⁵⁴ Prueba de ello es que ni más ni menos que 15 Estados miembros, junto con el Parlamento Europeo, apoyan a la Comisión en su demanda.

⁵⁵ BARLEY K., & WEINZIERL Q., «Fulfilling the Lisbon Treaty's promise: The Article 2 TEU Values for the First time in Court». Disponible en: <https://eulawlive.com/op-ed-fulfilling-the-lisbon-treatys-promise-the-article-2-teu-values-for-the-first-time-in-court-by-katarina-barley-and-quirin-weinzierl/>

⁵⁶ BONELLI, M., & CLAES, M., «Crossing the Rubicon? The Commission's use of Article 2 TEU in the infringement action on LGBTIQ+ rights in Hungary», *ob.cit.*, pp. 8-12. En contra de esta postura se han manifestado profesores como AGUILAR CALAHORRO: a raíz de las características del ordenamiento supranacional europeo, los jueces de Luxemburgo representan la única institución capaz de ejercer como árbitro legítimo entre las partes del proceso, manteniéndose atento e imparcial frente al debate suscitado entre aquellas y trasladándolo luego al ámbito de la argumentación jurídica. Los Tratados europeos han resultado ser la mejor vía para garantizar la integración jurídica, pero han fallado a la hora de promover la constitución de un espacio público europeo. Es por ello por lo que el TJUE vendría a representar la institución más adecuada para defender los valores europeos en épocas de crisis, iliberalismo y polarización; AGUILAR CALAHORRO, A., *Naturaleza y eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021, p. 126.

zación plena: una mayor integración jurídica requiere, de forma ineludible, de una mayor integración política. Mayor legitimidad para una mayor unidad. Los ciudadanos, minorías y mayorías, deben de ser partícipes del proyecto europeo, tanto de su normativa (fundamental y derivada), como de sus valores fundamentales. Solo así se sentirán miembros de un pueblo europeo que se constituye en la Unión. En este sentido, uno de los principales aspectos a abordar por el procedimiento de revisión originaria vendría a ser el mismísimo art. 48 TUE, en aras de que éste admita la posibilidad de que la ciudadanía intervenga directamente, sin la intermediación de los Estados, en los procesos de reforma ulteriores. El mantenimiento de una posición intergubernamental, en el plano político, y federal, en el plano jurídico, resulta ya insostenible. Es el principal escollo que impide que el constitucionalismo democrático se acabe irradiando, definitiva y plenamente, a la Unión Europea.

Siguiendo con las palabras del prof. CÁMARA VILLAR, la Unión Europea debe y necesita transitar hacia el federalismo: «en el momento en el que nos encontramos, las fuerzas políticas, los líderes políticos y las instituciones europeas, con un especial protagonismo del Parlamento Europeo, deberían alentar un proceso de profunda reflexión para la reforma de la Unión Europea *en una dirección más federal*, con el objetivo de dotarla de una *Constitución democrática* estable desde el basamento que proporcionan *los principios y valores sobre los que está fundada la Unión* (dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía, justicia...) y los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la CDFUE, y, en particular, en el orden organizativo, desde los principios de subsidiariedad, eficiencia, democracia y división y contrapeso entre los poderes y cooperación entre los Parlamentos de los Estados miembros y un Parlamento Europeo reforzado».⁵⁷

En tanto esto sucede, no nos queda otra más que confiar en que el Tribunal de Justicia mantendrá su compromiso, hasta ahora firme y decidido, por garantizar la salvaguarda de los valores del art. 2 TUE; vívido reflejo de la dimensión axiológica inherente al constitucionalismo.

⁵⁷ CÁMARA VILLAR, G., «La Unión Europea necesita transitar hacia el federalismo», en *Revista Direito Público*, Vol. 10, nº54, 2014, pp. 103-121, en especial, p. 117. Énfasis añadido.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PAPEL DE LA PARTICIPACIÓN POPULAR EN LA RESOLUCIÓN DE CUESTIONES TERRITORIALES COMPLEJAS A PARTIR DE LA «CUESTIÓN CATALANA»

ROSA IANNACCONE¹
«Sapienza» Universidad de Roma

I. Introducción

El acuerdo sobre la amnistía y la posterior presentación de la Ley Orgánica sobre la materia el 13 de noviembre de 2023 por parte del grupo parlamentario socialista² reavivaron la atención sobre la «Cuestión catalana», cuyos elementos más destacados se reconstruirán en el apartado siguiente. Esta última, de hecho, nunca se ha apagado, incluso si, en comparación con el otoño de 2017, la atención ha disminuido, al igual que el apoyo y el entusiasmo por el proyecto independentista. Sin embargo, en los últimos años ha habido numerosos indicios, dentro y fuera de España, de que el enfrentamiento entre Barcelona y Madrid persita en el fondo, y continúa generando tensiones, incertidumbres y contradicciones, incluso en relación con el mantenimiento de ciertos equilibrios democráticos, sobre todo a raíz de la elección en 2019 para el Parlamento europeo de varios políticos catalanes³ sujetos a procedimientos penales en España, entre ellos los líderes de

¹ Investigadora posdoctoral en Derecho Público Comparado, Universidad Sapienza de Roma

² Sobre la posible evolución del *iter legis v.* A. Mastromarino, «La proposta di legge organica di amnistia in Spagna: un pasito pa'lante», *Diritti comparati-Blog*, 11/12/2023.

³ F. Battaglia, «La disciplina sull'elettorato passivo nel diritto dell'Unione europea tra competenze nazionali e principio d'autonomia del Parlamento europeo», *Dpce online*, núm 4, 2020; G.M. Teruel Lozano, «Junqueras' Immunity: An Example of Judicial Dialogue», *Verfassungsblog*, 19/01/2020; C. Fasone, N. Lupo, «The Court of Justice on the Junqueras saga: Interpreting the European parliamentary immunities in light of the democratic principle», *Common Market Law Review*, 2020; C. Fasone, «I limiti nazionali della democrazia rappresentativa europea e del suo procedimento elettorale nel caso Junqueras», *Quaderni costituzionali*, 2020; S. Hardt, «Fault Lines of the European Parliamentary Mandate: The Immunity of Oriol Junqueras Vies: ECJ 19 December 2019, Case C 502/19, Junqueras, ECLI:EU:C:2019:1115», *European Constitutional Law Review*,

los principales partidos independentistas, Oriol Junqueras (ERC) y Carles Puigdemont (Junts)⁴.

Como bien ilustra el articulado ensayo de Gregorio Cámara Villar, «La organización territorial de España. Una reflexión sobre el estado de la cuestión y claves para la reforma constitucional»⁵, la complejidad de la cuestión territorial, que permite hablar en algunos casos y momentos de un verdadero «conflicto», tiene orígenes lejanos⁶ y está estrechamente vinculada a las reivindicaciones de algunas comunidades bien radicadas en determinados territorios. Aunque las catalanas no han sido las únicas —con premisas diferentes a las del nacionalismo catalán, posiciones similares han caracterizado también al País Vasco, Galicia y mucho más débilmente a otros territorios, como Andalucía—, son, hasta la fecha, las que más difícilmente encontrarán la posibilidad de pacificación dentro de la actual estructura del Estado autonómico. Por otra parte, la propia persistencia de la «Cuestión Catalana» y el hecho de que suponga la intensificación de los aspectos críticos del ordenamiento español llevan a reflexionar sobre las posibles vías de gestión de las tensiones independentistas y el papel que debería jugar la participación popular, quizás a través de una reforma del tipo de Estado y no de un referéndum de secesión. Los referéndums de este tipo⁷ no son un fenómeno nuevo, históricamente se han aplicado de forma amplia y diversa según el contexto jurídico y el marco geopolítico de referencia, pero recientemente han surgido nuevas reivindicaciones independentistas en Estados con una tradición democrática consolidada⁸. Esto lleva, por tanto, a reflexionar sobre la idoneidad del instrumento del referéndum como mecanismo para resolver «cuestiones territoriales» complejas y arraigadas.

2020; P. Van «Elsuwege, Empty Seats in the European Parliament: What About EU Citizenship?», *Verfassungsblog*, 9/07/2019.

⁴ G. Ferraiuolo, «Accordi e disaccordi. Il patto di investitura PSOE-Junts per Catalunya nella crisi costituzionale spagnola», *federalismi.it*, núm 29, 2023, pp. 29-30.

⁵ G. Cámara Villar, «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.

⁶ *Ex multis*, J. Solé Tura, E. Aja, *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808— 1936)*, Siglo XXI, Madrid, 1977; A. Torres Del Moral, *Constitucionalismo histórico español*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2009; L. Rebollo Delgado, *España y su organización territorial: Antecedentes, surgimiento, evolución, problemas y propuestas*, Dykinson, 2018.

⁷ A. Auer, «National referéndum in the process of European Integration: Time for change», in A. Albi, J. Ziller (eds), *The European Constitution and National Constitutions. Ratification and beyond*, Netherland, Kluw Law international, 2007; V.R. De Caria, «I referendum indipendentisti», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm 4, 2014; M. Volpi, «L'organizzazione costituzionale», in G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 480; J.A. Montilla Martos, «El referéndum de secesión en Europa», *ReDCE*, núm 26, 2016.

⁸ L. Frosina, «Profili giuridici e aspetti problematici dei referendum di secessione. Un'analisi comparata», in *Nomos. Le attualità nel diritto*, núm 3, 2017, pp. 1-2.

II. El camino recorrido: de la autonomía a la declaración de secesión unilateral de Cataluña

Las relaciones entre el Gobierno central y la Generalitat catalana encontraron un punto de inflexión como reacción a las tendencias centralistas del Gobierno de Mariano Rajoy. En efecto, si en la quinta y sexta legislaturas (1996-2000) el nacionalismo catalán y, en menor medida, el vasco, se habían hecho necesarios para la gobernabilidad del Estado, conllevando el fomento de relaciones bilaterales y preferentes entre el Estado y las respectivas Comunidades Autónomas, tras las elecciones de 2000 dejaron de ser necesarios para la formación del Gobierno, frente a la mayoría absoluta del Partido Popular. El Gobierno desarrolló entonces una política de recentralización mediante el uso de leyes básicas y competencias horizontales, en particular a través de la ordenación de la actividad económica, para entrar en ámbitos que parecían reservados a las Comunidades Autónomas en materias como la educación, el desarrollo rural y el agua. Esta combinación de simetría y reapropiación provocó la reacción de las nacionalidades históricas, que se unieron para reivindicar su identidad nacional tal y como quedó reflejado, antes del «Plan Ibarretxe» y de la reforma del Estatuto catalán, en la «Declaración de Barcelona» de 1998, firmada por los partidos nacionalistas catalán (CiU), vasco (PNV) y gallego (BNG), denunciaba la falta de integración y consolidación efectiva del Estado español, por lo que reclamaba una reforma que reconociera la plurinacionalidad, tanto formal como materialmente⁹.

Los años que siguieron a la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre el nuevo Estatuto catalán en 2010 se caracterizaron también por la reducción de la autonomía de las Comunidades Autónomas, con especial referencia a la autonomía financiera. La crisis económica, con sus inevitables políticas de recorte de gastos, había afectado, además, profundamente a las relaciones entre el Estado central y las autonomías territoriales, hasta el punto de que fue a raíz del fracaso de las negociaciones sobre la adopción del Pacto fiscal cuando el Parlamento catalán aprobó la Resolución 5/X sobre la «Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña», en la que sancionaba el «derecho a decidir»¹⁰ del

⁹ J.A. Montilla Martos, «Evolución y retos de la organización territorial en España», *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, núm 63, 2018, pp. 257-258.

¹⁰ En doctrina, se considera que este derecho deriva del principio democrático y del derecho a la participación política reconocidos por la Constitución Española en sus artículos 1.1 y 23.1. Se define como un derecho individual a ser ejercido colectivamente por los miembros de una determinada comunidad, territorialmente localizada y democráticamente organizada, que les permite expresar, a través de un proceso democrático, su voluntad de redefinir su estatus político-institucional, incluyendo la posibilidad de constituir un Estado independiente. En este sentido, L. Frosina, *Profilo giuridico e aspetti problematici dei referendum di secessione. Un'analisi comparata*, cit., pp. 21-22. Sul tema v. L. Cappuccio, M. Corretja Torrens (a cura di), *El derecho a decidir: un diálogo italo-catalán*, Barcellona,

pueblo catalán sobre su futuro político, basado en los principios de legitimidad democrática, transparencia, diálogo, cohesión social, europeísmo, legalidad y participación¹¹. Así se inició un proceso de independencia y secesión, conducido unilateralmente por la Comunidad Catalana¹². Ante las medidas de desobediencia constitucional llevadas a cabo por el gobierno de Barcelona, el gobierno de Madrid respondió con extraordinaria dureza e intransigencia.

Aquí, dados los objetivos señalados, no profundizaremos en la jurisprudencia constitucional sobre la «Cuestión Catalana» ni en las teorías sobre la secesión, sino que realizaremos una breve reconstrucción de los acontecimientos que han caracterizado el conflicto entre la Comunidad Autónoma y el Estado central y, en particular, las dos consultas independentistas que tuvieron lugar en 2014 y 2017, ambas declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, pese a su diferente naturaleza jurídica.

En una primera fase, hasta las elecciones autonómicas de 2015, las instituciones catalanas actuaron formalmente dentro del marco constitucional con el objetivo de celebrar un referéndum de independencia, reinterpretando disposiciones constitucionales e incluso aprobando una ley autonómica específica sobre consultas no referendarias (Ley 10/2014)¹³. Después de que el Tribunal Constitucional declarara la inconstitucionalidad tanto de la legislación autonómica sobre estas consultas generales (STC 31/2015) como de la convocatoria específica (STC 32/2015), el presidente de la Generalitat convocó un «proceso participativo», conocido como «procés», mediante una votación con las mismas preguntas que las establecidas por el referéndum de independencia, sin una convocatoria y con el

2014; J.M. Castellà i Andreu, «Secesión y referéndum sobre el «derecho a decidir» en Cataluña: una aproximación desde el Derecho Constitucional», in Aa.Vv., *El futuro territorial del estado español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014; J. Jiménez Sánchez, «Principio democrático y derecho a decidir», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 19, 2014; J.M. Vilajosana, «Principio democrático y justificación constitucional de derecho a decidir», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 19, 2014; A. González Bondía, J. López Hernández J. M. Vilajosana Rubio, M. Barceló I Serramalera y Mercé Correjta Torrens, *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*, Barcelona, Atelier, 2015; J. Tudela Aranda, «El derecho a decidir y el principio democrático», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 37, 2016.

¹¹ E. Bindi, «Oltre i confini dell'autonomia», *Osservatoriosullefonti.it*, núm. 3, 2019, pp. 6-7.

¹² v. Generalitat De Catalunya, *Libro Blanco de la Transición Nacional de Cataluña. Síntesis*, Barcelona, Departamento de la Presidencia, Entidad Autónoma del Diario Oficial y de Publicaciones, 2014.

¹³ *ex multis*, L. Frosina, «La sfida dell'indipendentismo catalano nella perdurante emergenza economica», *Nomos. Le attualità nel diritto*, núm. 3, 2012, Id., «Dall'austerità al c.d. austericidio. Aggravamento e nuovi rimedi della crisi spagnola», *Nomos. Le attualità nel diritto*, núm. 1, 2013; Id., «Il c.d. derecho a decidir nella sentenza n. 42/2014 del Tribunale costituzionale spagnolo sulla dichiarazione di sovranità della Catalogna», *federalismi.it*, 2014; M. Iacometti, «L'accidentato cammino dello Stato autonómico spagnolo tra crisi economica e deriva soberanista: primi passi verso l'indipendenza della Catalogna?», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, núm. 3, 2013.

apoyo de voluntarios. En el «procés de participació ciutadana sobre el futur polític de Catalunya», el 80,72 % de los electores votaron a favor de la plena independencia, pero la participación fue de sólo el 35,9 % de los electores con derecho a voto. A pesar de ello y de que fue una consulta ineficaz, proporcionó, según las fuerzas secesionistas, la legitimidad suficiente para continuar por el camino de la independencia. A ello siguió la judicialización del proceso, ya que la Fiscalía General del Estado emprendió acciones legales contra varios miembros del Gobierno catalán por la convocatoria de la consulta.

La segunda fase del conflicto catalán se inició con la convocatoria de elecciones, presentadas por los partidos independentistas como plebiscitarias, ejerciendo el Presidente su derecho a disolver el Gobierno, y se caracterizó por una actitud diferente de las instituciones catalanas. La nueva mayoría parlamentaria, apelando a una supuesta legitimidad derivada de los resultados electorales, declaró reiteradamente que el proceso independentista no podía ser frenado por la Constitución. En este sentido, el Parlament aprobó la Resolución 1/XI, sobre el inicio de un proceso constituyente, que fue declarada inconstitucional en términos muy duros por el Tribunal Constitucional (STC 259/2015). Posteriormente, entre 2016 y 2017, se aprobaron varias resoluciones parlamentarias que desafiaban abiertamente al Tribunal Constitucional y que fueron sistemáticamente anuladas por éste. El punto culminante de este proceso de desobediencia al ordenamiento jurídico y a las indicaciones de los tribunales ordinarios y constitucionales fueron las dos leyes aprobadas en septiembre de 2017 para la celebración de un referéndum de autodeterminación y la creación de una república independiente. Ambas, tras ser impugnadas por el Gobierno de Madrid, fueron inmediatamente suspendidas y declaradas inconstitucionales por el máximo tribunal nacional (STC 114/2017 y 124/2107). A pesar de ello, y pese a la intervención de las Fuerzas Armadas, la consulta siguió adelante y el *procés* finalizó con la declaración unilateral de independencia. Una vez más, los resultados declarados marcaron una participación inferior a la mitad de los electores con derecho a voto (43,03%) y una clara victoria de los partidarios del «sí» (90,18%). El Gobierno estatal inició entonces el procedimiento para la aplicación de la llamada coacción federal¹⁴, prevista en el artículo 155 de la Constitución para el caso de incumplimiento de obligaciones constitucionales o actuaciones contrarias al interés general. Tras la aprobación del

¹⁴ v. E. Virgala Foruria, «La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005; L. Frosina, «La deriva della Catalogna verso la secessione unilaterale e l'applicazione; dell'articolo 155 Cost.», *Nomos. Le attualità nel diritto*, núm. 3, 2017; J. M. Lafuente Balle, «El artículo 155 de la Constitución española: examen doctrinal y comparado», *Revista de Derecho Político*, núm. 102, 2018; L. Ferraro, «Un nuovo governo autonomico e la fine della coercizione statale in Cataluña: un consuntivo sull'art. 155 della Costituzione spagnola», *federalismi.it*, núm. 17, 2018.

Senado, se procedió así al cese del Presidente de la Generalidad y de su Gobierno, así como de los miembros de diversos órganos y servicios de la Comunidad, y se convocaron elecciones autonómicas¹⁵.

III. Las elecciones anticipadas del 23J y el acuerdo de amnistía

El tema independentista se ha vuelto a poner de actualidad tras las elecciones generales del 23 de julio de 2023 (23J) con el inicio de la XV legislatura, que se abrió con una serie de problemas, contradicciones e incertidumbres que incendiaron el debate político-constitucional nacional. Estos comicios fueron convocados de forma anticipada por Pedro Sánchez tras la derrota del centro-izquierda en las elecciones municipales del 28 de mayo de 2023 y volvieron a plantear un escenario de bipolarismo caracterizado por la presencia de un partido que ganó las elecciones lejos de la mayoría absoluta, el Partido Popular (PP), y la ausencia de una formación política con los números para formar el nuevo Gobierno. La «inesperada» decisión de Sánchez de anticipar las elecciones generales resultó finalmente estratégica para el Partido Socialista Obrero español (PSOE), que logró evitar tanto un posible efecto de autodesgaste postelectoral como la consolidación polí-

¹⁵ J.A. Montilla Martos, «Evolución y retos de la organización territorial en España», cit., pp. 261 ss. Para una reconstrucción de los hechos y de las posiciones de los actores implicados, así como de la doctrina española e italiana, v. A. Bar Cendón, «El proceso independentista de Cataluña y la doctrina jurisprudencial: una visión sistemática», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 37, 2016; B. Caravita, «La Catalogna di fronte all'Europa», *federalismi.it*, núm. 19, 2017; S. Gambino, «Pretese sovranistiche della Catalogna e unità indissolubile della Nazione spagnola», *Dpce online*, núm. 3, 2017; M. Plutino, «La vicenda catalana tra istanze politiche malposte e la dura logica dello Stato di diritto», *dirittifondamentali.it*, núm. 2, 2017; A. Mastromarino, «La dichiarazione di indipendenza della Catalogna», *Rivista AIC*, núm. 3, 2017; S. Ceccanti, «Catalogna e Spagna al momento senza uscita», *Dpce online*, núm. 4, 2017; L. Frosina, «Referendum, autodeterminació y transitorietat jurídica. La sfida delle istituzioni catalane alla «indissolubile unità della nazione spagnola»», *Nomos. Le attualità nel diritto*, núm. 1, 2017; G. Poggeschi, *La Catalogna: dalla Nazione storica alla Repubblica immaginaria*, Napoli, 2018; G. Ferraiuolo, «Non far niente. È democratico?», *federalismi.it*, núm. 17, 2018; J. Cagiao Y Conde, «Un sassolino nella scarpa. La Catalogna come chiave della crisi del modello territoriale spagnolo», *federalismi.it*, núm. 17, 2018; M. Aragon Reyes, «El desafío en Cataluña: Comentario constitucional», *Revista electronica de Estudios Internacionales*, núm. 35, 2018; M. Azpitarte Sánchez, «La defensa de la Constitución frente al secesionismo. Crónica política y legislativa del año 2017», in «Revista Española de Derecho constitucional», núm. 112, 2018; E. Alberti Rovira, «El conflicto de Cataluña como crisis constitucional», *Cuadernos Monográficos de teoría del estado, derecho público y historia constitucional*, núm. 10, 2019; L. Frosina, «Conflitto catalano tra giustizia e politica. Prime osservazioni sulla sentenza del Tribunale Supremo sul cd. procés», *federalismi.it*, 20/2019; E. Bindi, «Oltre i confini dell'autonomia», cit.; I.A. Nicotra, «La «sfida» secessionista e il valore «unificante» della solidarietà territoriale», *federalismi.it*, núm. 16, 2019; J. Jordana, *Barcelona, Madrid y el Estado. Ciudades globales y el pulso por la independencia en Cataluña*, Madrid, Los Libros de la Catarat, 2019.

tico-electoral del PP y VOX en continuidad con los resultados de las elecciones administrativas¹⁶.

Tras la no elección del candidato del PP, Alberto Núñez Feijoo, propuesto inicialmente por el Rey como representante del partido mayoritario, para el cargo de presidente del Gobierno, fue elegido el presidente saliente y líder del PSOE. Esta opción, de hecho, era la más sólida desde el principio, dado el panorama partidista español, y ya se había visto reforzada durante la sesión constitutiva del Congreso en la elección de la presidencia de la Asamblea, cuando la candidata propuesta por el PSOE, Francina Armengol, fue elegida gracias a los votos de todos los partidos excepto el PP y sus aliados. Ya en el acuerdo, cerrado con los partidos independentistas, que había conducido a esta elección, el PSOE había tenido que ceder en cuestiones importantes, que es posible definir como identitarias. Entre ellas, el compromiso, luego cumplido, de modificar el Reglamento del Congreso para permitir el uso en los debates, además del castellano, de las lenguas cooficiales (catalán, gallego y euskera) y la promesa de presentar una iniciativa para su reconocimiento oficial a nivel europeo¹⁷. Mucho más sustancial ha sido la moneda de cambio exigida por los independentistas catalanes para confirmar su apoyo al PSOE en la elección del presidente del Gobierno. Para ello, el partido socialista llegó a dos acuerdos de coalición diferentes, uno con Esquerra Republicana de Catalunya (ERC) y otro con Junts per Catalunya. Este último, definido sugestivamente como «un acuerdo de paz más que un acuerdo de investidura»¹⁸, fue alcanzado por Carles Puigdemont (según la perspectiva: presidente exiliado en Bélgica o expresidente prófugo de la Generalitat de Catalunya; además de principal referente del partido) y Pedro Sánchez y parece ser el más detallado¹⁹. Reconoce, como en el caso del acuerdo con ERC, la existencia de un «conflicto político» entre España y Cataluña y establece la figura de un mediador internacional para supervisar la aplicación del acuerdo. También prevé la posibilidad de introducir un régimen fiscal diferente basado en la gestión de la totalidad de los impuestos pagados en Cataluña y la posibilidad de un referéndum que permita a los ciudadanos que viven en este territorio decidir su futuro. En este último punto, la interpretación que hacen los partidos firmantes difiere: Junts pide la autodeterminación y que se celebre un referéndum de acuerdo con el artículo 92 de la Cons-

¹⁶ L. Frosina, «Bipolarismo, polarizzazione e governi di coalizione: i nuovi elementi della politica spagnola», *Nomos. Le attualità nel diritto*, núm. 2, 2023, pp. 1-2.

¹⁷ C. Vidal Prado, «L'investitura del nuovo governo in Spagna: amnistia e stato di diritto», *federalismi.it*, núm. 29, 2023, p. VI ss.

¹⁸ V. Partal, «Junts-PSOE: un acord de pau més que no d'investidura, però ple de riscs i inconcrecions», *Vilaweb.cat*, 12/11/2023.

¹⁹ G. Ferraiuolo, *Accordi e disaccordi. Il patto di investitura PSOE-Junts per Catalunya nella crisi costituzionale spagnola*, cit., p. 23.

titución, mientras que el PSOE defiende el Estatuto de Autonomía o, en todo caso, su modificación a través de una consulta popular. Mientras ERC reconocía en el acuerdo que los referéndums de 2014 y 2017 fueron ilegales, Junts, en cambio, reivindicaba su validez²⁰.

Por último, ambos acuerdos dedicaron un espacio a la cuestión de la amnistía, que ya se estaba negociando en paralelo entre Junts y el PSOE. Este es el asunto que más ha dividido a la opinión pública y a la doctrina, desde la conveniencia de adquirir este compromiso hasta su posible inconstitucionalidad²¹. En el «Acuerdo PSOE-Junts», se estipula que la ley correspondiente deberá incluir tanto a los políticos como a los ciudadanos que, antes y después de la consulta de 2014 y del referéndum de 2017, hayan sido objeto de resoluciones judiciales o procesos relacionados con estos hechos. Además, se estipula que se tendrán en cuenta las conclusiones de las comisiones de investigación que se crearán durante la Legislatura en la medida en que puedan producirse situaciones que entren dentro del concepto de *lawfare*²² o judicialización de la política, con la posibilidad de que se deriven acciones de exigencia de responsabilidades y cambios legislativos. Muchos de los contenidos sustanciales del acuerdo son genéricos e inciertos, más detallados y de mayor interés para el enfoque que pretendemos dar en este trabajo, son las «premisas de hecho», contenidas en el apartado de los «Antecedentes», que trazan la historia del conflicto territorial. La narración, aceptada por primera vez incluso por los socialistas, reconoce la profundidad histórica de las reivindicaciones catalanas, los déficits de autogobierno

²⁰ C. Vidal Prado, «L'investitura del nuovo governo in Spagna: amnistia e stato di diritto», *cit.*, p. VIII-IX.

²¹ *ex multis*, J. Ridao, «Razones para una amnistía», *El Diario.es*, 28/07/2023; J. Pérez Royo, «La amnistía es perfectamente posible», *Rve audio*, 07/08/2023; Juan Antonio Xiol, exvicepresidente del TC, asegura que «la amnistía cabe perfectamente en la Constitución», *elDiario.es Catalunya*, 07/08/2023; M.A. Presno Linera, «Algunas consideraciones provisionales sobre la constitucionalidad de una eventual Ley de amnistía», *El derecho y el revés*, 11/08/2023; A. Ruiz Robledo, «El fantasma de la amnistía se materializa en una ley inconstitucional», *El Español*, 14/11/2023; E. Cebrian Zazurca, «Opinión I Constitución y amnistía», *Hoy Aragón*, 16/11/2023; M. Aragón Reyes, «Crisis de la democracia constitucional en España», *Toqueville Papers*, núm. 32, 2023; A. López Basaguren, «Débil justificación constitucional», *Fundación para la Libertad*, 14/11/2023; J. García Roca, «Democracia representativa y amnistía», *Diario del Derecho, Iustel*, 01/12/2023; V.J. Vázquez, «El juicio a la amnistía y la quiebra de la ficción», *Letras Libres*, 01/12/2023.

²² La *Lawfare* puede definirse como el uso indebido de los instrumentos jurídicos y la interpretación de la ley para la persecución política. v. S.M. Romano (comp.), *Lawfare Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*, Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica (Celag), Mármol/Izquierdo Editores, Madrid, 2019; J.L. Martí, «Lawfare y democracia. El derecho como arma de guerra», *Revista IDEES*, 2020; J.H. Gándara Pizarro, F.H. Gándara Pizarro, «Lawfare», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22/2022; C. Mulovitz, «Del «descubrimiento de la ley» al «lawfare» o cómo las uvas se volvieron amargas», *Revista SAAP*, vol.16, núm. 2, 2022. Sobre el caso español v. L. Frosina, «La crisi costituzionale spagnola tra lawfare, conflitti tra i poteri e rischi di erosione delle istituzioni», *Nomos. Le attualità nel diritto*, núm. 3, 2022.

acumulados a lo largo de los siglos, desde 1714, la severa limitación legal, a lo largo del tiempo y especialmente tras la sentencia de 2010 del TC sobre el Estatuto catalán, de las reivindicaciones de Cataluña, principalmente dirigidas a las vertientes cultural, lingüística e institucional, que se tradujeron en prohibiciones tajantes cuando no en persecuciones activas. Cabe señalar que, sobre todo después de las movilizaciones masivas de los últimos años y de las posturas adoptadas por las instituciones catalanas a continuación, los gobiernos españoles no hicieron nada para fomentar las negociaciones, negándose a debatir las propuestas presentadas por la Comunidad Autónoma. Los empujes unilaterales resultantes — con la consulta «informal» del 9 de noviembre de 2014, las elecciones «plebiscitarias» de 2015 y el referéndum del 1 de octubre de 2017 — han producido una reacción judicial de innegable calado político, objeto de críticas por parte de diversos organismos internacionales y, en ocasiones, incluso un uso desproporcionado de la fuerza²³.

IV. Luces y sombras de la vía participativa emprendida por la Generalitat catalana para resolver el «conflicto territorial»

Mucho antes de las elecciones anticipadas del pasado julio y de la celebración de los acuerdos de amnistía, en septiembre de 2023 el presidente de la Generalitat, Pere Aragonès i García, líder del partido independentista ERC, anunció el inicio de un proceso participativo destinado a elaborar una propuesta, denominada «acuerdo de claridad», para la resolución democrática del conflicto territorial. Este proceso sería caracterizado por cuatro fases y la participación tanto de actores políticos como de expertos, reunidos en un comité, y de la sociedad civil. En primer lugar, el Gobierno anunció los objetivos que debía alcanzar el «Consell Acadèmic per a l'Acord de Claredat», a saber identificar las características del acuerdo; estudiar los mecanismos existentes en el marco comparado dirigidos a resolver conflictos cuyo núcleo sea la lucha por la soberanía; enumerar los actores o instituciones que tendrían que tomar la iniciativa para poner en marcha estas posibles vías; detallar la función que un referéndum u otros mecanismos similares tendrían para el futuro político de Cataluña; y describir los aspectos formales, es decir, las garantías de legitimidad, inclusividad, validez y aplicación de los instrumentos participativos que podrían ponerse en marcha. Posteriormente, se iniciaron los trabajos del comité de expertos, formado por académicos de las áreas de derecho y ciencias políticas, que sobre la base de los fundamentos anteriores elaboró una propuesta inicial, que sería sometida a tres ámbitos de debate: una mesa redonda

²³ G. Ferraiuolo, *Accordi e disaccordi. Il patto di investitura PSOE-Junts per Catalunya nella crisi costituzionale spagnola*, cit., p. 28.

formada por representantes políticos, otra por entidades sociales, y una tercera por 800 ciudadanos elegidos por sorteo. Finalmente, el Consell Acadèmic deberá redactar la propuesta definitiva, que se elevará al Ejecutivo nacional.

Los trabajos de los expertos concluyeron con la presentación de un documento en octubre de 2023, fruto de la diversidad de conocimientos científicos y puntos de vista sobre el conflicto político, y también por esta razón caracterizado por varios caminos posibles a seguir y no uno único. Centrándose en particular en el tema de los mecanismos de resolución de conflictos, los expertos propusieron cinco escenarios posibles, todos ellos caracterizados por el uso de referendos. Señalaron que, aunque estos son mecanismos políticamente poderosos y ampliamente utilizados para resolver conflictos territoriales, ya que permiten identificar las preferencias de los ciudadanos y, al mismo tiempo, legitimar las decisiones mediante el voto directo, tienen numerosas limitaciones. Por ello, deben incluirse en el marco de un acuerdo más general y ser reconocidos por todas las partes implicadas. Identifican dos categorías de referéndum, el inicial y el final, y otros tantos ámbitos territoriales, el de la comunidad autónoma y el del estado. Combinando estos criterios se obtienen cinco opciones de referéndum. La primera contempla un «referéndum inicial en el territorio subestatal», es decir, una consulta a los ciudadanos de Cataluña sobre si el Parlamento debería iniciar un proceso de reforma constitucional para contemplar la independencia o un cambio en la estructura territorial. La segunda, también de ámbito autonómico, consistiría en un referéndum para ratificar un acuerdo político previamente cerrado sobre la independencia o sobre una nueva posición de Cataluña dentro del Estado. La tercera vía, que los expertos consideran desaconsejable porque podría exacerbar el conflicto, consistiría en un referéndum inicial en toda España en el que se preguntaría a los ciudadanos españoles si están de acuerdo en que, en cumplimiento del artículo 92 de la Constitución, el Gobierno autorice una consulta en Cataluña, bien sobre la independencia o sobre alguna otra solución al conflicto. Los expertos proponen como cuarta posibilidad la versión nacional de un «referéndum de ratificación», en línea con lo previsto en la Constitución para los procedimientos de reforma constitucional. La última propuesta es una combinación de las anteriores e implicaría un referéndum a nivel subestatal y otro a nivel nacional, que podrían ser consecutivos o simultáneos. Pero incluso esta opción, según los expertos, correría el riesgo de alimentar aún más el enfrentamiento entre mayorías estatales y minorías territoriales, promoviendo una tiranía de la mayoría sobre la minoría territorial o viceversa. Una votación sobre la independencia, si se pide a todo el electorado, podría, de hecho, ser una negación del valor de la democracia directa que las constituciones atribuyen exclusivamente a los llamados «pueblos interesados». Es evidente, sin embargo, que la prevalencia de la opción independentista, que produciría una importante transformación constitucional relativa a la propia

unidad del país, quedaría así determinada por la voluntad de una porción numéricamente insignificante del electorado nacional. Esto demuestra, como mínimo, que con los referendos separatistas los electorados minoritarios pueden decidir unilateralmente efectos sistémicos fundamentales para todo el Estado y que, de este modo, la voluntad de las minorías políticas regionales puede desestabilizar el equilibrio constitucional y contribuir al eclipse del Estado²⁴.

En cuanto a los actores que deberían participar en la resolución del conflicto territorial, el *Consell Acadèmic* identificó a los principales, que deberían desempeñar un papel central en la resolución del conflicto. Estos son los gobiernos, los parlamentos y los ciudadanos. Sin embargo, destacó que también deben tenerse en cuenta actores secundarios relevantes, como las autoridades locales, los organismos supranacionales, el resto de comunidades autónomas y los tribunales, en particular el Tribunal Constitucional. En este sentido, a pesar de que este último ha jugado un papel importante en este conflicto y de que su jurisprudencia obstaculiza la celebración de referéndums de soberanía y secesión, podría, según la comisión, revisar su jurisprudencia o guardar silencio ante este tipo de referéndum si fuera fruto de un acuerdo entre el Estado y la comunidad autónoma²⁵. Cabe recordar que, tras un largo y no siempre coherente camino interpretativo, en la Sentencia núm. 31, de 28 de junio de 2010, el Tribunal Constitucional afirmó definitivamente que la materia del referéndum, en lo que se refiere a su institución, regulación y convocatoria, entra dentro de las materias de reserva específica del Estado, al tiempo que circunscribió la competencia de las Comunidades Autónomas (previamente asumida a través de su propio Estatuto de Autonomía) a la regulación y convocatoria de consultas no referendarias o sectoriales con numerosos límites, entre ellos que no pueden versar sobre «cuestiones fundamentales resueltas por el proceso constituyente y sustraídas a la decisión de los poderes constituidos», entre las que se encontraría la independencia²⁶.

²⁴ A. Torre, «Chi dirige la democrazia diretta? Leviathan e Behemot, il monstrum bifronte della sovranità», *federalismi.it*, núm. especial 1, 2017, p. 19.

²⁵ Generalidad de Catalunya, «El grup d'experts sobre l'Acord de Claredat lliura al president Aragonès l'informe on avala el referèndum per resoldre el conflicte polític», 16/11/2023.

²⁶ Esta disputa sobre el uso del instrumento del referéndum, ampliamente entendido, en España surge de la letra del artículo 92 de la Constitución y de las diversas interpretaciones a las que se presta, sobre todo cuando se considera desde una perspectiva monista o cuando se considera en relación con el modelo de Estado autonómico. v. L. Aguiar de Luque, «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español», G. Trujillo, L. López Guerra, P. González Treviño (dirs.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; J.L. López González, «El referéndum nacional consultivo sobre decisiones políticas de especial trascendencia», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 38-39, 2002; A. Bueno Armijo, ««Consultas populares» y «referéndum consultivo»: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial», *Revista de Administración Pública*, núm. 177, 2008; C. Aguado Renedo, «Referéndum autonómico y jurisprudencia constitucional», *Teoría y Realidad Cons-*

Aunque la vía seguida por la *Generalitat* parece muy interesante, especialmente por su intención conciliadora y por el papel reservado a los expertos y a la población, y aunque el informe elaborado por el *Consell Acadèmic* es un logro importante, se detectan dos tipos de cuestiones problemáticas. En primer lugar, no parecen haberse tenido debidamente en cuenta ni el contexto histórico-político en el que se desarrolló el Estado Autonómico español y, por tanto, el papel que podrían o debían jugar las demás Comunidades Autónomas en la resolución del conflicto territorial, con lo que se corre el riesgo de generar más tensiones y descontento — especialmente en el seno de Comunidades como la vasca, la gallega y la andaluza —, ni la posición del Tribunal Constitucional y su jurisprudencia, especialmente en un momento en el que esta institución se encuentra en el centro del debate político y académico. Por otra parte, no parecen haberse traído de algunas cuestiones que se han planteado, y algunas incluso resuelto parcialmente, en otras situaciones similares a la catalana y, en particular, en los recientes referéndums británicos, a saber, el referéndum sobre la independencia de Escocia en 2014²⁷ y sobre la salida del Reino Unido de la Unión Europea (Brexit) en 2016²⁸.

titucional, núm. 28, 2011; E. Martín Núñez, «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, 2012; M. Carrasco Durán, «Referéndum versus consulta», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 160, 2013; A. Ibáñez Macías, «Los referendos regional y local en el Estado Autonómico. Sus bases y límites constitucionales», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 97, 2013; M.ªR. Pérez Alberdi, «La admisibilidad constitucional de un referéndum autonómico con base en la competencia estatutaria sobre consultas populares», *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 104, 2015; J. Ridao i Martín, «La oscilante doctrina del Tribunal Constitucional sobre la definición de las consultas populares por la vía del referéndum. Una revisión crítica a través de cuatro sentencias», *Estudios de Deusto*, núm. 63(1), 2015; C. Aguado Renedo, «Sentido y posibilidades del referéndum autonómico», in E. Sáenz Royo, C. Garrido López, C. (coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, València, Tirant lo Blanch, 2017; T. De la Quadra-Salcedo Janini, «Los límites constitucionales a las consultas populares referendarias autonómicas», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25, 2017; C. Garrido López, «El referéndum autonómico en su laberinto», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 117, 2019; D. López Rubio, «La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de referendos autonómicos», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 114, 2019; C. Garrido López, E. Sáenz Royo (coords.), *Referéndums y consultas populares en el Estado autonómico*, Madrid, Marcial Pons, 2019; A. García Ortiz, «Referéndum y consulta popular: precisiones terminológicas y competencias a la luz de la jurisprudencia del tribunal constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 52, 2023.

²⁷ Para una comparación entre la experiencia del referéndum escocés y el catalán *v. ex multis* V. Breda, «La devolution de Escocia y el referéndum de 2014: ¿cuáles son las repercusiones potenciales en España?», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013; U. Haider Quercia, «Ordinamenti autonomistici tra riforma e secessione: il significato del referendum d'indipendenza in Scozia ed in Catalogna», *Percorsi costituzionali*, núm. 3, 2014; I. Ruggiu, «Referendum e secessione. L'appello al popolo per l'indipendenza in Scozia e Catalogna», *Costituzionalismo.it*; K. Campbell, «The 2014 Scottish independence referendum in a wider constitutional context», *Diritto Pubblico*, núm. 3, 2014, p. 804 ss.; N. Duclos, «The Strange of the Scottish Independence Referendum. Some Elements of Comparison between the Scottish and Catalan Case», *Revue Française de Civilisation Britannique*, vol. XX, núm. 2, 2015.

²⁸ Para una reconstrucción de las condiciones previas del referéndum, la votación y sus implicaciones jurídicas y políticas tanto a nivel nacional como en el marco de la Unión Europea, *ex multis*, *v.*

Los expertos no han excluido la participación de personas o instituciones mediadoras para garantizar una mayor legitimidad, pero han subrayado la existencia de una tensión entre promover la inclusión de múltiples actores y la probabilidad de alcanzar acuerdos. No han dicho nada, sin embargo, respecto al papel que las propias Cortes, y en particular sus articulaciones internas como comisiones y comités, u otros organismos estatales como el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, podrían asumir para facilitar, desde un punto de vista técnico, el acuerdo sobre los procedimientos a adoptar como ocurrió en Escocia con las recomendaciones aportadas por los comités de la Cámara de los Comunes y de la Cámara de los Lores y las de la Comisión Electoral²⁹. Del mismo modo, aunque se menciona a los ciudadanos catalanes, no se especifica cómo van a ser identificados, ni se tiene en cuenta la hipótesis de un electorado más amplio. En este sentido, se plantean muchos interrogantes: ¿deben decidir sobre la independencia quienes viven en Cataluña pero no son originarios de allí? ¿Quiénes son catalanes desde hace generaciones independientemente de donde vivan? ¿Es suficiente con vivir en la CA y durante cuánto tiempo? También con respecto a estas preguntas, el referéndum escocés supuso una importante innovación al incluir en la categoría de personas con derecho a voto también a personas que no eran ciudadanos escoceses. En efecto, el Parlamento de Holyrood, en ejercicio de la competencia que le otorgaba el *draft order in council*, aprobó, a propuesta del gobierno de Edimburgo, la *Scottish independence referendum (Franchise) Act 2013*, que definió a los sujetos

G. Caravale, «Cronache costituzionali dall'estero — Regno Unito», *Nomos. Le attualità nel diritto*; R. Gordonm R. Moffatt, «Brexit: The Immediate Legal Consequences», *The Constitution Society*, 2016; B. Caravita, «Brexit: keep calm and apply the European Constitution», *federalismi.it*, núm. 13, 2016; C. Curti Gialdino, «Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell'Unione europea», *federalismi.it*, núm. 13, 2016; E. Palici di Suni, «I britannici hanno detto sì alla Brexit: uno choc per l'Europa», *Dpce online*, núm. 2, 2016; G.G. Carboni, «A proposito della Brexit: gli effetti del referendum sul Regno Unito e l'Unione europea», *Dpce online*, núm. 2, 2016; K. Armstrong, *Brexit Time: Leaving the EU — Why, How and When?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017; P. Mariani, *Lasciare l'Unione europea. Riflessioni giuridiche sul recesso nei giorni di Brexit*, Igea, Milano, 2018; G. Martinico, *Il diritto costituzionale come speranza*, Giappichelli, Torino, 2019; F. Savastano, *Uscire dall'Unione europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Giappichelli, Torino, 2019; C. Martinelli (a cura di), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017; G. Caravale, *A family of nations. Asimmetrie territoriali nel Regno Unito tra devolution e Brexit*, Jovene, Napoli, 2017; Id., *Brexit e Costituzione britannica*, Jovene, Napoli, 2019; M. Gordon, «Referendums in the UK Constitution: Authority, Sovereignty and Democracy after Brexit», *European Constitutional Law Review*, núm. 16, 2020; G. Saputelli, «Brexit e devolution nel Regno Unito: quando è lo Stato (e non l'UE) a mostrare i suoi limiti», *Dpce online*, núm. 4, 2020; F. Fabbrini, «Brexit and the Future of the European Union: The Case for Constitutional Reforms», Oxford University Press, Oxford, 2020; G. Baldini, E. Bressanelli, E. Massetti, *Il Regno Unito alla prova della Brexit*, Il Mulino, Bologna, 2021.

²⁹ v. a este propósito G. Caravale, «Il referendum del 18 settembre 2014: Scotland chooses the best of both worlds», *federalismi.it*, núm. 18, 2024, p. 16 ss.

con derecho a voto incluyendo en esta categoría a los ciudadanos residentes en Escocia mayores de dieciséis años y a los ciudadanos del Reino Unido de un país de la Unión Europea o de la *Commonwealth*, residentes en Escocia e inscritos en los registros electorales locales o en los nuevos registros creados específicamente para los jóvenes votantes, pero excluyendo a los escoceses residentes en otras partes del Reino Unido³⁰.

Aunque se ha señalado que la experiencia escocesa difícilmente podrá importarse en los mismos términos en sistemas constitucionales asentados sobre bases completamente distintas a las del Reino Unido³¹, el referéndum de independencia escocés y las reglas que rigieron su desarrollo, garantizando una consulta plenamente democrática, pueden constituir un ejemplo de buena práctica³² al que recurrir, junto con el derecho comparado en general, en momentos como el que atraviesa el Estado español. El referéndum del Brexit también permite reflexionar sobre algunas cuestiones que se plantean en relación con Cataluña y que no son tratadas por el *Consell Acadèmic*, en particular respecto a la importancia de adoptar un umbral mínimo de votos a favor, un quórum «reforzado» o una «doble mayoría» para garantizar la legitimidad del resultado, dado que «el fin del *statu quo* debe gozar de un consenso enraizado en la calidad e indiscutible en la cantidad»³³. Asimismo, aunque se contempla la hipótesis de una pregunta relativa a la independencia o a una organización territorial diferente, no se presta atención a la importancia de no someter al cuerpo electoral alternativas cuyos resultados no se conocerían. En ambas hipótesis, de hecho, habría que resolver numerosas cuestiones antes de emprender el camino legal para convocar el referéndum, y sólo así sería posible una consulta caracterizada por un voto realmente consciente y libre de incertidumbre en cuanto a su naturaleza³⁴.

De forma más general, con respecto al instrumento del referéndum, debe considerarse que, en su declinación moderna como dispositivo multifuncional, independientemente del contexto de su aplicación, no puede contarse acríticamente entre los instrumentos de la democracia directa³⁵ porque la mediación

³⁰ L. Frosina, «Profili giuridici e aspetti problematici dei referendum di secessione. Un'analisi comparata», *cit.*, pp. 16-17.

³¹ C. Martinelli, «La Scozia tra autonomia e secessione: riflessioni sul referendum indipendentista nel processo devolutivo», *federalismi.it*, núm. 23, 2022, p. 236.

³² L. Frosina, «Profili giuridici e aspetti problematici dei referendum di secessione. Un'analisi comparata», *cit.*, p. 20.

³³ C. Martinelli, «La Scozia tra autonomia e secessione: riflessioni sul referendum indipendentista nel processo devolutivo», *cit.*, p. 239.

³⁴ C. Martinelli, «La Scozia tra autonomia e secessione: riflessioni sul referendum indipendentista nel processo devolutivo», *cit.*, p. 239.

³⁵ S. Giannello, «Il referendum nel Regno Unito prima e dopo la Brexit», in C. Fasone e C. Martinelli (a cura di), *Le conseguenze costituzionali della Brexit*, *federalismi.it*, núm. 10, 2022, p. 49.

política resultante de la labor de la democracia representativa siempre está presente, dado que la opinión pública se forma y articula principalmente a través de la acción de los partidos, los grupos y los medios de comunicación. Además, debe tenerse en cuenta que la agenda política sólo puede determinarse mínimamente «desde abajo», que la cuestión planteada siempre es heterodecisiva y que, en el caso de los referendos consultivos, la interpretación de la voluntad popular una vez manifestada se confía a sujetos institucionales o sociales que tienen la posibilidad de manipularla e incluso decidir si se aplica y cómo³⁶. En primer lugar, por tanto, es fundamental definir las consecuencias de la votación: un efecto meramente consultivo que deja plena libertad de decisión a las instituciones, con independencia de que la votación haya sido convocada por ellas o de que sea fruto autónomo de promotores que actúan en el seno de la sociedad política, incluso en contraste con lo surgido de la respuesta popular, o un efecto dirimente, plenamente vinculante para las instituciones constituidas³⁷. Aunque el resultado de un referéndum legalmente convocado, por muy consultivo que sea, difícilmente puede ser ignorado por las instituciones y, en particular, por el gobierno y la mayoría parlamentaria, que, sin embargo, siguen siendo los responsables últimos de las modalidades de aplicación del resultado del referéndum y de sus efectos concretos. El referéndum, por lo tanto, en la actualidad parece ser predominantemente un instituto de participación popular, de tipo institucional, que puede calificarse de pronunciamiento popular, emitido por votación separada de cada ciudadano sobre cuestiones determinadas y jurídicamente relevantes, planteadas de forma alternativa³⁸.

En el ámbito europeo, el instrumento del referéndum se encuentra entre los mecanismos más institucionalizados y utilizados de la democracia participativa y, como hemos visto, ha cobrado especial relevancia en los últimos tiempos por su estrecha relación con las nuevas reivindicaciones independentistas, particularmente en el Reino Unido y España, y hacia el exterior, hacia la Unión Europea, como fue el caso del referéndum sobre el Brexit. En un momento determinado de la historia de Europa en su conjunto, en efecto, como argumenta Torre, frente al Leviatán parlamentario titular de la soberanía post-absolutista y su proyección en la fisonomía de un primer ministro que es su criatura y, a la vez, su ordenante, se ha alzado el Behemoth de la democracia directa, que en el estado actual de cosas especialmente cuando se realiza a través del referéndum, parece haber adquirido una identidad soberana propia que encuentra su legitimidad en el voto directo sobre cuestiones de alto calado constitucional, mostrándose objetivamente capaz

³⁶ M. Luciani, «Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 37, 2008, pp. 159-160.

³⁷ A. Torre, «Chi dirige la democrazia diretta? Leviathan e Behemot, il monstrum bifronte della sovranità», *cit.*, pp. 40-41.

³⁸ M. Luciani, «Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana», *cit.*, pp. 163-164.

de imponerse de facto sobre la voluntad del Parlamento o del Ejecutivo que controla su mayoría³⁹. Aunque el instrumento del referéndum forma parte consolidada de las democracias contemporáneas, tanto por su disciplina como por su utilización, existen muchos riesgos asociados a su aplicación⁴⁰ principalmente porque tiende a someter a la población a una «extorsión» democrática inaceptable, ya que el votante sólo puede aprobar o no aprobar el «paquete cerrado» que se le propone⁴¹ y se basa en una concepción unitaria y homogénea del pueblo, que como tal sólo es capaz de adoptar decisiones binarias a través del principio mayoritario⁴². Actúa, por tanto, más como un poder de veto del pueblo que como un instrumento de toma de decisiones. Es un mecanismo, puesto de en manos de la ciudadanía, que complementa el principio representativo contrarrestando el aumento progresivo del poder de la Cámara Baja, presa de la lógica de la mayoría de partido y de gobierno, en detrimento de su capacidad para representar las demandas del cuerpo electoral. El recurso a las urnas actuaría, por tanto, no como una alternativa al funcionamiento de la democracia representativa, sino como su complemento, para evitar que se produzca la posibilidad de que la mayoría política reforme significativamente el sistema, en contra de la voluntad de la mayoría de los electores⁴³.

En términos generales, el referéndum es un instrumento de división por su propia naturaleza y tiende a ser un mecanismo de maximización del conflicto que hace imposible llegar a decisiones de forma verdaderamente consensuada y racional, y obliga a la clase política y a quienes participan en la campaña del referéndum a presentar cuestiones complicadas en términos simplistas, premiando el populismo

³⁹ A. Torre, «Chi dirige la democrazia diretta? Leviathan e Behemot, il monstrum bifronte della sovranità», *cit.*, p. 36. El autor reinterpreta las dos figuras hobbesianas del Leviatán y el Behemoth, la primera representa un poder ordenador y la segunda una fuerza ciega e incontrolada y por eso representan el Estado y la turba.

⁴⁰ *Sul rapporto tra democrazia rappresentativa e l'istituto referendario* v. R. Carré de Malberg, «Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme», *Annuaire de l'Institut international de droit public*, núm. II, 1931; B. Mirkiné Guetziévitch, «Le référendum et le parlementarisme dans les nouvelles constitutions européennes», *Annuaire de l'Institut international de droit public*, núm. II, 1931; C. Schmitt, *Democrazia e liberalismo. Referendum e iniziativa popolare* Hugo Preuss e la dottrina tedesca dello Stato Milano, Giuffrè, 2001; D. Butler, A. Ranney (eds), *Referendums Around the World: The Growing Use of Direct Democracy*, 1984, Londra, Macmillan, 1994; M. Qvortrup, *A Comparative Study of Referendums: Government by the People*, Manchester, Manchester University Press, 2002; P.V. Uleri, *Referendum e democrazia. Una prospettiva comparata*, Bologna, Il Mulino, 2003; S. Tierney, *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁴¹ v. R. Gararella, *Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile*, Buenos Aires, 2020.

⁴² G.L. Negretto, «Procesos constituyentes y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada», *Revista de ciencia política*, núm. 1, 2015, p. 211.

⁴³ A.V. Dicey, «Ought the Referendum to be Introduced into England?», *Contemporary Review*, núm. 57, 1890, p. 489 e ss.

y la demagogia. En última instancia, un referéndum es un juego de suma cero en el que el ganador se lo lleva todo, independientemente de la diferencia, en términos porcentuales, entre ganadores y perdedores y entre votantes y cuerpo electoral⁴⁴. Lo que el referéndum ignora, de hecho, es la posibilidad de compromiso⁴⁵ y la protección de las minorías. Al mismo tiempo, este instrumento se presta bien a su uso plebiscitario por parte de quienes detentan el poder político⁴⁶.

Finalmente, no puede dejar de considerarse que una efectiva legitimación del proceso democrático de toma de decisiones no puede prescindir de una adecuada actividad deliberativa que permita la participación activa de los ciudadanos en la determinación de sus opiniones. La celebración de un referéndum sobre cuestiones tan complejas como las territoriales podría asumir una mayor utilidad si formara parte de un proceso de *decision — making*, construido de tal manera que el pueblo, además de disponer de dos alternativas concretas sobre las que elegir, pudiera participar en un diálogo efectivo para poder expresar su voluntad de manera informada⁴⁷.

V. El camino a seguir en España: una «necesaria reforma del estado autonómico»

A la luz de lo analizado en las páginas precedentes y a pesar de los posibles correctivos puestos de manifiesto, el instrumento del referéndum no parece ser el

⁴⁴ J. Zielonka, «Brexit referendum folly», *opendemocracy.net*.

⁴⁵ v. M. Weber, *Economia e società*, II, Milano, Comunità, 1968, p. 751 ss.

⁴⁶ Ilustrativo en este sentido es el uso en algunos ordenamientos jurídicos latinoamericanos del referéndum de *recall* (v. ex multis, M.L. Eberhardt, «La revocatoria presidencial en América Latina. Ventajas y limitaciones. Los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador», *Colombia Internacional*, núm. 92, 2017; E.D. Barberá, «La revocación del mandato presidencial como instrumento de la ciudadanía en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano», *Diálogos de Saberes*, núm. 47, 2017; C. Garrido López, «La revocación del mandato en las democracias de América Latina», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 47, 2021; A. Escamilla Cadena — E. Cuna Pérez, «La revocación del mandato: reglas de operación, diseños institucionales y su aplicación para México», *Revista Mexicana de Estudios Electorales*, vol. 5, núm. 25, 2021) e del llamado. «plebiscito de salida» para aprobar un nuevo texto constitucional (ex pluribus, v. A. Adrián López — P. Cubillos Celis, «Análisis del Referéndum Constitucional 2008 en Ecuador», *Íconos: Revista de Ciencias Sociales*, núm. 33, 2009; Y. Welp, «El referéndum contra el status quo», *Dialogos Latinoamericanos*, núm. 10(16), 2009; F. Gamboa, «Las razones del fracaso: la Asamblea Constituyente en Bolivia como democracia bloqueada», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 143, 2009; M. Navas, «Proceso constituyente, participación y un nuevo diseño democrático en la Constitución ecuatoriana actual», *Confluenze. Rivista di Studi Iberoamericani*, núm. 2, 2014; L. Sierra, «Estructura de Asambleas Constituyentes en América Latina: ¿Qué se puede aprender?», *Puntos de Referencia*, núm. 549, 2020).

⁴⁷ L. De Grazia, «Oltre la democrazia rappresentativa? Sovranità popolare e referendum nell'esperienza britannica, spagnola e francese», *Nuove Autonomie*, núm. 3, 2019, p. 477.

mecanismo adecuado para resolver de forma pacífica y consensuada la inveterada «cuestión catalana», arriesgándose, con independencia del resultado del referéndum, no sólo a dejar insatisfechas a todas las partes implicadas, sino a abrir escenarios de difícil previsión y no pocos problemas⁴⁸. Reflexionando, por tanto, sobre posibles instrumentos alternativos a adoptar con el mismo fin, el antiguo tema de la reforma del Estado autonómico⁴⁹ se antoja más actual que nunca.

El propio término «Estado autonómico» se corresponde bien con la realidad que describe, pues se trata de un Estado nacional que reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones sobre las que históricamente se constituyó. Sin embargo, no es menos expresivo del devenir histórico que ni en 1931 ni en 1978 fue posible en España definir y concretar en la Ley Fundamental un modelo completo de constitución territorial. La II República contempló un marco abierto de descentralización política de tipo unitario-regional, no federal. De hecho, el Estado integral se reguló constitucionalmente como un proceso abierto de Estado «descentralizable», al igual que la Constitución de 1978 prefiguró la apertura de un «proceso autonomista», por lo que la definición, formación, desa-

⁴⁸ Entre ellos se encuentra, sin duda, la relación de la Cataluña independiente con la Unión Europea. En este sentido v. A. Mastromarino, «Addomesticare la secessione: indipendentismo e integrazione europea in dialogo», *Percorsi costituzionali*, núm. 3, 2014; Id., «L'Unione europea à rebours: integrazione e processi di secessione in Europa», *Centro studi sul federalismo*, septiembre 2014; P. Bossacoma Bu Squets, *Secesió i integració a la Unió Europea*, Barcellona 2016.

⁴⁹ v. ex multis, Aa.Vv., *Federalismo y Estado de las autonomías*, Barcelona, Planeta, 1987; G. Trujillo Fernández, «Principio federal y Estado autonómico», J. Cano Bueso, A. Porras Nadas, *Parlamento y consolidación democrática*, Madrid, Parlamento de Andalucía, Tecnos, 1994; E. Aja Fernández, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Editorial, Madrid, 1999; R. Blanco Valdés, «Constitución, descentralización, federalismo: ¿Qué se puede aprender de la experiencia española?», M.J. Terol Becerra (coord.), *El Estado autonómico in fieri. La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005; G. Cámara Villar (coord.), *Por una reforma federal del Estado autonómico*, Fundación «Alfonso Perales», 2012; J.L. García Ruiz, «Trayectoria y perspectiva del Estado autonómico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 31, 2012; J. García Roca, «¿Reforma constitucional en clave federal?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 34, 2013; M. Sánchez Morón, «Reformar el Estado; ¿modificar la Constitución? Apuntes para el debate», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 34, 2013; J. Marcet i Morera, «La política lingüística de l'Estat espanyol: una aproximació a la incomprensió del pluralisme cultural», *Revista de Llengua i Dret*, núm. 59, 2013; J. Oliver Araujo (dir.) *La obra colectiva El futuro territorial del Estado español: Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; J.J. Solo Zabal (ed.), *La reforma federal. España y sus siete espejos*, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, 2014; J. García Roca (ed.), *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2014; J.A. Montilla Martos, *Reforma federal y Estatutos de segunda generación*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015; J. Pérez Royo, *La reforma constitucional inviable*, Madrid, Los libros de la Catarata, 2015; A. Galera Victoria, «Pluralismo, conflictos territoriales y reforma federal de la Constitución española», *Italian Papers On Federalism*, núm. 2, 2018; A. Galera Victoria, «Razones para una reforma federal del modelo territorial», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 23, 2022.

rollo y relativa estabilización de un modelo más concreto llevó mucho tiempo. Este proceso sigue abierto, aunque sus posibilidades de desarrollo ulterior prácticamente se han agotado, especialmente tras la reforma del Estatuto catalán en 2006, la oleada de reformas de los Estatutos de «segunda generación» y la doctrina del Tribunal Constitucional establecida básicamente en su sentencia 31/2010 sobre el *Estatut*⁵⁰. El tipo de Estado español, que ha sido definido por ilustre doctrina como «protofederalismo»⁵¹, parece pues haber llegado a un punto de no retorno y la necesidad de una reforma en sentido federal parece cada vez más evidente y preferible, para el sostenimiento democrático del Estado, a la hipótesis de un referéndum independentista por dos órdenes de razones. En primer lugar porque es la misma disciplina constitucional la que prevé, en su artículo 167, la participación popular a través de un referéndum. Además, en el marco de una reforma de la Constitución, todo puede ser legítimamente debatido ya que, como ha dictaminado varias veces el Tribunal Constitucional, no existe de hecho ninguna cláusula de intangibilidad en su articulado. En segundo lugar, todos los ciudadanos afectados (y no sólo los de un bando) podrían debatir y decidir de forma compleja sobre las distintas posibilidades y alternativas de integración política⁵². Caravale sobre la cuestión de la independencia de Escocia, a raíz de la sentencia de *reference* de la Corte Suprema británica sobre la posibilidad de celebrar un nuevo referéndum, subraya la centralidad del diálogo que debe concernir a todo el país ya que se trata de una cuestión que afecta a toda la «family of nations» británica. Para abordar cuestiones de extrema relevancia constitucional cuyos efectos políticos, sociales y económicos tendrían, sin duda, un enorme impacto, otras vías podrían resultar más adecuadas y apropiadas que el instrumento del referéndum, como la confrontación política, la maduración de las ideas, la evaluación cuidadosa de las consecuencias y de las posibles alternativas, y la implicación de los ciudadanos, por ejemplo a través de formas de democracia participativa⁵³. Precisamente en lo que respecta a Escocia en el referéndum de 2014, los tres principales partidos nacionales habían presentado propuestas para aplicar en caso de victoria del «No». Entre ellas, Alastair Carmichael, *Lib Dem Scottish Secretary*, había pedido la creación de una asamblea en la que estuvieran representados no solo los principales partidos, incluido el *Scottish National Party*, sino también la sociedad civil, las empresas, la

⁵⁰ G. Cámara Villar, «La organización territorial de España», cit.

⁵¹ P. Häberle, «Comparación constitucional y cultural de los modelos federales», *ReDCE*, núm. 8, 2007; P. Häberle, «Problemas fundamentales de una teoría constitucional del regionalismo en perspectiva comparada», Aa.Vv., *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1997.

⁵² G. Cámara Villar, «La organización territorial de España», cit.

⁵³ G. Caravale, «Il giudizio di reference della Corte suprema sul referendum scozzese: una political question», *federalismi.it*, núm. 31, 2022, p. xx.

Iglesia y los sindicatos⁵⁴. También en Irlanda, cuestiones complejas y divisorias — como la reducción del mandato del Presidente, la rebaja de la edad de voto, la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, la revisión de la disposición constitucional sobre el papel de la mujer en la sociedad, el desarrollo de nuevos instrumentos a favor de una mayor presencia femenina en la vida política y la eliminación de la referencia a la blasfemia en la Constitución — se resolvieron recurriendo a una *Convention on the Constitution*. Este instrumento fue previsto por una resolución adoptada por el poder legislativo en julio de 2012 con el fin de complementar el recurso obligatorio al referéndum previsto para la revisión constitucional, según el artículo 47 del *Bunreacht na hÉireann*. Se trataba de un foro de 100 miembros. Además del presidente elegido por el Ejecutivo y de 33 representantes de ambas cámaras seleccionados por los partidos políticos, había 66 ciudadanos, sorteados de forma que fueran ampliamente representativos de la sociedad irlandesa. Durante sus trabajos, la Convención invitó a los ciudadanos, incluidos los irlandeses residentes en el extranjero, a realizar nuevas aportaciones sobre los temas que debía abordar, recibiendo miles de comunicaciones. También celebró reuniones regionales específicas que propiciaron la inclusión en el debate de otros temas como la reforma del sistema electoral de la cámara baja (*Dáil Éireann*) y la inclusión de nuevos derechos económicos, sociales y culturales. En 2016, el mecanismo implementado para debatir la regulación del aborto fue similar al recién reseñado, sin embargo, involucrando una asamblea sorteada sin representantes políticos y con un rol central de la universidad en asegurar la calidad del proceso a través de la difusión de información clara e inclusiva sobre todas las posiciones⁵⁵.

La vía de un proceso de reforma participativo podría, por tanto, conducir también en España a un acuerdo real y compartido sobre una cuestión tan divisoria como conflictiva. Además, junto a la cuestión de la reforma federal del tipo de Estado está también la del reconocimiento del carácter plurinacional de España⁵⁶, para dar respuesta también a las reivindicaciones catalanas más arraigadas y

⁵⁴ G. Caravale, «Il referendum del 18 settembre 2014: Scotland chooses the best of both worlds», *cit.*, pp. 29-30.

⁵⁵ v. P. Addis, «Ireland's Call: la vigilia di un duplice referendum costituzionale», *Diritti comparati-Blog*, 21/05/2015; S.A. Suteu, «Constitutional Conventions in the Digital Era: Lessons from Iceland and Ireland», *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 251, núm. 38, 2015; C. Harris, R. Lewanski, «Come decidere le grandi riforme: il caso irlandese», *il Mulino*, núm. 4, 2015; D.M. Farrell, J. Suiter, C. Harris, «‘Systematizing’ constitutional deliberation: the 2016—18 citizens’ assembly in Ireland», *Irish Political Studies*, 34:1/2019; A. Baraggia, «La regolamentazione dell’aborto in Irlanda: quale lezione per le democrazie polarizzate?», *Nomos. Le attualità nel diritto*, núm. 2, 2022.

⁵⁶ v. E. Fossas, F. Requejo (cur.), *Asimetría federal y Estado plurinacional. El debate sobre la acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*, Madrid, 1999; J.L. Orellana, *Nueva invención de la España plurinacional*, Gasteiz, 2000; F. Requejo, *Federalismo plurinacional y pluralismo de*

a las demandas contenidas en los acuerdos de amnistía. Si la modificación de la estructura territorial es inaplazable, la inclusión de la disciplina de la plurinacionalidad genera fuertes dudas, sin embargo, quizás incluso esta cuestión, siempre evitada por todos los partidos políticos excepto Podemos, podría en futuro entrar en el debate y formar parte de un complejo camino de deliberación colectiva y participativa.

valores. *El caso español*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; F. Requejo, A.G. Gagnon, *Nacions a la recerca de reconeixement: Catalunya i el Quebec davant el seu futur*, Barcelona, IEA, 2010; J. Ferret Jacas, «Nació, símbols i dret històrics», *Revista d'Estudis autonòmics i Federals*, núm. 12, 2011; O. Alzaga Villaamil, «La Nación como Poder Constituyente en los Preambulos de las leyes superiores. El Estatut de 2006 y la STC 31/2010», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, 2011; G. Ariño, *Las nacionalidades españolas: el caso de Cataluña*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011; J.M. Cubas, J.A. Pérez, J. Romero, M. Soler, J.M. Vidal, *El federalismo plurinacional. ¿Fin de viaje para el Estado autonómico?*, Madrid, 2013; J.A. Pérez Tapias, *Invitación al federalismo. España y las razones para un Estado plurinacional*, Madrid, 2013; A. Domínguez, P. Iglesias (a cura di), *Repensar la España plurinacional*, Barcelona, 2017; R. Peralta Martínez, «España: estado unitario-autonómico vs estado federal-plurinacional», *Diario del Derecho, Iustel*, 14/08/201; J. Cagiao y Conde, G. Ferraiuolo, P. Rigobon (a cura di), *La nazione catalana. Storia, lingua, politica, Costituzione nella prospettiva plurinazionale*, Editoriale Scientifica Napoli, 2018; E. Buono, *La questione plurinazionale nel diritto pubblico comparato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022; p. 115 ss.

LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN EL SISTEMA AUTONÓMICO: LA NECESIDAD DE LA REFORMA

ALBERTO LÓPEZ BASAGUREN¹

Universidad del País Vasco

I. Perspectivas de futuro del sistema autonómico y distribución de competencias

Las más de cuatro décadas de funcionamiento del sistema autonómico han servido para poner en evidencia los grandes logros alcanzados en el establecimiento de un robusto sistema de distribución territorial del poder. Pero, al mismo tiempo, como todo sistema en funcionamiento, ha mostrado los elementos que no funcionan de forma idónea y que requieren ajustes o reformas, más o menos profundas, según los casos, en un proceso que permita su continua mejora, tratando de impedir que se conviertan, por el efecto reiterado del tiempo sin corregirlos, en un problema estructural de efectos generales que pongan en peligro su sostenibilidad. Hay que tener en cuenta que, en nuestro caso, además de esa necesidad de mejora a la que están sometidos todos los sistemas de distribución territorial del poder, se añaden los problemas derivados de un diseño constitucional muy limitado y abierto al futuro, en el que está ausente un claro y (pretendidamente) completo modelo de organización territorial.

Son varios los elementos que, a mi juicio, requieren algún tipo de reforma en el desarrollo del sistema autonómico, en una perspectiva de desarrollo que permitan su consolidación futura como un sistema crecientemente adecuado y eficaz; es decir, que, por una parte, establezca un ámbito de autogobierno territorial que se corresponda con la realidad política del país, de forma que garantice la paz política, y, por otra, articule un sólido y eficiente gobierno del conjunto del sistema, de forma que asegure la estabilidad política. Entre esos elementos destaca, sin duda,

¹ Grupo de Investigación consolidado del Sistema Vasco de Ciencia y Tecnología IT1733-22.

la distribución de competencias entre los territorios y —en nuestra terminología— el «Estado» —o, la «Federación», en términos comparados—. Ciertamente, la distribución de competencias no es el único elemento necesario para configurar un adecuado sistema de autonomías territoriales; pero se trata del elemento básico, esencial, de cualquier sistema de naturaleza federal, que, precisamente, se caracteriza por la distribución territorial del poder político; es decir, por el conjunto de competencias que se atribuyen a los territorios, por una parte, y los que se reservan al Estado o poder común, por otra. Ese reparto o distribución de competencias es el que configura, por una parte, el autogobierno de los territorios (*self-rule*) y, por otra, el gobierno compartido (*shared rule*).

La distribución de competencias es uno de los ámbitos en los que nuestro sistema plantea problemas que es indispensable resolver. Es cierto que, de forma significativa políticamente, solamente en el País Vasco y en Cataluña se ha mostrado una significativa insatisfacción con la distribución de competencias. Pero esta ha sido, asentada en diferentes aspectos, una de las fuentes más importantes de la inestabilidad política provocada, en diferentes momentos, por parte del sistema institucional de uno y otro territorio, logrando, en esa insatisfacción, un significativo respaldo social. En cualquier caso, más allá de la dimensión política del problema planteado en esos territorios, no habría que minusvalorar los conflictos competenciales planteados también en otros territorios. Pero, sobre todo, la aparente satisfacción general con el ámbito de autogobierno atribuido a los territorios, no debería llevar a minusvalorar la importancia de los problemas que aquejan al sistema de distribución de competencias y la necesidad de resolverlos si se quiere tratar de articular un sistema de autonomías territoriales que funciones de forma crecientemente satisfactoria.

El sistema territorial español, llamativamente, tiene un nivel de conflictos por razones competenciales desconocido en los sistemas de autonomías territoriales de nuestro entorno, sean Federaciones tradicionales o nuevos sistemas de autonomías territoriales de «devolución» —como el Reino Unido²—. Un nivel de conflictividad que, por una parte, no se limita a Cataluña y País Vasco, que, por tanto, pone de relieve la deficiente configuración del sistema de distribución de competencias. En algunos casos, puede denotar insatisfacción con las competencias atribuidas al territorio; pero, en todo caso, pone en evidencia la necesidad de una distribución de competencias más clara y precisa, de forma que limite lo más posible los fundamentos jurídicos para la controversia con expectativas de triunfo ante el Tribunal Constitucional.

² En distintas ocasiones he explicado el impacto que me produjo, estudiando el sistema británico de *Devolution*, cuando en el ámbito académico cundió la preocupación por el incremento de los conflictos de competencia (*devolution issues*) ante la *Supreme Court* del Reino Unido porque en un año se habían presentado tres recursos de ese tipo.

Los sistemas federales son sistemas de conflicto, en los que hay un continuo tira-y-afloja, una continua *soka-tira* (*Tug of War*), como acuñó E. RYAN³. No hay, por tanto, que dramatizar la existencia de conflictos, siempre que se mantengan dentro del margen legítimo en el que se puede mover ese tirar de un lado y de otro; por seguir con la figura empleada, siempre que se mantenga dentro de las líneas entre las que se puede mover el pañuelo atado a la cuerda sin que el juego concluya. Pero un sistema excesivamente conflictivo es una anomalía que muestra que hay un problema en la configuración de la distribución de competencias. Por ello, tratar de garantizar la estabilidad y, al mismo tiempo, solidez futura del sistema autonómico requiere, entre otras tareas, una mejor configuración del sistema de competencias; una condición indispensable, en la medida en que se trata del fundamento primero y esencial de todo sistema de distribución territorial del poder.

En esta tarea no hay, a mi juicio, otra vía que la de tratar de aprender de la experiencia de los sistemas federales de nuestro entorno con más larga experiencia y, simultáneamente, mayor solvencia en la articulación de fuertes autogobiernos territoriales garantizando, al mismo tiempo, la estabilidad del sistema político mediante robustos sistemas de gobierno compartido o gobierno del conjunto. Las características de nuestro país exigen que, entre esas experiencias federales prestemos especial atención, respecto a algunas cuestiones particulares, a sistemas federales que, por una parte, tienen una descentralización del poder más profunda y extensa y que, por otra, han puesto de manifiesto, al mismo tiempo, una adecuada capacidad para la integración y la estabilidad; porque una y otra condición son las que, en mi opinión, deben guiar el desarrollo futuro de nuestro sistema.

II. Distribución de competencias y confianza sobre el respectivo ámbito de poder

El sistema de distribución de competencias en un sistema federal, por encima de todo, requiere seguridad. La seguridad tiene una naturaleza jurídica, a la que se refería Hans Kelsen cuando, tras afirmar que el reparto de competencias es el «núcleo político de la idea federalista», consideraba que en el Estado federal la jurisdicción constitucional «adquiere la más grande importancia», hasta el punto de que, en sus palabras, la propia idea federalista no se encontraría plenamente realizada más que «con la institución de un tribunal constitucional»⁴. Porque la garantía jurídica de la distribución de funciones entre el Estado y los poderes lo-

³ Erin Ryan: *Federalism and the Tug of War Within*, Oxford UP, 2012

⁴ Hans Kelsen: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, UNAM, México, 2001, pp. 100 ss.

cales establecida en la Constitución solo se garantizará plenamente cuando se proceda a la anulación de las normas que la vulneren.

La seguridad jurídica otorgada por el Tribunal Constitucional, sin embargo, puede ser insuficiente políticamente, como pone de relieve nuestra propia experiencia. O, dicho de otra forma, la existencia de una jurisdicción constitucional a la que corresponde interpretar la delimitación de las respectivas competencias del Estado y de los poderes locales no necesariamente es suficiente, por sí misma. Es cierto que H. Kelsen vincula la jurisdicción constitucional en los sistemas federales a determinadas condiciones que garantizan su condición *supra partes*; condiciones que pueden ser objeto de discusión en nuestro sistema. Pero se trata de condiciones que casi nunca concurren efectivamente en los sistemas federales; o que solo concurren parcialmente. Sería demasiado simple concluir que los problemas de la jurisprudencia constitucional en relación con los dos problemas más significativos de la distribución de competencias en España —determinación de los límites de las competencias sobre las bases, por una parte, y límites y efectos de los títulos horizontales, por otra— son debidos a la ‘procedencia’ de los jueces constitucionales, es decir, al hecho de ser elegidos por órganos del Estado (central)⁵. El problema va más allá, salvo que pretendiésemos un sistema de resolución política de conflictos por un órgano de carácter paritario en cada caso, como pretendía el Proyecto de Nuevo Estatuto Político para Euskadi, surgido del *plan Ibarretxe*. Pero esa es una hipótesis que nos aleja radicalmente de la realidad, que alteraría radicalmente la naturaleza del control sobre la distribución de competencias asentada en el ámbito de los sistemas federales.

El problema de base tiene una naturaleza política, que trasciende el concreto ejercicio de las respectivas competencias por el Estado y por las Comunidades Autónomas. Se trata de la necesidad de «confianza» en el sistema de distribución de competencias establecido y en el ejercicio que los respectivos titulares realizan de las competencias que tienen atribuidas. Esta idea la expresó con nitidez George WASHINGTON. Cuando sus correligionarios sureños se negaban a aceptar que el Gobierno de la Confederación adoptase medidas para tratar de superar la bancarrota de las colonias norteamericanas como consecuencia de la Guerra de Independencia, por temer que fuese una vía de dominio de Nueva Inglaterra sobre el Sur, se opuso a ellos apelando a la importancia fundamental que la «confianza» tiene en un sistema de distribución de competencias: «If we are afraid to trust one another under qualified powers there is an end of the Union»⁶.

⁵ En cualquier caso, considero profundamente criticable la forma en que se ha desnaturalizado, muy mayoritariamente, salvo honrosas excepciones, la finalidad de la reforma del art. 16 de la LOTC realizada en 2007, con la pretensión de que los cuatro magistrados cuya elección corresponde al Senado representasen la sensibilidad de las Comunidades Autónomas.

⁶ Cit. en Gore Vidal: *Inventing a Nation. Washington, Adams, Jefferson*, Yale University Press, New Haven, 2003, pp. 3-4

Un sistema federal estable y firmemente asentado no es viable si los diferentes actores institucionales y políticos «desconfían» de que el sistema de distribución de poderes entre Estado y poderes locales y del leal ejercicio de sus respectivas competencias por cada uno de ellos. Pero esta «confianza» en el sistema de distribución de competencias requiere ciertas condiciones. Por una parte, la distribución de competencias tiene que estar regulada de una forma clara y lo más precisa posible; por otra, para garantizar la lealtad de las partes a esa regulación en el ejercicio de sus respectivos poderes, el sistema de control debe ganarse la *auctoritas* en su actuación de control de la actuación de unas y otras instituciones dentro del ámbito que les corresponde. Pero sin la primera condición es muy difícil que concurra la segunda, porque los defectos o la imprecisión en la delimitación de los poderes respectivos acabarán siendo imputados al órgano que los interpreta cuando la decisión contraría los intereses o expectativas de la parte que no ve acogida su posición.

La claridad y estabilidad en el sistema de distribución de competencias que permite la existencia de «confianza» en el mismo por parte de los diferentes actores políticos e institucionales no se logra en todos los sistemas federales por las mismas vías. En unos sistemas se dan condiciones que no impiden la «confianza» en la distribución de competencias, mientras que en otros esas mismas condiciones son fuente de desconfianza. Cada sistema, por tanto, tiene que buscar —y lograr— sus propias condiciones para garantizar la «confianza» en el sistema de distribución de competencias; es decir, qué nivel de claridad es exigible en el reparto de poderes y la forma en que esa claridad se obtiene.

Es cierto que, en muchas ocasiones, da la impresión de que algunos exigen al sistema de distribución de competencias una precisión impropia de los sistemas federales y, muy probablemente, imposible prácticamente, y que magnifican, con dramatismo, la existencia de fronteras borrosas (y de conflictos) en la distribución de competencias como defectos invalidantes del propio sistema autonómico. Se olvida, de esta forma, que un sistema federal parece requerir siempre, a la luz de la experiencia comparada, de fórmulas abiertas en el sistema de distribución de competencias que actúen como «válvulas de seguridad» del sistema en su conjunto. Se suele olvidar la historia de otros sistemas federales en los que han jugado un papel trascendental cláusulas abiertas, como la cláusula de poderes implícitos (*implied powers*), o una interpretación judicial penetrantemente *federalizante*, como la interpretación de la *commerce clause* de la Constitución norteamericana (Article I, Sect. 8, par. 3) realizada por el Tribunal Supremo a partir de la *revolución constitucional* de 1937⁷. La historia de los sistemas federales nos obliga a aceptar un con-

⁷ Sobre el cambio de la interpretación de la *commerce clause* por parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, puede verse, en castellano, los trabajos clásicos de Ignacio Borrajo Inieta: *Federa-*

siderable nivel de indeterminación o de apertura del sistema de distribución de competencias; lo que no siempre parece aceptarse en la práctica entre nosotros. Pero dentro de un contexto de claridad y precisión lo más elevado posible, teniendo en cuenta la distinta tradición jurídica en la que se inserta el país⁸.

Hechas estas precisiones, sin embargo, creo que algunas características de nuestro sistema de distribución de competencias provocan problemas que es necesario corregir; y, además, debiera ser posible hacerlo, a la luz de la experiencia de los sistemas federales de nuestro entorno. En mi opinión, tenemos problemas funcionales de gran importancia, que introducen considerable oscuridad o inestabilidad en el sistema de distribución de competencias. Y, tras cuatro décadas de desarrollo de nuestro sistema autonómico, es indispensable que nos planteemos como meta un sistema de distribución de competencias que elimine los elementos más importantes de indeterminación de la distribución de poderes.

Nuestros constituyentes (tanto el de 1931 como el de 1978) trataron de situarse en lo que, en cada uno de esos momentos, consideraban que constituían las tendencias del federalismo. Ciertamente, estaban condicionados por las peculiaridades del país, en el que, por una parte, pesaba una cierta memoria histórica que rehuía el federalismo y, en 1931, una interpretación de los caminos por los que discurrían los sistemas federales que la evolución histórica ha desmentido. Desde el punto de vista político, en 1978 no era sensata una opción diferente a la que se adoptó, porque era necesario que en España se despejasen incógnitas que históricamente el país no había sido capaz de despejar. El establecimiento de normas mayoritariamente procedimentales, dirigidas a permitir el desarrollo de un sistema de distribución territorial del poder, en un sistema que, por primera vez, puede desarrollarse durante décadas de estabilidad política democrática, ha permitido despejar aquellas incógnitas y consolidar un sistema autonómico de una amplitud y solidez desconocida hasta ahora en nuestro país, situada, con sus defectos y limitaciones, en el mundo de los sistemas federales. Pero ese éxito no puede tapar esas limitaciones, que tienen su fuente en la falta de una completa regulación constitucional adecuada y completa del sistema. Una tarea que, tras cuatro décadas de desarrollo, es indispensable afrontar.

lismo y unidad económica: la cláusula de comercio de la Constitución de Estados Unidos, INAP, 1986, así como Eduardo López-Aranguren: *El federalismo americano: las relaciones entre poderes en los Estados Unidos*, IEAL, 1987

⁸ Es cierto que en los sistemas anglosajones, en general, se acepta, por tradición histórica, que los tribunales tengan un amplísimo protagonismo en la interpretación de cláusulas constitucionales muy abiertas e indeterminadas. Entre los países federales, tanto USA como Canadá son un ejemplo paradigmático. No es esa, sin embargo, la cultura jurídica europeo continental en la que nos insertamos, por lo que aquellos ejemplos no son trasladables a sistemas como el nuestro, más cercanos, en este sentido, a tradiciones de países federales como Suiza o Alemania.

En este sentido, el sistema de distribución de competencias tiene que afrontar dos retos. En primer lugar, regular de forma mucho más clara y precisa las competencias que corresponden a los respectivos niveles de gobierno; una cuestión que afecta tanto a las técnicas de distribución de competencias como a la delimitación material de las competencias y de las funciones dentro de las distintas materias. Y, en segundo lugar, analizar si el ámbito de poder atribuido a los territorios es el adecuado para garantizar la razonable satisfacción de los territorios, de forma que se asegure la estabilidad del conjunto del sistema.

III. Sobre las materias y las funciones de los distintos niveles de gobierno: una reformulación necesaria

La regulación de la distribución de competencias entre Estado y CA, que gira, de forma definitiva, sobre las competencias reservadas al Estado en la Constitución (art. 149.1)⁹, se configura en términos que eran tradicionales en las listas de competencias reservadas a la Federación en los sistemas federales clásicos: una lista, más o menos larga, en la que se refieren las materias cuya competencia se reserva con una expresión de carácter general de identificación en la que, solo ocasionalmente, se precisan los contornos de lo que incluye y excluye. Se trata, así, de una forma de delimitación de los poderes respectivos de los territorios y del Estado que exige, en muchas ocasiones, una importante labor interpretativa para determinar qué forma parte de la materia correspondiente; es decir, se carga sobre el TC una tarea que, en muchas ocasiones, es objeto de disputa política y, consiguientemente, de insatisfacción—incluso, de descalificación— cuando el tribunal no acoge la pretensión de la CA.

Esa forma tradicional de determinar las competencias ha sido, sin embargo, objeto de una profunda modificación en los últimos decenios en sistemas federales europeos como, muy destacadamente, el suizo y el alemán. En efecto, esa es una de las más importantes novedades de la nueva Constitución suiza de 1999 —que entró en vigor en el año 2000— e, igualmente, una destacada característica de las reformas que se han realizado en el sistema federal alemán, muy especialmente, en la reforma de 2006.

La nueva Constitución suiza es el caso, sin duda, más extremo, en este sentido. La Constitución dedica el capítulo 2 del Título 3, a lo largo de diez secciones (arts. 54 a 125, en algunos casos con varias formulaciones) la delimitación de los

⁹ Aunque, formalmente, corresponde al respectivo Estatuto determinar las competencias de cada CA, tras las reformas estatutarias de los años 90, igualando el ámbito competencial de las distintas CA, el TC utiliza la reserva de competencias al Estado como parámetro de interpretación, considerando que todo lo no reservado al Estado por la Constitución corresponde a las CA.

respectivos poderes de la Confederación y de los Cantones. Hay que tener en cuenta que el federalismo suizo viene conociendo, desde la primera Constitución federal, de 1848, una continua evolución hacia una creciente centralización, relativa pero significativa¹⁰. En este sentido, tiene importancia esa necesidad de precisa delimitación, dentro de cada ámbito material, de los aspectos y funciones que corresponden a uno u otro nivel de gobierno. Es la situación inversa a la que nos encontramos en España, en la que hay que contrarrestar la fuerza de la tradición de un sistema centralizado. Lo que significa que la misma técnica puede servir para el objetivo inverso. La precisa delimitación de los ámbitos y funciones que corresponden a uno y otro nivel en distintas materias exigiría, por una parte, reflexionar con mayor concreción sobre lo que debe corresponder a cada uno de ellos y, por otra, serviría para proteger más efectivamente el ámbito de poder que se atribuye a los territorios, limitando el ámbito dejado a la interpretación sobre la extensión material y funcional de esos poderes respectivos.

Esa es una técnica que parece conveniente, especialmente en aquellas materias en las que se produce una interrelación significativa entre los intereses de uno y otro nivel de gobierno. La opción por dedicar artículos específicos, desgajados de la lista de competencias, de forma que permita una regulación más extensa y pormenorizada, tanto respecto a los ámbitos como a las funciones dentro de una materia, es algo que se ha utilizado en el federalismo alemán, en el que algunas materias se desmenuzan de forma muy concreta, especialmente cuando se trata de ámbitos en los que concurre el poder para intervenir de uno y otro nivel de gobierno o cuando se trata de ámbitos en los que parece previsible la necesidad de cooperación entre ellos. Incluso en una Constitución tan temprana como la canadiense (*British North America Act, 1867*), en un tiempo en el que prevalecía la concepción dual respecto a la distribución de competencias, se utiliza esta técnica en relación a materias que eran especialmente delicadas o en las que concurrían intereses de gran importancia respecto a la garantía de la paz política en el seno del sistema federal. Es lo que ocurre en el trascendental asunto de la educación, en el que se debía salvaguardar la pacífica convivencia entre católicos y protestantes, división coincidente, en general, con la de francófonos y anglófonos (sec. 93); o en los casos de la agricultura y la emigración (sec. 95), en las que concurren poderes de la Federación y de las Provincias.

En España concurren los tres tipos de situaciones a que nos acabamos de referir en las que, en distintos sistemas federales se opta por ese desmenuzamiento de las competencias, tanto en el aspecto material como en el funcional. Es decir, necesidad de salvaguardar adecuadamente el ámbito de poder de los territorios, frente a una tradición arraigada de dinámica central, existencia de ámbitos espe-

¹⁰ Entre otros, Thomas Fleiner: «The Current Situation of Federalism in Switzerland», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 9, 2009, pp. 54 ss.

cialmente sensibles a los intereses contrapuestos entre (algunos) territorios y Estado y, finalmente, amplitud de ámbitos en los que la concurrencia o la necesidad de cooperación entre distintos niveles de gobierno es norma o necesidad ineludible. En la medida en que en nuestro sistema esa concurrencia es de carácter prácticamente generalizado, ese recurso parece aún más necesario¹¹.

IV. El modelo de distribución de competencias: la necesidad de reformular el esquema «bases-desarrollo» como eje fundamental del sistema

El sistema de distribución de competencias entre Estado y CA se articula en torno a la técnica de reserva al Estado de la determinación de las bases en la materia y la atribución a las CA de la capacidad para desarrollar las bases establecidas por el Estado. Como es sabido, la Constitución contiene diferentes formulaciones en relación con esta técnica de distribución de competencias, en la medida en que en ocasiones reserva al Estado la «legislación básica», en otras, las «normas básicas» y, en otras, finalmente, las «bases». Una diferenciación de fórmulas que, en gran medida, el TC ha difuminado y respecto de las que, a pesar de sus afirmaciones formales de carácter general, no ha sido capaz de establecer límites formales en su ejercicio por el Estado. Límites formales que, tradicionalmente, se han centrado en la exigencia de la forma de ley —especialmente, en los supuestos en los que la Constitución utiliza la fórmula «legislación básica»— y en su limitación a la determinación de normas de principio¹².

El recurso casi generalizado a esta técnica de distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas y la interpretación establecida en la ju-

¹¹ En mi opinión, adoptar esa vía de delimitación más pormenorizada de los poderes de cada nivel de gobierno facilitaría la resolución de una de las cuestiones conflictivas más incompresibles en el sistema autonómico: el contencioso sobre las transferencias. Esta es una cuestión que, especialmente en el País Vasco, pero también en Cataluña, ha sido un elemento central en la descalificación del sistema autonómico y en la fundamentación de las propuestas de ruptura del sistema, de carácter sustancialmente confederal en el caso del País Vasco —a pesar de algunas formas de expresión o de determinadas apariencias— y expresamente secesionista en el de Cataluña. En el discurso del nacionalismo, la alegada existencia de competencias no transferidas se expresa como incumplimiento del pacto que supuso el Estatuto de autonomía. Una delimitación más concreta de las competencias permitiría dejar fuera de la interpretación de parte muchas de las reclamaciones de esas competencias, en la medida en que se trata de reclamación de elementos muy concretos dentro de una materia.

¹² Se trata de una cuestión ampliamente tratada en la literatura académica. Permítaseme citar el temprano trabajo de Javier Jiménez Campo: «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 27, 1989, pp. 39 ss.; así como José A. Montilla Martos: «Los elementos formales en el proceso de producción normativa de lo básico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 68, 2003, pp. 89 ss.

risprudencia constitucional en relación a ella tienen efectos muy importantes sobre el ámbito de poder de las CA: se deja en manos del Estado, prácticamente sin límites, la efectiva configuración de lo que corresponde a las bases y, consiguientemente, la configuración del ámbito que corresponde a la CA en la correspondiente materia. Así, de forma generalizada, la capacidad de regulación diferenciada de carácter normativo (legislación) queda a merced de la voluntad del Estado, reduciéndose, en la práctica, a lo marginal o anecdótico. Esta acción de reducción del ámbito de intervención normativa —y, en ocasiones, de ejecución— afecta directamente a la confianza sobre el propio ámbito de poder de las CA, en la medida en que quedan a merced de la expansión que en cada momento considere oportuno dar en cada momento el Estado a su competencia sobre las bases.

Me parece especialmente importante plantearse la conveniencia de abandonar la idea de competencias «compartidas» (distribución entre bases y desarrollo) como eje fundamental del sistema de distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. Se trata de una técnica de distribución de competencias que no es propia de los sistemas federales de nuestro entorno, especialmente de aquellos que, por la profundidad de la distribución de poderes que materializan y por su solidez, son los que debemos utilizar como modelo de referencia. Es cierto que la Constitución austriaca (artículo 12) utiliza una técnica como la señalada, al reservar a la Federación la legislación marco. Pero, por diferentes razones, este no puede ser un elemento que justifique la idoneidad de la generalización de esta técnica de distribución de competencias en nuestra Constitución. Austria difícilmente puede ser nuestro modelo de referencia, cuando menos con carácter general y en una cuestión de tanta trascendencia como la que nos ocupa: ni representa la centralidad de la experiencia federal, ni la relativa debilidad de la distribución territorial del poder que materializa —aún equilibrada por la participación de los *Länder* en el poder legislativo federal, entre otros— puede satisfacer las exigencias de futuro de nuestro sistema autonómico. Austria no tiene que hacer frente a una realidad tan compleja como la española, cuya pacífica integración debe tener como objetivo el sistema de distribución territorial del poder. Por lo demás, la técnica del artículo 12 de la Constitución austriaca es una excepción en las técnicas de distribución de competencias entre los sistemas federales de nuestro entorno. Y, en todo caso, la utilización de esta técnica es excepcional en el propio sistema federal austriaco, pues, por una parte, limita la competencia federal a la «legislación sobre los principios» (*Gesetzgebung über die Grundsätze*) y, por otra, queda limitada a una serie muy reducida de materias¹³.

¹³ El art. 12 incluye seis materias (cuestiones relativas a la asistencia social; instituciones de mediación extrajudicial de litigios; reforma agraria; protección de plantas contra enfermedades y plagas; energía eléctrica; legislación laboral y protección de los trabajadores agrícolas y forestales.

Si la excepcionalidad del caso austriaco —en cuanto a la técnica y a su extensión material— no fuese suficiente, habría que reparar en la reciente experiencia alemana. En la Constitución alemana (*Grundgesetz*) han tenido cabida tradicional distintas formas de técnicas similares o cercanas a la de nuestra técnica de distribución sobre el eje bases (estatales)/desarrollo (autonómico). Se trata de la legislación marco federal (*Rahmengesetzgebung*), regulada en el artículo 75, por una parte, de la legislación básica federal (*Grundsatzgesetzgebung*), regulada, especialmente, en los artículos 91a.2 —en relación con las «tareas comunes» (*Gemeinschaftsaufgaben*)— y 109.3. Esta competencia de la Federación para establecer regulación básica que condicionaba el ejercicio de sus competencias por los *Länder* se limitaba a muy concretos y reducidos ámbitos, destacando las materias en las que la Federación podía dictar legislación marco y las tareas comunes. Pues bien, en la reforma constitucional de 2006 se ha eliminado la técnica de la legislación marco, derogando el artículo 75¹⁴; las tareas comunes obligatorias han quedado reducidas a dos en el ámbito económico (mejora de la estructura económica regional; mejora de las estructuras agrarias y de la protección de las costas), que son a las que afecta la capacidad de la Federación de intervenir legislativamente (art. 91a.2), que, ahora, ya no se limita, como antes de la reforma, a ser legislación básica —de principios—, sino que puede ser de detalle, necesitando su aprobación el respaldo del *Bundesrat*; y, tras la modificación del artículo 91a.2, la legislación básica federal ha quedado sustancialmente limitada al artículo 90.4, en el que se atribuye a la Federación la capacidad, en relación con las exigencias de equilibrio presupuestario, de establecer por ley, que requiere la aprobación del *Bundesrat*, la fijación de principios comunes para la Federación y los *Länder*, en materia de Derecho presupuestario. Por tanto, la reforma alemana de 2006 ha significado la práctica renuncia, salvo tres cuestiones muy concretas en el ámbito económico y respecto al equilibrio presupuestario, de la técnica de la distribución competencial sobre la técnica de bases (Estado)/desarrollo (territorios).

Las consideraciones críticas que venía recibiendo el desarrollo práctico de esta técnica de distribución de competencias resultan plenamente válidas para nosotros. Aún más si tenemos en cuenta que, también en el caso alemán, se trataba de una técnica de distribución de competencias de carácter excepcional o, si se quiere, marginal, mientras que entre nosotros constituye un elemento central del sistema de distribución de competencias. El hecho de que un sistema federal tan sólidamente establecido como el alemán haya desistido de seguir usando una técnica de este tipo, aún a pesar de su limitado despliegue material, debiera ser-

¹⁴ Antonio Arroyo Gil: *La reforma constitucional del federalismo alemán: estudio crítico de la 52.ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*, Institut d'estudis autonòmics, 2009, pp. 70 ss.

virnos de ejemplo. Aunque, también aquí, no debiéramos olvidar que, en muchos casos, el recurso a esta técnica suponía un intento de abrir el campo a la competencia de los territorios autónomos en ámbitos en los que parecía necesaria la garantía de una unidad básica en su regulación; de forma que la eliminación de esta técnica llevará, en muchos casos, como ha ocurrido en el caso alemán, a la atribución de la competencia a la Federación en toda su extensión. En cualquier caso, el ejemplo alemán pone de relieve, al mismo tiempo, la existencia de aspectos relevantes en el ámbito económico y presupuestario en los que esta técnica puede ser conveniente, siempre y cuando se delimite muy bien su ámbito de incidencia. Una cuestión que podría servir de orientación para poner límites a la interpretación absolutamente expansiva que se viene haciendo en España del artículo 149.1.13 de la Constitución.

Ciertamente, hay muchas voces que se alarman ante la propuesta de superar la técnica «bases/desarrollo» como eje principal del sistema de distribución de competencias, considerando que se pondría en riesgo la estabilidad y coherencia del sistema. Como es evidente, no comparto este temor. La experiencia de los sistemas federales más solventes muestra que se trata de una técnica de distribución de competencias que es extraña a la articulación federal, o que tiene un despliegue muy limitado materialmente, sin que la estabilidad e integración o coherencia de esos sistemas haya sufrido menoscabo. En cualquier caso, hay quienes proponen una alternativa, consistente en que las bases se regulen a través de ley que requiera, necesariamente, la aprobación del Senado, previa reforma de esta Cámara de forma que sea, de forma efectiva, la Cámara de representación de las CA¹⁵. Se trataría, sin duda, de una forma de dar salida a la actual situación en la que la competencia estatal sobre las bases se configura como un ámbito a la plena disponibilidad del Estado, sin que las CA tengan ninguna capacidad de intervención.

V. La asimetría: un reto en el diseño del sistema de distribución de competencias

Entre los numerosos retos a los que debe hacer frente el sistema autonómico español, sin duda alguna está el de dar respuesta a diferentes pretensiones de autonomía en unos y otros territorios. Es decir, la cuestión de las llamadas asimetrías. No se trata de la cuestión de los hechos diferenciales por razones objetivas¹⁶, a los

¹⁵ Es una propuesta que, entre otros, ha realizado, en varias ocasiones, Tomás de la Quadra-Salcedo Janini.

¹⁶ Es decir, la existencia de una lengua oficial distinta del castellano, de litoral marítimo (costas), de lagos interiores u otras.

que, de forma habitual, suele hacer referencia la literatura académica, sino de diferentes pretensiones o demandas de poderes competenciales; dicho más claramente, de la pretensión de tener más o menos competencias.

Se reconoce que el sistema español ya contiene importantes asimetrías. La más destacada, sin duda, es la relativa a la financiación, en los casos de la CA del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra con sus sistemas respectivos de Concierto económico y de Convenio económico. También la competencia en Derechos civiles forales por parte de aquellas CA que en el momento de aprobarse la Constitución disponían de Compilaciones de Derecho civil foral. Asimismo, se dan asimetrías competenciales en el ámbito de Policía —solo Cataluña, País Vasco y Navarra disponen de Policías autonómicas propiamente dichas— y en materia de centros penitenciarios (Cataluña y, recientemente, País Vasco). Las técnicas para materializar estas asimetrías han sido diversas y, en algunos casos, complementarias: regulación estatutaria con fundamento en los derechos históricos amparados en la Disposición adicional primera de la Constitución (País Vasco y Navarra); regulación estatutaria, complementado con una Ley orgánica de transferencias del art.150.2 (Cataluña)¹⁷.

En estos decenios de desarrollo del sistema autonómico se han evidenciado tendencias dispares: tiempos de emulación y tiempos de tentación de devolución de competencias al Estado. En cualquier caso, hay una conciencia de que una parte importante de CA no reivindican una ampliación de competencias, mientras que en otras esa demanda de ampliación de poderes es significativa¹⁸.

Considero que, en una perspectiva de reforma constitucional —por irreal que nos parezca, a la luz de las circunstancias políticas—¹⁹, sería necesario pensar la forma en que, desde un punto de vista técnico, sería adecuado afrontar este reto. En primer lugar, creo que es un reto ineludible, en la medida en que es un problema real en la capacidad de integración del sistema autonómico. Pasada la ola de la emulación, en la época de las reformas de los Estatutos en la década de los años 90 del pasado siglo y ciertas manifestaciones en la elaboración de los llamados Estatutos de segunda generación, creo que hay que introducir una cierta flexibilidad

¹⁷ Ley Orgánica 6/1997, de 15 de diciembre, de Transferencia de competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor.

¹⁸ Creo necesario precisar que cuando me refiero a esta voluntad de ampliación de poderes no lo estoy haciendo de forma limitada a Cataluña y al País Vasco, como se suele tender a interpretar por parte de algunos sectores.

¹⁹ En varias ocasiones me he referido a la afirmación realizada por Pedro Cruz Villalón («La dificultad del Tribunal Constitucional como garante de la autonomía territorial», en *Revista catalana de Dret public*, n.º. 39, 2009, p. 32), ¡hace ya 25 años!, de que «toda apelación en España a la reforma constitucional se ha convertido en un ejercicio de nostalgia», atreviéndome a apostillar de que, a estas alturas es ya, más bien, un ejercicio de melancolía.

en el sistema competencial, dejando que las CA decidan si quieren o no quieren ejercer determinadas competencias. Pero creo que es necesario que ese ámbito de flexibilidad esté delimitado en la Constitución —es decir, qué competencias pueden ser o no ejercidas por las CA según su voluntad— y la configuración técnica debe ser idónea, garantizando la seguridad.

En este sentido, me atrevo a aventurar dos opciones, próximas entre sí, cuando menos en lo que afecta al fondo o, si se prefiere, al resultado. Por mi parte, me he mostrado favorable a una regulación del tipo de las competencias concurrentes (*konkurriende Gesetzgebung*) de la Constitución alemana (art. 74), pero en sentido inverso. Es decir, establecer una lista de materias y funciones, de carácter concurrente, que serán ejercidas por el Estado en tanto en cuanto no sean ejercidas por la CA de que se trate. Esta opción tiene una alternativa cuyo resultado, como señalaba, es idéntico. Se trataría de utilizar la técnica de la legislación divergente de los territorios (*Abweichungsgesetzgebung der Länder*), introducida en la reforma de la Constitución alemana de 2006 (art. 72.3). Por cualquiera de estas dos vías, se establecería una lista, corta necesariamente, como ocurre en la Constitución alemana con la legislación divergente de los *Länder*, en la que las CA que lo considerasen conveniente, ejercerían la competencia, delimitada materialmente de la forma más precisa posible, sustituyendo a la regulación del Estado. Se trata, ciertamente, de una opción que tiene que insertarse en el contexto de una reforma del sistema autonómico de mayor amplitud y en la que, en cualquier caso, resulta indispensable el establecimiento de un sistema de financiación adecuado, en el que se contemplen las consecuencias, en su caso, de la asunción de competencias de ejecución²⁰.

La apertura de una vía de este tipo en la propia Constitución introduciría, por una parte, una flexibilidad que la realidad del país hace necesaria, con la seguridad de su regulación en la propia Constitución, lo que obligaría a un previo debate en profundidad sobre qué competencias pueden ser objeto de una similar flexibilización²¹.

²⁰ Este es un problema que no tiene la misma importancia en el sistema alemán, en la medida en que, en esas materias, la ejecución ya corresponde a los *Länder*.

²¹ Ciertamente, como se ha puesto de relieve en Alemania, se trata —en ese caso, en lo que se refiere a la legislación divergente— de una opción que plantea problemas específicos y dudas nada desdeñables: A. Arroyo Gil, *op. cit.*, pp. 81 ss. En cualquier caso, parece una opción de mayores garantías que el desarrollo del sistema autonómico a golpe de pacto político en el Congreso de los Diputados a cambio de apoyos puntuales o de legislatura, sin un diseño previo de conjunto —lo que no era admisible hasta ahora pasa a serlo cuando se necesitan los votos de un partido determinado, de fuerte arraigo en una determinada CA— tal y como viene ocurriendo en nuestro país desde hace mucho tiempo, cualquiera que sea el partido en el Gobierno.

VI. Conclusiones

El sistema autonómico ha puesto de manifiesto un altísimo nivel de conflictividad por motivos competenciales, que no tiene parangón en los sistemas federales más solventes de nuestro entorno. Esa conflictividad tiene, por una parte, una evidente fuente de naturaleza política, en la medida que, en determinadas CA —muy significativamente, País Vasco y Cataluña— hay una, más o menos amplia, insatisfacción con el ámbito de poder que les atribuye el Estatuto, en el marco de la Constitución. Pero, por otra, también es consecuencia de la forma en que la Constitución delimita las competencias reservadas al Estado —y, como reflejo, las que corresponden a las CA— y, asimismo, por la opción, como eje central del sistema de distribución de competencias de la técnica de reservar al Estado, casi sin excepción, de la competencia para establecer las bases²², correspondiendo a las CA el desarrollo de esas bases. Ambas cuestiones deben ser afrontadas directamente y sin ambages, requiriendo, a mi juicio, una reforma cualitativa de calado.

Por una parte, habría que optar por determinar con mucha mayor concreción la parte de la materia que, en su caso, corresponde al Estado y, dentro de la misma materia, qué funciones o aspectos concretos corresponden a las CA. Una delimitación en torno a la idea de exclusividad de carácter absoluto es claramente inviable. Pero hay que tender, hasta el límite de lo posible, delimitar de la mejor forma, ámbitos de exclusividad competencial. Es la vía que nos muestran los dos federalismos europeos de mejor tradición. Ello exige un desarrollo incomparablemente mayor de la regulación relativa a las competencias que el actual artículo 149.1 de la Constitución.

Por otra parte, es indispensable resolver el problema de inseguridad sobre el ámbito de poder del que efectivamente disponen las CA, como consecuencia del modelo bases/desarrollo como eje principal de distribución de competencias, porque deja en manos del Estado la capacidad de decidir en cada momento y en cada competencia la extensión de la suya propia, en la determinación de las bases, con el riesgo de vaciamiento de las competencias normativas de las CA, reduciéndolas, en medida muy importante, a antes de ejecución de la normativa del Estado.

Finalmente, en el ámbito competencial, es necesario, a mi juicio, afrontar directa y expresamente la cuestión de las asimetrías competenciales. Lo que debe hacerse directamente en la Constitución. Es la forma de situar a todas las CA ante las mismas posibilidades, dejando que sea cada una de ellas la que decida si quiere o no quiere ejercer determinadas competencias. Su regulación directamente en la

²² Bien sea directamente, o, indirectamente, en los ámbitos en los que la Constitución establece reservas de ley orgánica. A ello se une el efecto de una interpretación amplia de los conocidos como «títulos horizontales» de competencia.

Constitución garantiza la seguridad sobre el ámbito legítimo en el que se deben desenvolver las asimetrías en el ámbito competencial.

Ciertamente, plantear una reforma constitucional del sistema autonómico parece una ilusión, una quimera. Pero en el ámbito académico nos corresponde señalar los problemas y plantear posibles soluciones. La reforma del sistema competencial es una necesidad ineludible del sistema autonómico si queremos garantizar su estabilidad y su legitimidad, que haga de él un sistema capaz de integrar las diferentes comunidades que integran España, con sus diferentes pretensiones, integrándolas en un conjunto capaz de integrar a la mayoría cualificada de la ciudadanía, garantizando la estabilidad política. Y hay que ser conscientes de que, a la luz de la historia de España, en nuestro país no es posible un sistema democrático sólido y estable sin un sistema de autonomías territoriales igualmente sólido.

REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y DEMOCRACIA DIGITAL: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA

GIACOMO PALOMBINO
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

I. Premisa

La intención de establecer un diálogo con la riquísima y fecunda producción académica del Prof. Cámara no es en absoluto sencilla. Dialogar, aunque aquí sólo a través de la letra impresa, con un maestro del Derecho Constitucional contemporáneo no podía dejar de generar cierto temor en cualquiera, incluso en quien, como yo, tuvo la suerte de ser discípulo de la escuela granadina y, por tanto, conoce perfectamente la atención del Profesor a la hora de escuchar y establecer diálogos. El temor, por tanto, es puramente reverencial, el que siempre se debe, creo yo, cuando se está ante un Maestro. Pero es también por estas razones por las que agradezco infinitamente al Prof. Balaguer Callejón por tenerme en cuenta (también) para esta iniciativa e incluirme en esta obra junto a tantos amigos y compañeros del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada: un Departamento que se ha convertido para mí en una casa, no sólo intelectual, también gracias a la acogida y generosidad científica del Prof. Cámara, a quien van dedicados estos escritos.

Cuando recibí la grata invitación a participar con un ensayo en este libro, no tuve dudas sobre el tema que me habría gustado abordar. De hecho, cuando hace tiempo me acerqué al estudio de la representación política y de las prerrogativas parlamentarias en particular, entre las principales referencias que tuve ocasión de leer y escuchar sobre el tema estaba (y sigue estando), por supuesto, el Prof. Cámara. No podía ser de otra manera. En los estudios realizados por el Profesor sobre estos temas, en efecto, se sintetizan perfectamente las dos principales etapas de su trayectoria como constitucionalista: la académica, como catedrático de la Universidad de Granada, y la institucional, como Diputado del Congreso de España, durante dos legislaturas consecutivas.

La lectura y el estudio de los escritos del Prof. Cámara no sólo permiten recorrer la historia y el significado de los principios constitucionales en materia de representación, sino que también, quizás gracias a la doble naturaleza de su compromiso como constitucionalista, presentan y reflejan elementos de gran novedad útiles para razonar, en clave crítica, sobre el significado actual de estos principios¹. En concreto, en las páginas que siguen, me centraré en la prerrogativa de la inviolabilidad, reconstruyendo brevemente el marco constitucional de referencia en España e Italia. Posteriormente, tras recorrer los principales pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional de ambos ordenamientos, dedicaré atención a la inviolabilidad con el objetivo de reflexionar sobre algunos aspectos novedosos que el propio Profesor, en un reciente trabajo², pone de relieve: cómo está cambiando (o debería o podría cambiar) el alcance de estas prerrogativas en función de las evoluciones, especialmente tecnológicas, que se han producido en los últimos años. Me refiero, en particular, al ámbito de la comunicación y a esas nuevas formas de expresarse a las que también recurren los representantes políticos, dando lugar así a un panorama que, como tendremos ocasión de destacar, tal vez se aleja del perímetro de las prerrogativas perfilado por la jurisprudencia constitucional, española e italiana³.

II. Las prerrogativas de la representación en un mundo que cambia

Como afirma el Prof. Cámara, «el fundamento común de las prerrogativas de inviolabilidad e inmunidad, de amplia raigambre histórica y vigencia actual en el derecho comparado (si bien con distintas denominaciones), así como en el europeo, consiste en la protección del libre ejercicio de la función parlamentaria por parte de cada representante, que refleja, a su vez, la propia inviolabilidad de las Cámaras»⁴. Nos referimos, por tanto, a dos prerrogativas distintas pero complementarias: mientras «la inviolabilidad tiene carácter sustantivo y hace que los re-

¹ G. CÁMARA VILLAR, Voz «Mandato parlamentario», *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el Siglo XXI, Ciencias Políticas y Jurídicas* (Edición de Benigno Pendás) Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Boletín Oficial del Estado, 2020, pp. 900-904.

² G. CÁMARA VILLAR, «El Estatuto de los Diputados del Congreso. Viejos y nuevos problemas», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 113, 2022, pp. 305-359.

³ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Torino, Einaudi, 1979; S. TRAVERSA, Voz «Immunità parlamentare», *Enc. diritto*, 1970, pp. 178 e ss.; S. GALEOTTI, voz «Garanzia costituzionale», *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, Milano, XVIII, pp. 490 e ss.; V. ZANGARA, *Le prerogative costituzionali (rilievi e prospettive)*, Cedam, Padova, 1972, pp. 87 e ss.

⁴ G. Cámara Villar, «El Estatuto de los Diputados del Congreso. Viejos y nuevos problemas», cit., p. 318.

presentantes no estén sujetos a responsabilidad jurídica alguna por las opiniones efectuadas en ejercicio de sus funciones»⁵; por el otro lado, «la inmunidad tiene un carácter formal que impide que estos puedan ser detenidos salvo en caso de flagrante delito o sometidos a procedimientos judiciales que pudieran conducir a la privación de su libertad sin que medie el consentimiento previo de la Cámara, por lo que esta autorización constituye un requisito de procedibilidad al servicio de la protección del ámbito institucional del Parlamento como órgano fundamental del Estado democrático»⁶.

Las indicaciones anteriores constituyen la necesaria premisa del presente estudio. Es a partir de ellas, en efecto, que podemos afirmar que las garantías constitucionales otorgadas al representante no son meros privilegios, sino elementos esenciales para el funcionamiento de un sistema democrático⁷. Contrariamente a lo que a menudo se difunde o transmite por el discurso populista, de hecho, la prerrogativa es una herramienta indispensable dentro de una democracia porque permite a la representación política, expresión de la soberanía popular, ejercer sus funciones precisamente de conformidad con los principios constitucionales. Por lo tanto, la «excepcionalidad al principio de igualdad ante la ley y ante la justicia», aunque afecten «al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva [...] se fundamenta en la existencia de un alto interés público legítimamente protegido, cual es garantizar la independencia y autonomía del poder legislativo del Estado en el ejercicio de sus funciones y atribuciones»⁸.

Es por estas razones que las prerrogativas concedidas al representante, aunque toman la forma de una extensión de la libertad del individuo, y por lo tanto tienen un impacto, por así decirlo, subjetivo, la lógica que justifica su existencia es totalmente objetiva: un interés público, en cuanto «no hay con ellas, por tanto, protección de interés personal alguno de los parlamentarios, pues si así fuere constituirían privilegio inaceptable; la protección que brindan se justifica por y para las funciones cuya realización tienen encomendadas, por lo que se integran en su situación jurídica subjetiva como un derecho reflejo»⁹. Un dere-

⁵ G. Cámara Villar, «El Estatuto de los Diputados del Congreso. Viejos y nuevos problemas», cit., p. 319.

⁶ G. Cámara Villar, «El Estatuto de los Diputados del Congreso. Viejos y nuevos problemas», cit., p. 319.

⁷ En general, J. A. MONTILLA MARTOS, «Las Cortes Generales», en F. BALAGUER CALLEJÓN, G. CÁMARA VILLAR, J. FERNANDO LÓPEZ AGUILAR, M.L. BALAGUER CALLEJÓN y J.A. MONTILLA MARTOS, *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, Capítulo XXVII, Tecnos, 2022, pp. 548-605.

⁸ G. Cámara Villar, «El Estatuto de los Diputados del Congreso. Viejos y nuevos problemas», cit., p. 319.

⁹ De acuerdo con la doctrina del TC, se incorporan y encuentran su «acomodo natural [...] en el contenido del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE [...] que garantiza no solo el

cho, en otras palabras, derivado del órgano constitucional al que pertenece el individuo¹⁰.

Centrándonos exclusivamente en la inviolabilidad, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, debemos recordar que esta prerrogativa está prevista por las democracias contemporáneas para garantizar «la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias»¹¹. Se trata, entonces, a la vez de una excepción, de la que se beneficia el parlamentario en función del cargo que ocupa; pero también de una extensión (circunscrita) de su libertad por la misma razón. Y no cualquier libertad, sino aquella que, quizás más o mejor que otras, describe la esencia del Estado democrático: la libertad de expresión¹².

Esta sola aclaración podría bastar para comprender cómo la prerrogativa de la inviolabilidad, aunque corresponde a un principio común de las democracias modernas, está en realidad expuesta a una considerable y continua evolución. La de expresión, en efecto, constituye la libertad que, más que otras, está en el centro de los desarrollos y transformaciones del siglo XXI, especialmente en función del progreso tecnológico. Por supuesto, la naturaleza de la exigencia que inspira el reconocimiento de la libertad de expresión no ha cambiado, pero sí han cambiado profundamente los instrumentos que sirven para ejercer esta libertad y, por tanto, también para promover sus garantías¹³.

III. El nexo entre opinión y ejercicio de las funciones

La ampliación de la libertad de expresión que se deriva de la inviolabilidad no es ilimitada, sino más bien circunscrita. Evidentemente, si no existiera un criterio para delimitar la libertad de expresión del representante, estaríamos efectivamente ante un privilegio, no ante una prerrogativa. Si la descripción del criterio es extremadamente fácil, su configuración en el contexto de la práctica concreta de la actividad parlamentaria lo es menos. En este sentido, existe una total coincidencia entre los textos de las Constituciones española e italiana: el artículo 71 de la pri-

acceso o permanencia en el cargo público representativo, sino también los derechos y prerrogativas propios del estatus del cargo» (SSTC 22/1997, FJ 2; 123 y 124/2001, Fundamentos Jurídicos (FFJJ) 3; 70/2021, FJ. 2 c)).

¹⁰ P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «Sobre las inmunidades parlamentarias». *Revista de Estudios Políticos*, 69, 189-199. Lucas Murillo de la Cueva, P. (2020). «Las garantías parlamentarias en la experiencia constitucional española». *Revista de las Cortes Generales*, núm. 108, 1990, pp. 131-175.

¹¹ SSTC 51/1985, FJ 6; 9/1990, FJ 3 A.

¹² A. PACE, «Giurisdizione e insindacabilità parlamentare nei conflitti costituzionali», *Quaderni costituzionali*, núm. 2, 2000, pp. 20 e ss.

¹³ A. PAPA, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Editoriale scientifica, Napoli, 1998.

mera establece que «Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones»; y el artículo 68 de la segunda que «I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni». En definitiva, el criterio de delimitación de la inviolabilidad viene dictado por la función del parlamentario, es decir, la opinión de éste sólo puede considerarse amparada por la inviolabilidad cuando está vinculada a la actividad del órgano constitucional del que forma parte. Esto constituye, además, una prueba más de cómo la prerrogativa en cuestión se reconoce en beneficio de un interés público¹⁴.

Sin embargo, la puesta en práctica de este principio siempre ha resultado muy compleja en los dos sistemas mencionados. En términos generales, no siempre es fácil entender cuándo un representante está expresando sus opiniones de manera relacionada con sus funciones. De hecho, existen zonas grises en las que resulta complejo entender si la persona expresa sus ideas como miembro del órgano parlamentario o simplemente como figura pública. Por lo tanto, un papel importante ha sido y sigue siendo desempeñado por la jurisprudencia constitucional, a la que se confía la tarea de delimitar la aplicación de la inviolabilidad. A pesar de ello, sin embargo, tanto en España como en Italia no puede decirse que se hayan conformado, por así decirlo, criterios definitivos: la aplicación de las normas sobre la inviolabilidad, de hecho, sigue estando determinada por un enfoque esencialmente *case by case*.

Refiriéndose a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁵, el Prof. Cámara señala que esta prerrogativa «no está instituida en virtud de la condición de ostentar el cargo de parlamentario, sino solo respecto de las declaraciones, votos o actos que manifiesten opinión de quien actúa jurídicamente como tal»¹⁶. Como ha destacado este el Tribunal, «el nexo que ha de darse entre prerrogativa y ejercicio de funciones parlamentarias es condición sine qua non para que opere la plena protección que brinda, por lo que la prerrogativa también decae en todos aquellos casos en los que la Cámara no actúa en legítimo ejercicio de sus funciones»¹⁷.

En cuanto al ámbito material funcional de la inviolabilidad, el TC ha precisado que la misma tiene que ver exclusivamente sobre las opiniones que, en ejercicio de sus funciones se realicen «en actos parlamentarios y en el seno de cualquiera de las articulaciones de las Cortes Generales o, por excepción, en actos

¹⁴ E. GUILLÉN LÓPEZ, *La continuidad parlamentaria: las diputaciones permanentes*, Civitas 2002.

¹⁵ STC 51/1985, FJ 6; en el mismo sentido, SSTC 243/1988, FJ 3 B), 206/1992, FJ 5 y 184/2021, FJ 11.4

¹⁶ G. Cámara Villar, «El Estatuto de los Diputados del Congreso. Viejos y nuevos problemas», cit., p. 322.

¹⁷ STC 184/2021, FJ 11.5.6.

exteriores a la vida de las Cámaras que sean reproducción literal de un acto parlamentario»¹⁸.

Por su parte, la Corte constitucional italiana ha configurado criterios coincidentes¹⁹. En particular, para determinar la existencia del nexo funcional, la Corte hace referencia a un criterio espacial y a uno temporal. En cuanto al criterio espacial, se ha afirmado que sólo debe considerarse amparada por la inviolabilidad la opinión expresada en la Cámara a la que pertenece la persona; o también una opinión que haya sido difundida fuera de la Cámara siempre que coincida literalmente con lo ya manifestado durante las labores de esta. Por lo que se refiere al criterio temporal, en cambio, el Tribunal consideró que la repetición de la opinión fuera de la Cámara debe tener lugar en un período de tiempo adecuado para demostrar la correspondencia entre la intención de repetir esa opinión (con el fin, por ejemplo, de informar al electorado sobre la labor del órgano legislativo) y los trabajos de la Cámara a la que pertenece²⁰.

Por lo tanto, utilizando las palabras de la Corte Constitucional, por un lado, debe invocarse «un legame di ordine temporale fra l'attività parlamentare e l'attività esterna, tale che questa venga ad assumere una finalità divulgativa della prima»²¹; mientras que, por otro lado, hay que comprobar cuando existe «una sostanziale corrispondenza di significato tra le opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni e gli atti esterni, al di là delle formule letterali usate, non essendo sufficiente né un semplice collegamento tematico o una corrispondenza contenutistica parziale, né un mero contesto politico entro cui le dichiarazioni extra moenia possano collocarsi, né, infine, il riferimento alla generica attività parlamentare o l'inerenza a temi di rilievo generale, pur dibattuti in Parlamento»²². En cualquier caso, en los últimos años la Corte ha intentado circunscribir el ámbito de la inviolabilidad, sosteniendo que «il riferimento all'attività parlamentare o comunque l'inerenza a temi di rilievo generale (pur dibattuti in Parlamento), entro cui le di-

¹⁸ SSTC 51/1985, FJ 6; 243/1988, FJ 3 B; 206/1992, FJ 5; 184/2021, FJ 11.4.

¹⁹ L. VIOLANTE (a cura di), *Il Parlamento*, Einaudi, Torino, 2001, pp. 1063 e ss.; S. MANNUZZU, «Immunità parlamentari e processo democratico», *Pol. dir.*, 1981, pp. 77 e ss.; M. DOGLIANI, «Immunità e prerogative parlamentari», en L. VIOLANTE (coord.), *Il Parlamento*, Torino, Einaudi, 2001, p. 1012.

²⁰ V. BALDINI, «La responsabilità politica nella esperienza della forma di governo parlamentare italiana. Tra istanze di razionalizzazione del modello costituzionale e decrittazioni della comunicazione pubblica», *Rivista AIC*, núm. 4, 2011; L. GIANNITI-N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 87; G. AZZARITI, «Cronaca di una svolta: l'insindacabilità dei parlamentari dinanzi alla Corte costituzionale», *Politica del diritto*, 2001, XXXII, 4, 585 e ss.; P. COSTANZO, «La «giurisprudenza Sgarbi» alla ricerca di un punto fermo», *Danno e Responsabilità*, núm. 4, 2000, pp. 387 ss.; C. MARTINELLI, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 13.

²¹ Corte costituzionale, sentencia núm. 144 del 2015

²² Corte costituzionale, sentencia núm. 144 del 2015

chiarazioni si possano collocare, non vale di per se a connotarle quali espressive della funzione», que a veces hay que declinar en términos de «esercizio della libera manifestazione del pensiero assicurata a tutti dall'art. 21 Cost.»²³.

Sin embargo, por mucho que los pronunciamientos mencionados parezcan trazar un camino en la jurisprudencia constitucional sobre el punto, también ha habido decisiones que demuestran orientaciones variables. Estas desviaciones, en concreto, han afectado tanto a la definición del elemento temporal como a la del elemento espacial. Esto demuestra lo complejo que resulta circunscribir la prerrogativa de la inviolabilidad dentro de unos límites bien definidos. Y ello también por la razón que inspira este trabajo: la evolución cada vez más rápida de las herramientas de comunicación y la función que desempeñan en la era de la sociedad digital²⁴.

IV. La opinión del representante en la época de la sociedad digital

Las plataformas digitales han ocupado gran parte del espacio virtual en el que se reproducen fenómenos y dinámicas típicas, hasta hace poco, exclusivamente del mundo analógico²⁵. Entre ellos, no cabe duda de que incluso los mecanismos que caracterizan a los sistemas democráticos han requerido (y siguen requiriendo) una verdadera reinterpretación o, en todo caso, han puesto de manifiesto la urgencia de reflexionar sobre cómo los procesos de digitalización afectan a las sociedades democráticas, resaltando así la necesidad de verificar cómo este impacto puede acompañarse y adaptarse a los principios que las inspiran²⁶.

Razonando en estos términos, por otra parte, el balance de los últimos años en términos de «mantenimiento» de la democracia en la sociedad digital no es del todo positivo. Si es cierto que Internet y las plataformas digitales generaron, en principio, la convicción de que el nuevo espacio público (el virtual) habría devuel-

²³ Corte costituzionale, sentencias núm. 144 del 2015, 305 del 2013, 205 del 2012, 39 del 2012, 96 del 2011.

²⁴ A. PAPA, «Democrazia della comunicazione» e formazione dell'opinione pubblica», *federalismi.it*, n. 1, 2017; G. GRASSO, «Social network, partiti politici e lotta per il potere», *MediaLaws*, núm. 1, 2020, pp. 211-216; M. CALISE, *Il principe digitale*, Laterza, Roma-Bari, 2019; ID., *Il partito personale*, Laterza, Roma-Bari, 2011; Cfr. M. CALISE, *La democrazia del leader*, Laterza, Roma-Bari, 2016.

²⁵ Cfr. F. DONATI, «L'art. 21 della Costituzione settanta anni dopo», *MediaLaws*, núm. 1, 2018, pp. 93-101; G. PITRUZZELLA, «La libertà di informazione nell'era di Internet», *MediaLaws*, núm. 1, 2018, pp. 19-47; A. LAMBERTI, «L'ambiente digitale: una sfida per il diritto costituzionale», en AA.VV., *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia*, in *federalismi.it*, n. 4, 2022, pp. 435-461.

²⁶ J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, «El derecho constitucional ante la era de ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional», *Estudios de Deusto*, Vol. 64/2, 2016, p. 239.

to a la sociedad contemporánea un instrumento capaz de reforzar los mecanismos democráticos (y en particular los de participación), es bien sabido que en muchas ocasiones han surgido con claridad importantes perfiles problemáticos. Esta constatación, sin embargo, lejos de hacer perder la esperanza de que lo digital pueda realmente promover una mayor afirmación de la democracia, invita a reflexiones dirigidas a acompañar el proceso de digitalización para que no sólo sea compatible con los principios democráticos, sino que, de hecho, sirva como instrumento para promoverlos aún más²⁷.

En esta dirección, llegamos a la cuestión de la protección de la opinión del representante político en la época de la democracia digital. En particular, partiendo del hecho de que las redes sociales representan un espacio en el que los representantes políticos también expresan sus opiniones y mantienen, al menos aparentemente, un diálogo directo y cotidiano con los ciudadanos y electores, no cabe sino preguntarse si un fenómeno de este tipo afecta, y en caso afirmativo cómo, a la actividad de las Cámaras y a las garantías que la Constitución reconoce al representante a la hora de expresarse fuera de la Cámara a la que pertenece.

Esta última aclaración, relativa al lugar donde se ejerce la libre expresión, depende de que, al abordar el estudio de la opinión del representante político, se considera oportuno subrayar desde el principio una distinción que resulta útil para circunscribir el campo de la presente investigación. En efecto, es evidente que son muchos los escenarios u ocasiones en los que los representantes políticos expresan públicamente sus ideas. Sin embargo, ciertamente no puede suponerse que lo que el representante afirma responda siempre a la misma lógica y, por tanto, se sitúe automáticamente dentro del mismo perímetro de garantías constitucionales.

En términos estrictamente jurídicos, debe hacerse una distinción. Más concretamente, hay que distinguir entre los casos en los que se está ante una persona que actúa como mero personaje público y aquellos en los que manifiesta su pensamiento no sólo como miembro de una Cámara, sino también como consecuencia de la labor desarrollada en la misma.

En principio, esta distinción debería ser fácil. Sin embargo, la necesidad (y también la problemática) de hacerla se deriva precisamente de la evolución de la

²⁷ F. BALAGUER CALLEJÓN, «Good Bye Lenin!» — La cuestión de la verdad en la transición constitucional alemana y su proyección sobre el proceso de integración europea», *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, núm. 2, 2021, p. 19; J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, «La difesa della democrazia pluralista dinanzi alla paura e alla disinformazione», *MediaLaws*, núm. 2, 2021; M. BASSINI — G.E. VIGEVANI, «Primi appunti su fake news e dintorni», *MediaLaws*, núm. 1, 2017, pp. 11 ss.; O. POLLICINO, «Fake News, Internet and Metaphors (to be handled carefully)», en el mismo número, p. 23 ss.; C. PINELLI, ««Postverità», *verità e libertà di manifestazione del pensiero*», en el mismo número, p. 41 ss.; M. MONTI, «Fake news e social network: la verità ai tempi di Facebook», en el mismo número, p. 79 ss.; G. PITRUZZELLA, «La libertà di informazione nell'era di Internet», en el mismo número, 2018, p. 19 ss.

società, in suo complesso, e del progresso tecnologico, in concreto, due fattori, tra gli altri, che devono essere osservati congiuntamente. Negli ultimi anni, oltre che dei mezzi per diffondere opinioni, hanno cambiato le forme di formularle, così come le maniere in cui il pubblico le «riceve» e si relaziona con esse, anche alla luce di un livello di interazione impensabile fino a poco fa.

In questo senso, era inevitabile, e di fatto ora è evidente, che il linguaggio della politica anche si veda influenzato da queste trasformazioni, tanto dal punto di vista del rappresentante quanto da quello del suo «pubblico», cittadini e elettori. A questo proposito, diversi elementi sembrano confermarlo. Nelle dinamiche del parlamentarismo osservate negli ultimi anni, la digitalizzazione ha accompagnato di fatto una evoluzione reale del sistema dei partiti e delle forme in cui i loro membri eletti dei partiti svolgono il loro ruolo²⁸.

Pensiamo, per esempio, alla personalizzazione dei partiti, dove è sempre più frequente (noi ci riferiamo soprattutto al caso italiano) leggere nei nomi dei loro rispettivi leader. È il riflesso di un rappresentante che ha visto come la dimensione «sociale» cambiava e lo trasformava in un personaggio pubblico. Di fatto, non potrebbe essere di altra maniera, dato che la propria sfera comunicativa del rappresentante ha ampliato il suo perimetro, condizionando i suoi contenuti, strategie e, in certo modo, programmi. In questo senso, per farsi un'idea delle evoluzioni generate dalle piattaforme digitali, basta con osservare le competenze professionali richieste, oggi, nei team dei partiti politici: il *social media manager*, il *web designer* o esperti in *sentiment analysis*, tra gli altri²⁹.

Si pretende, per tanto, mostrare come tutti questi aspetti siano sintomatici non solo di una comunicazione politica in costante evoluzione, ma anche di un'attività parlamentare che acquisisce nuove forme, nuovi spazi e, soprattutto, un nuovo linguaggio. In altre parole, si tratta di mostrare come, anche se è evidente che è soprattutto la comunicazione politica e, per così dire, la propaganda che vive una nuova fase, questa si riflette anche, allo stesso tempo, nel lavoro delle Camere in senso stretto e, per tanto, nelle forme in cui i parlamentari presentano le loro opinioni all'esterno in relazione con i lavori della Camera a cui appartengono³⁰. I tempi più contingenti dei discorsi e

²⁸ Cfr. F. DONATI, «L'art. 21 della Costituzione settanta anni dopo», *MediaLaws*, núm. 1, 2018, pp. 93-101; G. PITRUZZELLA, «La libertà di informazione nell'era di Internet», *MediaLaws*, núm. 1, 2018, pp. 19-47; A. LAMBERTI, «L'ambiente digitale: una sfida per il diritto costituzionale», in AA.VV., *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia*, in *federalismi.it*, núm. 4, 2022, pp. 435-461.

²⁹ L. CALIFANO, «Brevi riflessioni su privacy e costituzionalismo al tempo dei big data», *federalismi.it*, núm. 9, 2017.

³⁰ A. MANZELLA, «La prerogativa ex art. 68 della Costituzione. Significato politico-istituzionale dell'istituto», in *Il regolamento della Camera dei deputati. Storia, istituti, procedure*, II, Roma, Segretariato generale della Camera dei deputati, 1968, pp. 147 e ss.; P. DIMUCCIO (coord.), *L'insindacabilità*

las palabras elegidas para componer su contenido son sólo algunos ejemplos de cómo la actividad del representante responde a lógicas diferentes de las, por así decirlo, tradicionales. La opinión, de hecho, parece estar formulada ya pensando en su reproducibilidad en la red, ya sea para expresar un concepto utilizando un número limitado de caracteres o para compartir un vídeo en las propias redes sociales³¹.

V. La externalización del debate parlamentario

Para continuar el análisis, es necesario ahora contextualizar lo que se ha reconstruido sobre el tema de la inviolabilidad en el contexto digital. Sobre la base de lo afirmado anteriormente, resulta que la opinión amparada por el requisito de la inviolabilidad pueda ser también la expresada fuera de la Cámara y, por tanto, en sedes ajenas a los trabajos parlamentarios, siempre que exista una vinculación funcional entre lo que el representante manifiesta y el cargo que ostenta y que se constate que la opinión se corresponde con lo ya pronunciado dentro de la Cámara y, por tanto, durante el ejercicio de las funciones de ella.

A estos elementos hay que añadir otro, que en cierto modo no podía dejar de acompañar a las reflexiones contenidas en este trabajo, y es que la opinión del representante pueda expresarse por cualquier medio capaz de transmitirla. Una vez aceptada la idea de que la inviolabilidad es una prerrogativa que debe ser reconocida y garantizada incluso fuera de las Cámaras, no parece haber obstáculo para considerar que la opinión amparada por la inviolabilidad pueda ser expresada por cualquier medio y en cualquier espacio, analógico o digital que sea.

Se trata, por lo demás, de una consecuencia de los criterios que rigen la protección de la libertad de expresión. De hecho, parece oportuno considerar que, aun respondiendo a lógicas distintas y encuadrándose, por tanto, en dos esquemas de ponderación diferentes, las disposiciones constitucionales que protegen la opinión de los representantes pueden situarse en el mismo ámbito de la libertad de expresión protegida por el artículo 20 de la Constitución española y el artículo 21 de la Constitución italiana.

dei parlamentari. Documentazione sull'art. 68, primo comma, della Costituzione, Roma, Senato della Repubblica, Ufficio prerogative e immunità, 1985; O. DOMINIONI, «Autorizzazione a procedere e salvaguardia del Parlamento», in *Pol. dir.*, 1979, pp. 27 e ss.

³¹ A. PAPA, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2021; Cfr. M. BASSINI, «Partiti, tecnologie e crisi della rappresentanza democratica. Brevi osservazioni introduttive», *DPCE*, núm. 3, 2015, pp. 875 ss.; G. DI COSIMO, «Personale e digitale: le metamorfosi del partito», *Forum Quad. Cost. Rassegna*, 2019; G. D'IPPOLITO, «Comunicazione politica online: dal messaggio politico commercializzato alle sponsorizzazioni sui social network», *Media Laws*, núm. 1, 2020.

Es posible afirmar, entonces, que incluso la opinión expresada por un parlamentario a través de plataformas digitales, cuando tiene relación con la actividad de la Cámara a la que pertenece, está amparada por las garantías de la inviolabilidad. El espacio digital es, de hecho, un espacio en el que el individuo tiene garantizada la libertad de expresar sus opiniones, y las herramientas a través de las cuales se accede a ellas deben contarse, hoy, entre los medios amparados por las garantías constitucionales en materia de ejercicio de la libertad de expresión. Por lo tanto, aunque el fundamento de las garantías cambie, la opinión, así como todos los elementos que permiten definirla como tal, haciéndola reconocible, es siempre la misma. En este sentido, nos ayuda la visión del Prof. Cámara cuando afirma que «las funciones [del representante] no pueden ser entendidas simplemente por el locus en que el parlamentario emita sus opiniones (su actividad en la Cámara en sus diferentes articulaciones), sino, además, por la adecuación que por su contenido tengan con el ejercicio de tales funciones, materialmente entendidas en correspondencia con ese nexo, esto es, sirviendo al proceso de formación de la voluntad de la Cámara»³².

La cuestión que se plantea, por tanto, es si la presencia del representante en sedes digitales y privas de mediadores sigue haciendo pertinentes los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional, empezando por el de la protección de la opinión sólo cuando corresponde a una reproducción literal de lo pronunciado en la Asamblea. Y esto surge porque, como afirma el Prof. Cámara, «en una sociedad de la información y la comunicación en la que la vida política se desenvuelve a una velocidad de vértigo, en muy variados escenarios y formatos, extra-muros del ámbito parlamentario, pero a él vinculados, y con intermediaciones que pueden ser muy diversas, a veces se producen y reproducen actos que, sin ser literalmente «reproducciones» de actos parlamentarios, sí pueden serlo sustancialmente en parte o en su conjunto»³³. Entonces, «en estos casos [...] podría no ser proporcionada ni estar justificada en aquellos supuestos en los que por esa falta de literalidad estrictamente entendida se excluyera de la protección por la prerrogativa una reproducción en la que se pudiera constatar, sin embargo, su carácter sustancialmente igual por su fundamento en cuanto a los sujetos, ámbito material de referencia, sentido y efectos, aunque no fuese «literal». En estos casos lo que importaría es que la opinión manifestada no sea diferente y esté desvinculada de la emitida en sede parlamentaria y, por tanto, protegida por la inviolabilidad»³⁴. Y

³² G. CÁMARA VILLAR, «El Estatuto de los Diputados del Congreso. Viejos y nuevos problemas», cit., p. 329.

³³ G. CÁMARA VILLAR, «El Estatuto de los Diputados del Congreso. Viejos y nuevos problemas», cit., p. 326.

³⁴ G. CÁMARA VILLAR, «El Estatuto de los Diputados del Congreso. Viejos y nuevos problemas», cit., p. 326.

todo esto, además, porque «la función de representación que ejercen los parlamentarios y el estrecho y permanente contacto que ello requiere con los electores, hace que «su actuación fuera de la Cámara sea una actividad inseparable de su cometido constitucional», por lo que podría considerarse pertinente extender la inviolabilidad a estos contextos»³⁵.

Pues bien, incluso Internet debe considerarse ahora como un espacio en el que el representante actúa y difunde sus opiniones, en la medida en que, entre otras cosas, las plataformas digitales constituyen (o han constituido) una verdadera esperanza desde el punto de vista de la evolución de las democracias modernas, para algunos una promesa aún por realizar, para otros una promesa traicionada debido a los criterios que regulan su tráfico y a los acontecimientos que han decretado, tal vez, su fracaso.

Las redes sociales, en efecto, se han presentado en la realidad de las sociedades contemporáneas como las herederas de las antiguas ágoras, es decir, espacios en los se puede tomar libremente la palabra y entablar debate con otros usuarios, incluidos personajes públicos y, en lo que aquí interesa, representantes políticos. Internet, en este sentido, parece hacer realidad aquel principio que los comentaristas griegos asociaban al concepto de *isegoría*, es decir, el derecho igual de todos, dentro de una democracia, a tomar la palabra durante las asambleas públicas³⁶. Y esto es cierto, a pesar de que las plataformas digitales pertenezcan a sujetos privados, ya que ahora es evidente cómo gran parte del debate público se difunde a través de estas redes, lo que pone de manifiesto la necesidad de (re)afirmar el respeto a los principios democráticos incluso dentro de estas ágoras digitales.

Sin embargo, la aparición de Internet y de las redes sociales no sólo ha puesto en manos del representante una nueva herramienta a la que confiar la difusión de sus pensamientos, además de las que ya existían, sino que también ha afectado significativamente al desarrollo de la actividad parlamentaria, en general, y al panorama en el que el representante, en el ejercicio de sus funciones, expresa sus opiniones³⁷.

La cuestión puede abordarse según dos direcciones distintas, solo en parte coincidentes. Por un lado, reflexionar sobre la utilización de nuevos instrumentos que, como ya se ha dicho, si bien generan elementos que, al menos en principio, podrían facilitar el desarrollo de la vida democrática, también esconden numero-

³⁵ G. CÁMARA VILLAR, «El Estatuto de los Diputados del Congreso. Viejos y nuevos problemas», cit., p. 326.

³⁶ M. FOUCAULT, *Discurso e verità nella Grecia antica*, Donzelli Editore, 2005, p. 81; M. FOUCAULT, *Il governo di sé e degli altri. Corso al Collège de France (1982-1983)*, trad. it. M. Galzigna, Feltrinelli, Milano, 2009, p. 153.

³⁷ I. SPADARO, «Comunicazione politica e democrazia digitale», *Dir. pubbl. eur. Rassegna online*, n. 1, 2020, pp. 1-31.

sos riesgos, como viene señalando desde hace tiempo la doctrina. Por otro lado, es posible detenerse en un fenómeno que se ha presenciado en los últimos años, o más bien, la aceleración de un fenómeno que se originó incluso antes del advenimiento de las plataformas³⁸.

Nos referimos al hecho de que las Asambleas parecen cada vez más despojadas del debate y convertidas en un lugar casi exclusivamente deliberativo, es decir, dedicado únicamente a la fase de votación. Dicho de otro modo, las Cámaras corresponden cada vez más al lugar de ratificación de decisiones tomadas en otro espacio, mientras que el debate, por el contrario, tiene lugar ahora principalmente fuera de las asambleas³⁹.

Pues bien, aunque esto no puede considerarse un elemento nuevo, las plataformas digitales han acelerado de hecho esta externalización del debate parlamentario, es más, la han simplificado, sin tener en cuenta cómo los acontecimientos de los últimos años también la han hecho, en cierto sentido, necesaria. Esto se debe al hecho de que el representante parece favorecer el uso de las plataformas digitales porque, a diferencia de los medios de comunicación tradicionales (radio, periódicos, televisión), el espacio digital está libre de mediadores, un elemento que se traduce en múltiples ventajas, incluyendo, por ejemplo, menores costes⁴⁰.

La configuración de estas ágoras virtuales, de hecho, no es sólo una realidad de la que se beneficia el representante, sino que responde (quizás, sobre todo) a una necesidad expresada por gran parte del cuerpo electoral, que encuentra en estas nuevas herramientas la posibilidad de participar activamente en el debate público y entrar (al menos aparentemente) en contacto directo con sus representantes.

De estas consideraciones, conviene repetirlo, se desprende la reflexión sobre diversos aspectos problemáticos que la doctrina no ha dejado de destacar. Entre ellos, la evolución de la opinión del representante, es decir, la transformación de su forma de expresarse. Y no podría ser de otro modo, dado que el entorno en el que un individuo (en general, pero esto parece aplicarse aún más a un representante) manifiesta sus pensamientos influye inevitablemente en la lógica y el contenido de lo que decide exponer públicamente. Por lo tanto, aunque la externalización del debate parlamentario no puede considerarse un fenómeno reciente, parece oportuno considerar cómo el progreso tecnológico y la dinámica de la so-

³⁸ D. MESSINA, «Online platforms, profiling, and artificial intelligence: new challenges for the GDPR and, in particular, for the informed and unambiguous data subject's consent», *MediaLaws*, n. 2, 2019, pp. 159-173.

³⁹ I. MASSA PINTO, «Crisi della rappresentanza e nuove tecnologie tra domanda e offerta politica», *MediaLaws*, n. 1, 2020, pp. 182-187.

⁴⁰ G. DE MINICO, «Big Data e debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria», *Dir. Pubbl.*, núm. 1, 2019, p. 89 ss..

ciudad digital han, por un lado, acelerado su configuración y, por otro, caracterizado su fisonomía con elementos totalmente nuevos⁴¹.

VI. Los criterios de la inviolabilidad en el contexto digital

A la luz de lo que se acaba de observar, se plantea la cuestión de si el panorama en el que, hoy en día, el representante político ejerce sus funciones afecta a la prerrogativa de la inviolabilidad y, más concretamente, si los criterios por los que ésta ha sido interpretada pueden seguir considerándose actuales frente a los mecanismos de las democracias digitales.

En particular, si es cierto, como se ha señalado, que las Asambleas parlamentarias se han convertido en un lugar exclusivamente deliberativo y que el debate tiene lugar ahora fuera de ellas y en las múltiples ágoras que se constituyen en los espacios digitales y des-intermediados, cabe preguntarse si sigue siendo correcto considerar que la opinión del representante sólo goza de la garantía de la inviolabilidad cuando corresponde a algo ya pronunciado en la Cámara. Dicho de otro modo, en la democracia digital, en la que el debate se confía cada vez más a las intervenciones en las plataformas, la cuestión es si sigue teniendo sentido leer la garantía de la inviolabilidad en función de elementos que ya no pertenecen a la actualidad. En efecto, es evidente que el marco de la prerrogativa parlamentaria, como se ha ilustrado, se ha formulado sobre la base de instrumentos, como la prensa y la televisión, que, si bien siguen cumpliendo sus funciones tradicionales, van detrás del avance de los digitales. En la sociedad contemporánea, de hecho, el debate público se desarrolla principalmente a través de las palabras compartidas por los propios protagonistas del debate, donde incluso los medios de comunicación tradicionales dedican cada vez más espacio a comentar lo que circula por las plataformas⁴².

A esta consideración se añade otra, relativa a las modalidades de la comunicación política en la democracia digital. Cabe preguntarse, en particular, quién habla realmente cuando el representante expresa una opinión en una red social, quién es el que formula el pensamiento y lo comparte materialmente en la red. De hecho, ya es bien sabido que las plataformas generan la ilusión, por parte del usuario, de estar en contacto directo con la persona que comparte una opinión, pero en realidad, la aparente personalización de la comunicación se corresponde con su desper-

⁴¹ P. MARSOCCI, «Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?», *Rivista AIC*, núm. 1, 2015; M. CUNIBERTI, «Tecnologie digitali e libertà politiche», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, núm. 3, 2015, 275 ss..

⁴² A. LAURO, «Siamo tutti giornalisti? Appunti sulla libertà di informazione nell'era social», *MediaLaws*, núm. 2, 2021, pp. 141-164.

sonalización, debido a que es una nueva figura profesional que responde al nombre de *social media manager* quien está hablando. Esta dinámica de despersonalización puede crear diversos riesgos en el plano estrictamente jurídico a la hora de reflexionar sobre la opinión del representante. Cabe pensar en el caso de que el *social media manager* comparta por error contenidos o formule el pensamiento del representante utilizando términos que puedan generar un crimen.

En esta reflexión, en realidad, se podría intentar anular estos riesgos comparando la figura que acaba de mencionarse con otras que ya existían en la era «predigital», y en particular con la del jefe de prensa. Sin embargo, las diferencias entre estas dos profesiones son decisivas para poner de relieve cómo la figura del *social media manager* se caracteriza por toda una serie de peculiaridades. Esto depende, por ejemplo, del hecho de que el jefe de prensa hace referencia a las herramientas de información que operan como intermediarios, la prensa, que, al informar de las palabras expresadas por el parlamentario, especialmente si en la Cámara, recurre al uso de comillas, precisamente con el fin de evitar cualquier perfil de responsabilidad. El *social media manager*, por el contrario, habla en nombre y por cuenta de su empleador, de hecho la mayoría de las veces se expresa, ciertamente siempre en función de estrategias comunicativas, a través de la primera persona, engañando conscientemente al público de que es el representante político quien habla⁴³.

Estas consideraciones ponen de manifiesto cómo los nuevos modos y estrategias de comunicación exigen quizás una reelaboración de los criterios que, hasta hoy, han marcado la arquitectura de la inmunidad parlamentaria y, sobre todo, su aplicación. Porque si es cierto que los procesos de digitalización cambian la forma en la que el representante se expresa y cambia también el lugar (que en este caso es un no-lugar) en el que se expresa, quizás deba evolucionar también la forma de proteger, por un lado, su opinión y, por otro, las situaciones jurídicas que la misma pudiera perjudicar⁴⁴.

En esta perspectiva, es sobre todo el nexo funcional que vincula la opinión del parlamentario a su función lo que parece requerir una actualización, pues ya no puede considerarse que sólo pueda configurarse en relación con lo ya expresado en la Cámara a la que pertenece. Un criterio de este tipo acabaría, de hecho, restringiendo excesivamente el ámbito de la inviolabilidad, haciendo que la actividad informativa no pueda gozar de las garantías adecuadas precisamente en el espacio, el digital, que, en el panorama de las democracias contemporáneas, está absorbiendo

⁴³ R. MONTALDO, «Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo, e riforme costituzionali», *Quad. cost.*, núm. 4, 2019, p. 789 ss.

⁴⁴ G. MAZZOLENI, *La comunicazione politica*, Il Mulino, Bologna, 2004; M. GIRAUDO, «Riflessioni sul ripristino del dibattito pubblico. Fare i conti con le «esternalità costituzionali», *MediaLaws*, núm. 3, 2021, pp. 108-123.

do la mayor parte del debate público. Y aunque es evidente que una evolución de este tipo corre el riesgo de favorecer un abuso, por parte del parlamentario, de la prerrogativa que se le concede, fomentando así el temor de que se transforme, más que en otra cosa, en un privilegio, no hay que olvidar que siempre correspondería al poder judicial verificar la posible vulneración de los derechos de los demás y a la justicia constitucional, en su caso, interceptar la más correcta ponderación y, sobre todo, el encuadramiento de la opinión expresada al amparo de las garantías de la libertad de expresión o de la inviolabilidad⁴⁵.

La Corte constitucional italiana parece haber sentado las bases para reinterpretar el criterio espacial que caracteriza la configuración del nexo de funcionalidad. En concreto, un ejemplo lo ofrece la Sentencia núm. 133/2018, donde se afirma que «la Costituzione italiana, stabilendo all'art. 68, primo comma, che i membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle funzioni, adotta un criterio funzionale in base al quale l'insindacabilità non è limitata alle opinioni espresse all'interno delle Camere»; razón por la que «non è da escludere, in astratto, che nel sistema costituzionale italiano l'insindacabilità possa coprire anche dichiarazioni rese extra moenia, non necessariamente connesse ad atti parlamentari ma per le quali si ritenga nondimeno sussistente un evidente e qualificato nesso con l'esercizio della funzione parlamentare».

La Corte constitucional, en otras palabras, a pesar de seguir sin abandonar la cautela que ha caracterizado toda su jurisprudencia sobre el punto, ha demostrado, sin embargo, la necesidad, y quizás la urgencia, de ampliar los márgenes de la inviolabilidad ante un contexto en evolución y, al mismo tiempo, ante un representante que está viendo cambiar su propia función, o más bien sus funciones. En efecto, en relación con el fenómeno de externalización descrito, parece que las democracias digitales están dando lugar a una nueva combinación de dos funciones que siempre se han atribuido al parlamentario, es decir, junto a la puramente deliberativa y decisoria, la informativa⁴⁶. Aunque no cabe duda de que los representantes del pueblo están llamados a informar a la opinión pública, la presencia cada vez más evidente del representante en las plataformas está provocando que la función informativa adquiera un espacio preponderante en la actividad parlamentaria.

⁴⁵ M. BASSINI, «Libertà di espressione e social network, tra nuovi «spazi pubblici» e «poteri privati». Spunti di comparazione», *Rivista italiana di informatica e diritto*, núm. 2, 2021, pp. 43-64; N. URBINATI, *Democrazia rappresentativa. Sovranità e controllo dei poteri*, Roma, 2008.

⁴⁶ D. SERVETTI, «Social network, deliberazione pubblica e legislazione elettorale di contorno», *Media Laws*, núm. 1, 2020; E. CELESTE, «Social media and politics: the legal value of a tweet», *Media Laws*, núm. 1, 2020; J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, «La difesa della democrazia pluralista dinanzi alla paura e alla disinformazione», *MediaLaws*, núm. 2, 2021, pp. 44-65.

Pues bien, también a la luz de las transformaciones de los últimos años, la jurisprudencia constitucional parece reiterar cómo esta actividad informativa se corresponde con una función que se considera imprescindible en los sistemas democráticos, donde el compromiso del parlamentario de «contar» y «poner al día» a los ciudadanos sobre la labor de la Cámara a la que pertenece es una modalidad a través de la cual formar la opinión pública; dicho de otra manera, el electorado tiene que exigir el respeto del derecho a ser informado sobre todo ante los miembros del órgano constitucional que es la expresión directa de la soberanía popular. Un «criterio funcional», por tanto, se correspondería con la modalidad más idónea para garantizar la función del representante en un contexto, el digital, en continua evolución. Un contexto, en otras palabras, que, al tiempo que esconde riesgos y genera múltiples criticidades, favorece el desarrollo de una función del representante que los sistemas democráticos exigen, sin perjuicio, claro, de los mecanismos de control capaces de limitar incluso la manifestación de la opinión del parlamentario cuando no exista conexión con su función⁴⁷.

VII. Conclusiones

Al igual que otras cuestiones relacionadas con el desarrollo de las nuevas tecnologías, la reflexión propuesta en estas páginas no está destinada a encontrar una solución real a corto plazo. Se espera una regulación de las plataformas digitales que pueda frenar el desarrollo de lo que a veces determina verdaderas deformaciones del buen funcionamiento de los mecanismos democráticos. Pero, al mismo tiempo, también hemos visto que las plataformas han hecho del debate público un instrumento importante de su éxito, por así decirlo, y no podemos sino reiterar nuestra perplejidad ante la posibilidad de una regulación efectiva de las redes⁴⁸.

En cualquier caso, la reflexión sobre este punto es urgente, porque el fenómeno de la externalización que hemos intentado describir muestra cómo ha cambiado no sólo el lugar del debate, sino también sus propias reglas; o, mejor dicho, las formas en que los sujetos interesados formulan y modulan sus opiniones. El algoritmo utilizado por las plataformas digitales, de hecho, ofrece considerables ven-

⁴⁷ A. PAPA, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Editoriale scientifica, Napoli, 1998.

⁴⁸ G. DE MINICO, «Big Data e debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria», *Dir. Pubbl.*, núm. 1, 2019, p. 89 ss.; D. MESSINA, «Online platforms, profiling, and artificial intelligence: new challenges for the GDPR and, in particular, for the informed and unambiguous data subject's consent», *MediaLaws*, n. 2, 2019, pp. 159-173; M. CALISE, *Il principe digitale*, Laterza, Roma-Bari, 2019; ID., *Il partito personale*, Laterza, Roma-Bari, 2011; Cfr. M. CALISE, *La democrazia del leader*, Laterza, Roma-Bari, 2016;

tajas comunicativas, sugiriendo, en cierto modo, «qué es mejor decir» o «cómo es mejor decirlo»⁴⁹. Esto no sólo tiene que ver con las estrategias comunicativas, que de hecho siempre han existido, sino que también repercute negativamente en el buen funcionamiento de la vida democrática⁵⁰.

Precisamente por ello, la reinterpretación de la prerrogativa de la inviolabilidad responde a la necesidad de «actualizar» una garantía en beneficio no sólo del representante, sino del contexto democrático en su conjunto; así como en beneficio, eso sí, de quienes constituyen el «público» de la representación, especialmente los electores o potenciales electores. Para avanzar en esta dirección, el papel de la justicia constitucional seguirá siendo sin duda crucial. La esperanza, sin embargo, es que la propia representación política contribuya también a diseñar un nuevo marco que promueva una mayor responsabilidad y sea un obstáculo para los riesgos de las herramientas que ofrece el desarrollo tecnológico. Un nuevo marco que sea capaz de promover nuevos esquemas de ponderación, teniendo en cuenta de que la opinión del representante ocupa ahora un espacio híbrido y contribuye así a la construcción de una democracia digital que, se espera, sea cada vez más capaz de volver a proponer, incluso en un mundo no analógico, los principios que fundamentan los estados democráticos⁵¹.

⁴⁹ F. BALAGUER CALLEJÓN, *La constitución del algoritmo*, Zaragoza, 2023.

⁵⁰ Cfr. E. DE MARCO, «Introduzione alla eguaglianza digitale», en E. DE MARCO (coord.), *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Milano, 2008, 4 ss.; A. PAPA, «Il principio di uguaglianza (sostanziale) nell'accesso alle tecnologie digitali», en E. DE MARCO (coord.), *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Milano, 2008, pp. 24 ss.; S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 3 ss.; P. BILANCIA, «Le sfide informative della democrazia», *op. cit.*; A. PAPA, ««Democrazia della comunicazione» e formazione dell'opinione pubblica», *op. cit.*

⁵¹ In generale, cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992; G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012; cfr. V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati: aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, IV, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 129-147; Cfr. Y. M. CITINO, *L'ambito di operatività dell'insindacabilità parlamentare: questioni sostanziali e processuali*, in *federalismi.it*, n. 15, 2015, p. 8; In generale, cfr. F. BILANCIA, *Ancora sull'«atto politico» e sulla pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?*, in *Rivista AIC*, n.4, 2012; cfr. R. DICKMAN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *Forum di Quad. cost.*, 2012.

REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO AUTONÓMICO Y SU REFORMA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE MELILLA

MARÍA CONCEPCIÓN PÉREZ VILLALOBOS
Universidad de Granada

I. Introducción

Sirva ésta breve reflexión como contribución al homenaje a Gregorio Cámara Villar, querido compañero del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y referente personal para mí desde que me acogió con generosidad como doctoranda en el ya lejano año 1990. De su mano comencé el estudio del Estado autonómico con una tesis sobre el Estado social y las comunidades autónomas, temas que él ha desarrollado con maestría y oportunidad durante su brillante carrera académica.

El Estado autonómico, en el momento actual, lejos de estar consolidado, como aparentemente podría pensarse, después de 40 años de andadura autonómica, sigue su propio proceso de continua evolución y cambio. Si bien, la pandemia provocada por la Covid-19 supuso un frenazo en las aspiraciones independentistas de algunas Comunidades, también ha contribuido, paradójicamente, a la consolidación del sistema constitucional autonómico. El reparto competencial se vio completamente alterado con la aplicación del derecho de excepción, y la declaración del estado de alarma que permitió la centralización de todas las competencias necesarias para hacer frente a la emergencia sanitaria. Bajo la cobertura jurídica de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, asistimos a un proceso de cogobernanza, en la llamada «desescalada» que puso a prueba, la estructura del Estado con un sin fin de normas tanto estatales como autonómicas y otras tantas sentencias de tribunales regionales y estatales. Sea como fuere, la necesidad de atender a esta situación de emergencia, desbancó de la agenda política el desarrollo estatutario de muchos territorios, entre ellos, la Ciudad autónoma de Melilla que no ha sido ajena ni a la propia evolución social y política ni a las nuevas necesidades que su-

ponen una adaptación de su Estatuto de Autonomía. Pero los cambios y transformaciones producidos tanto en el Estado español como en el entorno europeo y las necesidades sociales que emergen en esta ciudad, imponen una necesaria reforma del Estatuto, por lo que, superada esta situación coyuntural, el proceso autonómico continúa formando parte de la vida política del Estado y se ve condicionada por el curso de los acontecimientos, que no parece dirigirse hacia la consolidando del Estado autonómico en una estructura territorial cerrada.

De esta forma, aunque la reforma ha sido solicitada ya y forma parte del debate de los grupos políticos con representación en la Asamblea, parece que lo es con la sola intención de abrir el debate, pues no creemos que se quiera un cambio en la situación de la autonomía. De hecho, algunas de las propuestas de reforma del Estatuto realizadas por los grupos políticos de Melilla, se refieren a una reforma parcial que modifique determinados aspectos del Estatuto, pero que no supongan que la Ciudad pase a ser, de facto, una Comunidad Autónoma. Existe un mayor acuerdo para proyectar una reforma de mínimos que otorgue mayor seguridad jurídica al autogobierno de la Ciudad que para intentar su conversión en Comunidad Autónoma, aunque admiten que su autonomía es peculiar y diferenciada de la del resto. De otro lado, plantear una reforma en otro sentido, en el momento actual, con la incertidumbre que existe sobre el propio modelo autonómico constitucional y su previsible evolución hacia un sistema territorial federalizado¹, no parece aconsejable, si bien es cierto, que la flexibilidad del Estado autonómico actual, la hace posible, sin duda.

En 2021, el grupo Coalición por Melilla (CpM) presentó una moción proponiendo a la Asamblea el estudio y aprobación de iniciativa de reforma del Estatuto de Autonomía de la Ciudad de Melilla; dicha moción fue inadmitida por considerar que se trataba de una iniciativa de reforma, que debería ajustarse al trámite específico regulado en el Estatuto de autonomía y en el art. 83 del Reglamento de la Asamblea. Estas reformas «de mínimos» pretenden una separación entre los cargos del presidente de la Asamblea y de la Ciudad, que no tiene por qué ser el mismo ya que ambos, aun siendo órganos complementarios, tienen funciones diferenciadas. Del mismo modo, exigiría también reforma estatutaria, tener la posibilidad de elegir a miembros del Gobierno a personas que no sean diputados electos, después de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2019 (STS 3598/2019, de 6 de noviembre), que revocó esta opción, lo que obligó a cesar a todos los consejeros y viceconsejeros de Ceuta y Melilla que no eran parlamentarios dado que considera que las dos ciudades autónomas no tienen recono-

¹ En este sentido, *vid.* MONTILLA MARTOS, J. A.: *Reforma federal y Estatutos de segunda generación*, Thomsom Reuters, 2015; «Pensar en federal, actuando en federal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016.

cida esta competencia con sus actuales estatutos. Pero son pocas más las materias que se quieren reformar.

II. El origen de la autonomía

Son muchos los estudios a los que podemos remitirnos, después de tantos años de andadura autonómica, y, en la mayoría de ellos, se recoge perfectamente el camino seguido por la Ciudad hasta conseguir el Estatuto de autonomía. No fue, ciertamente, un camino fácil, ni rápido. A pesar de que tras las elecciones de junio de 1977 algunos parlamentarios andaluces propusieron integrar a esta ciudad en la Comunidad Autónoma de Andalucía, esta petición fue rechazada por la Asamblea. Años más tarde se elaboraron algunas proposiciones de Ley para autorizar su configuración como Comunidad Autónoma, que tampoco llegaron a prosperar. Finalmente con la aprobación de la Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo de 1995, Melilla queda configurada como Ciudad autónoma, pero con una solución que no colmaba la verdadera aspiración de la ciudad que rechazó, desde el principio, la solución consensuada por las grandes fuerzas políticas estatales².

Estas primeras propuestas eran previsibles dada la tradicional vinculación de la ciudad a la Comunidad andaluza a lo largo de la historia, ya que, incluso desde el punto de vista administrativo, había dependido de Andalucía. Tras las elecciones democráticas de 1977, se configuraron las preautonomías como órganos transitorios, hasta la configuración de las Comunidades Autónomas, lo que supuso que los diputados y senadores elegidos en sus correspondientes territorios, se constituyeran en la Asamblea de Parlamentarios, (formada por 31 diputados y senadores entre los que se incluían los representantes de esta ciudad que, en un primer momento, también intentaron su integración en la Comunidad de Andalucía). Esta propuesta que se rechazó por la Asamblea (probablemente, y así se ha puesto de manifiesto, porque los intereses de las fuerzas políticas de aquel momento, no permitieron dar mayor representación a los diputados por Melilla, que habrían volcado el signo político de Andalucía. Lo mismo ocurría con la ciudad de Ceuta); sin embargo, era también una forma de dejar una puerta abierta tanto a la integración en la Comunidad andaluza como a la constitución en Comunidad Autónoma, de tal manera que la voluntad de configuración autonómica quedó clara desde el primer momento sin ningún género de dudas.

En los debates parlamentarios en los que se discutió la aprobación de la ley por la que se establece un Estatuto de Autonomía, esta voluntad de constituirse en

² MONTILLA MARTOS, J. A.: «La asimetría de las Ciudades Autónomas», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 57, 1999.

Comunidad se convirtió en una propuesta que desencadenaba un nuevo género de proceso. Esta novedad pretendía crear un modelo que, apoyándose en los modelos constitucionalmente previstos, abriría un proceso de configuración autonómica escalonado que culminaría en el futuro con la constitución de la Comunidad Autónoma. El legislador de 1995 se planteó la creación de la Ciudad autónoma como un primer paso para la consecución del objetivo final que no era otro que el de configurar una Comunidad Autónoma. Lo que ocurrió fue que la situación social y política no permitió esta solución, ya que las circunstancias no admitían la configuración de la ciudad en Comunidad Autónoma, de manera que, como es de todos conocido, se optó por la vía del artículo 144, b) como alternativa a la vía directa de la Disposición Transitoria quinta, a cuyo procedimiento remite la propia disposición transitoria.

Sin embargo, tanto la posición mantenida durante los debates constituyentes en relación a la autonomía de la ciudad, como la adoptada por las distintas fuerzas políticas en el proceso de elaboración de la Ley que la constituye en Ciudad autónoma, ponen de manifiesto la insatisfacción general por esta solución. En primer lugar, porque parecía convertirla en una especie de ciudad de soberanía cesible, a lo que se opone lógicamente tanto la historia, como la sociología de este pueblo, como a la propia Constitución española. En segundo lugar, porque configuraba un híbrido entre Comunidad Autónoma y entidad local, y creaba unas disfunciones importantes que podían afectar al propio desarrollo de la Ciudad. En tercer lugar, porque este nivel de autonomía ni siquiera fue consensuado con las instancias representativas más importantes de la ciudad, sino que fue resuelto por los grandes partidos a nivel estatal en el Congreso de los Diputados.

La andadura de Melilla en todo el proceso de acceso a la autonomía se ha caracterizado desde el principio por numerosas conversaciones que trataban de negociar un acuerdo entre las principales fuerzas políticas. El hecho de que estos encuentros no siempre culminaran con acuerdos productivos, supuso que el proceso se alargara como en ningún otro caso de los contemplados en la Constitución.

Así las cosas, los Acuerdos autonómicos firmados en 1981 por los dos partidos políticos de mayor representación social, establecieron que se aplicaría alguna de las dos posibles soluciones: o bien se constituirían en Comunidad Autónoma, según lo previsto en la Disposición Transitoria quinta de la Constitución, o bien permanecerían como Corporación local otorgándoseles un cierto régimen especial de Carta. Esta es la razón por la que ese mismo año, el ayuntamiento acordó, por mayoría absoluta, constituirse en Comunidad Autónoma conforme a la Disposición Transitoria quinta —puesto que era la única solución constitucionalmente prevista—, y elevaron el Acuerdo a las Cortes Generales para su autorización. Esta solución que podía parecer la más clara, aun cuando fuera la única constitucional-

mente prevista, no era sin embargo, la única constitucionalmente posible, siendo esto así, porque la configuración autonómica del Estado admite una diversidad de soluciones más allá del supuesto normalmente previsto, limitándose a establecer los principios por los que deberán regirse los poderes públicos —los territorios tendrían la iniciativa en el proceso, pero las Cortes Generales determinarían si se daban las condiciones previstas por la Constitución—, dejando el resto a la determinación de las fuerzas políticas. Sabemos que el resultado final de esta forma de proceder, fue un mapa autonómico abierto en el que cada territorio ejerció el derecho a la autonomía de la forma que creyó más adecuada, en algunos casos modulada por la intervención de las Cortes Generales (como en los casos de León o Segovia), y siguiendo las múltiples posibilidades que ofrecía la Constitución³.

Estas posibilidades de configuración final del derecho por las fuerzas políticas, llevaron al gobierno, en 1982, a presentar un Anteproyecto de Ley Orgánica que configurara una suerte de Comunidad Autónoma de segundo grado (siguiendo la vía del artículo 143 CE), aunque esa autonomía se veía limitada al elemento municipal, es decir, puesto que el territorio de Melilla abarcaba el territorio del ente local, la autonomía tendría un alcance eminentemente urbano atribuyéndole el máximo de autonomía compatible con su condición municipal. Por tanto, si en 1981 se tenía claro que la vía elegida por la Constitución y por los poderes públicos sería la de ordenarse como Comunidad Autónoma, en el año 1982 esta aspiración se rebaja a hacerla «compatible» con su condición municipal, y en el año 1983 se rebaja todavía más al intentar un régimen local con ciertas especialidades autonómicas. Esta figura no tenía encaje constitucional y fue rechazada desde el principio, pero dejaba patente que la voluntad de las fuerzas políticas no era la de constituir una Comunidad Autónoma, como presumiblemente había previsto la Disposición Transitoria quinta, sino la de utilizar el principio dispositivo constitucional y configurar el derecho de otra manera. Aun así, las sucesivas propuestas trataban de encontrar el tercer género del modelo autonómico, cosa que no se consiguió ni en el intento del año 1986 —en el que se volvió a la idea original de la Comunidad Autónoma—, ni en 1990 —con la presentación en el Senado de una propuesta de ley orgánica de Estatuto de Autonomía—, ni en 1992 —con la firma de los Acuerdos autonómicos—, aunque sí aparece por primera vez la solución de conceder a Melilla un status similar al de las Comunidades Autónomas utilizando la vía del artículo 144 b) CE, pero sin atribuirle tal naturaleza. Pues bien, y como ya hemos advertido, a pesar de la oposición a esta solución por parte de la ciudad, era, sin embargo, la que más satisfacía a las dos principales fuerzas

³ BALAGUER CALLEJÓN, F.: «Las Ciudades Autónomas en el Estado Autonómico», en MORODO LEONCIO, R. y VEGA GARCÍA, P. (Coords.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Universidad Complutense, Madrid, 2001.

políticas: al PSOE porque había propuesto la utilización de la vía del artículo 144 CE, conformando un ente local con un régimen jurídico con competencias análogas a las de una Comunidad Autónoma, y al PP porque, aunque renunciaba al cauce previsto en la Disposición Transitoria quinta CE, se concedía un Estatuto de Autonomía que aseguraba la asunción de competencias de contenido autonómico.

III. La reforma del Estatuto. Algunas consideraciones sobre la autonomía a partir del estudio de la reforma del Estatuto

La cuestión importante no es la posibilidad de que Melilla se convierta en Comunidad Autónoma; esta posibilidad está perfectamente prevista en la Constitución y, es más, como ya hemos referido, es la única situación prevista para su territorio, al margen del ente local. Pero siendo esto cierto, hay que considerar, sin embargo, la realidad de que existe una Ciudad autónoma y un Ayuntamiento, y que aun cuando al constituirse a través de una norma jurídica como es el Estatuto de Autonomía, puede considerarse una Comunidad Autónoma, no se puede considerar que, en el momento actual, la Ciudad Autónoma no ha existido⁴. De no haber sido así, si realmente sucediera como afirma la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en el Auto 202/2000, de 25 de julio, así como en la Sentencia 240/2006, de 20 de julio), que la Ley Orgánica 2/1995 es una ley que no pretendían crear una Comunidad Autónoma, se podría poner en marcha *ex novo* el proceso regulado en la Disposición Transitoria quinta. Pero, es muy discutible que en estos momentos pueda utilizarse la Disposición Transitoria quinta porque, lo que hacen estas leyes es aprobar un Estatuto de Autonomía, y esta Disposición solo podía servir en el momento fundacional del ente autonómico, cuando existía un ayuntamiento que podía aprobar por mayoría absoluta su constitución en Comunidad Autónoma. La realidad es que con la aprobación del Estatuto se crea un ente autonómico al que, ni se denomina Comunidad Autónoma, ni se le atribuyen las competencias propias de éstas, pero que sí que puede ser reformado siguiendo el procedimiento que el mismo prevé.

Del análisis del Estatuto y del estudio de su naturaleza jurídica se derivará, en última instancia, la situación de la ciudad autónoma en el Estado constitucionalmente descentralizado. Interesa destacar que tanto la posición constitucional de las Comunidades Autónomas como la naturaleza jurídica del Estatuto son dos aspectos que se superponen y que inciden en la naturaleza de la reforma: si los

⁴ LÓPEZ RODRÍGUEZ, J. J.: «Naturaleza jurídica de la Ciudad autónoma de Melilla», *Revista de Derecho Político*, núm. 62, 2005.

Estatutos son expresión del ejercicio del derecho a la autonomía serán oponibles frente al Estado, si, por el contrario, solo expresan la voluntad estatal de descentralizar determinados servicios, son una ley estatal en la que no ha existido confluencia de voluntades para su elaboración. Esa diferente consideración se produce porque existen distintos tipos de procedimientos de elaboración de los Estatutos, y algunos de ellos se pueden incorporar al ordenamiento jurídico sin la intervención del territorio, por la sola voluntad de las Cortes Generales —y en este caso tal vez no fueran expresión de un derecho a la autonomía—, mientras que, en otros, esa confluencia de voluntades es esencial. En estos últimos, la naturaleza del Estatuto es clara como expresión del ejercicio de un derecho constitucional y sometido a un especial procedimiento de reforma. Aquellos otros que se incorporan al ordenamiento con la sola voluntad unilateral del Estado, sin intervención de la Comunidad Autónoma, la naturaleza jurídica del Estatuto sería la propia de cualquier otra ley de las Cortes⁵.

Para determinar la auténtica naturaleza jurídica del Estatuto no solo tendríamos que fijarnos en la intervención de la Comunidad Autónoma en el momento de producción de la norma (para determinar si se trata de simples leyes generales o tienen otra naturaleza), sino que habría que fijarse en el procedimiento de reforma de estas normas, porque aún en el caso en que no haya intervenido la voluntad autonómica en su elaboración —y se le diera la consideración de ley estatal—, si la voluntad del territorio es determinante en el momento de la reforma del Estatuto, la naturaleza jurídica de esta norma será otra; por tanto, la reforma constituye el elemento esencial en la consideración jurídica del Estatuto. Así, sin variar su naturaleza jurídica, sería posible que algunos Estatutos incluyeran procedimientos de reforma en los que la voluntad del poder estatal no fuera necesaria —aunque la intervención final de las Cortes sea obligatoria de acuerdo con el artículo 147.3 CE donde se indica que «la reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismos y requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica»—, y se pudieran reformar contando solamente con la voluntad real del territorio. Junto a este supuesto se podría dar también el contrario: Estatutos que, aun siendo expresión del derecho a la autonomía, sean reformados sin intervención de los órganos autonómicos, sin que tampoco esta norma varíe su naturaleza jurídica. Realmente esta es la situación actual de Melilla en cuanto al Estatuto se refiere.

El procedimiento más coherente con los principios constitucionales es el que requiere para su modificación del concurso entre la voluntad general y la territo-

⁵ No existe unanimidad en cuanto a la naturaleza jurídica del estatuto de autonomía de Melilla. Vid: F. BALAGUER CALLEJÓN, «Naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía de la Ciudad Autónoma de Melilla», en M. J. FERNÁNDEZ PAVÉS (dir.), *Estatutos de Autonomía y régimen fiscal de Melilla*, Barcelona. CEDECS, 1998, pp. 53-65

rial. Algunos de esos Estatutos pueden no haber surgido de ese acuerdo de voluntades, sino de la voluntad unilateral de las Cortes, como veremos que puede ser el caso de la Ciudad autónoma, pero en todas estas situaciones el proceso se puede calificar de constitucionalmente correcto, siempre que incluya la manifestación de la voluntad general del Estado que debe formularse a través de una ley orgánica. Lo único que no sería constitucionalmente admisible sería la falta de previsión estatutaria de un procedimiento de reforma, porque entonces, efectivamente, el Estatuto sería una simple norma estatal y su función no sería la de garantizar el derecho a la autonomía. Creemos que esta situación concurre en el Estatuto de Autonomía de Melilla.

Así pues y, en conclusión, si los Estatutos son la norma institucional fundamental de las Comunidades Autónomas, se convierten en la pieza clave que determina su configuración como tales y son la principal garantía del derecho a la autonomía, por cuanto una vez que han sido aprobados, salen del poder de disposición del legislador estatal, que no puede reformarlos sin contar con la voluntad del territorio. Es decir, es posible, dada la regulación constitucional ya vista, que un territorio pueda constituirse en Comunidad Autónoma con la sola intervención de los poderes estatales, lo que no es posible es la reforma unilateral por parte del Estado (cuando también la formación de la Comunidad haya sido unilateral, porque entonces hablamos de una norma estatal sometida a otro régimen jurídico), que necesita la voluntad autonómica; esta rigidez del Estatuto es lo que proporciona la garantía de su autonomía a las Comunidades. Este elemento es esencial cuando nos referimos al Estatuto de Melilla que se diferencia de los Estatutos de las Comunidades Autónomas porque, por la forma en que se redacta el artículo 41 del mismo, puede parecer que no incorpora esa doble voluntad para realizar la reforma, la de la Ciudad y la de las Cortes Generales, sino que es posible con la sola voluntad de las instituciones generales del Estado. Aun así, esta situación tampoco desvirtúa, por sí misma, la naturaleza de esta norma, que sigue operando como garantía, salvo que la voluntad del territorio fuera absolutamente ajena a la reforma. No parece que sea este el caso porque en el procedimiento de reforma se abre la posibilidad de participación de la voluntad del territorio, incluso si esta voluntad no estuvo presente en el momento de constituirse el ente autonómico, lo que tampoco significa necesariamente que esta voluntad sea precisa para aprobar la reforma.

Mientras que la autonomía de los entes locales entra a garantizar ese ámbito concreto de competencias, en el caso de la Ciudad autónoma, las competencias se podrían cambiar por una ley estatal. Su autonomía es superior a la de los entes locales, pero no alcanza a la de las CCAA.

Pues bien, aun cuando existe una clara diferencia con las CCAA al tratarse de un híbrido, un *tertium genun*, hay dos circunstancias referidas a la reforma del

Estatuto que caracterizan el Estatuto como norma: en primer lugar, el Título VI del Estatuto regula el procedimiento de reforma; esta primera circunstancia ya contribuye, en parte, a mostrar la naturaleza jurídica del Estatuto, que de tratarse de una norma estatal no lo incluiría. Por otro lado, la iniciativa de reforma corresponde a la Asamblea que deberá aprobarla por mayoría de dos tercios, a las Cortes Generales o al Gobierno de la Nación, lo que significa que los órganos centrales no necesitan de la voluntad de la Asamblea para proponer la reforma. Esta propuesta, ya la haga la Asamblea ya la hagan los órganos estatales, requerirá la aprobación de las Cortes Generales mediante ley orgánica. Por tanto, tampoco los órganos centrales necesitan la conformidad de la Asamblea para que la propuesta de reforma prospere, lo que significa que la reforma podrá realizarse en su integridad sin participación del territorio. Ahora bien, ¿están vinculadas las Cortes Generales, de algún modo, cuando la iniciativa parte de la Asamblea autónoma?, o, dicho de otro modo, ¿la iniciativa a la que se refiere el artículo 41 del Estatuto conlleva la propuesta de reforma? Porque, si la Asamblea cuando aprueba la iniciativa propone un texto para la reforma, se puede considerar que la voluntad del territorio es necesaria para proceder a la reforma del Estatuto: «en todo caso, la propuesta de reforma requerirá la aprobación de las Cortes Generales».

Si la distinción entre «iniciativa» y «propuesta» se interpreta de una manera excluyente, la Asamblea no podría tener capacidad para proponer una reforma, solamente para solicitarla. Pero cuando el Estatuto habla de iniciativa no solo se refiere a la Asamblea; el Estatuto no atribuye «la iniciativa» a la Asamblea, a las Cortes y al Gobierno y «la propuesta» a las Cortes y al Gobierno, excluyendo a la primera; se refiere a la iniciativa de los tres entes y, al referirse a la propuesta, no excluye a ninguno sino que establece «en todo caso», tanto si la propuesta parte de la Asamblea como si parte del Gobierno, que es único órgano que quedaría al margen de las Cortes, que es quien tiene que aprobarla. Por tanto, creemos que es posible interpretar que la propuesta puede partir también de la Asamblea y que esto no es incompatible con diferenciar entre iniciativa y propuesta, a pesar de que el Reglamento de la Asamblea, solo mencione la iniciativa.

De otro lado, el Estatuto, no hace sino lo mismo que el resto de los Estatutos de las Comunidades Autónomas, que en todos los procedimientos de reforma se atribuye la iniciativa, no solo a los órganos autonómicos, sino también a los órganos del poder central del Estado.

Pero es que, además, el artículo 41 se refiere al ejercicio de la iniciativa de acuerdo con el artículo 13: La iniciativa de la reforma corresponderá a la Asamblea de la Ciudad, de acuerdo con la facultad de iniciativa legislativa prevista en el artículo 13 del presente Estatuto, a las Cortes Generales o al Gobierno de la Nación, y, el artículo 13 establece que la Asamblea de Melilla podrá solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposi-

ción de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa. La facultad de ejercer la iniciativa legislativa en los términos previstos en el artículo 13 no son otros que la vía indirecta de solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley, o la vía directa de remitir ella misma una proposición de ley a la Mesa del Congreso.

La interpretación contraria llevaría a la conclusión de que el Estatuto es una ley estatal como cualquier otra y no aportaría ninguna garantía a la autonomía de la Ciudad. Al ser posible la reforma unilateral por parte del Estado esta garantía estaría debilitada con relación a la de las Comunidades Autónomas, pero, pensamos que incluso así, puede ser suficiente. Veamos ambas situaciones:

Si consideramos que la Asamblea puede aprobar la iniciativa de reforma para que sea tramitada como propuesta de reforma, se abre la posibilidad de intervención del territorio en este procedimiento y tendría sentido el considerar esta norma como un auténtico Estatuto de Autonomía similar al de las Comunidades Autónomas y tendría sentido también considerar la autonomía de Melilla como similar a la de las Comunidades Autónomas. Es verdad que queda todavía el problema de la posibilidad de reforma unilateral por parte del Estado, pero este problema sería mínimo por cuanto la propia existencia de un procedimiento de reforma es ya una garantía en sí mismo: el Estatuto es un parámetro de validez de las actuaciones del Estado en relación a las competencias de la Ciudad y mientras no sea reformado el Estatuto esas competencias vinculan al Estado.

Si consideramos que la Asamblea no tiene posibilidad de proponer la reforma, el Estatuto sería juzgado como una simple ley estatal poco útil para garantizar la autonomía de la ciudad. Es verdad que el Estado puede alterar libremente las competencias normativas de la Ciudad, mediante la simple modificación de las normas sobre producción jurídica y esto bastaría para que la Ciudad pierda la potestad reglamentaria que tiene en esa materia, de manera similar a lo que ocurre con las normas extra estatutarias de atribución de competencias del artículo 150.1 y 2 CE, y este supuesto, sería perfectamente admisible. Y también puede alterar las competencias estatutarias mediante la aprobación de leyes orgánicas de reforma del Estatuto. Pero, sin embargo, este último supuesto no solo supone que el Estado se vea obligado a reformar el Estatuto, si quiere modificar las competencias de la Ciudad, sino que además supone incorporar al ordenamiento jurídico una nueva categoría de competencias: competencias que siendo estatutarias se someten al régimen jurídico de las extra estatutarias.

Por esta razón es necesario considerar que, así como el Estatuto de Autonomía es la norma institucional básica de las Comunidades Autónomas, también lo es de la Ciudad autónoma y que es garantía de la autonomía también de Melilla, si queremos salvar la constitucionalidad de una norma como es el Estatuto y la constitucionalidad de la autonomía de esta ciudad como superior a la de los entes

locales. Lo contrario supone llegar a la extraña situación de que, como municipios, dispondrían de mayores elementos de protección de su autonomía que como Ciudad autónoma. Aportamos dos situaciones a modo de ejemplo: la garantía institucional, de un lado, y la imposibilidad de acudir ante el Tribunal Constitucional, de otro. La garantía institucional protege la autonomía municipal de la injerencia del legislador en sus elementos básicos a través de la ley, por lo tanto, evita que una ley pueda desfigurar y casi hacer irreconocible la institución —en este caso, el contenido de la autonomía—. En cuanto a la posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional, como último garante de ésta, también aparece vedada por la imposibilidad de acudir ante el Tribunal Constitucional interponiendo el recurso de inconstitucionalidad, aunque sí en defensa de su autonomía local (STC 240/2006, de 20 de julio de 2006)⁶. Se produce entonces la situación absurda de que Melilla tiene legitimidad para interponer recurso en defensa de su autonomía local como municipio pero no como Ciudad autónoma. En ambos supuestos, la autonomía municipal se definiría como «superior» a la autonómica de la Ciudad, y lo que habría que preguntarse es cuál ha sido entonces la finalidad de constituir una Ciudad autónoma, porque no se entiende una autonomía en la que, materialmente, no solo se sitúa por debajo del nivel autonómico de las Comunidades Autónomas (que podría admitirse por motivos de «interés nacional»), sino también del propio municipio.

Si lo que se buscaba era simplemente que la ciudad viera incrementadas sus competencias con otras no propiamente municipales, el camino elegido tendría que haber sido otro, por ejemplo, aprobar una ley que fijara un régimen local especial para el municipio. Por ello, cuando menos, es desconcertante, que se fuerce la interpretación del artículo 144 b) CE con el único fin de articular una ficción que considere a la ciudad «como si fuera» una Comunidad Autónoma para que pueda asumir competencias a través de un instrumento como es el Estatuto de Autonomía.

IV. Procedimiento de reforma del Estatuto

El procedimiento de iniciativa de reforma estatutaria se regula en el artículo 83 del Reglamento de la Asamblea de Melilla:

Iniciativa y admisión: Como hemos referido ya, el inicio del procedimiento de iniciativa de reforma estatutaria, puede ser total o parcial y corresponde al

⁶ Vid. PORRAS RAMÍREZ, J. M.: «las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y el conflicto en defensa de la autonomía local: comentario a la sentencia 240/2006, de 20 de julio», *Revista de Derecho Político*, núm. 68, 2007.

Consejo de Gobierno, a propuesta de cualquiera de sus miembros, a uno o más Grupos de la Asamblea, a través de un escrito dirigido a la Mesa de la Asamblea que contendrá los antecedentes, así como el correspondiente texto de reforma acompañado de una Exposición de motivos. A este escrito, se adjuntan dos informes: un informe del secretario del Consejo de Gobierno con el Acuerdo adoptado, en caso de que la iniciativa haya sido ejercida por éste, o, un informe del Secretario General de la Asamblea en el supuesto de que la iniciativa sea de los Grupos de la Asamblea. Asimismo, se acompañará de un informe emitido por el órgano que tenga atribuidas las competencias en materia de desarrollo autonómico. La Mesa, comprueba que la iniciativa de reforma cumple los requisitos exigidos, y, si es así, la admitirá a trámite y ordenará la apertura del plazo de presentación de enmiendas por periodo de un mes, remitiéndola a la Comisión. En el caso de encontrar alguna carencia o error en la presentación, la Mesa desestima la admisión a trámite y, tiene un plazo de 15 días, para emitir una resolución motivada y devolver la iniciativa al órgano que la formuló. Éste, cuenta con un plazo de diez días, para subsanar los defectos formales advertidos. De no hacerlo se entenderá decaída la iniciativa de reforma.

Enmiendas: Los Diputados y los Grupos con representación en la Asamblea podrán formular enmiendas al texto de reforma estatutaria, que serán a la totalidad o al articulado. Las enmiendas a la totalidad sólo podrán ser presentadas por los Grupos de la Asamblea, deben ser motivadas, o proponer un texto completo alternativo. Las enmiendas al articulado podrán ser de supresión, de modificación o de adición, debiendo contener, en su caso, el texto concreto que se proponga y su justificación.

La Comisión, en caso de estimarlo necesario y en función del volumen de las enmiendas formuladas, podrá nombrar un ponente que clasifique las enmiendas, refunda las que fueren similares y sistematice el texto. Durante el debate en la Asamblea, podrán admitirse enmiendas «in voce» cuando se pretenda alcanzar un consenso entre las enmiendas escritas y el texto o para subsanar errores o incorrecciones técnicas, terminológicas o gramaticales. Las enmiendas podrán ser aprobadas por mayoría simple.

Debate: Los grupos proponentes defienden sus propuestas en el debate a la totalidad, en el que también podrá intervenir un representante del Consejo de Gobierno. El resto de los Grupos también podrán intervenir para explicar el sentido de su voto o hacer las consideraciones que estimen oportunas en relación con la enmienda o enmiendas. Terminada la deliberación se someterán a votación la o las enmiendas de totalidad y, en el caso de aprobación, que requerirá la mayoría simple de la Asamblea, se entenderán decaídas el resto de las enmiendas a la totalidad que se hayan presentado, procediéndose a la apertura de un nuevo período de presentación de enmiendas que sólo podrán formularse al articulado.

En el caso de que sea rechazada, el órgano que la formuló no podrá presentar otra sobre el mismo tema en el periodo de un año desde la presentación.

Aprobación: La aprobación por la Asamblea de la iniciativa de modificación del Estatuto se celebrará en sesión extraordinaria y requerirá de la mayoría de dos tercios de la misma, en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 41 del Estatuto.

Hemos visto que también la Asambleas podrá decidir si la iniciativa de reforma del Estatuto se formula como solicitud al Gobierno de la adopción del texto como Proyecto de Ley, o si se remite a la Mesa del Congreso como Proposición de Ley. En este caso, además, se acompañará del nombre o nombres del o de los Diputados delegados, hasta un máximo de tres, y sus suplentes, para la defensa ante dicha Cámara.

Procedimiento ante el Congreso: La reforma de los Estatutos de autonomía elaborados de acuerdo con el procedimiento previsto en los artículos 143, 144, 146 y Disposición Transitoria Primera de la Constitución, debe cumplir dos requisitos que se corresponde con dos momentos en el procedimiento de reforma: de un lado, el procedimiento establecido en el propio estatuto y, de otro, la aprobación mediante ley orgánica. El procedimiento en el Congreso se detalla en el artículo 145 del Reglamento de la Cámara y en la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 16 de marzo de 1993, sobre procedimiento a seguir para la tramitación de la reforma de los Estatutos de Autonomía (modificada por Resolución de la Presidencia, de 25 de septiembre de 2018). El artículo 145 del Reglamento del Congreso de los Diputados, reiterando lo establecido en el artículo 147.3 de la Constitución, señala que la reforma de un Estatuto de Autonomía, tramitada conforme a las normas establecidas en el mismo, requerirá aprobación mediante Ley Orgánica; pero, la escueta declaración del Reglamento resultaba insuficiente para desarrollar todas las variantes del procedimiento a seguir por el Congreso de los Diputados, teniendo en cuenta las diferentes fórmulas de reforma recogidas por los Estatutos de Autonomía, por lo que el procedimiento fue completado por la citada Resolución.

Recibida en el Congreso la propuesta de reforma, la Mesa de la Cámara procederá al examen del texto y de la documentación remitida, al objeto de comprobar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y estatutarios establecidos; si los considera cumplidos ordena su publicación y la remisión al Gobierno. En caso contrario, lo comunica a la Asamblea autonómica para que lo subsane. Además, la Mesa puede proponer al Pleno que acuerde que la reforma se tramite en lectura única (mediante un único debate en el Pleno).

Tramitación parlamentaria: Se inicia con un debate a la totalidad en el Pleno. Dicho debate comenzará con una presentación de la propuesta por una delegación de la Asamblea de la Comunidad proponente (en este caso, la Ciudad autónoma),

compuesta por un máximo de tres miembros, interviniendo a continuación los Grupos Parlamentarios para fijar su posición. Concluido el debate, la propuesta se somete a votación de totalidad. Si es favorable, la propuesta continúa su tramitación con la apertura del plazo de presentación de enmiendas al articulado y la remisión del texto a la Comisión Constitucional, para su tramitación conforme a lo previsto en el Reglamento para los proyectos de ley orgánica. Si es desfavorable, la propuesta queda rechazada.

El texto se remite al Senado, que puede aprobarlo sin modificarlo y, en este caso, concluye la tramitación por las Cortes Generales. Pero también puede, aprobar enmiendas o una propuesta de veto: en ambos casos, la propuesta de reforma de Estatuto regresa al Congreso donde las enmiendas o el veto se debaten conforme a lo dispuesto para las leyes orgánicas, finalizando aquí su tramitación.

Durante todo el procedimiento, la Asamblea autonómica puede retirar el texto en cualquier momento de la tramitación. Pero, hay que tener en cuenta que la propuesta de reforma se entenderá retirada siempre que se reciba en el Congreso de los Diputados la correspondiente comunicación de la Asamblea de la Ciudad autónoma con anterioridad al momento en el que se haya de tener lugar la votación del texto inicialmente aprobado por el Congreso o la proclamación de su aprobación definitiva. En el supuesto de que la Asamblea ejercite el derecho de retirada, se entenderá que la propuesta de reforma no ha sido aceptada por las Cortes Generales.

Iniciativa de Reforma del Estatuto por las Cortes Generales: El Estatuto de Autonomía de Melilla reconoce que las Cortes Generales están facultadas para presentar una iniciativa de reforma del Estatuto ante la Asamblea autonómica.

En este supuesto, la propuesta de iniciativa podrá presentarse ante el Congreso por un Diputado, con la firma de otros catorce miembros de la Cámara, o por un Grupo Parlamentario, con la sola firma de su Portavoz.

Las propuestas de iniciativa de reforma se presentarán acompañadas de un texto articulado y se tramitarán por el procedimiento establecido en el Reglamento para las proposiciones de ley de iniciativa del Congreso, con la única salvedad de que la remisión al Gobierno prevista en el artículo 126.2 del Reglamento se efectuará a los meros efectos del conocimiento por el mismo de la iniciativa presentada.

Acordada la iniciativa por el Congreso, la propuesta se remitirá inmediatamente al Senado. En el caso de que esta última Cámara rechace la presentación de la propuesta, se entenderá finalizado el procedimiento sin acuerdo. En el supuesto de que el Senado se limite a introducir modificaciones en el texto, o interponga un veto, se procede conforme a lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución: «El veto deberá ser aprobado por mayoría absoluta. El proyecto no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de

veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple».

Las propuestas de iniciativa de reforma presentadas en el Senado y remitidas al Congreso se tramitarán en esta Cámara conforme a lo dispuesto en el artículo 125 del Reglamento que corresponde a las Propositiones de ley.

Por tanto, la posibilidad y la conveniencia de reformar el Estatuto está abierta tanto del lado de la Asamblea, como del Estado central, falta saber la voluntad política de hacerlo.

MODELOS DE PARLAMENTARISMO RACIONALIZADO

AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO
Universidad de Granada

I. Introducción

El parlamentarismo es un sistema político que considera al Parlamento el centro del sistema político, del que históricamente desplazó al rey. Dejando a los estudiosos de la Historia precedentes tan interesantes como las Cortes de León, el Althing islandés y el Tynwald de la isla de Man¹, lo cierto es que el parlamentarismo moderno se configuró en Inglaterra a partir de la Revolución Gloriosa de 1688 y cristalizó políticamente en el principio de la soberanía parlamentaria, definido por el gran teórico de la Constitución británica A. V. Dicey como «el derecho a hacer o deshacer cualquier ley; y además, que la ley de Inglaterra no reconoce a ninguna persona u organismo el derecho a anular o dejar de lado la legislación del Parlamento»². Esa soberanía parlamentaria supone en la relación entre el Parlamento y el Gobierno que este es elegido y cesado por el Parlamento, lejos así de la separación de poderes y el estricto equilibrio entre ellos del constitucionalismo americano. Por eso, otro ilustre constitucionalista británico del siglo XIX, Walter Bagehot, pudo escribir: «El Parlamento es elegido para elaborar las leyes, pero de hecho su principal función es crear y mantener un poder ejecutivo»³. En estricta aplicación del principio de *contrarius actus*, el ejecutivo puede ser destituido por ese mismo Parlamento mediante lo que se denomina —en terminología inglesa— *a no confidence vote*.

¹ Michel HÉBERT, *La voix du peuple. Une histoire des assemblées au Moyen Âge*, PUF, Paris, 2018.

² Albert V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), 10th ed. 1959, Macmillan, Londres, pág. 39.

³ Walter BAGEHOT, *The English Constitution* (1867). Edited by P. Smith, Cambridge University Press, 2001, pág. 9.

El parlamentarismo racionalizado, por su parte, es una modalidad del parlamentarismo que, respetando la regla básica de que el Parlamento elige y cesa al Gobierno, pretende codificar en las constituciones las normas de esa relación entre el poder legislativo y el ejecutivo con el fin de reforzar la estabilidad de los gobiernos. Surge tras las complicadas experiencias europeas del siglo XIX y principios del XX y se configura como un sistema político típico de los estados democráticos de la Europa continental, casi sin parangón en otros continentes, donde bien se dan sistemas presidencialistas (con Estados Unidos como modelo) o bien sistemas parlamentarios clásicos, seguidores de la *Westminster democracy* británica (Canadá, Australia, India, Sudáfrica, etc.).

Como la política es más compleja que la teoría, en la realidad hay sistemas políticos que no encajan bien en estos modelos y son difíciles de calificar; como Perú, cuya Constitución de 1993 ha mantenido la tradición institucional americana, pero ha desarrollado al máximo lo que Diego Valadés ha llamado la «parlamentarización de los sistemas presidencialistas»⁴ porque ha incorporado elementos propios del modelo parlamentario. Así, la Constitución peruana establece la figura del primer ministro, que nombrado por el presidente de la República debe someterse a una investidura impropia en el Congreso, la interpelación a los ministros, la disolución del Congreso, etc. Algo parecido se puede decir de la Constitución de Turquía, que algún académico turco ha considerado que ha establecido un parlamentarismo racionalizado⁵; si bien aquí los rasgos de presidencialismo son mucho más evidentes. En fin, en sentido contrario, la Constitución de Japón de 1946, creó un parlamentarismo *sui generis*, escasamente racionalizado, debido a su inspiración en el sistema político norteamericano⁶.

II. Orígenes del parlamentarismo racionalizado

Frente a la estricta separación de poderes del presidencialismo, el sistema parlamentario se caracteriza por la responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento, que es elegido y cesado por este. Así el Parlamento no solo tiene la función de legislar, sino también la de controlar al Gobierno, mientras que el ejecutivo tiene la función de gobernar ateniéndose a las leyes, si bien goza de la iniciativa legislativa. Se instauró progresivamente en el Reino Unido a partir del

⁴ Diego VALADÉS RÍOS, *La parlamentarización de los sistemas presidencialistas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 2008.

⁵ Semih Batur KAYA, «Parliamentarism, Rationalized Parliamentarism and Applicability in Turkey», *Dokuz Eylul University Law Review*, núm. 24-2, 2003, pág. 717 y ss.

⁶ Guibourg DELAMOTTE, *La démocratie au Japon, singulière et universelle*, ENS Éditions, Paris, 2022, pág. 219.

siglo xvii, primero bajo la forma llamada dualista, en la que la soberanía era compartida entre el monarca y el Parlamento, siendo necesario que el gobierno contara con el apoyo de ambos, y después bajo la forma monista del principio de soberanía parlamentaria que estableció la Revolución Gloriosa de 1688⁷.

El mismo modelo se extendió por Europa durante los siglos xix y xx. Ahora bien, a diferencia de lo que sucedía en la *madre* del parlamentarismo, en la mayoría de los países europeos en los que se instauró, los gobiernos fueron muy inestables pues con mucha frecuencia los parlamentos votaban mociones de censura que obligaban a los presidentes del consejo de ministros a dimitir. La Tercera República Francesa (1870-1940) ha quedado como el ejemplo más notable de ese régimen inestable, con una duración media de sus gobiernos de once meses, lo que implicó que ni siquiera Francia desarrollara una política coherente contra el expansionismo alemán⁸. Lo mismo se puede decir de la Restauración española (1876-1923) en la que los Gobiernos, aunque tuvieran —en palabras de un agudo profesor de la época— una «mayoría complaciente» en las Cámaras «se miran antes de poner a prueba su adhesión» a cualquier proyecto de ley⁹.

La expresión «parlamentarismo racionalizado» fue acuñada en la década de 1930 por el constitucionalista francés de origen ruso Boris Mirkine-Guetzévich que lo aplicó a los sistemas políticos parlamentarios que regulaban en sus Constituciones y otros textos normativos las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno, empezando por la Constitución alemana de Weimar de 1919. Pero no se trataba solo de juridificar lo que en el parlamentarismo «clásico» inglés y francés eran costumbres políticas, sino que se orientaban esas normas en una dirección específica: evitar la inestabilidad de los Gobiernos «frente a los embates de un parlamentarismo excesivo»¹⁰, para permitirles realizar una actividad gubernamental continuada. Así, Mirkine-Guetzévich puso de ejemplo un buen número de disposiciones constitucionales, como el artículo 75 de la Constitución checoslovaca de 1920, que exigía para el voto de censura, primero, una propuesta de al menos un mínimo de cien diputados y, después, el quórum de la mayoría absoluta en una votación nominal. En parecidos términos se expresaban las constituciones de Prusia de 1920 (art. 57), de Austria de 1920 (art. 74) y de Grecia de 1927 (art. 88). La Constitu-

⁷ Paul SEAWARD y Pasi IHALAINEN, «Key Concepts for Parliament in Britain (1640-1800)» en Pasi IHALAINEN; Cornelia ILIE y Kari PALONEN (eds.), *Parliament and Parliamentarism: a comparative history of a European concept*, Berghahn Books, Nueva York, 2016, pág. 32 y ss.

⁸ Jean GARRIGUES y Eric ANCEAU, «Discussing the First Age of French Parliamentarism» en Pasi IHALAINEN; Cornelia ILIE y Kari PALONEN (eds.), *Parliament and Parliamentarism: a comparative history of a European concept*, cit., pág. 59 y ss.

⁹ Gumersindo de AZCÁRATE, *El régimen parlamentario en la práctica*, Imprenta de Fortanet, Madrid, 1885, pág. 121.

¹⁰ Boris MIRKINE-GUETZÉVICH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, M. Giard, Paris, 1931, pág. 7.

ción española de 1931 también avanzó en esa línea, aunque estuvo lejos de conseguir estabilidad a los gobiernos, tanto por lo limitada que fue su racionalización como por el propio comportamiento de los actores¹¹.

En pura teoría, la racionalización parlamentaria podría buscar otros objetivos distintos a la estabilidad de los gobiernos, como la mejora de la calidad de las leyes, o incluso limitar el poder del Gobierno sobre el Parlamento. Pero como no es esa la experiencia histórica, en el siglo XXI podemos seguir definiendo el parlamentarismo racionalizado atendiendo a la finalidad de reforzar el Ejecutivo con la que fue creado. Por decirlo en las palabras de un eminente profesor francés: el parlamentarismo racionalizado es un «conjunto de reglas jurídicas destinadas a preservar la estabilidad y la autoridad del Gobierno cuando falta una mayoría parlamentaria sólida»¹². Ahora bien, atendiendo a la forma en que se regula la forma en que un Parlamento puede cesar al Gobierno podemos considerar que en la actualidad hay tres modelos de parlamentarismo racionalizado:

1. El sistema más sencillo, el *degré zéro* de la racionalización¹³, es la exigencia constitucional de presentar un voto de censura explícito contra el Gobierno, no simplemente la pérdida de una votación. Si la fórmula se implantó en algunas constituciones del primer tercio del siglo XX, se utilizó muy poco después de la Segunda Guerra Mundial. Prácticamente solo se mantiene en el artículo 94 de la Constitución italiana de 1947, si bien con algunas precauciones añadidas: la moción «será motivada y votada por llamamiento nominal», que deberá ser presentada por un décimo de los diputados y votada después de que trascurra, al menos, un plazo de *enfriamiento* de tres días. Este parlamentarismo racionalizado débil se ha intentado transformar en uno más fuerte varias veces —muy especialmente en la reforma Renzi de diciembre de 2016— pero sin éxito.
2. El segundo sistema de racionalización añade a la anterior regulación del voto de censura un quórum reforzado de mayoría absoluta, tal y como ya se ha comentado que se reguló en la Constitución checoslovaca de 1920. Después de la Guerra se adoptó en Francia, tanto la Constitución de 1946 (art. 50), como la de 1958 (art. 49).

¹¹ Cfr. Joan OLIVER ARAUJO, «Las Cortes (título IV: arts. 51-66)», en Joan OLIVER ARAUJO y Agustín RUIZ ROBLEDO (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española de 1931 en su 90 aniversario*, CEPC, Madrid, 2021, pág. 159 y ss.

¹² Olivier DUHAMEL, «Parlementarisme rationalisé» en Olivier DUHAMEL e Yves MENY, (dirs.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, Paris, 1992, pág. 695.

¹³ Cfr. Philippe LAUVAUX, *Parlementarisme rationalisé et stabilité du pouvoir exécutif*, Bruylant, Bruselas, 1988, pág. 15.

3. El tercer sistema de racionalización del parlamentarismo, *invento* del constitucionalismo alemán, da un paso más en el voto de censura: ya no se trata solo de votar en contra del Gobierno, sino que al mismo tiempo el Bundestag tiene que elegir «a un sucesor» del Canciller (art. 67 de la *Grundgesetz*).

Estudiaremos a continuación estos dos modelos últimos de parlamentarismo racionalizado, que en buena medida han inspirado a la mayoría de los países europeos que posteriormente han conseguido instaurar la democracia, tanto con la caída de las dictaduras de derechas en los setenta como las de izquierdas en los noventa. En especial, el sistema alemán tuvo gran influencia en la redacción de las Constituciones griega de 1975 y en la española de 1978, que prácticamente copia la moción de censura constructiva. Otros estados que han importado la *konstruktives Misstrauensvotum* son Hungría, Eslovenia, Polonia, Bélgica e Israel¹⁴.

III. El parlamentarismo racionalizado francés

El siglo XIX fue políticamente muy turbulento en Francia, lo mismo que buena parte de la mitad del siglo XX. Sin duda, hubo grandes razones políticas, pero tampoco acompañó el sistema asambleario que diseñaron la mayoría de sus textos constitucionales. Así, las tres Leyes Constitucionales de la Tercera República (normalmente citadas con cierta imprecisión como la Constitución de 1875) instauraron lo que Carré de Malberg llamó un «parlamentarismo absoluto». Es decir, «un régime dans lequel le Parlement, devenu maître sur toute la ligne, domine complètement l'exécutif, par opposition au parlementarisme relatif ou dualiste, dans lequel il y a seulement limitation de la puissance gouvernementale par la puissance parlementaire»¹⁵.

El primer intento normativo de atemperar esta crónica inestabilidad lo realizó la Constitución de 27 de octubre de 1946, un texto redactado principalmente por los socialistas, mediante la introducción de mecanismos parlamentarios pensados para proteger a los gobiernos. Su principal innovación fue la regulación de los instrumentos de control extraordinarios: por una parte, una moción de censura muy formalizada; por otra, una cuestión de confianza que daba al presidente del Consejo cierto liderazgo sobre los trabajos del Parlamento; además, al presidente

¹⁴ Ayelet RUBABSHI-SHITRIT y Sharon HASSON, «The effect of the constructive vote of no-confidence on government termination and government durability», *West European Politics*, núm. 45, 2022, pág. 567 y ss.

¹⁵ Raymond CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale* (1931), Sirey Economica, Paris, 1984, pág. 196.

de la República se le atribuyeron funciones arbitrales, como la posibilidad de pedir una nueva deliberación de un proyecto de ley. Sin embargo, estas previsiones constitucionales no consiguieron garantizar la estabilidad gubernamental, como el propio Mirkine-Guetzévich afirmó cuando analizó los primeros años de funcionamiento de la IV República¹⁶.

Precisamente por eso, la Quinta República, en buena medida configurada según las concepciones institucionales del General De Gaulle, buscó un sistema en el que el ejecutivo no fuera tan dependiente del legislativo. Este objetivo lo hizo de una forma tan concienzuda que para destacados especialistas ya no podía ser considerado un régimen parlamentario. Así, Maurice Duverger defendió reiteradamente que la Constitución de 4 de octubre de 1958 (especialmente tras su reforma de 1962) se había colocado más allá de la valla legislativa al establecer la elección directa del presidente de la República con poderes sustantivos. Como al mismo tiempo mantenía la figura del primer ministro, merecía ser calificado con un nombre nuevo, un régimen semipresidencialista¹⁷.

Sin embargo, poco a poco se ha consolidado entre los especialistas la idea de que sí se trata de un sistema parlamentario porque hay un primer ministro responsable ante el Parlamento, a pesar del importantísimo papel que desempeña el presidente, que incluso puede nombrar al primer ministro sin previa investidura en el Parlamento. Las experiencias de «cohabitación» (tres hasta la fecha: la primera entre 1986 y 1988, la segunda entre 1993 y 1995 y la tercera 1997 y 2002) demuestran que, en última instancia, la voluntad de la Asamblea Nacional prevalece sobre la del presidente de la República para elegir y controlar al primer ministro y en esa situación la capacidad política del presidente se ve muy limitada. Además, la reforma de 23 de julio de 2008 cambió algunos de los mecanismos más *presidenciales* del sistema lo que permite clasificarlo más cómodamente como parlamentarismo racionalizado¹⁸.

Si el motor político de la Constitución de 1958 fue el General de Gaulle, Michel Debré fue su autor intelectual. Debré estaba convencido de que la ley electoral no era suficiente para lograr la estabilidad gubernamental en Francia y necesitaría, además, apoyarse en la propia Constitución. Por eso, propuso cuatro reformas constitucionales¹⁹:

¹⁶ Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH, «L'Échec du parlementarisme 'rationalisé'», *Revue internationale d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, 1954, pág. 97 y ss.

¹⁷ Maurice DUVERGER, «Le concept de régime semi-présidentiel» en Maurice DUVERGER (dir.), *Les régimes semi-présidentiels*, PUF, Paris, 1986, pág. 7 y ss.

¹⁸ Jean-Félix de BUJADOUX, «Des rationalisations du parlementarisme en France», *Droits: revue française de théorie juridique*, núm. 71, 2020, pág. 173 y ss.

¹⁹ Cfr. Pierre AVRIL, «Le parlementarisme rationalisé», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, núm. 5-6, 1998, pág. 1507 y ss.

1. Un estricto régimen de sesiones parlamentarias.
2. Un esfuerzo para definir el dominio de la ley.
3. Una profunda reorganización del procedimiento legislativo y del presupuesto.
4. Una creación de mecanismos jurídicos indispensable para el equilibrio y el buen funcionamiento de las funciones políticas.

Como era previsible, sus propuestas tuvieron bastante éxito y fueron aprobadas por el Consejo de Estado y, posteriormente, refrendadas por los ciudadanos franceses en un referéndum en septiembre de 1958. Así, la Constitución recortó la tradicional autonomía parlamentaria con medidas como un estricto régimen de sesiones de nueve meses, con un máximo de ciento veinte días (art. 28); aunque podría reunirse en periodos extraordinarios, pero a petición del Gobierno o de la mayoría «sobre un orden del día determinado» (art. 29). En los debates parlamentarios, y especialmente de las leyes, el Gobierno tiene una capacidad de intervención desconocida previamente, hasta el punto de que puede pedir que un proyecto de ley se resuelva en una sola «votación sobre la totalidad o una parte del texto en discusión sin más modificación que las enmiendas propuestas o aceptadas por el Gobierno» (art. 44). También recortó las prerrogativas financieras de los parlamentarios, que no pueden presentar proposiciones de ley o enmiendas que supongan disminución de los ingresos públicos o bien la creación o aumento de gastos (art. 40), etc.

El esfuerzo para limitar el ámbito de la ley se concretó en la Constitución en la enumeración de las materias que puede regular el Parlamento, declarando que «Tendrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la ley» (art. 37.1º); es más, se permite —con el aval del Consejo de Estado— que el Gobierno modifique leyes que regulen esas materias reservadas al reglamento (art. 37.2º); codifica las delegaciones legislativas a favor del Gobierno de materias reservadas a la ley (art. 38), etc. Y para velar por el contenido de las propias leyes aprobadas por el Parlamento, el presidente puede recurrir las leyes al Consejo Constitucional, que no solo supera las competencias de la Comisión Constituyente de la Constitución de 1946, sino que su composición es muy favorable al Ejecutivo.

La forma en que se plasmó en la Constitución los mecanismos que garantizan el equilibrio de las instituciones, a los que se refería Debré, fueron también pensados para atemperar los posibles *excesos* del Parlamento. Con ese fin, su título II atribuye un ramillete de funciones al presidente de la República, empezando por las que ya le había atribuido la Constitución de 1946: la capacidad de solicitar al Parlamento una nueva deliberación de una ley, especificándose ahora que «no podrá denegarse esta nueva deliberación» (art. 10); la capacidad de disolver la

Asamblea Nacional (art. 12) y el derecho de enviar mensajes a cada una de las dos Cámaras (art. 18). En 1958 el jefe del Estado fue reforzado con nuevas competencias como el nombramiento del primer ministro sin necesidad de una votación expresa de la Asamblea (art. 8), aunque la cohabitación demostraría años más tarde los límites fácticos de esa discrecionalidad. Además, le otorgaba el poder de disolver el Parlamento —sin las limitaciones que establecía la Constitución de 1946 para que lo hiciera el Ejecutivo— y muy especialmente la capacidad de presentar un proyecto de ley en referéndum directo a los ciudadanos (art. 11). Esta *apellatio ad populum* se concibió especialmente para debilitar al Parlamento frente al Gobierno; por tanto, su razón de ser era muy distinta al referéndum *abrogativo* que unos años antes había introducido la Constitución italiana de 1946, pensado para que, a iniciativa de los ciudadanos, estos pudieran derogar una ley aprobada por el Parlamento. Hubo que esperar hasta 2008 para que ese artículo 11 se reformara para introducir un mecanismo de cierta similitud, herramienta de la minoría frente a la mayoría parlamentaria: también podría pedir ese referéndum sobre un proyecto de ley una quinta parte de los miembros del Parlamento, apoyada por una décima parte de los electores inscritos en el censo electoral²⁰.

En cuanto a los controles del Parlamento sobre el Gobierno, la Constitución de 1958 estableció varios mecanismos especialmente pensados para garantizar tanto la permanencia del Gobierno como el despliegue de su programa político. Para empezar, se regula estrictamente la moción de censura: solo la puede presentar un décimo de los miembros de la Asamblea Nacional, se vota dos días después y necesita la mayoría absoluta de los miembros de la cámara (art. 49.1º). Por otra parte, se crea un mecanismo muy eficaz para que el Gobierno pueda convertir en ley sus proyectos en dos materias tan sensibles políticamente como presupuestos y seguridad social: en estos casos el Gobierno puede unir a uno de esos proyectos una cuestión de confianza y el proyecto se considerará aprobado salvo que se presente una moción de censura, que ya hemos visto que necesita la mayoría absoluta (art. 49.3º). A veces los Gobiernos franceses han utilizado esta cuestión de confianza como forma de superar el filibusterismo de la oposición que frenaba la tramitación del proyecto presentando miles de enmiendas, táctica que ha usado especialmente la *France Insoumise*. En cualquier caso, se trata de una *amenaza de suicidio con red* porque difícilmente los diputados de la mayoría críticos con el proyecto van a unir sus votos con los partidos de la oposición para derribar al Gobierno²¹.

²⁰ Nicolás PÉREZ SOLA, «La institución del referéndum en Francia tras la reforma constitucional, una perspectiva comparada», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 34-35, 2008, págs. 117 y ss.

²¹ Adriano EVANGELISTI, «Article 49.3 of the Constitution of France: Comparative Comments on Parlementarisme Rationalise», *Comparative Law Journal of the Pacific / Journal de Droit Comparé du Pacifique*, núm. 27, 2020, pág. 212 y ss.

IV. El parlamentarismo racionalizado alemán

Ya hemos tenido ocasión de señalar más arriba que, según Boris Mirkin-Guetzévich, la Constitución de Weimar de 1919 diseñó el nuevo parlamentarismo racionalizado introduciendo en su texto mandatos sobre la relación del Parlamento con el Gobierno desconocidos en el parlamentarismo clásico. Añadamos ahora que esta *Lex legum* —obra en buena medida del profesor Hugo Preuss, que a su vez se inspiró en la teoría del Estado de Robert Redslob— buscó un sistema de doble legitimidad en cuanto tanto el presidente del Reich como el Parlamento eran elegidos directamente por sufragio universal²². Con esa legitimidad popular, el presidente ostentaba funciones tan importantes como la designación y destitución del canciller y sus ministros. Pero el Gobierno también era políticamente responsable ante el Parlamento, lo que generaba una compleja situación al depender de dos órganos legitimados por el pueblo. El sistema únicamente podría funcionar si en el Parlamento se produjeran mayorías estables, lo que no era el caso de la Alemania de la década de 1920; es más, existían poderosos grupos antisistema, uno de los cuáles —el nazismo— consiguió acabar con la democracia manipulando los propios mecanismos constitucionales.

Sin duda, la Constitución de Weimar no puede ser culpada del fracaso de la democracia en Alemania en 1933, que tuvo mucho más que ver con el injusto Tratado de Versalles, las ingentes reparaciones de guerra, la crisis económica y los radicalismos políticos; pero también es verdad que la experiencia política de esos años, en general, y el tortuoso nombramiento de Hitler como canciller, en especial, demostraron que el diseño constitucional de las instituciones no era el más adecuado para aguantar las presiones antisistema²³.

Por eso, la Ley Fundamental de Bonn tuvo muy en cuenta lo que Peter Häberle ha llamado los «déficits de Weimar», comenzando por la dualidad de poderes entre el Parlamento y el presidente, así como la capacidad de este de dictar decretos al margen del Reichstag. Lo hizo tan a fondo que, con el mismo Häberle, la *Grundnorm* de 1949 se configuró como el antimodelo de la Constitución de 1918²⁴. Por eso, la Ley Fundamental de Bonn abandonó la elección directa del presidente de la República para ordenar que fuera elegido cada cinco años por una

²² Jesús CASQUETE y Javier TAJADURA, *La Constitución de Weimar: Historia, política y derecho*, CEPC, Madrid 2020, pág. 57 y ss.

²³ Gertrude LÜBBE-WOLFF, «Das Demokratiekonzept der Weimarer Reichsverfassung» en Horst DREIER (ed.), *Das Wagnis der Demokratie: Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, C.H.Beck, München, pág. 255 y ss.

²⁴ Peter HÄBERLE, «La Constitución de Weimar en su texto y su contexto. Una mirada cultural en retrospectiva y perspectiva», *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 20, 2019, p. 304.

Asamblea Federal compuesta por los miembros del Bundestag y un número igual de representantes de los estados federados (art. 40). Consecuente con esa elección indirecta, sus funciones son básicamente simbólicas y de integración, perdiendo dos competencias tan relevantes que le otorgaba la Constitución de Weimar como la capacidad de disolver *motu proprio* el Parlamento y de dictar decretos. De esa forma, el poder ejecutivo queda en manos del canciller, elegido exclusivamente por el Parlamento, a propuesta del presidente (art. 63).

También la *Bonner Grundgesetz* regula minuciosamente cómo actuar si el candidato propuesto por el presidente federal no consigue la mayoría de los votos: el Bundestag podrá elegir un canciller por mayoría absoluta en el plazo de quince días (art. 63.3); disposición pensada evidentemente para impedir cualquier intriga del presidente. El sistema se cierra con la previsión de que, si no se consigue esa mayoría absoluta, se procederá de inmediato a otra votación en la que solo se exigirá mayoría simple de votos. Si el elegido obtuviera esa mayoría, el presidente federal deberá nombrarlo canciller; pero si no la obtuviera, «el Presidente Federal, en el plazo de siete días, deberá nombrarlo o disolver el Bundestag» (art. 63.4). Alternativa verdaderamente extraña porque no responde a la lógica parlamentaria formar un Gobierno que ni siquiera tenga la mayoría simple del Parlamento. En cualquier caso, esa no ha sido la práctica política, en la que históricamente se han conseguido gobiernos mayoritarios, casi siempre de coalición²⁵.

Como ya hemos adelantado, la gran innovación de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 fue la moción de censura constructiva, que tiene sus orígenes en la crítica doctrinal a la regulación de la moción en la Constitución de Weimar. Antes que ella, esta *konstruktives Misstrauensvotum* se había establecido en las Constituciones de Württemberg-Baden (1946) y Bremen (1947). Su punto central no es otro que la exigencia de un candidato alternativo para poder presentar una moción de censura, exclusivamente contra el canciller. Además, para que triunfe la moción necesita del voto favorable de la mayoría de los miembros del Parlamento. Incluso previendo actuaciones sorpresivas, se regula un plazo de cuarenta y ocho horas entre la presentación y la votación (art. 67). Esta regulación no ha dejado de levantar críticas doctrinales pues para algunos autores quiebra la regla del parlamentarismo de que el Gobierno dependa de la mayoría del Parlamento²⁶.

Siendo verdad esta afirmación, también es verdad que la lógica del sistema evita en la práctica esa situación porque un gobierno minoritario, por muy respaldado que esté jurídicamente, necesita una mayoría parlamentaria para poder de-

²⁵ Florian MEINEL, *Germany's dual constitution: parliamentary democracy in the Federal Republic*, Hart Publishing, Oxford, 2021, pág. 50 y ss.

²⁶ Cfr. la gran cantidad de opiniones, tanto alemanas como españolas, en el excelente trabajo de Fernando SIMÓN YARZA, «La moción de censura: ¿constructiva u «obstructiva»?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, 2015, pág. 87 y ss.

sarrollar su programa legislativo si no quiere quedar convertido en un gobierno de gestión, de escaso futuro político. Por eso, en la práctica de la República Federal todos los cancilleres han buscado la mayoría parlamentaria, lo que ha supuesto casi siempre, dado el sistema electoral proporcional, gobiernos de coalición. Por eso, igualmente, en la práctica para que una moción de censura triunfe es necesario que un partido de la oposición cruce el Rubicón de la mayoría gubernamental y se alinee con la minoría opositora. Esta situación, verdaderamente extraordinaria, sucedió en 1982 cuando el Partido Liberal (FDP) abandonó la coalición con el Partido Socialdemócrata Alemán (SPD) y junto con la Unión Democrática Cristiana y la Unión Social Cristiana (CDU/CSU) presentó un voto de censura con el demócratacristiano Helmut Kohl como canciller alternativo al socialdemócrata Helmut Schmidt.

La *Grundnorm* después de establecer este mecanismo de estabilidad gubernamental, tuvo la precaución de limitar el poder del canciller en su relación con el Bundestag: frente a la capacidad irrestricta de disolver el Parlamento que el parlamentarismo clásico otorgaba a los presidentes del Gobierno, ella solo le atribuye esa competencia si el *Bundeskanzler* pierde una cuestión de confianza (art. 68). Este supuesto también se produjo en octubre de 1982, precisamente para que los ciudadanos pudieran opinar sobre el cambio de gobierno: Helmut Kohl (con las encuestas a favor) presentó una cuestión que perdió voluntariamente (la propia CDU y el FPD votaron en contra), de tal forma que en enero de 1983 el presidente federal pudo convocar elecciones generales. De esa forma la nueva coalición seguía así el precedente del canciller socialdemócrata Willy Brandt que en septiembre de 1972 también perdió a propósito una cuestión de confianza. Si bien en 1983 varios diputados —que sabían que no iban a seguir siéndolo— recurrieron la disolución ante el Tribunal Constitucional, que consideró en su sentencia de 16 de febrero de 1983 que se trató de una disolución conforme con la Ley Fundamental, aunque no faltaron algunos votos discrepantes que consideraron que se trató de un fraude constitucional²⁷.

En cualquier caso, debe notarse la nueva regulación de la cuestión de confianza: a diferencia del parlamentarismo clásico, que obligaba a la dimisión del jefe del Ejecutivo, lo que suponía negociaciones parlamentarias para buscarle un sucesor, la Ley Fundamental de Bonn apela directamente a los ciudadanos. Sin duda, es una forma más democrática de resolver las crisis políticas, pero también es un gran instrumento de presión en manos del canciller para cohesionar a los diputados de la mayoría. Incluso, superando a la cuestión de censura francesa, esta cuestión de confianza puede presentarse sobre cualquier proyecto de ley y no solo sobre los proyectos atinentes a presupuestos y seguridad social.

²⁷ BVerfGE 62, 1, 43, Bundestagsauflösung.

Incluso más todavía: la *Grundgesetz* regula un «estado de emergencia legislativa» para el caso en que no se disuelva el Bundestag tras el triunfo de una cuestión de confianza (art. 81): el presidente federal podrá, a solicitud del Gobierno Federal y con la aprobación del Bundesrat, declarar el estado de emergencia legislativa para tramitar un proyecto de ley anejo a una cuestión de confianza perdida o a un proyecto de ley rechazado por el Bundestag. En ese caso se producirá una segunda lectura en el Bundestag y si el proyecto de ley es rechazado, o aprobado con un texto que el Gobierno considera inaceptable, el proyecto del gobierno se enviará al Bundesrat y si este lo aprueba se convertirá en ley. Por fortuna, nunca se ha usado este estado de emergencia legislativa; es más, se podría pensar que, si el artículo 81 no está derogado por falta de uso, está fuera de los planteamientos políticos, como demuestra que haya monografías sobre el sistema político alemán de tanto éxito como la Klaus von Beyme que no lo menciona²⁸.

Por todos estos mecanismos favorables al Gobierno, Karl Loewenstein mantuvo en los primeros años de su diseño una dura opinión sobre el sistema institucional de Bonn: «Al evitar el Escila de la inestabilidad gubernamental, el régimen de Bonn ha caído en el Caribdis de un parlamentarismo castrado, es un régimen demoautoritario»²⁹. Por fortuna, el desarrollo de la Ley Fundamental de Bonn para nada permite este tipo de calificativos, uno de los estados más democráticos del Mundo y con mayor respeto al Estado de Derecho, en los que existe una efectiva división de poderes, la oposición puede controlar la acción del Gobierno y la prensa libre vigila la actividad política, como demuestra la excelente clasificación que logra Alemania en los índices internacionales de democracia como prestigioso el *Democracia Global* de The Economic.

V. Mínima conclusión

Sin duda, las técnicas instrumentales para dar estabilidad a los Gobierno pueden coadyuvar a conseguir que su duración sea más larga que en los turbulentos años veinte. Pero, como me parece que se demuestra con el recorrido que hemos hecho por los modelos de parlamentarismo racionalizado francés y alemán, por encima de las normas que puedan crearse con el fin de conseguir la estabilidad gubernamental está el comportamiento de los actores políticos. Por eso, lo realmente decisivo para que un sistema democrático funcione no es tanto el texto de la Constitución, como la cultura política de ese país. Donde haya una verdadera

²⁸ Klaus BEYME, *Das politische System der Bundesrepublik Deutschland. Eine Einführung*, 12ª ed. Springer, Berlín, 2017

²⁹ Karl LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre*, J.C.B. Mohr, Heidelberg, 1959, pág. 115.

lealtad institucional y los partidos no solo acepten los resultados de las elecciones, sino que ejerzan sus funciones respetando esa decisión de los ciudadanos y el Gobierno, a su vez, respete en la forma y en el fondo los derechos de las minorías, la democracia avanzará. Por el contrario, donde por más proclamas constitucionales que se hagan y se celebre solemnemente el Día de la Constitución, todo sea buscar el interés partidista inmediato, incluso retorciendo los mandatos constitucionales en beneficio propio, la calidad de la democracia se resentirá.

Para crear esa cultura política democrática y de lealtad institucional, de los ciudadanos y de los partidos, todos somos responsables; pero, como en la granja de Orwell, unos más que otros. En este caso, los partidos centrales del sistema asumen la máxima responsabilidad. Así, cuando lleguen situaciones políticas complicadas, esos partidos centrales, con independencia del tipo de parlamentarismo que tengan, sabrán formar una gran coalición (Alemania e Irlanda, por hablar de las dos más próximas en el tiempo y el espacio a nosotros); mientras que cuando no la hay y se considera la política en los términos *schmittianos* de amigo/enemigo, se buscará conseguir la mayoría parlamentaria pactando con partidos pequeños, no pocas veces antisistema, con lo que eso puede significar para el debilitamiento de la democracia y el mantenimiento de la propia Constitución. Evidentemente, los políticos de turno darán excusas, con más o menos imaginación, para no pactar una *Grosse Koalition*, mientras se justifican ante el espejo repitiendo la frase que pronunciara el senador americano Henry Clay en 1835 y que un siglo después popularizara Winston Churchill: «La política hace extraños compañeros de cama».

LA ESPECIAL CONFIGURACIÓN DE LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN POLÍTICA¹

MARÍA SALVADOR MARTÍNEZ
Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. Introducción

En su primera sentencia sobre el régimen jurídico-constitucional de los partidos, emitida en febrero de 1981, el Tribunal Constitucional reconoció que «un partido es una forma particular de asociación», pero una asociación, por lo que su actividad queda protegida por el derecho de asociación reconocido en el art. 22 CE, que «no excluye las asociaciones que tengan una finalidad política, ni hay base alguna en él para deducir tal exclusión». Otra cuestión distinta, añadió entonces el Tribunal, es que la Constitución dedique su art. 6 a los partidos políticos, y que de ello puede derivarse «la posibilidad de que existan normas específicas para esas asociaciones de relevancia constitucional, que en todo caso deberán respetar la Constitución y, particularmente, los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en ella» (STC 3/1981, FJ3).

Pues bien, desde que el Tribunal Constitucional reconoció la posibilidad de que se desarrollase una modalidad específica del derecho de asociación cuando es ejercido por los partidos políticos, en aquellos años en los que nuestro orden constitucional daba sus primeros pasos, hasta el momento en que se redactan estas líneas, cuatro décadas más tarde, se han ido definiendo y perfilando los elementos particulares que permiten hoy identificar esa modalidad específica del derecho de asociación. La libertad de asociación política, por tanto, sigue siendo el derecho de asociación, y esto es algo en lo que ha insistido nuestro Tribunal Constitucio-

¹ Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-124531NB-I00 «El estado de partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el marco europeo».

nal, pero con unas características singulares que se fundamentan y justifican por el papel fundamental e imprescindible que desempeñan los partidos políticos en los sistemas democráticos y la posición jurídico-constitucional que hay que asegurarles para ello.

El objetivo de este trabajo es ofrecer una imagen actualizada de la libertad de asociación política, a través de la exposición sistemática de los elementos que la definen como modalidad especial del derecho de asociación. En él se analizarán los desarrollos que han conducido a la actual configuración de esta libertad, que plantean, como se verá, algunas deficiencias técnicas que aún habrá que pulir, pero también interesantes avances en una materia determinante para el mantenimiento y correcto funcionamiento del Estado democrático.

Dado que este trabajo se inserta en un *liber amicorum* dedicado al Profesor Gregorio Cámara Villar resulta casi innecesario añadir que estas páginas se han redactado como muestra de reconocimiento y gratitud al Profesor Cámara, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Granada y autor de aportaciones fundamentales a este área jurídica. A su vocación y dedicación universitarias ha sumado un compromiso político que le ha hecho ser conocedor de la teoría y la práctica de la democracia y el derecho de partidos, de la dificultad del derecho para embridar los fenómenos políticos, y, también, del valor de la democracia y de las tareas irrenunciables que corresponden al derecho constitucional en la realización del principio democrático. Desde el derecho constitucional debemos ser capaces de explicar el valor y logro de nuestro Estado democrático, contribuyendo así a la educación de los ciudadanos, que son finalmente quienes deben legitimar esta forma de organización²; y debemos intentar hacer frente a los retos que se le presenten, como está sucediendo en la actualidad, dándoles respuestas realistas, aquilatadas y desde el rigor académico, como ha hecho siempre el Prof. Cámara y como hacen los miembros de la «escuela de Granada», que se ha ganado ya este reconocimiento en la comunidad de los profesores de derecho constitucional.

² La educación, en su faceta de derecho fundamental y con la finalidad de formar ciudadanos ha sido una de las líneas de investigación en las que el profesor Gregorio Cámara atesora contribuciones fundamentales. Entre ellas cabe citar, sin ánimo exhaustivo, «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*, 16-18, 2013-2015, p. 205-234; «El debate en España sobre la materia Educación para la ciudadanía y los derechos humanos ante se proyectada supresión y cambio», en *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. 2, 2012, Universitas, p. 2401-2424; «Educación para la Ciudadanía y promoción de los Derechos Humanos», *Temas para el debate*, 149 (abril), 2007, p. 39-41; «Constitución y educación (los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución de 1978)», en coord. G. Trujillo/L. López Guerra/P. J. González-Trevijano (coords.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, 2000, CEPC, p. 265-306; «Educación política, libertad y sistemas de enseñanza en España: Problemas y posibilidades (I y II)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 2, 1983, p. 113-130, y nº 3, 1984, p. 165-181 respectivamente.

II. La configuración especial de la libertad de asociación política respecto al derecho general de asociación

Como se ha dicho, nuestra constitución no reconoce expresamente un derecho fundamental autónomo a la libertad de asociación política; consagra el derecho fundamental de asociación, en el art. 22, en el que también se definen sus elementos esenciales.³ Se trata de un derecho que busca satisfacer la necesidad de las personas, como seres sociales, de unirse a otras personas y organizarse para perseguir un fin determinado, así como promover una sociedad participativa⁴. Para ello, este derecho se define como una libertad frente al Estado, que permite constituir libremente asociaciones y exige de los poderes públicos, en tanto que obligados por el derecho, que no impidan ni estorben esa libertad.

El derecho de asociación no forma parte de las libertades clásicas que se reconocieron en el primer constitucionalismo, sino que se incorporó a los catálogos de derechos a partir de mediados del s. XIX de la mano de los procesos de democratización del primer Estado liberal y de la superación de los prejuicios hacia el fenómeno asociativo. Esta vinculación inicial entre el derecho de asociación y la democracia quedó confirmada al constatarse la importancia determinante que la libertad de asociación tuvo en la aparición y desarrollo de los modernos partidos políticos, y, con ello, en la consolidación de los Estados democráticos. Sabemos que, de acuerdo con los postulados democráticos, el poder emana del pueblo y el Estado debe organizarse de tal manera que el proceso político se mantenga abierto a la participación de los ciudadanos y el ejercicio del poder por parte de los órganos estatales se pueda entender justificado y legitimado. Por eso, en la realización de esta idea resultaron decisivos los partidos políticos, en tanto que intermediarios imprescindibles entre la sociedad y los poderes públicos.

³ El art. 22 la define con los siguientes elementos: se trata de un derecho de libertad, con la única exigencia de que la asociación que se cree libremente se inscriba en un registro a los efectos de publicidad (apartado 3); goza de garantía judicial para su suspensión o disolución, que no podrán ser decididas por la autoridad gubernativa (apartado 4); y quedan excluidas del derecho cierto tipo de asociaciones, las que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito —es decir, el derecho no ampara asociaciones cuyo fin sea delinquir— (apartado 2), y las que se organicen como asociaciones secretas o paramilitares —debido a la desconfianza tradicional hacia este tipo de asociaciones y por la presunción de que su actividad puede ser ilícita— (apartado 5).

⁴ En cuanto al fundamento subjetivo, en sentencias como la STC 244/1991, FJ2 y la 236/2007, FJ7, el Tribunal afirma que se trata de una de las libertades públicas capitales que protege la sociabilidad como dimensión esencial de la persona; respecto al fundamento objetivo, afirma que «protege el valor de la sociabilidad (...) en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática» (STC 236/2007, FJ7) y que es «uno de los elementos estructurales básicos del Estado social y democrático de derecho» (STC 137/1998, FJ8).

En efecto, para que los partidos políticos puedan desempeñar correctamente esa tarea deben disfrutar de un determinado estatuto jurídico-constitucional, del que forma parte, en primer lugar, la libertad frente al Estado. La libre creación y actuación de los partidos es consustancial a la idea misma de democracia, y esa imprescindible libertad se garantiza, no sólo, pero fundamentalmente, a través del derecho general de asociación. Ahora bien, como se ha dicho, el hecho de que sean los partidos quienes ejercen ese derecho puede llevar al reconocimiento de ciertas especificidades y, finalmente, a la configuración de una «modalidad específica» del mismo: el derecho a la libertad de asociación política. A este reconocimiento se ha llegado a través de una interpretación sistemática del art. 22 CE, que consagra el derecho de asociación, y del art. 6 CE, dedicado a los partidos políticos.

Dicho art. 6 contiene tres elementos: el reconocimiento de la función que estos desempeñan («Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política») y dos condiciones necesarias para ello: el principio de libertad («Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley») y el mandato de democracia interna («Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos»). Es destacable la coherencia interna de esta disposición, porque, en efecto, lo que singulariza a los partidos es el papel fundamental que desempeñan en un Estado democrático, como intermediarios que hacen posible la participación política y la formación democrática de la voluntad del Estado, y ese papel es el que justifica su especial estatuto constitucional⁵. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional desde un principio, en una jurisprudencia clara en la que reconoce que «la Constitución, en su título preliminar, otorga una particular posición y relieve constitucional a los partidos políticos por la importancia decisiva que tales organizaciones están llamadas a desempeñar en las modernas democracias pluralistas, por la trascendencia política de sus funciones (concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular) y por servir de cauce fundamental para la participación política» (STC 226/2016).

En cuanto a su «libre creación y actuación», el art. 6 CE contiene el principio de libertad de los partidos: un principio constitucional que debe orientar la interpretación de otras normas constitucionales y que vincula a todos los poderes públicos, y especialmente al legislador. La posición jurídico-subjetiva de libertad de los partidos queda asegurada, como no podía ser de otra manera, por los derechos fundamentales de libertad que consagra la Constitución, de forma

⁵ Salvador Martínez, M. *Partidos políticos. El estatuto constitucional de los partidos y su desarrollo legal*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 69 y ss.

destacada por el derecho de asociación, que proporciona la garantía general de libertad de creación, organización y actuación, pero también por la libertad ideológica, de expresión, o las de reunión y manifestación. Sin embargo, como ha recordado el Tribunal Constitucional, esos derechos fundamentales deben interpretarse a la luz del papel y la posición especial que el art. 6 CE reconoce a esas organizaciones; esto es, el art. 6 se proyecta sobre las disposiciones concretas que reconocen derechos de libertad y puede darles una configuración diferente debido a la función que corresponde a los partidos y a la especial posición que necesitan para desempeñarla.

De este modo ha surgido la modalidad particular de la libertad de asociación política, que sigue siendo la libertad de asociación general del art. 22 CE, pero con ciertas especificidades que la distinguen de aquella y que tienen su origen en la necesidad de atender las exigencias que derivan de la función que el art. 6 CE reconoce a los partidos⁶.

La configuración de la libertad de asociación política se ha llevado a cabo de forma paulatina y progresiva a lo largo de las últimas cuatro décadas. Las especificidades de esta libertad han venido dadas expresamente por la propia constitución o han sido consecuencia bien de la interpretación de la norma suprema, bien de su desarrollo por parte del legislador. En este sentido, la única especificidad que la norma suprema establece expresamente es la exigencia de democracia interna recogida en el art. 6. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha ido avanzando en su jurisprudencia en la dirección de profundizar en dicha exigencia y en admitir elementos específicos adicionales⁷. Finalmente, en el plano legislativo se ha evolucionado desde una regulación de mínimos, en la Ley 54/1978 de partidos (LPP), hacia una más intensa que suma nuevas especificidades a la libertad de asociación, en la LO 6/2002 de Partidos (LOPP) y en sus posteriores reformas.

⁶ «Los partidos políticos, sentado lo anterior, se cualifican, en tanto que asociaciones, por la relevancia constitucional de sus cometidos. Si éstos, como acaba de decirse, justifican el principio de libertad en cuanto a su constitución, explican también las condiciones específicas que el art. 6 CE les impone en relación con el respeto a la Constitución y a la ley y a su estructura interna y funcionamiento. Su cualificación funcional no desvirtúa la naturaleza asociativa que está en la base de los partidos, pero *eleva sobre ella una realidad institucional diversa y autónoma* que, en tanto que instrumento para la participación política en los procesos de conformación de la voluntad del Estado, *justifica la existencia de un régimen normativo también propio, habida cuenta de la especificidad de esas funciones*. La relevancia constitucional de los partidos les viene dada por pretender un fin cualificado de interés público y de cuya aspiración se sirve el Estado para proveer a la integración de los procedimientos de formación de la voluntad general» STC 48/2003, FJ 6 (el subrayado es mío).

⁷ Al respecto, las sentencias de referencia serían las SSTC 56/1995, 48/2003 y 226/2016.

III. Algunas particulares respecto a la titularidad de la libertad de asociación política

La libertad de asociación general es un derecho de doble titularidad que se reconoce a los ciudadanos y también a las asociaciones que estos hayan decidido crear: garantiza a los primeros las facultades necesarias para crear una asociación y a esta, una vez creada, las facultades necesarias para actuar en función de sus objetivos.

En el caso específico de la libertad de asociación política no hay particularidades excesivamente relevantes, aunque hay que mencionar la especial situación de los extranjeros. Tradicionalmente la libertad de asociación política se reconocía solo a los nacionales, por la conexión que tiene con el derecho de participación política y el ejercicio de la soberanía nacional. En la actualidad, sin embargo, la contraposición entre nacionales y extranjeros se ha ido diluyendo y se entiende que es posible permitir a estos últimos participar en asociaciones políticas, bien plenamente, bien sometidos a ciertos límites. En este sentido el Tribunal Constitucional entiende justificado que la ley niegue a los extranjeros solo el derecho a promover la creación de un partido, por los motivos antes señalados, pero no el derecho a afiliarse a un partido ya creado ni ninguno de los derechos que deriven de la afiliación (STC 48/2003). El legislador, por su parte, en un principio limitó la facultad de creación a los ciudadanos españoles (en la redacción original de la LOPP), aunque posteriormente la extendió a los ciudadanos europeos (reforma introducida por la LO 3/2015 siguiendo el criterio de la Comisión respecto a la aplicación de la Directiva 94/80/CE sobre el ejercicio de sufragio de los ciudadanos europeos).

Por otro lado, los menores de edad pueden formar parte de las asociaciones juveniles de los partidos, pero no pueden constituir partidos ni participar en ellos (art 2.1 LOPP). Esta limitación es conforme con la teoría general de los derechos fundamentales y coherente con que la libertad de participación política está también limitada por razón de edad. La ley prevé, por otro lado, que los partidos políticos constituidos podrán establecer en sus estatutos la creación y reconocimiento de organizaciones juveniles (art. 2.2 LOPP).

Cabe señalar además dos supuestos en los que se excluye el ejercicio de ciertas facultades por causas asociadas a su titular:

- a) La propia Constitución prevé ciertos límites específicos por razón del sujeto: el límite a la libertad de afiliarse a un partido que se establece para jueces, magistrados y fiscales en activo (art. 127) y para los miembros del Tribunal de Cuentas (art. 136), y la incompatibilidad entre la condición del magistrado del Tribunal Constitucional y el desempeño de funciones directivas en un partido (art. 159.4). El legislador, por su parte, ha reco-

gido estas previsiones en las correspondientes leyes e, incluso, las ha extendido a otros cargos, con el mismo objetivo de asegurar el correcto desempeño de las funciones asociadas a ellos⁸.

- b) La ley limita la facultad de creación a quienes no se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos, estén sujetos a alguna condición legal para el ejercicio de los mismos y hayan sido penalmente condenados por asociación ilícita, o por alguno de los delitos graves previstos en los Títulos XXI a XXIV del Código Penal, salvo que hayan sido judicialmente rehabilitados (art. 2.1 LOPP). Esta última limitación fue establecida por la LO 6/2002 para impedir la promoción de partidos políticos por parte de personas que hubiesen sido condenadas por delitos terroristas. En opinión del Tribunal Constitucional no se trata de una medida desproporcionada para quien ha sido condenado por delitos graves relacionados con la actividad política y dirigidos a atentar contra la pacífica convivencia en que los partidos deben desenvolverse, porque no se les priva del derecho a afiliarse ni del derecho de participación política, ni se trata de una pena o sanción añadida a las impuestas por la comisión del delito, sino de una causa de incapacidad especial que dejará de tener efectos cuando el condenado sea judicialmente rehabilitado (STC 48/2003, FJ 19). La valoración doctrinal, sin embargo, no ha sido unánimemente coincidente con la del Tribunal Constitucional. Se ha señalado que el citado art. 2.1 LOPP incluye una variedad de tipos penales muy amplia, cuando se podría limitar a los tipos que verdaderamente puedan ser expresión de un desprecio por el orden democrático, pero, sobre todo, se ha cuestionado su constitucionalidad porque, en el momento de aprobación de la ley, suponía *de facto* imponer una pena retroactiva para los entonces condenados contraria al art. 25.2 CE⁹.

IV. Especificidad del ámbito protegido por la libertad de asociación política y de sus límites

Según una consolidada interpretación doctrinal y jurisprudencial, la libertad general de asociación atribuye dos grupos de facultades, unas de carácter indivi-

⁸ El Defensor del Pueblo no puede estar afiliado ni desempeñar funciones directivas en un partido (art. 7.1 de la LO 3/1981 del Defensor del Pueblo), y los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado están sujetos al deber de neutralidad política y no pueden fundar ni afiliarse a partidos políticos (art. 7 de la Ley Orgánica 9/2011 de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas).

⁹ Por ejemplo, Vírgala Foruria, E., «Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002», *Teoría y realidad constitucional*, nº 10-11, 2002-2003, p. 219.

dual y otras que expresan la vertiente colectiva de este derecho. En el caso de los partidos políticos, a estos dos grupos de facultades el Tribunal Constitucional sumó un tercero, los derechos de participación democrática de los afiliados, dotando así al contenido de este derecho de una especificidad respecto al contenido del derecho general de asociación, especificidad que, no obstante, se matizó unos años después cuando el Tribunal reconoció también los derechos de los socios en todo tipo de asociaciones¹⁰.

Además, la especial configuración de la libertad de asociación política se advierte también en la existencia de límites específicos aplicables a unas y otras facultades.

1. LAS CLÁSICAS FACULTADES INDIVIDUALES

1.1. *Las libertades individuales*

El derecho de asociación política atribuye, en primer lugar, las facultades clásicas e individuales que definen a la libertad general de asociación: por un lado, la libertad de constituir asociaciones sin ningún tipo de autorización o intervención estatal, así como la de no crearlas, lo que excluye cualquier tipo de control previo ideológico o de otro tipo que pueda impedir la libre creación de partidos; y, por otro, una vez creadas, la libertad individual de permanecer o no en ellas. De este modo la libertad de asociación se protege tanto en su faceta positiva (la de crear una asociación), como en la negativa (la de no crearla, disolverla, no afiliarse o abandonarla).

Respecto a las facultades individuales, cabe recordar que en un principio se planteó si entre ellas se podría contar el derecho a adherirse a un partido ya creado y, en caso afirmativo, con qué alcance; esto es, si existía un derecho a ser admitido por el cual pudiera exigirse la adhesión contra una decisión denegatoria del partido¹¹. La libertad de asociación general no comprende el derecho a ser admitido

¹⁰ Sin más argumentación, en la STC 173/1998, FJ 8, el Tribunal se remite a la STC 56/1995, en la que por primera vez se reconocen los derechos de los afiliados como parte del contenido del derecho a la libertad de asociación política, para aplicar a las asociaciones generales el reconocimiento de esos derechos de los afiliados. A partir de la STC 173/1998, después en otras, como las SSTC 174/1999, 236/2007 y 42/2011.

¹¹ Al respecto, Solozábal Echevarría, J. J., «Sobre la constitucionalización de los partidos políticos en el derecho constitucional y en el ordenamiento español», *Revista de Estudios Políticos*, n° 45, 1985, p. 160; Jiménez Campo, J., «Diez tesis sobre la posición de los partidos en el ordenamiento español», en Ramírez/Jiménez Campo y otros, *Régimen jurídico de los partidos políticos y constitución*, 1994, CEC, Madrid, p. 45; Morodo, R./Lucas Murillo de la Cueva, P., *El ordenamiento constitucional de los partidos políticos*, 2001, UNAM, México, p. 79-81.

en contra de la voluntad de la asociación, porque quienes han creado esa asociación tienen derecho a escoger con quien se asocian. En el caso específico de los partidos tampoco existe tal derecho; sin embargo, a la vista de la función que estos cumplen, y de las condiciones en las que lo hacen, sí cabe exigir que los requisitos de afiliación a un partido estén claramente especificados en los estatutos y respondan a la naturaleza ideológica de estas asociaciones, y que los acuerdos negativos de admisión solo sean admisibles cuando estén motivados¹².

1.2. *La obligación de inscripción en el Registro de Partidos*

En relación con este grupo de facultades hay que hacer referencia a la obligatoriedad de inscripción registral. La creación de un partido debe decidirse y llevarse a cabo libremente, esto es, sin ningún tipo de examen o autorización previa de los poderes públicos que suponga algún tipo de control material. Pero esto no excluye que se establezca un régimen de inscripción registral, o un trámite similar, a los solos efectos de formalizar la decisión de creación y darle publicidad, e, incluso, que se vincule la obtención de ciertas ventajas jurídicas al reconocimiento de la condición de partido (a su inscripción registral). En todo caso, este tipo de medidas solo serán admisibles siempre que se configuren de tal modo que no supongan ningún tipo de control material sobre el acto de creación ni condicionen la libertad de tal decisión¹³.

Es sabido que el art. 22 CE dispone que «las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad» y, yendo más allá, el Tribunal Constitucional ha admitido que el legislador vincule la adquisición de personalidad jurídica con la inscripción en un registro, es decir, que la inscripción sea condición para formalizar la creación de un partido y que este adquiera personalidad jurídica, siempre y cuando «la forma en que se regule este trámite no atribuya facultades a ninguna autoridad pública que le permitan realizar ningún tipo de control material sobre la constitución del partido»

¹² Navarro Méndez, J. I., *Partidos políticos y «democracia interna»*, 1999, CEPC, Madrid, p.74; Pérez Moneo, M., «El control de los cargos internos de los partidos políticos por parte de los afiliados y simpatizantes. La democracia interna de los partidos políticos», en Matia Portilla, J. (dtor.), *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos*, 2016, Tirant lo blanch, Valencia, p. 88.

¹³ En este sentido, la Comisión de Venecia, en sus Lineamientos sobre la regulación de partidos, aprobados los días 15-16 de octubre de 2010 (segunda edición aprobada los días 11 y 12 de diciembre de 2020) señala que los requisitos para acceder al registro deben ser razonables, los motivos para denegar una inscripción tienen que estar claramente previstos en la ley y basarse en criterios objetivos, los trámites y plazos deben estar establecidos de forma clara, el tiempo de respuesta del registro a una solicitud de inscripción debe ser razonablemente corto y el régimen de inscripción no pueden producir ningún efecto discriminatorio.

(STC 48/2003). De hecho, en esta materia el Tribunal Constitucional ha mantenido desde el primer momento una interpretación clara en defensa de la libertad de creación y muy restrictiva respecto de las facultades que cabría atribuir al registro, que, además, resultó decisiva en los primeros años del nuevo régimen democrático. Conforme a dicha interpretación, la libertad de asociación excluye cualquier tipo de control administrativo sobre la creación de un partido que suponga un sistema de autorización previa, la obligación de inscripción solo tiene como objetivo la publicidad, y los responsables del registro no pueden decidir discrecionalmente sobre una solicitud de inscripción, ya que su única función es la «verificación reglada» de los requisitos formales necesarios¹⁴.

A la luz de esta jurisprudencia hay que interpretar la regulación del trámite del registro que ha hecho la ley, mejorable tanto desde el punto de vista técnico como constitucional¹⁵. Hubo cierta lógica en que se recogiese en la Ley de partidos de 1978 y se entiende la inercia de mantenerlo en la LO 6/2002, aunque podrían introducirse algunos cambios para que fuese más acorde con la libertad de creación, como, por ejemplo, hacer depender el Registro de la Administración electoral y no del Ministerio del Interior,¹⁶ y, sobre todo, revisar las funciones que tiene atribuidas. En el control previo que realiza el registro se comprueban dos extremos. El primero, si se cumplen los requisitos formales, algo que parece claro y sencillo si no fuese porque la ley ha incrementado notablemente las materias que deben regularse en los estatutos y los principios que deben inspirar tal regulación; a pesar de ello, el control debe seguir siendo puramente formal. El segundo, si de la documentación presentada se pueden deducir indicios de ilicitud penal, esto es, se realiza un control judicial preventivo que puede llevar aparejada la suspensión de la inscripción registral. En este caso, la posibilidad que la ley reconoce al Ministerio del Interior de suspender la inscripción en el Registro en el momento en el que considere que existen esos indicios de ilicitud¹⁷ parece difícilmente compatible con la libertad de creación, porque el partido no podrá inscribirse, ni existir, hasta que el proceso judicial concluya¹⁸.

¹⁴ En sus primeras sentencias, emitidas en casos de denegación de inscripción registral (STC 3/1981 y 85/1986) y luego en STC 48/2003.

¹⁵ Por todos, Camisón Yagüe, J. A., «El registro de partidos y su problemática», en Salvador Martínez, M. (coord.), *Estudios sobre la función y el estatuto constitucional de los partidos políticos*, 2022, Marcial Pons, Madrid, p. 113-144.

¹⁶ Bastida Freijedo, F., «Informe sobre el borrador de la LO de partidos políticos», en *Debates Constitucionales*, nº 5, 2003, p. 9 y ss.

¹⁷ El Ministerio del Interior dará traslado al Ministerio Fiscal, que podrá iniciar las correspondientes acciones en la vía penal, en la que el juez podrá decidir, como medida cautelar, que se reanude el plazo para la inscripción y, finalmente, si procede o no la inscripción (art. 5 LOPP).

¹⁸ Consideran inconstitucional esta facultad Virgala Foruria, E., «La exclusión política como instrumento de la lucha antiterrorista en España», en Gutiérrez Gutiérrez, I. (ed.), *Mecanismos de*

2. LA VERTIENTE COLECTIVA DEL DERECHO Y SU LÍMITE ESPECÍFICO

2.1. *Las facultades protegidas*

La libertad de asociación comprende un segundo conjunto de facultades que desarrollan la vertiente colectiva del derecho, esto es, la libertad de la propia asociación, como persona jurídica, de organizarse y actuar para lograr sus fines sin injerencias de los poderes públicos. Esta libertad de autoorganización se concreta, sobre todo, en la facultad de dotarse de unos estatutos, las normas que contendrán la determinación de los fines, la organización y funcionamiento internos, es decir, de decidir con libertad las normas que regirán la organización, el funcionamiento y la actuación de la asociación¹⁹.

Cabe destacar que, entre las reglas de organización y funcionamiento internos, los estatutos pueden incluir un catálogo de infracciones, con la tipificación de aquellas conductas que la asociación considere contrarias a sus fines o intereses, y el establecimiento de las correspondientes sanciones, incluida, en los casos de conductas más graves, la expulsión de la asociación. La facultad sancionadora de las asociaciones, por tanto, forma parte de su libertad de autoorganización²⁰, con las relevantes consecuencias que de ello se derivan.

El reconocimiento de este segundo grupo de facultades exige conciliar los derechos e intereses de la asociación y los de los propios socios, entre los cuales, evidentemente, surgen conflictos. El terreno en el que han aflorado más tensiones es el relativo al ejercicio de la potestad disciplinaria, en virtud de la cual la asociación puede tomar la decisión sancionadora de expulsar a un socio, decisión que obviamente limita el derecho fundamental de asociación de este, en concreto, su libertad individual de permanecer en ella. Con carácter general se ha entendido que esta potestad no resulta un límite injustificado porque el socio, al ingresar en la asociación, ha aceptado las normas estatutarias en las que se prevén las infrac-

exclusión en la democracia de partidos, 2017, Marcial Pons, Madrid, p. 42; Bastida Freijedo, F., «Informe sobre el borrador...», *op. cit.*, p. 10; ya antes De Otto y Pardo, I., *Defensa de la constitución y partidos políticos*, 1985, CEC, Madrid, p. 100. Sin embargo, otros autores no encuentran reproche de constitucionalidad, como Tajadura Tejada, J., *Partidos políticos y constitución*, 2004, Civitas, Madrid, p. 65.

¹⁹ Cabe señalar que en la STC 12/2008, que juzgó la constitucionalidad del requisito de composición equilibrada en las candidaturas electorales, el Tribunal afirmó que la facultad de elaborar dichas candidaturas no forma parte del contenido protegido por el derecho fundamental de asociación, porque se trata de una actividad que se refiere «más bien a la libertad de actuación externa» del partido, y «no atañe a la vertiente individual del derecho de asociación», ni «versa sobre ninguna faceta de la vida interna ordinaria de los partidos».

²⁰ STC 218/1988, y posteriormente en las SSTC 213/1991, 185/1993, 94/1994, 96/1994, 56/1996, 104/1999.

ciones y sanciones²¹; no obstante, esa tipificación debe respetar ciertos requisitos y cada decisión concreta sancionadora deberá estar justificada y ser proporcionada, pudiendo ser objeto de control judicial posterior.

2.2. *El límite específico de la exigencia de democracia interna*

Como especificidad de la libertad de asociación política, la libertad de autoorganización de los partidos es, por definición, limitada, porque debe respetar la exigencia que establece el art. 6 CE de que la organización y el funcionamiento internos de estas asociaciones sean democráticos. En efecto, la particularidad más clara que la Constitución prevé para los partidos es la obligación de que su organización y funcionamiento internos sean democráticos. En palabras del Tribunal Constitucional, «a diferencia de lo que suele suceder en otros tipos de asociación, en el caso de los partidos políticos y dada su especial posición constitucional, ese derecho de autoorganización tiene un límite en el derecho de los propios afiliados a la participación en su organización y funcionamiento» (STC 56/1995).

Esta especificidad fue desarrollada por el Alto Tribunal en la STC 56/1995, en la que resolvió el recurso de amparo presentado por un grupo de afiliados contra la decisión de la Asamblea nacional de EAJ/PNV de expulsarles por haberse pronunciado a favor de la propuesta impulsada por la ejecutiva de Guipúzcoa de asumir todas las atribuciones del partido en el territorio de la provincia. Los expulsados alegaron la vulneración del derecho de su asociación en relación con el mandato de democracia interna del art. 6 CE y el Tribunal tuvo que explicar cuál era el contenido de ese mandato. A su juicio, la exigencia de democracia interna se concreta en dos elementos: por un lado, en un principio de organización y funcionamiento interno democrático que los partidos deben respetar y, por otro, en unos derechos de los afiliados cuyo fin es asegurar la participación de éstos en la formación de la voluntad del partido²².

Esos dos elementos, sin embargo, necesitan mayor desarrollo, sobre todo si se quiere que actúen como límite eficaz a la libertad de autoorganización del partido. La tarea de definirlos con más precisión no resulta sencilla, aunque se han dado pasos fundamentales en los últimos años que ahora señalaremos; además, existe acuerdo suficiente en que ambos elementos deben concretarse sólo en unas exigencias mínimas imprescindibles, porque, aunque limitan la libertad de autoorga-

²¹ SSTC 218/1988, 42/2011, entre otras.

²² Sobre esta sentencia, Gutiérrez Gutiérrez, I., «Democracia en los partidos y derechos de los afiliados: nota sobre STC 56/1995», en Asensi Sabater, J. (coord.), *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual*, 1996, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 347-362.

nización, no pueden hacerla desaparecer, deben permitir al partido decidir con suficiente libertad la forma de organizarse.

En cuanto al principio de organización interna y funcionamiento democrático, a partir de la STC 56/1995 se fueron produciendo relevantes aportaciones doctrinales que trataban de identificar los requisitos mínimos en que dicho principio se debía concretar. Así, la doctrina ha entendido, con diferencias de grado o de matiz entre unos autores y otros,²³ que este debe proyectarse en ciertos elementos formales dirigidos: de un lado, a permitir un grado razonable de participación de los afiliados en el proceso interno de toma de decisiones, sobre todo en la determinación de la orientación de la actividad del partido y la elección del personal que llevará a cabo esa actividad; y, de otro, a garantizar un cierto grado de control de los afiliados sobre las decisiones tomadas por los dirigentes, incluyendo algún mecanismo interno de exigencia de responsabilidad.

El legislador, por su parte, en la tarea de concretar el principio de organización y funcionamiento interno de los partidos ha pasado de una regulación absolutamente mínima e insuficiente, en la Ley de Partidos de 1978,²⁴ a otra algo más detallada, con la aprobación de la LO 6/2002 y sus posteriores reformas. Así, actualmente la ley contiene dos tipos de exigencias. De un lado, la mayor parte de ellas son mandatos para que los estatutos regulen ciertos aspectos organizativos que se consideran proyección del citado principio, a veces indicando la dirección de dicha regulación, pero dejando que sea el partido quien libremente decida cómo diseña ese concreto aspecto organizativo²⁵. De otro, la ley recoge cuatro obligaciones concretas: los partidos deben tener una asamblea general formada por todos los miembros, que adoptará los acuerdos más importantes; los órganos directivos se proveerán por sufragio libre y secreto, con la participación de todos

²³ Entre otros: Flores Giménez, F., *La democracia interna de los partidos políticos*, 1998, Congreso de los Diputados, Madrid, p. 75, 195; Navarro Méndez, J. I., *Partidos políticos y «democracia interna»*, op. cit., p. 78 y ss.; Virgala Foruria, E., «La regulación jurídica de la democracia interna en los partidos políticos y sus problemas en España», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 2015, nº 35, p. 225-280.

²⁴ La LPP contenía, de un lado, la declaración general de que «la organización y funcionamiento de los partidos políticos deberá ajustarse a principios democráticos» (art. 4.1) y, de otro, la concreción de dicha declaración general en solo dos exigencias: el órgano supremo debía estar constituido por la asamblea general del conjunto de sus miembros —que podían actuar directamente o por medio de compromisarios—, y los órganos directores se debían proveer en todo caso mediante sufragio libre y secreto (art. 4.2).

²⁵ Por ejemplo, establece la LOPP que los estatutos deben recoger «el procedimiento para la elección de los órganos directivos, bien directamente o por representación, que en todo caso deberá garantizar la participación de todos los afiliados mediante sufragio libre y secreto (art. 3.2.j), «establecer fórmulas de participación directa de los afiliados, especialmente en los procesos de elección del órgano superior de gobierno del partido» (art. 7.1) o prever «procedimientos de control democrático de los dirigentes elegidos» (art. 7.5 y art. 3.2.j).

los afiliados; la adopción de acuerdos se realizará por regla general mediante mayoría simple; y la renovación de los órganos de gobierno se realizará como máximo cada cuatro años.

Por lo que se refiere a los derechos de participación de los afiliados, a ellos dedicaremos el siguiente apartado.

3. LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN INTERNA DE LOS AFILIADOS

3.1. *Un nuevo ámbito protegido*

A los dos grupos de facultades que tradicionalmente han constituido el contenido del derecho general de asociación, el Tribunal Constitucional, en la STC 56/1995, sumó a la libertad de asociación política un nuevo contenido, los derechos de participación interna de los afiliados, que derivan de la interpretación sistemática de los arts. 6 y 22 CE, y que el Tribunal reconoce como el tercer grupo de facultades que integrarían el derecho de asociación política.

Ocurre, sin embargo, que, tres años más tarde, sin justificación para ello, el Tribunal se remitió a la STC 56/1998 para reconocer que los derechos de los socios forman parte también del contenido del derecho general de asociación, sentando así una interpretación que difiere de la existente en los ordenamientos de nuestro entorno y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En línea con esta interpretación, el legislador posteriormente generalizó también este nuevo contenido a todas las asociaciones; al aprobar la Ley Orgánica 1/2002 reguladora del derecho de asociación reconoció ciertos derechos de participación de los socios frente a todo tipo de asociaciones y exigió a todas ellas una organización y funcionamiento internos democráticos que hagan posible esos derechos internos de participación (art. 2.5 LODA). Esta decisión legislativa ha sido ampliamente discutida y criticada por diversos motivos, pero, en lo que aquí nos interesa, lo cierto es que la Constitución no exige a todas las asociaciones organizarse democráticamente, sino solo a algunas (los partidos políticos, sindicatos y asociaciones profesionales), y generalizar a todas ellas tal exigencia produce el efecto de desnaturalizar la especificidad que la Constitución prevé para esas asociaciones, entre las que se encuentran los partidos políticos²⁶.

Aunque el legislador los haya generalizado, los derechos de los afiliados a un partido político cumplen un papel que, constitucionalmente, no puede ser el mis-

²⁶ Muy claro en sus críticas, Presno Linera, M., «Art. 22», en Pérez Tremps/Sáiz Arnáiz (dirs.), *Comentario a la Constitución Española. Libro Homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, 2018, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 511-518.

mo que el que puedan desempeñar en otro tipo de asociaciones. La exigencia de democracia interna de los partidos es de una indiscutible relevancia constitucional, pues busca asegurar que todo el proceso de formación de la voluntad política, incluido el que se realiza en el interior de los partidos, responda a parámetros democráticos. Para asegurar tal extremo, la sola fijación de un principio de organización y funcionamiento internos democráticos sería fácilmente insuficiente, ya que su desarrollo quedaría en manos de los propios partidos y en parte en manos del legislador. Respecto a los primeros, tal principio seguramente no sería capaz, por sí solo, de hacer frente a las tendencias oligárquicas naturales de estas organizaciones; en cuanto al segundo, la experiencia ha demostrado la resistencia del legislador a imponer condiciones, límites o restricciones a los partidos políticos. Así, en la práctica, los derechos democráticos de los afiliados son los que actúan como la última y definitiva garantía de democracia interna²⁷.

3.2. *La determinación de los derechos democráticos de los afiliados*

Al igual que en el caso del principio de democracia interna, aquí también es preciso determinar cuáles son los derechos democráticos que se deben reconocer a los afiliados. En buena lógica, si deben cumplir la tarea de garantizar un funcionamiento interno democrático del partido, deberán ser aquellos relacionados con el desarrollo de los procesos democráticos. La respuesta, sin embargo, es algo más complicada, porque el Tribunal Constitucional ha elaborado una construcción algo compleja al respecto, diferenciando entre los derechos democráticos que reconoce la ley, los que reconocen los estatutos, y, finalmente, otros derechos fundamentales que se ejercen también en el interior del partido.

3.2.1. Los derechos de configuración legal

En la STC 56/1995 el Tribunal afirmó que la determinación de los derechos de los afiliados correspondía, en primer lugar, al legislador, y añadió que se trataba de «derechos de configuración legal». A su juicio, el legislador goza de un amplio margen de maniobra a la hora de definirlos debido a que caben diferentes modelos de organización democrática.

Conviene apuntar, sin embargo, que el margen de configuración del legislador en el reconocimiento de los derechos de los afiliados no es en realidad tan

²⁷ Ha destacado el valor de poder asegurar la democracia interna por la vía indirecta de garantizar los derechos de los afiliados, sobre todo, Virgala Foruria, E., «La regulación jurídica de la democracia interna en los partidos políticos ...», *op. cit.*

amplio. Es cierto que caben diferentes concreciones de la exigencia de democracia interna —este es el argumento del Tribunal Constitucional para justificar dicho amplio margen de decisión—, pero existen ciertos derechos sin los cuales no es posible calificar de democrática a una organización y esos son los que en todo caso debe reconocer el legislador: los derechos vinculados a la participación política en un orden democrático. Así, el margen de decisión del legislador debe entenderse justificado para adaptar las exigencias de democracia interna a las modalidades de organización que se adopten —que es en lo que pensaba el Tribunal—, pero no para dejar de reconocer derechos sin los cuales no es posible calificar de democrática a una organización, ni tampoco para impedir que los derechos de los socios actúen de forma eficaz como límite a esa libertad de autoorganización²⁸.

En respuesta a la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, la doctrina se fue ocupando de señalar los derechos que la ley debería reconoce a los afiliados²⁹:

- a) Los derechos de participación interna en sentido estricto: sufragio activo y pasivo, derecho a presentación de iniciativas, derecho a participar en la formación de la voluntad del partido, y derecho de acceso a los cargos del partido y a las listas electorales en condiciones de igualdad.
- b) La libertad de expresión dentro y fuera del partido, y el derecho a obtener información respecto de las actividades de este, como garantía de la libre formación de la voluntad del partido y para permitir la confrontación de ideas, el debate, y también la crítica como forma de control, así como la creación de corrientes internas.
- c) El libre acceso al partido (aunque el partido puede motivada y justificadamente denegar el acceso en ejercicio de su libertad), libertad para abandonarlo y, sobre todo, derecho a no ser expulsado de forma arbitraria.
- d) Los derechos procesales básicos en los procedimientos disciplinarios partidistas.

Finalmente, dichas aportaciones doctrinales sirvieron de guía al legislador cuando este decidió adoptar las medidas correspondientes y avanzar en la definición de los derechos democráticos de los socios, que en la anterior Ley de partidos

²⁸ Salvador Martínez, M., *Partidos políticos. El estatuto constitucional de los partidos y su desarrollo legal*, op. cit., especialmente p. 106 y ss.

²⁹ Navarro Méndez, J. I., *Partidos políticos y «democracia interna»*, op. cit., p. 86 y ss.; Flores Giménez, *La democracia interna de los partidos políticos*, op. cit., p. 75; Bautista Plaza, D., *La función constitucional de los partidos*, 2006, Comares, Granada; Virgala Foruria, E., «La regulación jurídica de la democracia interna en los partidos políticos...», op. cit., entre otros.

de 1978 se recogían de forma absolutamente mínima, escueta e insuficiente³⁰. Así, actualmente, la LO 6/2002, con la importante reforma introducida por la LO 3/2015, establece que los derechos de los afiliados (los de mayor vinculación al partido político, si existen diferentes modalidades) deben ser al menos los siguientes y deberán detallarse en los estatutos: a) a participar en las actividades del partido y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como asistir a la Asamblea general, de acuerdo con los estatutos; b) a ser electores y elegibles para los cargos del mismo; c) a ser informados acerca de la composición de los órganos directivos y de administración o sobre las decisiones adoptadas por los órganos directivos, sobre las actividades realizadas y sobre la situación económica; d) a impugnar los acuerdos de los órganos del partido que estimen contrarios a la Ley o a los estatutos; y e) a acudir al órgano encargado de la defensa de los derechos del afiliado (art. 8.4; el último derecho fue introducido por la reforma en 2015). Además, dispone que los estatutos deben incluir los requisitos y modalidades de admisión y baja de los afiliados (art. 3.2.g, introducido por la LO 3/2015), con lo que se asegura una mayor certeza sobre el alcance del «derecho» a ser admitido en un partido y el derecho a permanecer en él. Los avances han sido notables, aunque cabría aún exigir el reconocimiento de la libertad de expresión entre los derechos de los afiliados, así como algunos derechos procesales.³¹

Desde un punto de vista práctico, lo más relevante es que los derechos que el legislador reconozca a los afiliados entrarán a formar parte del contenido de la libertad de asociación, y eso permite a los afiliados utilizar las correspondientes vías jurisdiccionales en caso de menoscabo de cualquiera de ellos, incluido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (STC 56/1995).

³⁰ En relación con los derechos de los afiliados, la norma más precisa, paradójicamente, era la Ley preconstitucional 21/1976 (art. 3.2.), que establecía que los estatutos debían recoger en todo caso los derechos «a impulsar el cumplimiento de los fines de la asociación mediante la presentación de iniciativas, la dedicación voluntaria de su actividad personal y la aportación de contribuciones económicas; ser elector y elegible para los órganos rectores de la asociación y formar parte con voz y voto de dichos órganos; manifestar su opinión y expresar sus sugerencias y quejas ante los órganos rectores de la asociación, y ser informados y conocer de las actividades de la asociación y de su régimen económico». Añadía también que eran «deberes fundamentales colaborar en la realización del programa de la asociación y cumplir los acuerdos válidamente adoptados por sus órganos rectores». Y finalmente incluía la obligación de que los estatutos recogiesen «el régimen disciplinario de los asociados y causas por las que se pierda tal condición, entre las que habrán de figurar la decisión motivada de los órganos rectores rectificada por la Asamblea General y la renuncia escrita». La LPP, por su parte, solo recogía el derecho de todos los miembros del partido a ser electores y elegibles para los cargos del mismo, y el derecho de acceso a la información sobre sus actividades y situación económica (art. 4.2.), que ya estaban en la Ley de 1976.

³¹ Entre otros, Tajadura Tejada, J., *Partidos políticos y constitución* op. cit.; Salvador Martínez, M., *Partidos políticos...*, op. cit.

3.2.2. Los derechos estatutarios

Los estatutos de los partidos políticos contienen el catálogo de los derechos y deberes de los miembros que los integran. Es en ellos donde está la definición última de los derechos de los afiliados y donde se establecen las condiciones de su ejercicio. Al respecto, en la citada STC 56/1995 el Tribunal Constitucional introdujo una importante distinción entre los derechos estatutarios que concretan los derechos de participación democrática establecidos por el legislador y otros derechos y facultades estatutarios.

En el caso de los primeros, hay que entender que se integran también en la libertad de asociación política, porque, en realidad, se trata de la configuración final que los estatutos dan a los derechos democráticos de los afiliados definidos por el legislador. Cabría preguntarse, no obstante, si una facultad de naturaleza claramente democrática recogida en los estatutos, pero no por el legislador, quedaría también integrada en dicha libertad. En el caso de los segundos, los estatutos pueden ampliar los derechos establecidos por la ley hasta donde tengan por conveniente, respetando naturalmente la regulación legal y constitucional aplicable; pero en este caso, sin embargo, esos derechos añadidos serán derechos de rango meramente estatutario, y, en principio, no formarán parte del contenido del derecho fundamental de asociación ni permitirán utilizar las vías jurisdiccionales específicas establecidas para la garantía de los derechos fundamentales, aunque sí la vía jurisdiccional ordinaria y el procedimiento ordinario que corresponda³².

En esta dirección apunta la interesante STS 671/2020³³, que resuelve el recurso de un afiliado que alega la lesión de sus derechos de participación democrática producida por la no convocatoria del congreso nacional ordinario del partido durante cinco años, incumpliendo los estatutos, que exigen su celebración cada tres años. El Tribunal Supremo, que estimó el recurso, señala que «lo decisivo no es la distinción entre el plano estatutario y el constitucional, sino la distinción entre el plano estatutario con relevancia constitucional y el que carece de tal relevancia» (FJ16) y entiende así que las normas estatutarias que regulan un aspecto básico de la participación, como es la periodicidad de los congresos nacionales, constituyen un desarrollo del derecho de participación (FJ 19); por tanto, los derechos que deriven de esas normas estatutarias no tienen rango meramente estatu-

³² «Como queda dicho, el contenido de esos derechos de participación democrática incluidos en el derecho fundamental de asociación son los que el legislador ha establecido y que, aunque preconstitucionales, integran el art. 6 C.E. y la concreción que de los mismos hayan podido hacer los estatutos de los partidos por remisión de dichas leyes; en cambio, como también hemos avanzado, no forman parte de ese derecho constitucional otros derechos o facultades que esos estatutos hayan podido añadir a los anteriormente aludidos, ya que, aunque los estatutos pueden reconocer derechos y facultades a los asociados, estos derechos son de rango meramente estatutario o negocial», STC 56/1995, FJ 3.

³³ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, STS 671/2020, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4207).

tario, sino también iusfundamental y son recurribles por las vías reservadas a los derechos fundamentales (FJ20). Puntualiza, no obstante, que los incumplimientos de escasa gravedad de dichas normas deben considerarse simples infracciones de los estatutos, mientras que sólo aquellos que obstaculicen seriamente el derecho de participación de los afiliados supondrán una vulneración del derecho fundamental (FJ 27 y 28).

3.2.3. Los derechos fundamentales de los afiliados

Al tener el legislador un amplio margen de maniobra a la hora de configurar los derechos democráticos de los afiliados, es posible que la ley no reconozca algún derecho o facultad relevante desde el punto de vista democrático.

El Tribunal Constitucional tuvo que enfrentarse a este supuesto en un caso relacionado con la libertad de expresión de los afiliados a un partido, libertad que no está recogida actualmente en la ley. En la STC 226/2016 que resolvió aquel conflicto el Tribunal afirmó que los derechos fundamentales son irrenunciables y no se pierden al entrar en una asociación, de modo que los afiliados son titulares de la libertad de expresión que les reconoce el art. 20 CE (así como de los restantes derechos fundamentales reconocidos en la constitución) y pueden ejercerla en el seno del partido, con independencia de que el legislador establezca esta libertad también como derecho de participación de los afiliados, o de que la establezca el propio partido en sus estatutos. Puntualizó no obstante el Alto Tribunal que, en ese caso, la inclusión de la libertad de expresión en el catálogo de derechos de los afiliados no transformaría al derecho fundamental a la libertad de expresión en un derecho de rango legal o estatutario.

Pues bien, esta interpretación sería aplicable a todos los derechos fundamentales democráticos que el legislador no reconociese como derechos de los afiliados, debido a la importancia trascendental del ejercicio de estos en el seno de los partidos políticos, porque, como el Tribunal afirmó en la citada sentencia, su ejercicio «trasciende a aquellos derechos en particular afectando a la propia esencia del Estado democrático en el seno del cual están llamados a actuar los partidos políticos» (STC 226/2016, FJ 6).

3.3. *Límites de los derechos democráticos de los afiliados*

De entrada, los derechos democráticos de los afiliados encuentran su límite por excelencia en la libertad de autoorganización del partido. Existe entre estas dos facetas del mismo derecho una tensión constante generadora de potenciales conflictos. A esos conflictos no se les puede dar una solución predeterminada, de

aplicación general, a favor de uno u otro derecho, sino que en cada caso concreto debe realizarse una ponderación entre ellos, que tenga en cuenta las circunstancias concurrentes y determine, en ese caso, cuál es el derecho cuyo ejercicio está justificado por su función constitucional y es, por tanto, el que debe prevalecer³⁴.

Además los derechos de participación en el interior del partido pueden estar sujetos a otros límites. En este sentido es importante recordar que esos derechos responden al fin último de garantizar que los partidos puedan desempeñar correctamente la función que les corresponde en un Estado democrático y que este mismo fin puede exigir también la protección de otros bienes o intereses, porque para que la actuación de los partidos produzca los efectos esperados en un orden democrático no solo es necesario que los procesos internos partidistas sean democráticos. Los partidos, por ejemplo, necesitan también un determinado grado de unidad ideológica y de actuación que les permita actuar con eficacia en la competición política. Por eso se admite que bienes como la unidad ideológica o la cohesión interna puedan justificar límites a los derechos de los afiliados, como ocurre cuando se sancionan ciertas conductas que perjudican de forma grave la funcionalidad de los partidos.

Esta idea fue desarrollada por el Tribunal Constitucional en la STC 226/2016, en la que construye una doctrina sobre los deberes que asume el afiliado y, en concreto, sobre el deber de lealtad al partido; un deber que se concretaría en dos obligaciones específicas: «los afiliados asumen el deber de preservar la imagen pública de la formación política a la que pertenecen, y de colaboración positiva para favorecer su adecuado funcionamiento». Así, en relación con la libertad de expresión (sobre la que versaba el caso), entendió el Tribunal que ese deber general de lealtad se traduciría en un deber de contención para no lesionar la imagen del partido y la cohesión interna. Sin embargo, esta construcción debe afinarse algo más e interpretarse de forma estricta. La limitación de la libertad de expresión solo puede considerarse legítima en los casos en que del ejercicio de esa libertad resulte un daño objetivo, «gravemente lesivo» a la imagen del partido o a la cohesión interna, que, en efecto, pueda llegar a condicionar la capacidad del partido para

³⁴ Resulta al respecto de enorme interés la STS 412/2020 (ECLI:ES:TS:2020:2166), que resuelve un conflicto entre los derechos de los afiliados y la libertad de autoorganización del partido, incluyendo su facultad sancionadora, en la que el Tribunal Supremo concluye, con gran acierto, que «cuando se produce un conflicto entre el derecho fundamental de asociación del partido político, en su faceta de derecho de autoorganización asociativa, y el derecho fundamental del socio, sea su derecho de asociación en sus aspectos de permanecer en la asociación y ejercitar su derecho de participación, sea otro derecho fundamental como puede ser la libertad de expresión, ha de realizarse una ponderación entre uno y otro derecho, que no parta apriorísticamente de la prevalencia de un derecho sobre otro, sino que tenga en cuenta las circunstancias concurrentes y tome en consideración si el ejercicio del derecho fundamental de una parte en el conflicto resulta justificado por su función constitucional y debe prevalecer por tanto sobre el de la otra parte en el conflicto» (FJ 23).

desempeñar su función.³⁵ De nuevo, habrá que ponderar en cada caso concreto los derechos e intereses en juego, y determinar cuál de ellos merece prevalecer, pensando, siempre, en la función constitucional que esté desempeñando cada uno, que es la que determinará la prevalencia de la libertad de expresión o de esos otros intereses del partido³⁶.

3.4. *Garantías específicas*

A lo largo del proceso de configuración de la libertad de asociación política, como modalidad específica, se ha ido consolidando la idea de que los derechos democráticos de los afiliados, para poder asegurar la democracia interna de los partidos, necesitan ir acompañados de ciertos mecanismos específicos de garantía.

3.4.1. Exigencias relativas a los procesos internos disciplinarios

En primer lugar, para garantizar los derechos de los afiliados se ha entendido que forman parte del mandato de la democracia interna ciertas exigencias relativas a los procedimientos internos disciplinarios y de defensa de los derechos de los afiliados, en los que se resuelven los conflictos a los que antes se ha hecho referencia.

Esas exigencias podrían resumirse en dos. La primera, la de establecer órganos internos en los partidos competentes para resolver los conflictos que puedan presentarse respecto al ejercicio de estos derechos y sus límites, que, además, deberán

³⁵ Sobre este límite y su interpretación estricta, Salvador Martínez, M., «La libertad de expresión del afiliado a un partido político y sus límites», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº115, 2019, p. 391-422.

³⁶ Buena muestra de ello es la STS 412/2020, Sala Civil, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2166), en la que el Tribunal se pronuncia sobre la decisión sancionadora de expulsar a unos afiliados que, no estando de acuerdo con la decisión del partido de abstenerse en la votación de un presupuesto en las Juntas Generales de Álava, votaron en contra de la aprobación de los presupuestos, convocaron una rueda de prensa en la que explicaron su postura crítica y publicitaron la creación de una plataforma de afiliados disconforme con la línea oficial. En su sentencia, el TS recuerda que «la expresión pública de una discrepancia no supone por sí sola, si no va acompañada de otros factores agravantes, una deslealtad con el partido justificativa de una sanción, y menos aún de la sanción de expulsión, que es la máxima que puede imponerse a un afiliado»; considera que entender que las declaraciones de los afiliados deben hacerse contando con la autorización del partido para su realización «supone una represión de la expresión pública de la discrepancia que es incompatible con el derecho a la libertad de expresión», y que la creación y presentación pública en las redes sociales de una plataforma de militantes no añade ningún otro matiz que denote deslealtad hacia el partido o grave daño para su imagen pública y su cohesión, más allá de la inevitable en toda manifestación pública de discrepancia, justificada por la libertad de expresión del afiliado (FJ 28 y 29). Un comentario sobre esta, en González Moro, A., «La disciplina de partido y los derechos fundamentales de los afiliados: un recorrido jurisprudencial», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 124, p. 341-368.

gozar de las garantías de independencia necesarias. La segunda, la exigencia de que los procedimientos disciplinarios que se diseñen respeten los principios básicos de un proceso justo según el art. 24 CE (que reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva) y de legalidad penal del art. 25 CE (según el cual nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento).

Es cierto que el Tribunal Constitucional ha circunscrito el ejercicio de los derechos fundamentales de los arts. 24 y 25 CE a los procesos judiciales y al derecho sancionador, pero la doctrina considera que deben ser aplicables a los partidos, precisamente porque su organización debe ser democrática. Por eso, como proyección del derecho a la tutela judicial efectiva, los procesos disciplinarios en los partidos deben respetar ciertas reglas mínimas: el procedimiento debe estar establecido de antemano, debe garantizarse el derecho a ser oído, a aportar medios de prueba, a la presunción de inocencia, a la prohibición de indefensión, a que la decisión adoptada sea siempre motivada, y a una segunda instancia juzgadora; además, agotada esa vía jurisdiccional interna se debe poder acudir a vía judicial ordinaria para recurrir las decisiones de estos órganos. De otro lado, como proyección del principio de legalidad penal, se considera que deben estar suficientemente tipificadas todas y cada una de las conductas que puedan dar lugar a una sanción, así como también las sanciones, que deberán ser proporcionales a la conducta realizada³⁷.

En relación con los derechos procesales de los afiliados, la LOPP supuso un avance en el reconocimiento de las citadas garantías, atendiendo algunas de las propuestas doctrinales que se habían realizado sobre la necesidad de establecer medidas similares a las consagradas en los arts. 24 y 25 CE en los procedimientos sancionadores internos. Así, en el art. 8.3 LOPP se establece que «la expulsión y el resto de medidas sancionadoras que impliquen privación de derechos a los afiliados sólo podrán imponerse mediante procedimientos contradictorios, en los que se garantice a los afectados el derecho a ser informados de los hechos que den lugar a tales medidas, el derecho a ser oídos con carácter previo a la adopción de las mismas, el derecho a que el acuerdo que imponga una sanción sea motivado, y el derecho a formular, en su caso, recurso interno». Posteriormente, la reforma de la LOPP operada por la LO 3/2015 introdujo aún dos

³⁷ Navarro Méndez, J. I., *Partidos políticos y «democracia interna»*, op. cit.; Flores Jiménez, F., *La democracia interna de los partidos políticos*, op. cit.; Virgala Foruria, E., «La regulación jurídica de la democracia interna en los partidos políticos», op. cit., p. 265; Bilbao Ubillos, J. M., *Libertad de asociación y derechos de los socios*, 1997, Universidad de Valladolid, Valladolid; Morodo, R./Lucas, P., *El ordenamiento constitucional de los partidos políticos*, op. cit., p. 110; Bautista Plaza, D., *La función constitucional de los partidos*, op. cit.

exigencias más: primero, los estatutos deben determinar el cargo u órgano encargado de la defensa y garantía de los derechos del afiliado (art. 3.2.r); y, segundo, deben regular el régimen de infracciones y sanciones de los afiliados y el procedimiento para su imposición, que queda a la libre disposición del partido, salvo dos supuestos que la propia ley exige que se tipifiquen y sancionen (con suspensión cautelar automática, los afiliados incurso en un proceso penal respecto de los cuales se haya dictado auto de apertura de juicio oral por un delito relacionado con la corrupción; y con expulsión, aquellos que hayan sido condenados por alguno de esos delitos, art. 3.2.s).

3.4.2. El control judicial de las decisiones internas del partido

El derecho fundamental subjetivo de asociación, en tanto que derecho de libertad, exige que los poderes públicos no intervengan, se entrometan o interfieran en el espacio de libertad que el derecho reconoce. Desde este punto de vista, el único aspecto problemático, y la especificidad de la libertad de asociación política que ha derivado de él, es el relativo al control judicial de las decisiones internas de los partidos.

Ya se ha señalado que la libertad de asociación otorga facultades a los socios y a la asociación, y que estas pueden entrar en conflicto. Por eso, en un momento dado se planteó el problema de determinar si cabía control judicial de las decisiones internas de las asociaciones que resuelven conflictos de ese tipo y que pueden constituir una vulneración de alguno de esos derechos, como sucede claramente en el caso de las decisiones sancionadoras con las que se impone la expulsión o suspensión de la condición de socio. Puesto que el derecho de asociación es, esencialmente, una libertad frente al Estado que exige la mínima intromisión por parte de los poderes públicos, se entendió que los órganos judiciales debían «autocontenerse» a la hora de juzgar la actividad interna de las asociaciones. Así, el Tribunal Constitucional entendió que, como regla general, ese control debe ser limitado: de un lado, para realizar un control formal del ejercicio de la potestad sancionadora de las asociaciones con objeto de verificar si la sanción está prevista en los estatutos y si se ha impuesto conforme al procedimiento allí establecido; y, de otro, en cuanto al fondo de la decisión, el control judicial debe limitarse a comprobar si la decisión disciplinara cuenta con una «base razonable», es decir, el juez no puede entrar a valorar, con independencia del juicio que ya han realizado los órganos de las asociaciones, la conducta del socio, sino sólo a comprobar si existe una «base razonable» para la decisión tomada por dichos órganos³⁸.

³⁸ SSTC 218/1988; 96/1994; 56/1995; 104/1999; y 46/2011.

Sin embargo, con relación a los partidos políticos la doctrina defendió la necesidad de intensificar el control judicial³⁹ y así lo ha admitido finalmente el Tribunal Constitucional. En la STC 226/2016, que marca un punto de inflexión en la jurisprudencia del Alto Tribunal, este sostiene que los acuerdos sancionadores de los partidos políticos admiten un control más intenso que el de las asociaciones generales porque se trata de «asociaciones constitucionalmente cualificadas» por la función decisiva y la posición que ocupan en el Estado democrático, y por la exigencia constitucional de democracia interna que de aquella se deriva. Considera el Tribunal que el control judicial de las decisiones sancionadoras de los partidos podrá ir más allá de comprobar si existe «base razonable» y extenderse al análisis material de la causa de expulsión, en concreto, a la valoración de si la decisión del partido es, desde el punto de vista de la ponderación de los bienes en conflicto, conforme con la constitución. Así pues, debido a la relevancia de las funciones que desempeñan los partidos, su vida interna puede ser objeto de un control judicial más intenso, con el fin, precisamente, de garantizar las condiciones de las que depende el correcto desempeño de esas funciones.

Conforme a esta nueva interpretación, en los últimos años los órganos judiciales han ido más allá de verificar si existía «base razonable» para las decisiones sancionadoras, entrando a comprobar si la ponderación de los derechos en conflicto realizada por el partido había sido conforme con la constitución. Así se puede observar en los recursos relativos a conflictos internos partidistas resueltos desde entonces por distintas instancias judiciales.

Al respecto interesa sobre todo dar cuenta de la actividad realizada por el Tribunal Supremo, que en los últimos años se ha pronunciado sobre diversos conflictos de ese tipo. En todos ellos se ha remitido a la STC 226/2016 para justificar la supervisión que realiza de la ponderación llevada a cabo por los órganos del partido, revisada por las instancias judiciales inferiores. En cuanto al resultado de dicha verificación, esta ha dependido de las circunstancias de cada caso. Así, la

³⁹ La postura doctrinal se apoyaba en la propia jurisprudencia constitucional, ya que respecto a determinadas asociaciones el Tribunal Constitucional había admitido que el control judicial se podía intensificar: bien porque la asociación ostentase de hecho o de derecho una posición dominante en el campo de que se tratase, de manera que la pertenencia o exclusión de ellas supondría un perjuicio significativo para el particular afectado (STC 96/1994); o bien porque se tratara de un conflicto entre derechos (STC 42/2011). Efectivamente, los partidos políticos ocupan una posición dominante en el ámbito de la participación política en el que prácticamente han monopolizado las convocatorias electorales. Esto supone que la expulsión de un afiliado lleva aparejado un perjuicio añadido relativo a las posibilidades de ejercer el derecho de asociación política, ya que difícilmente podrá este fundar otro partido que pueda llegar a tener una posición relevante en el panorama político o afiliarse a otro ya existente con el que comparta ideario. En cuanto a la existencia de un conflicto de derechos fundamentales, la decisión de sancionar o expulsar a un socio fácilmente puede tener origen en un conflicto entre la libertad de asociación y los derechos del socio.

STS 501/2018 consideró proporcionado y justificado el acuerdo de excluir la candidatura de un afiliado en el proceso de elección de un cargo interno (limitando su derecho a ser elegido) como sanción por un conjunto de conductas consideradas faltas graves⁴⁰. En las STS 231/2019 y 595/2019, que resuelven casos muy similares, el Tribunal entendió ponderada la sanción de expulsión aplicada a unos militantes que habían amenazado con romper la disciplina de voto para favorecer profesionalmente a un compañero de partido, teniendo en cuenta, además, el perjuicio que dicha decisión tuvo para la imagen de este, totalmente contraria a los principios éticos del partido⁴¹. Posteriormente, en la STS 412/2020 el Tribunal juzgó injustificada la expulsión del partido acordada para unos afiliados que habían realizado manifestaciones contrarias a una decisión del partido y publicitado la creación de una plataforma de militantes para apoyar su postura; y entendió desproporcionada la expulsión respecto a la conducta de esos militantes que, como Procuradores, habían votado en las Juntas Generales de Álava sin seguir las directrices del partido.⁴² Por último, la anteriormente citada STS 671/2020 consideró vulnerado el derecho de participación democrática de un afiliado por el incumplimiento de las normas estatutarias que fijan la periodicidad de los congresos nacionales⁴³.

4. UN RÉGIMEN ESPECIAL DE ILEGALIZACIÓN Y DISOLUCIÓN

Existe, por último, una particularidad adicional en la forma en que se ha configurado la libertad de asociación política en nuestro ordenamiento jurídico, referida a la posibilidad de ilegalizar y disolver partidos políticos. Aunque sobre este tema cabrían reflexiones extensas y prolijas, nos interesa aquí hacer solo una referencia general al mismo en tanto que límite específico de la libertad de asociación de los partidos políticos, límite que afecta a todos los ámbitos protegidos que se han analizado, y de forma clara y directa a la facultad individual de libre creación y a las facultades colectivas de libre determinación de los fines, autoorganización y actuación.

La Constitución contiene la previsión general, aplicable a todas las asociaciones, incluidos los partidos, de que quedan prohibidas las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar y serán ilegales las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos según el Código Penal (art. 22 CE). En cuanto a su aplicación a los partidos, es lógico que no tendría ningún sentido proteger la

⁴⁰ STS 501/2018, Sala de lo Civil, de 19 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3165).

⁴¹ STS 231/2019, Sala de lo Civil, de 11 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1171) y STS 595/2019, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3525).

⁴² STS 412/2020, Sala de lo Civil, de 7 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2166).

⁴³ STS 671/2020, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4207).

existencia de partidos secretos, porque resulta incompatible con la razón de ser de estos; un partido de carácter paramilitar, por su parte, sería contrario a la exigencia de democracia interna que establece el art. 6 CE; finalmente, también es obvio que la libertad de asociación política no va dirigida a proteger la creación de partidos cuyo objetivo sea la comisión de delitos⁴⁴.

La cuestión que se planteó en un determinado momento⁴⁵, sin embargo, fue la de si el legislador podía decidir ampliar los supuestos de ilegalización de partidos más allá de los que prevé el art. 22 CE para todas las asociaciones, y más allá de lo que pueda decidir el legislador penal al definir los supuestos de asociación ilícita. La respuesta es afirmativa sin entendemos que el art. 6 CE se proyecta también sobre los límites del derecho de asociación y permite configurarlos de manera distinta cuando se trata de partidos políticos. Esta ha sido la interpretación del Tribunal Constitucional, que considera admisible la existencia de límites específicos para los partidos, distintos de los comunes que la constitución establece para las asociaciones en general, derivados de la especificidad de las funciones que desempeñan los partidos. Estos límites específicos tendrían que estar justificados por esas funciones y ser conformes con la libertad de asociación y el propio art. 6 CE (STC 48/2003), y, como se exige a cualquier límite que establezca el legislador, deberán respetar el contenido esencial del derecho y el principio de proporcionalidad en la limitación.

La decisión de establecer supuestos específicos para la ilegalización de partidos políticos, aunque pueda parecer paradójico, se puede entender justificada por la necesidad de proteger al propio sistema democrático. Así se admite en diversos ordenamientos de nuestro entorno, prevista expresamente por la constitución o establecida por el legislador, y en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Esta posibilidad, sin embargo, constituye el límite por excelencia a la libertad de los partidos, pues supone, en la práctica, no reconocerles libertad de asociación; por eso debe considerarse absolutamente excepcional y entenderse justificada solo en aquellos lugares y momentos en que exista un peligro real y grave para el sistema democrático. En este sentido, la jurisprudencia que al respecto ha ido desarrollando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha definido un parámetro admitido en Europa con el que poder determinar si el régimen de ilegalización y decisión que establezca el legislador es con-

⁴⁴ Estas previsiones del art. 22 CE, sin embargo, han sido criticadas por la doctrina debido a ciertas deficiencias técnicas y a su escasísima utilidad práctica; entre otros, Blanco Valdés, R., *Los partidos políticos*, 1990, Tecnos, Madrid; y Víruga Foruria, E., «Los partidos políticos ilícitos...», *op. cit.*

⁴⁵ Como se sabe, el debate surgió ante la situación de violencia y coacción generadas por ciertos grupos terroristas del País Vasco en los años noventa del siglo pasado, que afectaban al normal funcionamiento del sistema democrático en dicho territorio. La vía penal para ilegalizar a las formaciones políticas vinculadas se había mostrado ineficaz y, por ello, se planteó la posibilidad de prever un sistema de disolución de partidos por causas no penales.

forme con la libertad de asociación política: la decisión de admitir la prohibición de partidos debe adoptarla el legislador; los supuestos legales en que cabría la disolución deben perseguir un fin legítimo, así como también la medida disolutoria que se adopte en un caso concreto (entre ellos, la garantía del orden democrático y el papel que cumplen en él los partidos); y, finalmente, la decisión disolutoria debe ser una medida necesaria en una sociedad democrática (lo cual exige una necesidad social imperiosa y la proporcionalidad en sentido estricto de la decisión de prohibir un partido). Añade el TEDH que el margen de apreciación de los Estados debe ser escaso en materia de disolución de partidos políticos, pero admite que, cuando el pluralismo de las ideas y los partidos inherente a la democracia está en peligro, el Estado puede impedir la realización o continuación del proyecto político que ha generado ese peligro⁴⁶.

Pues bien, como se sabe, en el contexto de un intenso debate jurídico, político y social, la LO 6/2002 introdujo un régimen de ilegalización y disolución de partidos políticos que prevé, además de las causas penales, dos supuestos por causas no penales⁴⁷:

- a) «Cuando este vulnere de forma continuada, reiterada y grave la exigencia de una estructura interna y un funcionamiento democráticos, conforme a lo previsto en los artículos 7 y 8 de la LOPP», en los que se recogen los principios de organización y funcionamiento interno, y los derechos y deberes de los afiliados. Es un supuesto que estaba en la LPP y se ha mantenido, aunque es difícil que pueda utilizarse en algún momento, porque el parámetro de control no es lo suficientemente determinado —siempre resultaría complicado demostrar que se da el supuesto de hecho y— sobre

⁴⁶ Por todos, Iglesias Báñez, M., «La prohibición de partidos políticos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Gutiérrez Gutiérrez, I. (coord.), *Mecanismos de exclusión en la democracia de partidos*, 2017, Marcial Pons, Madrid, p. 119-139. Esta doctrina es compartida por la Comisión de Venecia y es la que se refleja en los documentos que esta ha elaborado y que se refieren a la prohibición o disolución de partidos, primero en las Directrices sobre prohibición y disolución de partidos políticos de diciembre de 1999, y luego en los Lineamientos sobre la regulación de partidos políticos de 2010 (segunda edición de 2020).

⁴⁷ Un sector doctrinal defendió que solo cabía la disolución por causas penales y que, si se quería evitar que ciertos partidos realizaran actividades contrarias al pluralismo y el orden democrático, estas debían tipificarse penalmente; entre ellos, Montilla Martos, J. A., «Algunos cambios en la concepción de los partidos. Comentario a la STC 48/2003, sobre la LO 6/2002 de partidos políticos», en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 12-13, 2003; en parte Bastida Freijedo, F., «Informe sobre el borrador...», *op. cit.* Por otro lado, a la vista de los problemas prácticos que plantea la vía penal y de la constatación de su prácticamente nula utilidad, otros autores no encontraron objeción a que el legislador tipificase dichas actividades y previese una vía no penal para sancionar con la disolución a los partidos que las llevaran a cabo; entre ellos, Virgala Foruria, E. «Los partidos ilícitos...», *op. cit.*; y Tajadura Tejada, J., *Partidos políticos y constitución*, *op. cit.*

todo, porque solo cabría la disolución, como sanción, en casos absolutamente excepcionales.

- b) «Cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a que se refiere el artículo 9» de la ley. En relación con este segundo supuesto la ley precisa con detalle los elementos, conductas y hechos que permitirían determinar cuándo un partido incurre en tal supuesto. Así, la ley describe minuciosamente los tres tipos conductas que pueden dar lugar a este supuesto (art. 9.2);⁴⁸ especifica a título ejemplificativo que se darán esas conductas cuando se produzca la repetición o acumulación de una lista de nueve supuestos, que son una concreción o especificación de los supuestos básicos del apartado 2, (art. 9.3)⁴⁹. Y, finalmente, señala una serie de hechos que podrán tenerse en cuenta para apreciar y valorar las actividades antes mencionadas, así como la continuidad o repetición de las mismas (art. 9.4).

⁴⁸ Las tres conductas tipificadas en el art. 9.2 son: vulneración sistemática de las libertades y derechos fundamentales, vinculada con atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por distintas razones; fomentar, propiciar o legitimar la violencia para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer el orden democrático; y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas en determinadas condiciones

⁴⁹ Esos supuestos son: a) Dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo, legitimando las acciones terroristas para la consecución de fines políticos al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta. b) Acompañar la acción de la violencia con programas y actuaciones que fomentan una cultura de enfrentamiento y confrontación civil ligada a la actividad de los terroristas, o que persiguen intimidar, hacer desistir, neutralizar o aislar socialmente a quienes se oponen a la misma, haciéndoles vivir cotidianamente en un ambiente de coacción, miedo, exclusión o privación básica de las libertades y, en particular, de la libertad para opinar y para participar libre y democráticamente en los asuntos públicos. c) Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o mantener un amplio número de sus afiliados doble afiliación a organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión. d) Utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo. e) Ceder, en favor de los terroristas o de quienes colaboran con ellos, los derechos y prerrogativas que el ordenamiento, y concretamente la legislación electoral, conceden a los partidos políticos. f) Colaborar habitualmente con entidades o grupos que actúen de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o violenta, o que amparen o apoyan al terrorismo o a los terroristas. g) Apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de cualquier otro orden, a las entidades mencionadas en el párrafo anterior. h) Promover, dar cobertura o participar en actividades que tengan por objeto recompensar, homenajear o distinguir las acciones terroristas o violentas o a quienes las cometen o colaboran con las mismas. i) Dar cobertura a las acciones de desorden, intimidación o coacción social vinculadas al terrorismo o la violencia.

Este régimen específico de ilegalización fue avalado por el Tribunal Constitucional (STC 48/2003), que se apoyó en la citada jurisprudencia del TEDH. Nuestro Alto Tribunal reconoció que la existencia de un partido que con su actividad colabore o apoye la violencia terrorista pone en peligro la subsistencia del orden democrático pluralista proclamado por la Constitución, y admitió que, frente a ese peligro, no parece que pueda aplicarse otra sanción reparadora del orden jurídico perturbado que la disolución. Añadió que no se trataba de ilegalizar partidos por razón de los fines, proyectos u objetivos que persigan, que sería contrario a la libertad de asociación política, sino de ilegalizarlos a causa de los medios que utilizan para alcanzar dichos fines, y que resultan contrarios a los principios democráticos y a los derechos fundamentales. En cuanto a la forma de definir el supuesto de hecho, el Tribunal consideró que estaba previsto de forma suficientemente estricta (la disolución no cabe cuando se dé simplemente alguna de las conductas tipificadas, sino solo cuando estas se realicen de forma reiterada y grave, por repetición o acumulación, con continuidad en el tiempo, de forma que evidencien una decidida incompatibilidad con los medios pacíficos y legales inherentes a los procesos de participación política), aunque hizo algunas indicaciones sobre cómo debían interpretarse algunos apartados del art. 9 de la ley.⁵⁰

El juicio del Tribunal, sin embargo, no fue compartido por toda la doctrina⁵¹. Está, además, se la ocupado de señalar también diversos aspectos del diseño técnico-jurídico de la LOPP, en lo relativo al sistema de ilegalización y disolución, que podrían mejorarse⁵².

⁵⁰ El TEDH, por su parte, en su STEDH de 30 de junio de 2009 concluyó, por unanimidad y de forma contundente, que la decisión del Tribunal Constitucional español cumplía los requisitos exigidos para entender que la disolución no lesionaba las libertades de asociación y de expresión. Su decisión era coherente con su jurisprudencia en la materia, conforme a la cual el legislador puede establecer un régimen que permita disolver un partido que actúe contra los principios democráticos mediante el uso de la violencia, la incitación o la cobertura de esta, siempre que esto se manifieste en actividades concretas y la influencia del partido afectado sea capaz de alterar el orden público o de aterrorizar a una parte importante de la sociedad.

⁵¹ Para unos, el régimen establecido merecía un juicio global positivo, aunque reconocían ciertas deficiencias que, sin embargo, se podían salvar con una interpretación conforme con la constitución; así lo entienden Tajadura Tejada, J., *Partidos políticos y constitución*, *op. cit.*; o Vírjala Foruria, E., «Los partidos políticos ilícitos...», *op. cit.* Para otros autores, había elementos de la ley cuya constitucionalidad resultaba muy cuestionable: Bastida Freijedo, F., «Informe sobre el borrador...» *op. cit.*; Montilla Martos, J. A., «Algunos cambios en la concepción de los partidos. Comentario a la STC 48/2003, sobre la LO 6/2002 de partidos políticos», *op. cit.*, p. 559-586. Es cierto que el diseño técnico jurídico de la ley es mejorable es numerosos aspectos y que la mayoría de los defectos solo pueden salvarse con una interpretación absolutamente restrictiva y garantista a favor de la libertad, que es la que finalmente se le ha dado.

⁵² Con carácter general, a pesar de que la ley parte de la distinción entre fines y actividades de los partidos, algunos autores han criticado que en la práctica esa distinción es irreal, porque toda actividad está orientada a un fin, y las conductas que recoge la ley se definen por su finalidad (algunas muy cla-

V. Reflexiones finales

La libertad de asociación política se ha ido configurando a lo largo de estos últimos cuarenta años como una modalidad específica del derecho de asociación y existen ya elementos suficientes que permiten considerarla como tal. Todos ellos giran en torno a la función que desempeñan estas organizaciones en los Estados democráticos y a la especial posición que deriva de aquella.

La primera y fundamental especificidad viene establecida por la propia constitucional, que exige que la organización y funcionamiento internos sean democráticos. El desarrollo y concreción de esta exigencia resulta problemático, en primer lugar, porque tanto los partidos como el legislador se han mostrado reticentes a ello; los avances producidos han sido consecuencia de la enorme presión social ejercida, además de la unanimidad doctrinal en su necesidad. Esos avances en materia de democracia interna han traído consigo que algunos de los conflictos internos en los partidos se manifiesten ahora como conflictos jurídicos entre distintos derechos o intereses que merecen protección. Para la resolución de estos no cabe pretender la prevalencia general de uno sobre el otro, sino que cada conflicto concreto tendrá que ser analizado y, a la vista de las circunstancias, habrá que determinar cuál es el derecho o interés que en ese caso mejor está sirviendo a la función y funcionalidad de los partidos. De nuevo, la función de los partidos.

Y es la función también la que ha justificado el segundo grupo de especificidades, vinculadas al especial régimen de ilegalidad y disolución de partidos, y a los mecanismos que le acompañan. No estamos, cómo ha repetido nuestro Tribunal Constitucional, ante una democracia militante, pero quizás sí ante alguna forma de «democracia militante atenuada»⁵³, que estaría justificada precisamente por la función que se espera que cumplan los partidos políticos.

ramente); así lo entiende Bastida Freijedo, F., «Informe sobre el borrador...», *op. cit.*). De forma más concreta se han criticado algunas referencias genéricas y ambiguas que la ley contiene, especialmente en el art. 9.1 LOPP, que deben interpretarse de forma estricta y conforme con la constitución (entre otros, Virgala Foruria, «Los partidos políticos ilícitos...», *op. cit.*); también se ha cuestionado la inclusión de ciertas conductas en el art. 9.3 LOPP, como el apoyo «tácito» al terrorismo, porque se trata de una mera suposición o inferencia, así como la utilización del término «programa» en el apartado b), porque parece una limitación de carácter ideológico, no referida a una actividad sino a un fin (Virgala Foruria, «Los partidos políticos ilícitos», *op. cit.*, y Tajadura Tejada, J. *Partidos políticos y constitución*, *op. cit.*, entre otros).

⁵³ Montilla Martos, J. A., «Algunos cambios en la concepción de los partidos. Comentario a la STC 48/2003, sobre la LO 6/2002 de partidos políticos», *op. cit.*, p. 583.

EN DEFENSA DEL BICAMERALISMO. CODA SOBRE EL SENADO ESPAÑOL

JOSÉ TUDELA ARANDA
Letrado de las Cortes de Aragón

I. La segunda cámara en el Parlamento contemporáneo

El Parlamento se encuentra en crisis. Más, la democracia representativa atraviesa una profunda crisis de resultado incierto¹. Se trata de un lugar común. Análisis políticos y sociales coinciden: los ciudadanos no confían en las instituciones y, muy en particular, en los partidos y en los políticos en general. No es lugar para desarrollar esta premisa pero sí es preciso destacar dos de las razones que se reiteran como causa de esta situación. Por un lado, la escasa capacidad de los sistemas democráticos para resolver los problemas de los ciudadanos. Las instituciones no sólo serían ineficientes en relación con unos problemas cada vez más complejos. Serían, también, ajenas a las principales preocupaciones de la ciudadanía. Un diagnóstico que se proyecta con particular intensidad sobre el Parlamento: se trataría de una institución esencialmente ineficaz, sin capacidad para mejorar las condiciones de vida y en la que se tratan temas que no son los que interesan mayoritariamente a los ciudadanos. Creo que, con suficientes dosis de objetividad, se puede afirmar que se trata de un juicio injusto tanto en relación con el sistema político en su conjunto como en relación con el Parlamento. Los Estados democráticos han demostrado, incluso en las circunstancias más complejas, una notable capacidad para hacer frente a las necesidades colectivas². Por supuesto, existen

¹ A. Applebaum, *El ocaso de la democracia*, Debate, 2021; Y. Mounk, *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*, Paidós, 2018; A. Garrorena Morales, *Escritos sobre la democracia. La democracia y la crisis de la democracia representativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

² Un ejemplo notable de esta capacidad de reacción fue lo sucedido durante la pandemia. Tanto sus consecuencias sanitarias como sociales fueron, en general, afrontadas de manera exitosa.

fuertes carencias y la evolución social invita a pronosticar que irán a más. Pero ello no debería velar de forma casi radical la realidad. Otro tanto sucede con el Parlamento. Al menos, en lo relativo a su agenda. Cualquiera que se tome la molestia de estudiar con detenimiento los temas que se debaten, llegará a la conclusión de que son de gran repercusión social. Prácticamente, no hay nada que tenga especial incidencia social y que no se trate. En mi opinión, mayor veracidad existe en el reproche sobre su falta de eficacia. Pero inmediatamente hay que indicar que el problema no se refiere a las funciones que tiene atribuidas (básicamente legislativa y de control) sino a la forma de ejercerlas. Dicho de otra manera, estas funciones, así como la genérica representatividad, son esenciales no sólo para el sostenimiento de la democracia constitucional sino también para la consecución de una convivencia pacífica y ordenada. El problema radica en que la forma en la que se ejercitan, lastra de manera muy significativa su eficacia.

Por ello, y por muchas otras razones que no pueden ser mencionadas, ha llegado el momento de replantearse el diseño y funciones de la Institución parlamentaria³. Hay que pensar cómo hacer para que no pierda representatividad y que, simultáneamente, gane eficacia en el nuevo modelo social. Se trata de reforzar su legitimidad. Un reto complejo pero que exige una respuesta inmediata. Es posible compartir que el Parlamento se encuentra en crisis. Pero si no se matiza, se trata de una afirmación hueca: es una crisis casi tan antigua como su existencia. El Parlamento vive en la crisis. Si hoy tiene sentido llamar la atención sobre ello es porque presenta rasgos inequívocamente singulares. Es una crisis ligada a un debilitamiento generalizado de la credibilidad de las democracias constitucionales y a una erosión de su funcionamiento institucional. Así, las reformas que se planteen en relación con el Parlamento deben tener la referencia de servir a la recuperación de esa credibilidad. Un objetivo que sólo se alcanzará si se es capaz de adecuar las estructuras e instituciones políticas a un orden social transformado y en transformación. Se suelen mencionar muchas causas en relación con la erosión de las instituciones y de la democracia en general. Sin duda, muchas de ellas coadyuvan, incluso son factores relevantes⁴. Pero todas ellas se encuentran subordinadas al hecho crucial: en las dos últimas décadas se ha producido una revolución científica y tecnológica extraordinaria que cambiado decisivamente nuestra forma de vivir tanto individual como colectivamente. Sin embargo, esos cambios extraordinarios no han tenido reflejo sobre el sistema institucional, sobre la política en

³ I. Astarloa Huarte-Mendicoa, *El parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*, Iustel-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2017; E. Greciet, El Parlamento como problema y como solución, *Asamblea* nº 26, 2012, pp. 236-298.

⁴ Destaco entre ellas la velocidad con la que se suceden los cambios y el crecimiento exponencial de la complejidad de los retos a los que se enfrentan los gobiernos. Por todos, D. Innerarity, *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Galaxia Gutenberg, 2020.

general. Las dinámicas y las estructuras siguen siendo las que eran antes de que, por expresarme gráficamente, dispusiésemos de Internet o de un Smartphone. Además, una circunstancia decisiva agrava este anacronismo: los cambios suceden a gran velocidad y la rueda de la revolución tecnológica lejos de haberse detenido, acelera. No hay mejor aval para este aserto que la posición que en escasos meses ha pasado a desempeñar en nuestra vida cotidiana la inteligencia artificial (en adelante, IA), cuando todavía nos estábamos preguntando por la respuesta constitucional a los retos de la era de Internet y el algoritmo⁵. La complejidad de resolver satisfactoriamente los desafíos anexos a esta situación es evidente. Lo que es más difícil de comprender y justificar es que desde el poder político no se haya tomado conciencia y, en consecuencia, comenzado a estudiar la respuesta. No se trata, o no se trata tan sólo de regular. Por supuesto, puede ser preciso. Pero no es suficiente. Baste un ejemplo: es preciso regular las consecuencias de la irrupción masiva de la IA. Pero sin menospreciar su relevancia, ello no podrá solventar determinadas carencias estructurales. En este caso, y en lo que a estas páginas más puede interesar, la acomodación del ejercicio del poder y de las dinámicas de la democracia constitucional a su existencia. Es esta dimensión estructural del impacto de la revolución en ciernes la que es sistemáticamente ignorada. Y es en ese marco en el que debe afrontarse una reforma ambiciosa de la Institución parlamentaria. También, el que sirve de presupuesto para la reflexión que se realiza en estas páginas sobre las segundas cámaras o senados (términos que identificaremos en aras a la simplificación). Hay que olvidar premisas tradicionales: el Parlamento se debe estudiar de manera global, sin miedo a la innovación incluso radical. Ello implica considerar la premisa de que es una estructura compleja que ni siquiera tiene que reducirse a la existencia de dos instituciones electivas. El estudio del rol a desempeñar por las segundas cámaras en la actualidad debe hacerse desde una reflexión global sobre la necesidad de adaptarlo a un modelo social en mutación constante. Ello implica una visión radicalmente diferente. Un examen realizado sobre la respuesta a una pregunta muy concreta. ¿Puede el senado contribuir al reforzamiento del Parlamento en relación con su rol en una democracia constitucional? Si es así ¿Cómo, ejerciendo qué funciones, atendiendo qué necesidades?

No es lo habitual. La segunda cámara se ha asociado tradicionalmente, y así sigue siendo en la mayoría de los trabajos, a una cámara de reflexión o a la representación territorial. Lógicamente, en el camino ha quedado su asociación con la representación estamental. No sólo se ha restringido su funcionalidad a los ítems mencionados. Más allá, se suele realizar de los mismos una lectura tradicional por no decir, directamente, antigua. Una lectura que tiene más vigencia en relación con la representación territorial pero que casi no tiene ninguna en relación con la

⁵ F. Balaguer Callejón, *La Constitución del algoritmo*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2023.

consideración de los senados como cámaras de reflexión. Reflexionar hoy sobre el senado exige cambiar la mirada y pensar en un nuevo diseño que se conjugue eficazmente con su necesaria renovación. Una visión que no debe significar olvidar ni desdeñar los roles que ha desempeñado hasta ahora pero que sí exige someterlos también a una profunda revisión para adaptarlos a un contexto político y social radicalmente diferente.

He aludido a las dos funciones tradicionales del Parlamento: legislativa y de control. Las dos seguirán siendo núcleo de una institución con el rol que en la democracia constitucional corresponde al Parlamento. Como se dijo, lo que es preciso es modificar profundamente la manera de ejercerlas, de forma que la ley recupere credibilidad y eficacia y el control se ejerza de manera real, evitando comportamientos que dañan gravemente la credibilidad política. Pero la reforma del Parlamento no puede limitarse a reforzar el ejercicio de estas funciones: el Parlamento debe explorar otros quehaceres que exige la política contemporánea. La Institución parlamentaria parece provocar un temor reverencial. Las reformas que se predicán rara vez afectan a elementos nucleares. Son reformas relativas a procedimientos, instrumentos o estructuras administrativas. Y, casi siempre, relativamente superficiales. Su relevancia es incuestionable y posiblemente se debe comenzar por estas cuestiones. Pero hay que ser consciente de que no es suficiente, se necesita más. Un plus que debe venir de una innovación radical. El Parlamento no sólo puede y debe hacer lo que hace de manera sustancialmente diferente. También puede y debe ejercer otras funciones. Es preciso detenerse a pensar qué funciones puede sumar la Institución en relación con el modelo social emergente. Para responder a la pregunta hay que estudiar las necesidades de una ciudadanía diferente y, asimismo, tener presente las opciones que ofrece una tecnología que tiene capacidad para transformar exponencialmente el quehacer habitual del Parlamento.

Para afrontar con eficacia esta tarea de reconstrucción del Parlamento, persiguiendo una mayor eficacia en el ejercicio de funciones tradicionales y la asunción de nuevas funciones, el bicameralismo es esencial. En la actualidad, muchos factores dificultan los objetivos descritos. Algunos de ellos tienen que ver con cambios de valores o con la mutación del rol de los intermediarios, en particular partidos y medios de comunicación. Son cuestiones complejas que desbordan cualquier reflexión simplista. Pero hay otros factores de más sencilla resolución. Uno de ellos es el referido al desequilibrio de medios entre el poder ejecutivo y el legislativo⁶. Por supuesto, no se trata de buscar un equilibrio imposible. El objetivo debe ser dimensionar de manera correcta al Parlamento de manera que se pueda encontrar en condiciones de afrontar sus funciones de forma adecuada en

⁶ I. Astarloa Huarte-Mendicoa, *El parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*, ob. cit.

relación con un entorno cada día más exigente y complejo. Ello no afecta sólo a la dotación de medios administrativos y personales. Enfrenta al reto de la estructura misma de la Institución. ¿Puede cumplir de forma satisfactoria su deber ser y hacer en la sociedad contemporánea integrado sólo por una cámara? Mi respuesta es negativa. Si se piensa en nuevas funciones y en una manera diferente de ejercer las que hoy tiene, habrá que convenir que se precisa una dimensión adecuada y, para ello, una segunda cámara es esencial. Al menos, una segunda cámara de naturaleza parlamentaria ya que es posible pensar en otras estructuras de naturaleza instrumental que faciliten el trabajo de los electos.

Desde estas premisas, y antes de comenzar una reflexión más concreta que se finalizará con una referencia singularizada al Senado español, hay que indicar que, de forma genérica, las segundas cámaras se pueden reivindicar de maneras muy diversas. En primer lugar, por la forma de elección de sus integrantes y por la elección con los representados. Dos cuestiones diversas que exigen estudio separado. Desde sus miembros, cabe pensar bien en la forma de elección bien en el origen de la composición (por ejemplo, una cámara territorial al modo del Bundesrat). La relación con los representados supone un amplio abanico de posibilidades. Se trata de una cuestión directamente relacionada con el denominado «Parlamento abierto»⁷. Desde una reflexión crítica (especialmente en España) sobre cómo se desarrolla el concepto cultural que implica esta expresión, es posible que el senado puede ser un espacio especialmente apto para profundizar en cuestiones como transparencia, participación o acceso a la información. Por supuesto, ello no debe restar nada a lo que en relación con estas cuestiones debe realizar la segunda cámara. Se trata tan sólo de constatar que, siempre de acuerdo con su posible composición y funciones asignadas, el senado puede ser la cámara elegida para profundizar en determinadas cuestiones ligadas a los principios mencionados.

Una segunda cuestión que puede servir a su singularización es la gestión del tiempo. Asumiendo que el debate político inmediato se concentre en la cámara baja, el senado puede alejarse de esa inmediatez para servir de espacio para el debate tanto de cuestiones que necesiten de un «enfriamiento» como de aquellas otras que no necesitan de un pronunciamiento inmediato. Como desarrollaré inmediatamente, esta relación con el tiempo se encuentra directamente vinculada con una característica que considero esencial para no sólo el nuevo diseño del senado sino del Parlamento en general: la recuperación de la Institución como foro de racionalización de la política, del debate público en general.

Las segundas cámaras también se pueden (y deben) singularizar por la forma de trabajar y, en concreto, por alcanzar una especialización en determinadas ma-

⁷ R. Rubio Núñez y R. Vela Navarro-Rubio, *El Parlamento abierto en el mundo. Evolución y buenas prácticas*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2017.

terias. Así, pueden asumir de forma prioritaria cuestiones como la función de estudio; la función prospectiva; las relacionadas con la representación territorial; o la profundización del Parlamento abierto. También podría pensarse en adjudicarle de forma prioritaria el ejercicio de la función legislativa o de control en relación con determinadas cuestiones. Un adecuado reparto del trabajo entre las dos cámaras no sólo reforzaría al senado. También mejoraría las condiciones de trabajo de la otra cámara. Un Parlamento con una sola cámara es hoy una institución insuficiente para cumplir todos los cometidos que debe realizar: un Parlamento que no tenga repartido adecuadamente el trabajo, será una institución lastrada en su eficacia.

Obviamente, lo anterior se encuentra directamente relacionado con un último factor de singularización. Me refiero a las funciones. Si bien se puede considerar que no se pueden atribuir funciones en exclusiva a una u otra cámara, no hay nada que impida, más bien al contrario, considerar que es adecuado idear un modelo en el que las cámaras se repartan la atención prioritaria. Es preciso reiterarlo: si se quiere no perder legitimidad, si se quiere que los ciudadanos se identifiquen con la Institución parlamentaria, es preciso que ésta acrezca su quehacer de acuerdo con las nuevas necesidades sociales. Para ello, debe disponer de medios, estructura y diseño adecuados. La cantidad y complejidad de los desafíos que la sociedad contemporánea plantea a la política hace imposible que se pueda responder a los mismos con estructuras institucionales que se corresponden con un modelo social muy diferente. Todo ha cambiado incluso de forma radical. Las instituciones políticas deben cambiar para intentar responder a las demandas ciudadanas. Hacer lo que hacían de forma eficaz exige hacerlo de manera muy diferente. Asumir las nuevas funciones que se exigen, implica la necesidad de abordar cambios estructurales.

Por todo ello, considero que es preciso rehacer los fundamentos tradicionales del debate sobre el papel de los senados. Sus premisas no se corresponden con el tiempo presente: no tienen en consideración la evolución social ni las necesidades políticas e institucionales anexas al mismo. En páginas posteriores defenderé no sólo la existencia de una segunda cámara en nuestro sistema institucional sino, también, las posibilidades del Senado (sin reforma constitucional) de desarrollar con eficacia funciones de relevancia. Antes, quiero desarrollar una cuestión que considero esencial para evitar que la política se aleje de presupuestos democráticos necesarios para evitar la aparición de viejos fantasmas. Me refiero a la necesidad de liberar el debate político de las características que dominan la discusión pública en foros como las redes sociales y determinados medios de comunicación audiovisuales, a la necesidad de devolver el debate político al territorio de la razón.

II. El Senado y el Parlamento como foro racional y racionalizador

Las reflexiones que siguen tienen dos premisas de naturaleza diferente pero de alcance paralelo y profundo sobre la vida institucional y política. La primera de ellas es la necesidad de asentar el debate político sobre un consenso de mínimos acerca de su racionalidad. Se puede argumentar que la política es, precisamente, lo contrario: un territorio propicio, incluso, necesitado de pasiones y el debate racional es extraño al mismo. Entiendo que afirmar el carácter pasional del debate político es compatible con exigir su sometimiento a un marco racional. Precisamente, ésta sería una de las grandes aportaciones de la ilustración y de la construcción de la democracia constitucional: aceptemos valores y procedimientos que nos permitan alejar el debate de maximalismos y enconamientos tribales. La escenificación puede ser, siempre con determinados límites, pasional. Pero los actores en todo caso deben guiarse desde la prudencia y el respeto inequívoco a los demás. El otro no es enemigo, es adversario y siempre puede retener una cuota de la verdad. No es preciso explicar hasta qué extremo el desenvolvimiento de la política contemporánea se aleja de esta premisa. Nada más expresivo al respecto que la ya relativamente antigua resurrección del interés por Carl Schmitt⁸. Esta reflexión viene a colación porque el Parlamento debe ser el primer dique contra esta tendencia. De allí la importancia por desarrollar valores y cuántos instrumentos y procedimientos sean preciso para devolver a la Institución parlamentaria una de las cualidades que siempre la ha caracterizado: ser sede del debate público y racional entre diferentes, ser escuela de pedagogía política democrática para los ciudadanos. El Parlamento es la institución que debe abanderar el regreso a una política alejada de la irracionalidad y para alcanzar este objetivo, las segundas cámaras pueden ser de gran utilidad.

La segunda premisa que debe ayudar a entender las reflexiones que siguen se refiere al contexto tecnológico que no sólo ha transformado la manera de trabajar de Diputados y Grupos Parlamentarios sino que también ha alterado los valores que sustentan ese trabajo. Las referencias al desplazamiento de la política hacia el territorio de sombras que siempre es lo irracional no se comprende sin la importancia que han adquirido las redes sociales en el debate público y el paralelo debilitamiento de los medios de comunicación tradicionales. Se trata de una cuestión esencial. Las redes representan un modelo de discusión que es radicalmente contrario al propio del Parlamento y al que exigen las premisas del orden democrático. El debate en las mismas es irracional; irrespetuoso con el otro; muchas veces anónimo; y, por señalar tan sólo algunas de sus características, alejado del imprescin-

⁸ J. Tajadura Tejada, «La *renaissance* de Carl Schmitt», *Teoría y realidad Constitucional* nº 31, pp. 345-362.

dible rigor. El problema se plantea cuando la incidencia política del mismo es superior al que acaece en sede parlamentaria. La consecuencia es inevitable: contagio; las características de lo que sucede en las redes se trasladan al Parlamento.

La premisa «tecnológica» no finaliza aquí. Cuando la vida pública todavía se encuentra lejos de asimilar todas las consecuencias de la irrupción de Internet y todos sus derivados y de otras herramientas tecnológicas que han transformado nuestra vida, comienza a consolidarse entre lo cotidiano la IA. No es precisamente osado afirmar que su impacto en la vida política será notable. Los fundamentos del debate público y de la acción política van a cambiar⁹. No desarrollaré una reflexión singular sobre cuál puede ser su relación con el Parlamento y con el senado en particular. Las referencias serán concretas. Más allá, debe comprenderse que cualquier afirmación/reflexión que se haga hoy, estará condicionada por la evolución de esta tecnología.

1. DELIBERACIÓN EN EL TIEMPO DE LAS REDES SOCIALES

Las instituciones deben ser freno frente a algunas de las tendencias que dominan el debate en las redes. Admitida su relevancia y la imposibilidad e inconveniencia de limitar ese debate, la opción es plantear modelos alternativos. La dificultad no sólo de desarrollarlos sino también de «competir» eficazmente, es elevada. Incluso, muy elevada. La «educación tecnológica» de nuestra sociedad y el descrédito de las instituciones no ayudan. Pero estas y otras premisas lejos de abonar el desánimo deben ser alicientes para construir una alternativa. Es ocioso decir que el Parlamento es la institución más adecuada para esta tarea. Por supuesto, ello no implica reivindicar un régimen de monopolio. Ello no sólo sería imposible. También inadecuado: el Parlamento debe sumar actores a la reflexión realizada en su seno y debe buscar y alentar espacios complementarios que contribuyan al objetivo de racionalización de la vida pública e, incluso, a la mejora de su trabajo con la aportación de visiones diferentes e información suplementaria.

Junto a lo anterior, la reflexión sobre la nueva cultura deliberativa exige recordar que ésta se desarrolla en un contexto cualitativamente diferente al de otros tiempos históricos. El acceso a la información y los canales de comunicación se han multiplicado de forma exponencial: prácticamente, se puede decir que no hay límite alguno. Una circunstancia que tiene una derivada esencial en la que no se repara suficientemente. Al menos, no lo que exige su transcendencia: al desaparecer la necesidad de intermediarios, cualquiera se puede convertir en periodista,

⁹ J. Tudela Aranda, «Gobierno, Parlamento Democracia e inteligencia artificial», *Teoría y realidad Constitucional* nº 52, pp. 303-333.

novelista o músico. La autonomía del yo ha alcanzado una dimensión inimaginable. La abundancia hasta el exceso de información y el desarrollo casi enfermizo de una sociedad de egos, son circunstancias que deben ser tenidas en cuenta (por el lastre que suponen) en el objetivo de racionalizar el debate. No deja de ser una profunda paradoja que cuando mejor y más sólidamente se desarrolla el concepto de democracia deliberativa y cuando más posibilidades existen para el desarrollo de la misma, se haya llegado a una situación en la que, sin exagerar, se pueda afirmar que la deliberación, al menos la deliberación racional, ha desaparecido de la escena pública¹⁰.

¿Por qué relacionar especialmente al senado con esta labor? En general, el conjunto de la Institución parlamentaria debe sentirse comprometida con este objetivo. Ahora bien, sería absurdo pensar que toda la política puede ser reconducida al debate racional y amable. Ello nunca ha sido así y menos lo es hoy, dadas las características sociales descritas con anterioridad. En los términos expresados, es inevitable que el Parlamento tenga un espacio para la «pasión». Y siempre debidamente encauzada, es decir sin traspasar unos límites sin los cuales la convivencia se dificulta sobremanera, es conveniente que exista ese espacio. Pero en coherencia con lo anterior, también debe existir un espacio alternativo que demuestre que la política es, también, acuerdo, respeto al otro y diálogo. Creo que ese espacio es el que en la sociedad contemporánea corresponde ocupar a los senados. Como dije, el debate sobre su pervivencia debe tener hoy premisas coherentes con las nuevas necesidades sociales. No se requiere sólo de los resultados fruto del diálogo y del encuentro con el otro. Es también fundamental que el ciudadano los observe y sepa que existen. Que sepa que junto al fragor del debate más tenso de la cámara baja, hay un lugar donde se negocia y acuerda en interés de todos y fuera de la batalla política inmediata. Ésta es la premisa sobre la que asiento mi reivindicación del senado en la actualidad y en el contexto de la profunda renovación que necesita el Parlamento. Lógicamente, las funciones que se le deben adjudicar y los instrumentos y procedimientos para su ejercicio deberán ser los adecuados para cumplir con eficacia esa tarea. También se puede pensar en reformas de la legislación electoral que ayuden a una composición acorde con lo anterior.

Finalmente, es preciso destacar la relación entre esta premisa general de racionalización del debate político con el desarrollo de las premisas del Parlamento abierto en el que las segundas cámaras han de desempeñar un rol fundamental. Con independencia de la reflexión particular que se realice más adelante, es preci-

¹⁰ El debate público se aleja de manera que parece irreversible de los postulados que desde una deliberación racional debían servir a la construcción de modelos democráticos de mayor calidad (J.L. Luis Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, 2006).

so subrayar como la esencia de los principios y valores del concepto de Parlamento abierto es alentar una mejor calidad de la deliberación pública. El derecho de acceso a la información, la transparencia o el desarrollo de la participación en la vida parlamentaria, deben ser desarrollados siempre en relación con el fomento de una cultura pública democrática de calidad, en la que los ciudadanos puedan conformarse mejor una opinión y disponer de los cauces adecuados para dialogar y deliberar sobre aquello que les concierne.

La política contemporánea requiere de manera urgente una reivindicación de la razón y una condena de las derivas irracionales. Para lograr este objetivo, se precisa de espacios en los que la serenidad puede sentirse «cómoda». El conjunto del Parlamento debe servir a este fin. Racionalizar el debate público, encauzar el conflicto y alcanzar acuerdos esenciales es aquello que, desde la legitimidad funcional, le da razón de ser. Profundiza en esta tarea es hoy más preciso que nunca.

2. RACIONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA. CÁMARA DE CODIFICACIÓN

Con brevedad inevitable, me referiré a continuación a una serie de cuestiones concretas directamente ligadas con la demandada «racionalización» de la vida pública y en las que las segundas cámaras pueden desempeñar un papel fundamental. La primera se encuentra directamente relacionada con la que, todavía, se sigue considerando la principal función parlamentaria: la legislativa. La coincidencia sobre el deterioro de esta función y la muy defectuosa calidad de las leyes es común¹¹. Como he tenido ocasión de desarrollar, creo que la causa no radica sólo en el mal hacer de los parlamentarios. El problema es más profundo: la razón última es la inadecuación de la ley, tal y como hoy se conoce, a la realidad sobre la que debe incidir¹². Pero ésta es una cuestión muy compleja y que exige una reflexión profunda. A corto plazo, es preciso pensar qué se puede hacer para mejorar la ca-

¹¹ Ya en 1995, el profesor Rubio denunciaba que el concepto de ley «que hemos heredado no se ajusta a las necesidades» (F. Rubio Llorente, «Parlamento y ley», *Anuario Jurídico de La Rioja* nº 1, pp. 15-28). Desde entonces, la situación se ha agravado intensamente hasta el extremo de que el ejercicio de la función legislativa por el Parlamento se ha desvirtuado severamente como demuestra el predominio del Decreto-Ley como forma ordinaria de legislar (M. Aragón Reyes, *Uso y abuso del Decreto-Ley*, Iustel, 2016).

¹² Desde la mencionada denuncia del profesor Rubio han sucedido muchas cosas y todas redundan en la denunciada inadecuación. Dos circunstancias son particularmente relevantes al respecto: por una parte, la velocidad con la que se transforma la realidad desafiando la estabilidad que exige el Derecho; por otra la creciente complejidad y globalidad de las materias a legislar, provocando, incluso, carencias relevantes de lenguaje.

lidad de la ley. Creo que a pesar de la profundidad del problema, existe un recorrido importante para lograr esa mejoría. No es lugar para desarrollar esta cuestión. Me limito a subrayar aquello que más relacionado puede estar con la visión de los senados que se desarrolla en estas páginas.

En concreto, son tres las cuestiones en las que creo que se pueden especializar. Una especialización que parte de la premisa de la necesidad de modificar la concepción vigente del procedimiento legislativo. El Senado no tiene por qué ser una cámara de segunda lectura. Al menos, no sólo de segunda lectura. Bien puede asumir funciones específicas, quizá de naturaleza más «técnica», dejando al cámara baja el debate esencialmente político. Entre esas funciones, bien cabe pensar que tenga atribuida una fase de corrección técnica de la norma, incluyendo el examen de su adecuada inserción en el ordenamiento jurídico. Una fase que puede ser desdoblarse en una intervención previa y en otra posterior a la aprobación por la otra cámara.

Junto a lo anterior, cabe pensar que se especialice en la «documentación» de la norma, buscando elaborar los antecedentes más completos posibles, incluyendo toda la documentación adicional en forma de informes que considere pertinente. Una documentación en la que tendría cabida la información generada vía participación, tanto de expertos en sede parlamentaria como por la exposición pública de la norma utilizando los instrumentos informáticos de la cámara.

Finalmente, es preciso reflexionar sobre las posibilidades que ofrece la IA. Son muchas. Hasta el extremo de que no es exagerado pensar que su desarrollo en sede parlamentaria puede transformar la función legislativa. Lógicamente, la utilización de esta herramienta tecnológica no se puede restringir a una cámara. Pero es posible pensar que el Senado es la más adecuada para iniciar su utilización, constatando problemas y beneficios. Junto a ello, la IA ofrece la posibilidad de pensar nuevas formas de intervención específica de esta cámara en el procedimiento legislativo.

3. FUNCIÓN DE ESTUDIO. FUNCIÓN PROSPECTIVA

Me referiré en este punto a una función parlamentaria de perfil un tanto diluido (la función de estudio) y a una variante (la función prospectiva) que si bien tiene características propias bien puede considerarse parte de la anterior, si bien con la potencia suficiente como para transformarla y dotarla de la energía necesaria para cambiar su rol en entre las funciones parlamentarias.

Como es sabido, mediante la función de estudio el Parlamento examina un ámbito determinado de la realidad para proceder a realizar un diagnóstico y elaborar unas conclusiones en aras a introducir las reformas que se considere perti-

nente. A tal objeto, se constituyen comisiones especiales no permanentes con composición equivalente al de las comisiones ordinarias. Es habitual que al objeto de elaborar el correspondiente dictamen se otorgue audiencia a interesados y especialistas. También es frecuente que se alcance una unanimidad compatible con la emisión de algunos votos particulares. De esta manera, el Parlamento consigue alcanzar unos criterios rigurosos y plurales que deben servir de base para realizar las reformas necesarias en las respectivas políticas públicas. Condición de éxito es la distancia de la política cotidiana. Por ello, las segundas cámaras resultan particularmente propicias para el desarrollo de esta función. El Senado español ha desempeñado al respecto una interesante y demasiado desconocida labor¹³. Por sus características, al menos mientras la polarización no desborda unos límites, estas comisiones son espacios propicios para el diálogo y el encuentro desde posiciones diversas.

En los últimos años, ha adquirido una importancia creciente la denominada función prospectiva. Su origen son las denominadas comisiones del futuro y, en concreto, la denominada Comisión del Futuro del Parlamento finés¹⁴. La tarea tradicional de estudio se singulariza porque se aleja del presente y se proyecta a la evolución de la sociedad de acuerdo con el contexto de transformaciones científicas y tecnológicas. La premisa es que es preciso preparar el correspondiente Estado para afrontar los nuevos desafíos. En mi opinión, se trata de un deber ineludible para todos los poderes públicos. Limitarse a gestionar el presente tendrá consecuencias muy negativas. La portación singular del Parlamento debe ser la de siempre: pluralismo, deliberación y publicidad. Además, este espacio es propicio para el cultivo del diálogo entre posiciones diferentes y con la sociedad civil. El desarrollo adecuado de esta función sería un interesante factor de legitimación para la Institución y la política en general. De nuevo, el Senado es el espacio propicio. Como se ha indicado, viene siéndolo para el desarrollo en general de la función de estudio. Se trata de potenciar esta función incorporando de manera específica esa vertiente prospectiva. El Parlamento debe alimentarse de nuevos quehaceres. Lo necesita la sociedad y lo requiere la Institución para recuperar legitimidad funcional. Una de esas funciones debe ser la de estudio. Para ello, no debe olvidarse, se necesitará dotar a la cámara de los medios preciso. Junto a aquellos que se asuman como propios, será muy relevante establecer una adecuada red de colaboración con distintas instituciones.

¹³ En su seno se crearon comisiones de estudio cuyos informes finales han sido de gran utilidad para modificar en sentido positivo las políticas públicas en materias como seguridad vial; dopaje y disciplinas en el deporte o turismo, entre otras.

¹⁴ <https://www.eduskunta.fi/EN/valiokunnat/tulevaisuusvaliokunta/Pages/default.aspx>

4. EL DESARROLLO DEL PARLAMENTO ABIERTO

El listado de posibles funciones adicionales y especialidades en las funciones tradicionales, se puede alargar considerablemente. Así, se podría pensar en determinadas cuestiones relacionadas con la función de control, aprovechando, por ejemplo, las nuevas oportunidades que ofrece la IA. Pero dejando para un desarrollo más extenso su función en relación con la descentralización del poder, y, más en particular, en España, acabo esta relación subrayando la particular tarea que le corresponde al Senado en relación con los principios que vertebran una concepción del Parlamento más ligada al sentir social y abierta a las preocupaciones de los ciudadanos.

Como es sabido, el desarrollo de la noción de Parlamento abierto, nace de la convicción de que es preciso desarrollar un nuevo paradigma parlamentario¹⁵. En la sociedad contemporánea, el Parlamento no puede ser un castillo. Al modo de la imagen arquitectónica del Bundestag, debe ser un espacio transparente con puertas que permitan la interrelación permanente con los ciudadanos. En última instancia, se trata de dar respuesta a la creciente deslegitimación de la política y de las instituciones.

No es preciso señalar que el desarrollo del derecho de acceso a la información o del principio de transparencia, atañe al Parlamento en su conjunto. Pero, de nuevo, las características de una cámara más alejada del debate político inmediato, favorecen el desarrollo de una política singular en relación con estos principios. También es factible pensar que en la necesaria visión de la Institución parlamentaria, y al margen de las obligaciones de cada cámara, se adjudique al Senado una posición especial para el desarrollo concreto de algunas cuestiones. Así, bien puede especializarse en el desarrollo de un derecho a la información política directamente ligado con el principio de participación y con una mejora de la política de comunicación. O desarrollar facetas específicas de la transparencia. En otras palabras, puede convertirse en el cauce común de relación de los ciudadanos con el Parlamento. Es preciso repartir esfuerzos y funciones.

Esta faceta de la Institución tiene una dimensión adicional. En un caso como el español, el Senado debe ser la Cámara que sirva a los ciudadanos de puente con las instituciones europeas. La relación con el ámbito europeo podría ser por sí misma una materia en la que esta Cámara tuviese un protagonismo relevante. De nuevo, sus características son idóneas. Y una faceta específica de esa relación sería facilitar a los ciudadanos información e, incluso, instrumentos de participación. Lógicamente, ello conectaría directamente con el desarrollo del Parlamento abierto.

¹⁵ M. Aragón Reyes, «Parlamento abierto: una visión desde los principios de funcionamiento de las Cámaras», *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 111, pp. 13-43.

III. España: ¿es tan inútil el Senado? ¿No puede ser distinto?

1. EL SENADO MÁS ALLÁ DE LA REPRESENTACIÓN TERRITORIAL

Ninguna institución ha sido objeto de críticas tan duras como el Senado. Casi desde la aprobación misma de la Constitución, se ha postulado su reforma. Hay incluso sectores de la doctrina que abogan, directamente, por su desaparición¹⁶. Sería un enfermo inane sin recuperación posible. Si se atiende a los esfuerzos que ha suscitado y a los escasos resultados obtenidos en forma de reformas tangibles e incremento de su funcionalidad, hay que coincidir en que el diagnóstico debe ser negativo¹⁷. Pero inmediatamente hay que advertir que, en la mayoría de los casos, un juicio tan negativo se ha formulado enjuiciando sólo su labor como cámara de representación territorial. No es normal examinar su quehacer en relación con la función legislativa, el control o, como se indicó, su relevante trabajo de estudio, origen de dictámenes muy relevantes. En este sentido, nunca ha sido claro qué se demanda del Senado. Se puede responder que el cumplimiento de la citada función de representación territorial. Pero más allá de ello, no se ha acabado de reparar en su posible funcionalidad, lo que dificulta un juicio objetivo sobre su cumplimiento o incumplimiento.

Antes de analizar el poder ser, creo que es preciso subrayar que, si bien, más allá de la representación territorial, es indudable que podría haber sido una institución más eficaz, su actividad no ha sido irrelevante. Además del mencionado hacer en relación con la función de estudio, ha desempeñado un papel necesario como cámara de segunda lectura, siquiera sea corrigiendo errores de tramitación en el Congreso. En relación con la función de control, las circunstancias políticas de la XV Legislatura deparan una situación particular a la que haré referencia posteriormente. Baste adelantar que cabe pensar en el desarrollo de una funcionalidad nueva, su condición de contrapeso horizontal propio de la división territorial del poder en un Estado descentralizado.

Si se coincide en que el Senado podría y debería haber sido una institución más eficaz, inmediatamente habrá que intentar responder a la pregunta de por qué no lo ha sido. Si se pone el foco en su condición de cámara territorial, algo normal dado el diseño constitucional, se destaca que las causas se encuentran en la propia Constitución. El diseño realizado por el constituyente haría imposible que desempeñase esta función. Sin duda, ese diseño es un obstáculo para el adecuado desem-

¹⁶ E. Saénz Royo y C. Garrido López, «Razones para plantear la supresión del Senado», *Cuadernos Manuel Giménez Abad* nº 7, 2014, pp. 57-69.

¹⁷ Para una visión general de la Institución, C. Garrido López, *El Senado ante el enigma de la representación territorial*, Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad, 2019.

peño de esta función y es posible coincidir en que es precisa una reforma constitucional que lo adecue a la condición de cámara territorial. Con todo, como inmediatamente se subrayará, entiendo que no es la razón fundamental. Tampoco lo es de que en relación con la función legislativa o de control no haya desplegado todas sus posibilidades. Es evidente que, asimismo, en relación con el ejercicio de estas dos funciones posee evidentes limitaciones. Pero también lo es que podrían haber sido paliadas si la voluntad política hubiese sido diferente. De esta manera, adelanto mi respuesta: los problemas de funcionalidad del Senado se han agravado notablemente por la actitud de los partidos políticos. Objetivamente, no han tenido ningún interés en ayudar a corregir las disfunciones del diseño constitucional del Senado. Un desinterés que se ha expresado de dos maneras. Por un lado, por el perfil de los elegidos para ser senadores; por otro, por el rol que han querido dar a la Institución. Es una crítica que no tiene perfil político. Como en tantas cuestiones en relación con el orden institucional, ha habido acuerdo en la desidia cuando no menosprecio.

Es oportuno señalar que al enjuiciar el trabajo del Senado deben distinguirse dos planos. Por un lado, un enjuiciamiento global de la Institución. Es el análisis que se realiza normalmente; por otro, el trabajo de cada uno de sus miembros. En relación con la primera dimensión ya se ha avanzado una valoración global que se complementará con el análisis relativo a la dimensión territorial. En relación con el trabajo individual de los senadores, lo primera que es preciso recordar es la singularidad de su forma de elección. Si bien es innegable la influencia de los partidos (que los estudios demuestran casi determinante), lo cierto es que en última instancia responden a una elección nominativa que les debería hacer más «libres» de las estructuras políticas. Junto a ello, les singulariza su dimensión «territorial» siquiera sea en relación con la provincia. En un País con los profundos desequilibrios territoriales que tiene España, los senadores representan, o deberían hacerlo, un factor de equilibrio. Una composición que se completa con aquellos que corresponde designar a las Comunidades Autónomas. Una figura que no ha llegado encontrar un perfil nítido¹⁸. Sin duda, en este caso, su caracterización constitucional no ayuda, situándolos en el territorio aparente de la representación territorial pero, simultáneamente, dificultando cualquier relación con la cámara de origen¹⁹. En todo caso, creo que se puede afirmar que una parte de las carencias del desempeño de la Institución bien se pueden adjudicar al escaso «interés» demostrado, en general, por los senadores para individualizar su trabajo. Es preciso reiterarlo: un Parlamento será lo que sus parlamentarios deseen. El Parlamento con

¹⁸ P. García-Escudero Márquez, *Los Senadores designados por las Comunidades Autónomas*, CEPC-Congreso de los Diputados, 1995.

¹⁹ E. Aja Fernández, *Estado autonómico y reforma federal*, Alianza, 2014.

mejor diseño normativo y mejores medios fracasará si sus miembros no asumen su condición y la ejercen en consecuencia. Es decir, si no se creen Parlamento. En este caso, si no se asume la condición de senador con sus peculiaridades: desde la elección nominativa hasta su relación con la representación territorial (autonómica y provincial). No se trata de cuestionar una disciplina de partido necesaria. Existe un terreno intermedio que permite su conciliación con la adquisición por el senador (de un perfil propio). Si ello también se debe predicar en relación con los diputados, debe insistirse en que por razones obvias el senador no sólo tiene más argumentos para reivindicarla sino que también la necesita más.

Es posible concluir señalando que el Senado ha sido más eficaz de lo denunciado por los más críticos pero menos de lo que debería y podría haber sido y, desde luego, en todo caso, insuficiente para alcanzar un perfil propio en el mapa institucional. Perfil que, de acuerdo con lo indicado en páginas precedentes, bien podría haber alcanzado incluso sin reforma constitucional. Si ello no ha sucedido es porque ningún partido ha tenido interés en ello.

2. LA FUNCIÓN TERRITORIAL. REFLEXIÓN GENERAL

Llegados a este punto, es hora de adentrarse en la relación entre el Senado y su definición como cámara de representación territorial. Como tal lo define el artículo 69.1 de la Constitución y el núcleo de las críticas dirigidas a esta Institución se refieren a su incapacidad de cumplir esta función, ya que el diseño constitucional la inhabilitaría para ello²⁰. Es esta premisa la que busco rebatir, siquiera parcialmente, en las páginas que siguen. Por otro lado, y como reflexión generalizable en relación con las segundas cámaras, entiendo que en los Estados políticamente descentralizados es inexcusable la existencia de una institución que favorezca la integración de los intereses de las regiones en el Estado y fomente los espacios de colaboración

Desde luego, las normas que lo rigen en la Constitución no son las más coherentes con esa naturaleza de cámara territorial que se le adjudica como presupuesto. Puede entenderse incluso que hay una tensión contradictoria y no resuelta entre el enunciado del primer punto del artículo 69 y el resto de las normas dedicadas al Senado, incluidas las referidas a su inserción en un modelo de bicameralismo imperfecto. Considero que es posible aventurar que el origen de esa contradicción radica en una convicción y en una indefinición: la convicción de que un Estado descentralizado, y el español iba a serlo, requería de una cámara territorial y la profunda indeterminación sobre el alcance de esa descentralización. El cons-

²⁰ C. Garrido López, *El Senado ante el enigma de la representación territorial*, ob. cit.

tituyente, incluso si lo hubiese deseado, difícilmente hubiese podido concretar la función territorial del Senado. Como en otros muchos aspectos del modelo territorial, existe en este punto una divergencia profunda entre el ser fruto de la evolución del Estado y la literalidad de las normas constitucionales. Lógicamente, la única solución idónea para esta disfunción sería la reforma constitucional, tal y como planteó en su celebre informe el Consejo de Estado.²¹

En este punto, el juicio que merece el desempeño de la Institución es negativo, más que en relación con el resto de las funciones. Si bien se han realizado reformas normativas relevantes que han buscado rectificar esta situación como la creación de la Comisión General de Comunidades Autónomas o el intento de darle protagonismo en relación con la Conferencia de Presidentes, lo cierto es que sólo con ocasión de la aplicación del artículo 155 se visibilizó su relevancia como cámara territorial²². Una consecuencia inevitable de la propia dicción constitucional. El Senado no ha cumplido con la función que se señalaba como necesidad de cualquier Estado descentralizado: no ha servido a la integración de los distintos poderes territoriales ni como cauce para la participación de las Comunidades Autónomas en las decisiones estatales.

El análisis de la relación entre Parlamento e integración territorial debe completarse con el rol que al respecto desempeña el Congreso de los Diputados. En concreto, recordando la distorsión que supone que sea en el Congreso donde se dirima lo principal y lo accesorio en relación con la distribución territorial del poder. Como consecuencia del sistema de partidos, las decisiones fundamentales en relación con la forma territorial del poder se adoptan en el Congreso. La anomalía no se limita a la inversión de papeles con el Senado. Las decisiones se adoptan de forma, cuando menos, heterodoxa. Se adoptan sólo en función del interés de las Comunidades con partidos nacionalistas de relevancia para la gobernabilidad. Más aún, se adoptan otorgando a unos partidos determinados, incluso minoritarios en el conjunto de la Comunidad Autónoma, la representación del todo. Una circunstancia que se ha visto agravada por la evolución del sistema de partidos y consiguiente debilitamiento del bipartidismo. Se trata de una profunda distorsión que afecta a fundamentos mismos del sistema. Por ello, es urgente que el Senado asuma su condición de cámara de representación territorial, permitiendo un debate equitativo y libre de posibles contrapartidas ajenas al diseño del modelo territorial.

²¹ <https://www.consejo-estado.es/wp-content/uploads/2021/02/MODIFICACIONES-CONSTITUCION-ESP-1.pdf>

²² M. Caveró Gómez, «La aplicación por el Senado del artículo 155 de la Constitución», *Revista de las Cortes Generales* nº 103, pp. 653-677.

3. EL PODER SER: LA FUNCIÓN TERRITORIAL DEL SENADO ESPAÑOL SIN NECESIDAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Cualquier reflexión que se haga en la España de hoy sobre necesarias reformas institucionales, debe asumir con realismo que no hay lugar a plantear una reforma constitucional. El clima político hace inimaginable alcanzar el consenso necesario. En un supuesto como el del Senado, ello obliga a preguntarse si el debate acaba con esta constatación o si, por el contrario, hay que ir más allá y pensar qué reformas se pueden abordar al margen del texto constitucional. Es lo que se hará a continuación. Con dos matices relevantes: por un lado, hoy por hoy, cualquier reforma que implique la necesidad de un acuerdo político transversal es compleja; por otro, en todo caso, el éxito o fracaso dependerá de los senadores, es decir de que los partidos políticos asuman la relevancia de que estos desempeñen con éxito la función que la Constitución les atribuye.

Si se formula y responde la pregunta de qué puede hacer el Senado en relación con su función territorial con el ordenamiento vigente, hay que traer a colación los instrumentos y procedimientos que pueden servir al ejercicio de esta función. De manera sintética, y sin ánimo de exhaustividad, se pueden relacionar los siguientes:

- a) Los senadores autonómicos
- b) La Comisión General de Comunidades Autónomas
- c) Los instrumentos ordinarios de debate y control
- d) Introducción de alguna especialidad en el procedimiento legislativo, en particular en relación con aquellas leyes que afecten de forma más directa a la organización territorial del poder.
- e) La función de estudio.

Es cierto que el Senado tiene importantes limitaciones para un desarrollo adecuado de su función territorial. Pero también lo es que su presencia en el debate podría ser muy superior a la que es. Gestionando de forma adecuada los instrumentos anteriormente citados, es posible pensar en una serie de acciones que le otorgarían un papel relevante en materia territorial. Como premisa general, entiendo que el Senado tiene que hacer el esfuerzo de abandonar la retórica para, desde los hechos, dar forma a su condición de cámara territorial. Es posible que la Constitución no lo facilite. Pero en ningún caso lo impide. En ningún caso prohíbe que el Senado sea protagonista de debates importantes en materia territorial o que sirva de foro para el diálogo entre los Presidentes autonómicos. Tampoco impide que los senadores autonómicos adquieran un perfil propio representando los intereses de su Comunidad Autónoma y, en general, del modelo territorial.

Nada impide que el Senado personifique el principio constitucional de autonomía, siempre en relación con los otros principios constitucionales que lo definen, en particular unidad y solidaridad.

La acción política puede dotar de protagonismo al Senado en materia territorial. Si se coincide en la necesidad de un espacio para el debate sobre la evolución del modelo y en el que las Comunidades puedan participar, de una u otra manera, en la adopción de las decisiones, no hay nada que impida convertir al Senado en ese espacio que tanto se reclama. Como he indicado, hay instrumentos suficientes para llevar a cabo este planteamiento. Por supuesto, y ello no es una cuestión menor, bien puede pensarse en instrumentos adicionales. Su incorporación al elenco de medios a disposición de la Cámara alta apenas exigiría, como máximo, una reforma del Reglamento.

Se puede alegar que para acometer esta línea de trabajo sería preciso el concurso del Congreso de los Diputados, dado que, necesariamente, se podría llegar a ver afectada su actual rutina. Por supuesto, sería lo idóneo. Y si se levanta el velo de la autonomía de las cámaras, así sería. El Senado sólo dará el paso si los partidos llegan al convencimiento de que debe cambiarse su actual estatus quo y que es preciso profundizar en su función territorial. Una decisión que trasladarían al Congreso para adoptar un modelo global regido por la premisa de una cierta especialización del trabajo, de una vis atractiva del Senado para con los temas territoriales.

Sin voluntad de ser exhaustivo, aludiré a continuación a algunas acciones que servirían a este objetivo. Así, en desarrollo de la función de estudio, bien podría crearse en el Senado una Comisión que tuviese como objeto el análisis de la evolución del modelo territorial, examinando tanto cuestiones concretas como líneas generales. Podría ser o no permanente. Funcionaría mediante la elaboración de dictámenes que deberían servir para posteriores debates en los órganos correspondientes de la Cámara. El trabajo en la comisión tendría una utilidad añadida: fomentar el diálogo entre las distintas formaciones políticas, favoreciendo una cultura de acuerdo. Los dictámenes y posteriores debates bien pueden conllevar conclusiones y propuestas de reforma concreta o no. Si lo hacen y sirven para modificar el modelo desde el acuerdo, magnífico. Pero incluso si no sucediese así, el debate y la reflexión pública resultarían del máximo interés.

Una cuestión en la que el Senado no sólo puede sino que debe tener un protagonismo especial es en relación con el sistema de financiación autonómica. Posiblemente, la clave de bóveda de todo el sistema territorial²³. Y, seguramente, la mayor debilidad: los fundamentos constitucionales son muy escasos; la opacidad

²³ Al respecto, C. García Novoa, *Financiación autonómica y reforma del Senado*, Marcial Pons, 2012.

ha caracterizado tanto las sucesivas reformas como sus consecuencias; los plazos para la aprobación de un nuevo modelo se incumplen con afecciones graves sobre la financiación de las Comunidades. Se trata de una cuestión esencialmente multilateral y necesitada de la máxima transparencia. Mediante la Comisión General de Comunidades Autónomas, utilizando los recursos ya existentes o añadiendo otros, debe ser el espacio para forjar formalmente los acuerdos necesarios y para trasladar a la opinión pública toda la información necesaria. Como advertiré inmediatamente, la desequilibrada deriva territorial del Congreso hace perentorio que el Senado ejerza de foro de representación de todas las Comunidades en una materia tan sensible.

En relación con la financiación, cabe mencionar dos cuestiones adicionales. Por un lado, en el procedimiento legislativo se podría introducir una variante para aquellas leyes que tengan consecuencia financiera sobre las Comunidades Autónomas. Se trata de un tema relevante. En numerosas ocasiones, el Estado asume mediante ley compromisos con costes elevados que tienen que asumir las Comunidades Autónomas sin que se prevea contrapartida. Por ejemplo, en el acuerdo suscrito entre el PSOE y Sumar para la XV Legislatura se acuerda como una de las medidas más relevantes «limitar por ley el tiempo en lista de espera médica». Desde un punto de vista competencial es, a mi juicio, una decisión discutible. Pero, más allá, lo que resulta indudable es que tiene un elevado coste económico que deberán asumir las Comunidades. ¿Con qué recursos? ¿Los establecerá la propia ley? ¿Cómo se determinarán? ¿Participarán las Comunidades Autónomas en el proceso? Entiendo que es factible que, al menos, parcialmente, estas preguntas encuentren respuesta en el Reglamento del Senado.

Junto a lo anterior, la ya aludida «función de estudio territorial» que debería desarrollar con intensidad el Senado, tendría en la financiación un objeto de análisis constante y de la máxima relevancia. Los hechos demuestran que un sistema de financiación se encuentra necesariamente sujeto a cambios. Las características de la evolución social acrecientan una constante del federalismo clásico. Dedicar un espacio alejado del conflicto político inmediato y sobre un fermento de confianza es imprescindible para limar las inevitables tensiones que en todo caso va a provocar la negociación de un sistema de financiación.

Un instrumento parlamentario que puede ser de gran utilidad es el debate. Normalmente, suele ser menospreciado. Sin embargo, es esencia del Parlamento: concentra publicidad, deliberación y control. Porque el mero hecho de debatir supone someter a escrutinio la posición del poder. Como indiqué, el trabajo resultante de la función de estudio debe provocar los correspondientes debates. Más allá, sería conveniente que el Reglamento de la Cámara estableciese la obligación de una serie de debates alrededor del modelo territorial. En primer lugar, se puede celebrar, anual o bienalmente, un debate general sobre el Estado del Estado de las

autonomías. Un debate con intervención del Presidente del Gobierno y de los Presidentes autonómicos. En este punto, resulta preciso subrayar que si bien es inevitable que las polémicas de partido se encuentren presentes, también lo es que no sean protagonistas. Si lo son sólo se tendrá una réplica desvirtuada del Congreso. Junto a este debate general, pueden pensarse en otros como, por ejemplo, referidos a la relación de las Comunidades con la Unión Europea o en relación con políticas públicas que afectan de manera singular a las Comunidades. No es preciso que siempre acudan el Presidente o miembros del ejecutivo autonómico. Con prudencia, los senadores autonómicos podrían desempeñar un papel singular en estos debates. Hay que hacer notar que la participación de las Comunidades en la formulación de una política pública como, por ejemplo, vivienda, no sólo interesa a las mismas. Lo requiere el Estado si es que desea progresar eficazmente en esa política u otra similar.

También en relación con las funciones clásicas, legislativa y de control, es posible pensar en la adopción de medidas que potencien de forma eficaz la condición territorial del Senado. Por ejemplo, en materia legislativa, se puede examinar cómo modular el procedimiento legislativo de las leyes que contienen legislación básica. El Senado puede realizar un examen pormenorizado del título habilitante y del alcance de las bases. Cuando menos, el trabajo que se realice tendría un efecto preventivo y hasta disuasorio, ya que serían antecedentes relevantes de cara a posteriores recursos.

No me extenderé en relación con la función de control. Las posibilidades son múltiples. Desde sesiones singulares a comparecencias sectoriales. Lo relevante es la especialización. Lo importante es que el Senado sea capaz de adquirir un perfil propio en la función de control por su relación con el modelo territorial. El control se puede ejercer tanto de forma preventiva como a posteriori. Es decir antes de tomar una decisión que afecta al ámbito autonómico y después, para valorar sus consecuencias.

Si bien esta relación podría alargarse, sólo aludiré a una cuestión más. Me refiero a la relación del Senado con los Parlamentos autonómicos. He tenido ocasión de extenderme sobre este tema, por lo que me limitaré al apunte²⁴. En esa relación se suman dos cuestiones de la máxima relevancia: la vertebración del modelo territorial y la cooperación interparlamentaria en un contexto profundamente interrelacionado. Hasta el momento, no es posible realizar una lectura positiva. La ignorancia mutua ha prevalecido, más allá de algunos rastros de colaboración, en particular en la etapa formativa de los Parlamentos autonómicos. Entiendo que es una situación que debe corregirse. Las posibilidades de colabora-

²⁴ J. Tudela Aranda, «El Senado y los Parlamentos autonómicos: un reflejo de las debilidades cooperativas del Estado autonómico», *Revista General de Derecho Constitucional* nº 24, 2017.

ción amplias: desde el rol que pueden desempeñar los senadores autonómicos hasta el cruce de información. También sería interesante concertar una mínima política común en relación con el Parlamento abierto, de manera que mediante el suministro de la información y la transparencia no sólo se incrementase la legitimidad de las instituciones sino del conjunto del modelo territorial. Finalmente, y no lo menos importante, Senado y Parlamentos autonómicos bien podrían servir al fortalecimiento de las relaciones de colaboración, ya sean bilaterales o multilaterales, formales o informales.

No es posible ser exhaustivo. Aunque en relación con alguna de las propuestas realizadas se pueda poner alguna objeción, es evidente que hay mucho camino por recorrer. Un camino que sólo tiene un requisito y un obstáculo: la voluntad política. Es cierto que el Senado tiene carencias notables en su diseño constitucional. Es cierto que dificultan el desarrollo de su naturaleza como cámara de representación territorial. Pero es falso que invaliden completamente a la Cámara en esta función, más allá de su relación con el artículo 155. Si el Senado no ha adquirido un mayor perfil territorial, es porque no se ha querido.

IV. Una breve reflexión final. El Senado en el contexto político de la XV legislatura

El último párrafo, con la adición de un breve recordatorio de recuerdo de lo escrito en relación con la necesidad de la existencia de una segunda cámara (con independencia del modelo territorial), bien podría haber sido el colofón de este trabajo. Sin embargo, las circunstancias políticas de la XV Legislatura hacen precisa una reflexión final. Como premisa de la misma, bueno sea recordar los hechos que condicionan el papel del Senado: a) Conformación en el Congreso de una mayoría con el apoyo decisivo de grupos nacionalistas que se arrogan la representación de sus Comunidades; b) Acuerdo de gobierno en el que los temas territoriales referidos de forma exclusiva a determinadas Comunidades Autónomas tienen una relevancia esencial; c) La oposición dispone de mayoría absoluta en el Senado; d) El primer partido de la oposición gobierna en doce Comunidades Autónomas.

En este contexto, el Senado bien se puede desenvolver de manera diferente a lo visto hasta ahora. En términos tradicionales, las circunstancias invitan a ver en la cámara alta el contrapeso horizontal propio del federalismo clásico. El senado sería la manifestación institucional más nítida de lo que al principio de división del poder puede conllevar un modelo federal o cuasi federal. Creo que se trata de una cuestión de relevancia. Relevancia que se acrecienta por las graves tensiones institucionales y la fuerte polarización política. El mencionado papel de contrape-

so no sólo no es criticable sino que es perfectamente coherente con el sistema y su correcto ejercicio bien puede ayudar a la legitimación de la Institución. Pero si se realiza de forma inadecuada, sucederá lo contrario y el deterioro institucional aún se incrementará más.

Un análisis más concreto, lleva a distinguir entre dos planos de la funcionalidad que el Senado puede adquirir como contrapeso en la presente Legislatura. Lógicamente, se corresponden con la doble posición que la Cámara tiene en nuestro sistema institucional. Por un lado, como cámara parlamentaria con mayoría diferente a la que en el Congreso sustenta al Gobierno; por otro, como cámara de representación territorial. Desde la primera perspectiva, el Senado emerge como instrumento de oposición política. Una afirmación que en sus propios términos encierra los límites y las posibilidades. Es natural que si la oposición tiene la mayoría en una cámara, la aproveche para realizar oposición. Incluso para hacer la que en el Congreso se le dificulta. Nada limita en la Constitución la función del control por el Senado, más allá de la reserva de determinados instrumentos al Congreso. Ahora bien, y aquí surgen los límites, esa oposición no puede ser ejercida de cualquier manera: el Senado es una institución del Estado y deben respetarse los límites expresos e implícitos que ello conlleva. Por ser gráfico, el Partido Popular bien podría haber provocado un debate general sobre las concesiones en materia competencial o de financiación a determinadas Comunidades pero, por el contrario, no es de recibo modificar el Reglamento con una vocación estrictamente coyuntural sólo para obstaculizar la tramitación de una determinada ley²⁵.

Más interés posee, en mi opinión, el posible devenir de la Institución en relación con la representación territorial. Las circunstancias son idóneas para que, desde la paradoja, pueda asumir un protagonismo hasta ahora negado. Entiendo que es objetivo que el extremo al que han llegado las concesiones territoriales en la negociación de la investidura es perjudicial para la ordenación racional del mismo. Más, creo que se puede afirmar que por método y resultado es incoherente con la arquitectura constitucional. Entre otras cosas, porque resulta forzosamente injusto para con todos los ciudadanos que no habitan en alguna de las Comunidades «beneficiadas». Sin pretender un uso de estricto rigor académico, esa negociación posee matices confederales que alejan al Estado de las equivalencias propias de un modelo federal (incluso en los modelos asimétricos, las asimetrías suelen tener otros cauces de llegada). Frente a ello, el Senado tiene la oportunidad, sino obligación, de ser el cauce de expresión del conjunto del Estado. Así, el Senado sería bandera del ethos federal que inspira nuestro sistema territorial. Como la historia suele gustar de la paradoja, esa bandera federal quedaría hoy en manos del Partido Popular. Por su posición en relación con el gobierno de la mayoría de las

²⁵ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-23340.

Comunidades Autónomas y por su mayoría en el Senado, se encuentra en condiciones de hacerlo. Debería quedar claro que se trata de la defensa de lo que ideológicamente representa el federalismo: voluntad de unión y respeto a la diversidad; equidad y participación paritaria.

El normal desempeño del Senado como cámara territorial debería servir a este objetivo. Sólo se requiere, las paradojas de nuevo, que, al fin, se tomen en serio las «capacidades territoriales» del Senado. Si se hace, se realizará el mejor servicio posible no sólo a la Institución sino también al conjunto del sistema territorial y, me atrevo a afirmar, del sistema institucional. Es una tarea exigente. Debe hacer con mesura y con la guía de la mejora del sistema en su conjunto. Sería irreal pensar que este hacer se puede desentender completamente de la dialéctica política gobierno/oposición. Pero en ningún caso debería olvidarse de que se trata de un plano diferente. Ello significa que debe prevalecer la voluntad de mejora del modelo territorial y que su uso para la dialéctica gobierno/oposición debe estar regido por la prudencia y el rigor, evitando la distorsión de instrumentos e instituciones.

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 <i>Universidad de Granada</i>	M ^a Dolores Requena de Torre <i>Universidad de Granada</i>	Joaquín Sarrión Esteve <i>Universidad Nacional de Educación a Distancia</i>
Juan F. López Aguilar <i>Universidad de Las Palmas de Gran Canaria</i>	Juan Francisco Sánchez Barrilao <i>Universidad de Granada</i>	Fausto Vecchio <i>Università Kore di Enna</i>
María Luisa Balaguer Callejón <i>Magistrada del Tribunal Constitucional</i>	Sixto A. Sánchez Lorenzo <i>Universidad de Granada</i>	José Ángel Marín Gámez <i>Universidad de Jaén</i>
Baldomero Oliver León <i>Universidad de Granada</i>	Angelo Schillaci <i>Sapienza Università di Roma</i>	Eloísa Pérez Conchillo <i>Universidad Nacional de Educación a Distancia</i>
Manuel Aragón Reyes <i>Universidad Autónoma de Madrid</i>	Augusto Aguilar Calahorra <i>Universidad de Granada</i>	Elisa Pérez Vera <i>Universidad Nacional de Educación a Distancia</i>
Miguel Azpitarte Sánchez <i>Universidad de Granada</i>	Miguel José Arjona Sánchez <i>Universidad de Granada</i>	José María Porras Ramírez <i>Universidad de Granada</i>
Antonio D'Atena <i>Universidad Tor Vergata</i>	Abraham Barrero Ortega <i>Universidad de Sevilla</i>	Paloma Biglino Campos <i>Universidad de Valladolid</i>
Carlos de Cabo <i>Universidad Complutense de Madrid</i>	Ricardo Chueca Rodríguez <i>Universidad de La Rioja</i>	Adoración Galera Victoria <i>Universidad de Granada</i>
Paolo Ridola <i>Sapienza Università di Roma</i>	Pedro Cruz Villalón <i>Universidad Autónoma de Madrid</i>	Andrea Garrido Raya <i>Universidad de Granada</i>
Francisco Miguel Bombillar Sáenz <i>Universidad de Granada</i>	Cristina Elías Méndez <i>Universidad Nacional de Educación a Distancia</i>	Rosa Iannaccone <i>Sapienza Università di Roma</i>
Daniela Dobre <i>Universidad de Granada</i>	Teresa Freixes Sanjuán <i>Universidad Autónoma de Barcelona</i>	Alberto López Basaguren <i>Universidad del País Vasco</i>
Enrique Guillén López <i>Universidad de Granada</i>	Miguel Ángel García Herrera <i>Universidad del País Vasco</i>	Giacomo Palombino <i>Centro de Estudios Políticos y Constitucionales</i>
Antonio López Castillo <i>Universidad Autónoma de Madrid</i>	Yolanda Gómez Sánchez <i>Universidad Nacional de Educación a Distancia</i>	María Concepción Pérez Villalobos <i>Universidad de Granada</i>
Ricardo Martín Morales <i>Universidad de Granada</i>	José Antonio Montilla Martos <i>Universidad de Granada</i>	Agustín Ruiz Robledo <i>Universidad de Granada</i>
Luis Fernando Martínez Quevedo <i>Universidad de Granada</i>	Miguel Ángel Presno Linera <i>Universidad de Oviedo</i>	María Salvador Martínez <i>Universidad Nacional de Educación a Distancia</i>
Francisco Javier Matia Portilla <i>Universidad de Valladolid</i>	Tomás Requena López <i>Universidad de Granada</i>	José Tudela Aranda <i>Letrado de las Cortes de Aragón</i>
José Luis Monereo Pérez <i>Universidad de Granada</i>	Susana Ruiz Tarrías <i>Universidad de Granada</i>	
Antonio Pérez Miras <i>Universidad de Granada</i>		