Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ENCUESTA

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ENCUESTA SOBRE LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES

PRESENTACIÓN

El objetivo del Consejo de Redacción de esta revista ha sido siempre el de intentar abordar los temas de actualidad, por complejos o delicados que fuesen, y llamar la atención sobre los problemas jurídico-constitucionales que en cada momento resultaban de mayor gravedad. En materia de igualdad entre hombres y mujeres, el debate público, así como el interés y la discusión científica, han ido progresivamente *in crescendo* desde la aprobación de la Constitución de 1978 hasta alcanzar hoy en día un punto culminante, en el que creemos necesario invitar a los estudiosos constitucionalistas a reflexionar sobre este tema tan central.

Es cierto que la Constitución consagra la igualdad entre hombres y mujeres, estableciendo la prohibición de discriminación por razón de sexo, en su art. 14, y encargando a los poderes públicos la tarea de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y la de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, según la conocida fórmula del art. 9.2. Y es cierto que, con ello, rompe con el orden jurídico inmediatamente anterior, en el que, hasta las reformas que se acometieron en la última parte del régimen franquista, la mujer había estado socialmente relegada a un papel secundario y jurídicamente situada en una posición subordinada a la del hombre y sin posibilidad de desenvolverse con autonomía y libertad. Así, nuestra Constitución, con el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del orden político y de la igualdad, en los términos ya señalados, nos situó en la órbita del constitucionalismo del Estado social y democrático de derecho que caracteriza a los Estados europeos, excluyendo tratamientos diferentes injustificados que no respeten el principio de la igualdad formal y fijando como objetivo a perseguir el de la igualdad real y efectiva en el reconocimiento y disfrute de los derechos por parte de las mujeres.

El problema es que estos dos objetivos, sin embargo, no son fáciles de alcanzar. Dejando a un lado las dificultades técnico-jurídicas que plantea el principio de la igualdad formal, y baste recordar en este sentido la compleja construcción jurisprudencial del juicio de igualdad, la verdadera dificultad es la que trae consigo el principio de la igualdad material, que obliga a los poderes públicos a analizar la realidad y a intervenir en ella, de forma activa, tomando todas las medidas

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que sean necesarias para avanzar en la consecución de la igualdad real y efectiva: políticas públicas, medidas legislativas, planes de actuación… Y esta es una tarea realmente ambiciosa, porque se trata de superar una situación de desigualdad estructural, de hondísimas raíces históricas y culturales, que desde luego no queda revertida únicamente con la proclamación constitucional del reconocimiento de la igualdad. Para avanzar en la consecución de este cometido son necesarias medidas de muy diferente tipo y relativas a muy distintos ámbitos también (el educativo, el de la comunicación, el laboral, el de la representación política…), y tampoco parece sencillo, según muestran el debate político y el jurídico, tener la seguridad de que las medidas adoptadas sean las adecuadas para alcanzar el fin perseguido.

Por todo ello, cuatro décadas después de aprobarse la Constitución se puede decir que aún queda mucho por hacer. Esta es la razón por la que la reivindicación de la igualdad para las mujeres moviliza a una parte muy considerable de la población, como muestran, por ejemplo, las manifestaciones que tienen lugar en los últimos años con motivo del día de la mujer el 8 de marzo, y por la que se han realizado muchas propuestas sobre la conveniencia de reformar la Constitución desde el punto de vista de la igualdad de hombres y mujeres.

Así pues, abrimos el presente número con una encuesta en la que especialistas en la materia se pronuncian sobre una serie de cuestiones que les hemos planteado en relación a este tema y que, como siempre, son la excusa para que puedan ofrecernos con toda libertad sus opiniones al respecto y para animar a los lectores a reflexionar sobre este principio tan esencial para nuestro orden político.

CUESTIONES

1. *La igualdad de la mujer se reconoce por primera vez en nuestro país en la Constitución de 1931. ¿Qué reflexiones puede hacernos de aquel precedente histórico? ¿Y de la situación en que se encuentra la igualdad entre hombres y mujeres en 1977?*

2. *¿Cómo valora la forma en que la Constitución de 1978 recoge la igualdad entre mujeres y hombres? ¿En qué medida puede ser el reflejo del número de mujeres constituyentes? ¿Cómo explica que este tema apenas ocupase espacio en los debates constituyentes?*

3. *¿Cuáles cree que han sido los avances más reseñables en los últimos cuarenta años? ¿Cuáles considera que han sido los obstáculos más importantes y los objetivos no alcanzados?*

4. *Se han realizado muchas propuestas sobre la conveniencia de reformar la Constitución desde el punto de vista de la igualdad de hombres y mujeres ¿Qué opinión tiene al respecto?*

5. *¿Cree que sin el respaldo del derecho internacional se hubiera avanzado como se ha hecho en materia de igualdad? Además de este ¿Cuáles han sido a su juicio los impulsos jurídicos o políticos que han determinado los avances (y retrocesos) realizados?*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

6. *¿Qué valoración le merece la interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional del principio de igualdad entre mujeres y hombres? ¿Considera que el juicio de igualdad, en este caso, tiene singularidades que lo diferencian de los otros «rasgos sospechosos» del art. 14?*

7. *Transcurridos ya unos años, ¿Cómo cabe valor la actividad del legislador en esta materia, especialmente a través de las leyes de igualdad y contra la violencia de género?*

ENCUESTADOS

MARIA LUISA BALAGUER CALLEJÓN. *Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga*

PALOMA BIGLINO CAMPOS. *Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid*

ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA. *Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Salamanca*

TERESA FREIXES SANJUAN. *Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Barcelona*

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ. *Profesora Titular de Derecho Constitucional, Universidad Carlos III*

FERNANDO REY MARTÍNEZ. *Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid*

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ. *Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Córdoba*

RESPUESTAS

1. *La igualdad de la mujer se reconoce por primera vez en nuestro país en la Constitución de 1931. ¿Qué reflexiones puede hacernos de aquel precedente histórico? ¿Y de la situación en que se encuentra la igualdad entre hombres y mujeres en 1977?*

MARIA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

La regulación de la igualdad entre mujeres y hombres en la Constitución de 1931, en lo que se refiere a su derecho al voto, tuvo como se sabe, un proceso complicado y se aprobó finalmente con un escaso margen de diferencia en las Cortes de la República. Y las mujeres de la II República mantuvieron respecto del momento en que debía aprobarse el sufragio para las mujeres, posiciones muy relativizadas por el momento histórico. La personalización en V. Kent y Clara Campoamor de dos posiciones diferentes respecto del sufragio, tenían más recorrido respecto de los criterios de adopción de ese derecho en ese momento

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

concreto. Los Diarios de Sesiones de las Cortes registran con toda fidelidad lo que allí ocurrió, aunque se haya desdibujado por versiones, a menudo interesadas y mediatizadas por la recurrente y siempre atractiva escena de un conflicto entre dos mujeres respecto de sus derechos. La frase apodíctica de V. Kent en relación con su dilema personal, se interpreta interesadamente como una negativa a lo que constituye solamente una estrategia política dirigida a defender la República en aquellos momentos. La frase textual, «Es significativo… que yo me dirija a la Cámara para decir que el voto femenino debe aplazarse», no dejaba lugar a dudas acerca de la necesidad de aplazar, pero la contestación de Clara Campoamor es tajante y dura: «Lejos yo de censurar ni de atacar las manifestaciones de mi colega Kent; comprendo por el contrario, la tortura de su espíritu al haberse visto en trance de negar, como ha negado, la capacidad inicial de la mujer. Creo que por sus pensamientos ha debido de pasar de alguna forma la amarga frase de Anatole France cuando nos habla de aquellos socialistas que forzados por la necesidad, iban a Parlamento a legislar contra los suyos». Esta contradicción, es tan aparente como muchas otras aporías del feminismo; como las que parten de la idea de una contradicción insalvable entre feminismo y marxismo, o entre feminismo y forma de estado, pero si lo observamos ahora con perspectiva histórica, la República, al ser en ese momento una exigencia de la democracia en España, insustituible entonces por cualquier otra forma de gobierno, constituía una precondición que V. Kent veía con clarividencia. Las consecuencias presuntamente negativas del voto de las mujeres en las elecciones posteriores no se han podido demostrar, como tampoco lo contrario, pero lo que interesa resaltar aquí es la posición indiciaria del movimiento feminista en ese momento y la necesidad de atender a estrategias capaces de rentabilizar los logros del feminismo.

Es cierto que se reconoce el derecho al sufragio en la Constitución de la II República en 1931, pero esto es solamente un derecho político muy elemental, que no tendrá demasiada trascendencia en la vida cotidiana de las mujeres, y vendrá además acompañado de la culpabilidad colectiva a la mujer por considerar que tendría un efecto negativo para la República. Más interés podían tener en este sentido los derechos que afectaban a las mujeres en las leyes civiles, como la de divorcio, o en la que algunos territorios, como Cataluña, llegaron a tomar vigencia como la del aborto. Esta legislación fue fruto también como es sabido, de la lucha de mujeres como Carmen de Burgos, Pardo Bazán y otras, que en sus experiencias personales había sufrido las consecuencias de matrimonios malogrados, y pretendían regular estas situaciones que perjudicaban sobre todo a las mujeres.

PALOMA BIGLINO CAMPOS

La historia constitucional demuestra que no basta con las proclamaciones constitucionales para hacer efectivos los derechos ni para evitar que sean reversibles. Como es de sobra conocido, el art. 36 de la Constitución de la II República

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

proclamaba, por primera vez en España, la igualdad de derechos electorales del hombre y de la mujer. Dicho precepto afirmaba que «los ciudadanos de uno y de otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes». Ahora bien, la elaboración de ese artículo ya dejaba presagiar la temporalidad de la medida y los difíciles tiempos que todavía esperaban a las mujeres.

La mayor parte de los argumentos que se utilizaron en el debate parlamentario fueron de oportunidad. Así, se discutió sobre la capacidad intelectual de la mujer, acerca del papel que le corresponde en la sociedad y, sobre todo, en torno a las opciones políticas por las que se inclinaría. Pocos fueron quienes tuvieron en cuenta la idea de igualdad y de dignidad de la persona. La más destacada, en esta línea, fue sin duda, la diputada del partido Radical Clara Campoamor. Esta, en su famoso discurso pronunciado el primero de octubre de 1931[1], exigió que, a la hora de tomar una decisión, predominaran las consideraciones éticas, de principio, sobre el puro oportunismo político.

Tras el debate, que M. Azaña, de manera hiriente, calificó de «muy divertido, el precepto resultó aprobado por 161 votos contra 121 y un elevado número de ausencias en el hemiciclo. *El Sol*, uno de los principales diarios de la época, de corte intelectual y liberal, calificó la medida como «un gesto de galantería» en el que «los hijos de España se jugaron a cara y cruz un régimen por gusto de sus mujeres»[2].

Antes señalaba que esta victoria de la igualdad no fue definitiva. No merece la pena analizar los derechos políticos de las mujeres durante el franquismo: si los varones tenían pocos, todavía menos correspondían a las mujeres, que sólo podían votar cuando eran cabezas de familia. Con el resto de los derechos la situación no era muy diferente. Baste, quizás, con subrayar que todavía en los años setenta sólo tenían estudios superiores el 0,4% de las mujeres y trabajaban 23 mujeres de cada 100, frente a una tasa de ocupación masculina de casi el 80%[3].

La regulación jurídica obedecía y, a la vez, reforzaba esta situación de desigualdad. Recordemos que, hasta 1975, el art. 23 del Código Civil disponía la pérdida de nacionalidad española para las mujeres que contrajeran matrimonio con un extranjero. Además, de un lado, la mujer debía obediencia al marido y estaba obligada a seguirle donde este fijara su residencia. De otro, el cónyuge varón tenía derecho a administrar los bienes de la esposa y la representaba legalmente. Para que esta pudiera comprar o vender, aunque fuera con su propio patrimonio, necesitaba licencia marital.

Cuando los datos son los que son, creo de está de más cualquier comentario.

1 Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española, n.º 48, 1931, pp. 1352-54.

2 https://www.almendron.com/artehistoria/historia-de-espana/edad-contemporanea/el-voto-femenino-en-espana/la-mujer-en-la-republica-1931-1936/.

3 INE, *La sociedad española tras 25 años de Constitución*, 2003, http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INEPublicacion_C&cid=1259925266299&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalleGratuitas.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA

El concepto de ciudadanía que surge con el Estado Liberal a finales del siglo XVIII es un concepto excluyente porque, la idea de sujeto de derechos se construye sin tener en cuenta el sexo y obviando la construcción social del género. Las mujeres quedaron excluidas del concepto de sujetos de derechos porque la ruptura entre norma y realidad no se origina en el ámbito donde las mujeres quedaban recluidas: el ámbito doméstico. El pacto de la sociedad civil sólo se realizó entre varones iguales y libres y las mujeres únicamente participaban en el contrato sexual, presente en el previo estado de naturaleza.

Los movimientos revolucionarios de los siglos XIX y XX amplían paulatinamente el concepto de ciudadanía pero seguimos asistiendo a una democracia formal que no va más allá del pacto social inicial que sigue siendo homogéneo y permanece inalterado. Se amplió el elenco de sujetos de derechos al incluir a todos los varones, sin distinción de capacidad económica y de raza y se amplió el derecho de sufragio: en principio a todos los varones, en plenitud de derechos civiles y políticos, que hubieran cumplido cierta edad y paulatinamente a las mujeres a lo largo del siglo XX. La mujer española consiguió el estatus de plena ciudadanía con la aprobación del artículo 36 de la Constitución de la II República en 1931. El evento tuvo lugar el día 1 de octubre del mismo año gracias al tesón y al empeño de una diputada feminista del Partido Radical: Clara Campoamor.

Aunque en el siglo XX encontramos en España casos aislados de mujeres emancipadas no se dio, en el primer tercio de dicho siglo, un incipiente movimiento feminista en nuestro país. Existieron algunas asociaciones de mujeres pero se ocupaban principalmente de reivindicar cuestiones sociales y cuando tocaban aspectos de carácter político era para apoyar las reivindicaciones masculinas. Entre dichas asociaciones destacó la ANME (Asociación Nacional de Mujeres Españolas) siendo la organización feminista más importante de España en aquel momento. Formada por mujeres de clase media, preparadas intelectualmente, entre las que destacaban Clara Campoamor y Victoria Kent que fueron luego constituyentes republicanas.

Clara Campoamor defendió en las Cortes Constituyentes de 1931 los derechos de la mujer. En defensa de la República y basándose en motivos de conciencia postuló la realización política de la mujer como una necesidad del régimen que, para cambiar la faz de España, tenía que destruir el divorcio ideológico que implicaba la sumisión de la mujer al hombre en las relaciones de los sexos. Defendió dichos derechos contra la oposición de los partidos republicanos con gran presencia en el Parlamento; obtuvo el apoyo de los votos del Partido Socialista (no en su totalidad) y de algunos núcleos republicanos. También votaron las derechas a favor de la concesión del voto femenino. Conviene destacar la oposición de amplios sectores del arco parlamentario a reconocer en ese momento el voto a la mujer (destaca la intervención en contra de Victoria Kent) porque se alegaba la

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

falta de preparación al respecto y que por ello se pensaba que su actuación se vería influenciada por el marido y por la iglesia católica.

A pesar de la relevancia del hito histórico que supuso el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a la mujer en la Constitución de 1931, ésta sólo pudo ejercer dicho derecho en dos ocasiones, en las elecciones de 1933 y de 1936 a Cortes Generales; el levantamiento militar y la posterior guerra civil dieron al traste con la experiencia republicana. El voto femenino fue mal interpretado y el éxito de las tesis sufragistas quedó oculto a pesar de los éxitos cosechados en pro de los derechos de la mujer. A Clara Campoamor su partido político la condenó al ostracismo y quedó marginada y abandonada en el exilio por el Gobierno de la República. Así redimía su pecado mortal: el voto femenino.

El golpe de Estado de 18 de julio de 1936 dio lugar a la cruenta Guerra Civil que duró largos años y terminó con el derecho de sufragio de los ciudadanos españoles de ambos sexos. La dictadura franquista se prolongó cuarenta años a lo largo de los cuales las convocatorias electorales a los plebiscitos, previamente orquestados por la dictadura, se organizaban para garantizar la permanencia en el poder del Jefe del Estado. En este ambiente, ausente la democracia, la mujer no quedó relegada del simulacro de participación política; en los referendos las mujeres fueran casadas o solteras podían «votar» en igualdad de condiciones que los hombres.

Pero el régimen de Franco eliminó todos los derechos de las mujeres conseguidos durante el periodo republicano. Su objetivo era devolver a la mujer al ámbito de lo privado liberándola «del taller y de la fábrica» y volviendo a someterla a la autoridad marital. Una gran activista por la defensa jurídica de los derechos de la mujer en las últimas décadas de la dictadura franquista fue la jurista María Telo Núñez, cuya obra jurídica y política fueron decisivas para la reforma del Código Civil ya que antes de ser reformado el art. 2.263 de dicho norma situaba a la mujer casada entre los menores, los locos… y quienes no sabían leer ni escribir. El art. 57 obligaba a la mujer a obedecer al marido y la licencia marital le acompañaba en todos los actos de la vida. Sin licencia la mujer casada sólo podía hacer testamento. Los trabajos en que tanto empeño puso culminaron con la promulgación de la Ley 14/75 de 2 de mayo de 1975 que devolvió a la mujer su capacidad plena de obrar al eliminar la obediencia al marido, la licencia marital y todas las discriminaciones por razón de sexo excepto la patria potestad conjunta y la administración conjunta de los bienes gananciales.

La muerte del General Franco el 20-XI-1975 permitió el comienzo de la transición política en España y recuperar la democracia. El cuerpo social español estaba preparado para la reincorporación de la mujer a participar en los asuntos públicos y a ejercer en condiciones de igualdad el derecho de sufragio activo y pasivo. Así pues, el Referéndum para la aprobación de la Ley para la Reforma Política de diciembre de 1976 se convocó conforme a la vigente legislación franquita y las mujeres participaron en idénticas condiciones que los hombres. Aprobada dicha Ley quedó expedito el camino para la convocatoria de elecciones a

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Cortes Constituyentes para lo cual fue necesario aprobar el Real Decreto en marzo de 1977 que regulara un inexistente procedimiento electoral. Dicho Decreto concedía el derecho de sufragio activo y pasivo tanto a los hombres como a las mujeres en pleno uso de sus derechos civiles y políticos. La convocatoria electoral de 15 de junio de 1977 fueron las primeras elecciones democráticas generales que, desde 1936, se celebraban en España donde toda la ciudadanía participó en condiciones de igualdad.

TERESA FREIXES SANJUAN

Fue un reconocimiento importante, pero que hoy consideraríamos «tímido», porque conceptualmente la igualdad y no discriminación, por razón de sexo o de orientación sexual ha evolucionado mucho.

En 1977 no teníamos Constitución y las normas legales contenían todavía muchas discriminaciones. Por ejemplo, en el Código Civil se disponía que no tenían capacidad de obrar los menores, los enajenados y las mujeres casadas. Hoy estamos a años luz de estas regulaciones, puesto que la capacidad jurídica de obrar de las mujeres es la misma que la de los hombres. Los problemas no están en las regulaciones jurídicas sino en la vida práctica.

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ[4]

La Constitución republicana del año 1931 tiene algo de mito fundador, en la medida en que reconoció a las mujeres la condición de sujeto pleno de derechos, y particularmente la titularidad del derecho de sufragio, tanto en su dimensión pasiva como en su vertiente activa. Ese elemento diferencial respecto del contexto normativo previo, y la intensidad de los debates habidos en torno a esta cuestión, nos hacen volver la vista a la Constitución de la II República española cada vez que hablamos sobre mujer y constitucionalismo en España. Si el constitucionalismo se funda y sostiene sobre un conjunto de mitos fundadores, de entre los que destaca el del contrato o pacto social, la historia del pensamiento y logros feministas, en parte, también.

En todo caso, si bien el hito normativo se identifica con la Constitución de 1931, el debate teórico y político sobre los derechos de la mujer en España había empezado antes, y no se cerraría con la aprobación de los artículos 25, 36 y 53 de la Constitución republicana.

4 Buena parte de mis respuestas a esta encuesta se basan en el estudio elaborado para el libro *Una Constituyente feminista ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?,* publicado por Marcial Pons en diciembre de 2017 (Colección «Debates Constitucionales»). En algunos casos se toman fragmentos literales del trabajo.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El Decreto de 8 de mayo de 1931 modificó la Ley Electoral de 8 de agosto de 1907, ampliando la titularidad del derecho de sufragio pasivo a las mujeres, sin las limitaciones que se establecían en la legislación previa. Esta modificación normativa permitió que dos mujeres integraran las que serían Cortes Constituyentes: Clara Campoamor y Victoria Kent, ambas elegidas por la circunscripción de Madrid. Terminada la discusión del texto constitucional, Margarita Nelken formaría parte también de la Cámara Baja, elegida por la circunscripción de Badajoz. Clara Campoamor fue, además, integrante de la Comisión parlamentaria que redactó el borrador de la Constitución y, como ponente, fue la encargada de la defensa ante el Pleno del artículo que extendía el derecho de sufragio activo a las mujeres. El debate, como recordamos, fue encendido y se retomó varias veces, discutiéndose no sólo el qué, sino el cómo, cuestión esta que me parece interesante destacar aquí. En un momento dado, la discusión basculó de la idea del reconocimiento o no de la igualdad de derechos, incluido el de sufragio, a la cuestión de si el reconocimiento debía formularse en el texto constitucional o debía quedar para una sucesiva regulación legal. Una vez constitucionalizado el derecho de sufragio activo en el art. 36, se intentó la introducción de una disposición transitoria en la Constitución para demorar la entrada en vigor de dicho precepto. El temor a que el voto de las mujeres fuera un voto «contra-republicano» pesaba sobremanera en la reflexión política de los Diputados, pero la defensa de Clara Campoamor de la imperiosa necesidad de que el voto femenino se reconociese con carácter inmediato, acabó por convencer a la estrecha mayoría que rechazó la enmienda referida a la disposición transitoria. 131 Diputados frente a 127. Cuatro votos de diferencia. Cuatro votos que marcaron la gran diferencia.

La primera reflexión que me inspira la lectura de los debates constituyentes de 1931, y de la prensa de la época, es que el movimiento sufragista en España tenía una fuerza muy relativa, y muy mediatizada por la asunción que, dentro de los partidos progresistas de la época, se hizo de las pretensiones del sufragismo. Algo que sucedería, de nuevo, en 1977, en los debates constituyentes previos a la aprobación de la Constitución de 1978. Los intereses de partido estuvieron en 1931, como en 1977, por encima de cualquier otra consideración. Y tanto los avances observados, como aquellos que no se produjeron, son el resultado directo de que determinados partidos políticos asumieran o no las pretensiones del movimiento feminista, en sus respectivas modalidades históricas.

La otra gran reflexión que me hago tiene que ver con la inserción, en el texto constitucional del 31, de un conjunto de medidas de equiparación entre hombres y mujeres que después se perderían y no habrían de recuperarse siquiera con el texto de la Constitución de 1978. Los arts. 48, 49 y 50 consagraban un modelo educativo integrador, con una escuela única, gratuita, obligatoria en la enseñanza primaria y una educación igualitaria y laica. La cuestión de la educación de las mujeres había sido el eje vertebrador del «protofeminismo» español. Los textos de Emilia Pardo Bazán, Concepción Arenal, Rosalía De Castro, Cecilia Böhl de Faber, Gertrudis Gómez de Avellaneda o Carmen de Burgos evocaban, con

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

diversos matices, la necesidad de reforzar la educación de las mujeres, como eje en torno al cual debía articularse el cambio de paradigma social, y la Constitución republicana recoge la vindicación y la fórmula como derecho fundamental. El texto también legitimaría la integración de las mujeres en el mundo laboral (arts. 33 y 40 C'31), los derechos al matrimonio civil y al divorcio (arts. 41 y 43 C'31), la despenalización del adulterio, y la atribución de la patria potestad a las mujeres.

Con el alzamiento militar de 1936, y la victoria de quienes lo promovieron en 1939, se inició un periodo de retroceso manifiesto en todos y cada uno de los avances señalados. Y con el fin del régimen franquista, hubo de recuperarse el discurso que se formulara ya durante la Segunda República en relación con la educación, la incorporación de la mujer al mundo laboral y la recuperación del estatuto igualitario en las relaciones familiares. En 1977, en los temas que hemos señalado, se volvió al punto en que se había quedado el debate 40 años antes, con el agravante de que, cuatro décadas de dictadura, habían hecho calar determinados planteamientos en un amplio grupo de población con la que había que consensuar las bases del nuevo sistema democrático. Y en la Constitución de 1978 no se logró alcanzar el nivel de reconocimiento y alcance que determinados derechos tuvieron en la Constitución de la II República. La gran diferencia entre los dos modelos radica en el hecho de que la estabilidad política alcanzada tras la Constitución de 1978 permitió recuperar con rango legal el territorio conquistado en los años 30, consolidarlo y desarrollarlo posteriormente.

FERNANDO REY MARTÍNEZ

Hubo interesantes intentos de reconocer cierta igualdad jurídica y política entre mujeres y hombres antes de 1931 en nuestro país, en idéntica línea de lo que sucedía en otros países europeos. Las primeras protestas feministas tenían, sin embargo, un objeto limitado; ni mucho menos pretendían la plena equiparación de derechos entre mujeres y hombres ni partían de la consideración de la radical igualdad entre ambos, dado que aún las sociedades europeas no se habían secularizado tanto como para convenir que mujeres y hombres no tuvieran distintas *funciones* sociales que cumplir (producción y mando, los hombres, reproducción y obediencia, las mujeres). Religiones y tradiciones, sobre todo ligadas a una cierta idea de «familia», venían a impedir cambios excesivamente bruscos en el imaginario social del periodo. En efecto, el primer feminismo, de finales del siglo XIX y comienzos del XX, llevaba en el zurrón de sus propuestas temas tan concretos y limitados como el acceso de las mujeres solteras a las profesiones (no de las casadas); el derecho de las mujeres casadas a administrar su propio patrimonio; la mejora de la educación de las mujeres y el ingreso de éstas a los estudios superiores… y el sufragio femenino. Poco más. Aunque no era poco, ni poco importante o, ni mucho menos, fácil de conseguir. Y eso que, como puede observarse, eran

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

reivindicaciones propias no tanto de todas las mujeres, sino de los grupos más activos de las mujeres de las clases posidentes e ilustradas.

En mi opinión, el cambio ideológico o de mentalidad que lleva a considerar a mujeres (a todas ellas) y hombres como sujetos plenamente iguales y, por tanto, con idénticos derechos, no empieza a abrirse paso, en realidad, sino a partir del cambio axiológico asociado al nivel de desarrollo económico y cultural de las sociedades europeas y norteamericanas alcanzado a partir de los años sesenta del siglo XX. Mayo del 68. Que coincide, además, en el tiempo y creo que de modo no casual, con la incipiente generalización de los anticonceptivos y, por tanto, con el control de la propia maternidad, lo que permite, por fin, la conciliación entre «producción» (trabajo extradoméstico) y «reproducción». De ahí que, a mi juicio, la plena igualdad entre mujeres y hombres, tal y como la entendemos contemporáneamente, en realidad arranca constitucionalmente de verdad en nuestro país con la Constitución de 1978.

Esto no empequeñece, por supuesto, el valor histórico de los antecedentes, sobre todo del republicano. Asombra, por ejemplo, la lucidez, actualidad y coraje de Clara Campoamor en los debates de elaboración de la Constitución de 1931. Pero hay, incluso, precedentes interesantes, empezando desde la proposición de ley del conde de Casas-Valencia en el Senado de 1908 alegando que en España «las mujeres podían ser reinas, pero no electoras». O el intento, también en ese año, de reconocer el sufragio para las mujeres mayores de edad, emancipadas y cabezas de familia en las elecciones municipales (en 1907 se había generalizado el sufragio masculino), lo que fue rechazado en el Congreso por 65 votos en contra y 35 a favor. También cabe recordar el periodo de la Dictadura de Primo de Rivera y su pretensión de reconocer el voto femenino para la Asamblea Nacional Consultiva y para las elecciones municipales, siempre que no fueran «casadas ni prostitutas».

El Decreto de 8 de mayo de 1931, en los pródromos de la República, declaró a las mujeres elegibles pero no electoras. En el Congreso republicano constituyente, sólo hubo dos mujeres, Clara Campoamor, del partido radical y Victoria Kent, del partido radical socialista. La primera postuló el voto femenino con audacia y rigor lógico: ¿cómo reconocer constitucionalmente la igualdad en general y privar al mismo tiempo a las mujeres de sus derechos políticos? Tras el decisivo debate de la sesión de 1 de octubre de 1931 (un día que ella calificó «el gran día del histerismo masculino» por el tono de sus adversarios), se aprobó el histórico artículo 34: «Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de 23 años, tendrán los mismos derechos electorales, conforme determinen las leyes» por 161 votos a favor, 121 en contra y 188 abstenciones. Sólo estaba presente el 60% de miembros de la Cámara. Enfrente, Victoria Kent, quien expresó la «inoportunidad» de esta medida dada la tradicional dependencia de las mujeres del ideario conservador y religioso. En sus propias palabras: «El voto femenino debe aplazarse… es necesario hacerlo porque yo necesitaría ver, para variar de criterio, a las madres en las calles pidiendo escuelas para sus hijos, yo necesitaría haber visto en las calles

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a las madres prohibiendo que sus hijos fueran a Marruecos… No es cuestión de capacidad, es cuestión de oportunidad para la República».

Incluso una vez aprobado el artículo 34, los detractores del voto femenino plantearon, y casi obtuvieron éxito (perdieron la votación por 131 a 127), que el derecho de sufragio femenino se aplazara, mediante la correspondiente Disposición transitoria, hasta que no se renovaran los ayuntamientos entonces vigentes o, incluso, hasta ocho años después de aprobada la ley electoral.

A favor del voto femenino se pronunció el Partido Socialista (con alguna notable excepción, como la de Indalecio Prieto, que lo consideró «una puñalada» para la República), las derechas y algunos republicanos, sobre todo catalanes y vascos. En contra, los partidos republicanos (con la notoria excepción de Campoamor). En las elecciones siguientes, cuyo censo electoral pasó del 26% al 55% de la población, triunfó la derecha, la CEDA, pero es muy discutible que ello se debiera al voto femenino más que a los propios problemas y errores del gobierno anterior. Como curiosidad, sólo cuatro mujeres resultaron elegidas diputadas y ni Campoamor ni Kent fueron renovadas.

El franquismo hizo suyo un ideario de la mujer no ya ultraconservador, sino incluso pre-liberal. El lugar de la mujer es la iglesia y el cuidado de la casa y del marido, los padres y los hijos. Obviamente, en el periodo de la transición, cuarenta años después, se habían producido significativos cambios sociales y culturales, pero aún carecían de la capacidad de imponerse rápidamente y con claridad al modelo patriarcal tradicional.

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

La primera reflexión que me provoca recordar el proceso constituyente de 1931, y muy especialmente la lucha de Clara Campoamor por el reconocimiento de las mujeres como ciudadanas, es que el feminismo supone también un ejercicio de memoria. Es decir, una revisión de la historia, también de la constitucional, teniendo presentes a las que fueron excluidas y, por supuesto, a las que lucharon por romper con un modelo de «pacto social» construido sobre la universalidad del sujeto masculino y la «subordiscriminación», en palabras de M.ª Ángeles Barrère, de la mitad femenina. Justo cuando se cumplen los 40 años de vigencia de la Constitución de 1978, y en el contexto de lo que ya algunas voces denominan «cuarta ola feminista», es importante tener presente esa memoria, con frecuencia invisible, y no solo por un acto de justicia, que también, sino porque solo desde ella es posible hacer un análisis riguroso de las conquistas y de las debilidades de los sistemas constitucionales que se construyeron sobre la originaria exclusión de las mujeres del poder constituyente … y de los poderes constituidos.

Las conquistas políticas y jurídicas que, desde el punto de vista de la igualdad de género, comenzaron a vislumbrarse en la II República, apuntaron el inicio de una ruptura con un modelo político y jurídico que a lo largo del XIX no había

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

hecho otra cosa que prorrogar las estructuras patriarcales. Unas conquistas que apenas dispusieron de tiempo para cambiar una cultura, incluida en ella la dimensión constitucional, que continuaba estableciendo serios obstáculos para que mujeres y hombres fueran reconocidos como sujetos equivalentes. No hay que olvidar que los años 20 y 30 del pasado siglo marcaron el inicio de una transformación que permitió que las mujeres, algunas mujeres, tuvieran una presencia pública y un mayor protagonismo en la vida social y cultural del país. No obstante, los mayores obstáculos seguían estando en el marco jurídico. Recordemos como la periodista y pionera en tantos ámbitos, Carmen de Burgos, publicó en 1927 un libro titulado «La mujer moderna y sus derechos» en el que el diagnóstico era rotundo: «La base está en las leyes, en la proclamación de la "igualdad de derechos". Las costumbres han evolucionado mucho a favor de la mujer. Lo que necesita es que los códigos marchen de acuerdo con las costumbres y no pretendan fijar la vida en textos móviles». Un análisis que años atrás, en 1899, un hombre de leyes, Adolfo Posada, había desarrollado en su pionera obra *Feminismo*. Lamentablemente la suma de todos estos ingredientes y las pioneras conquistas republicanas no dispusieron del tiempo necesario para consolidar cambios sustanciales en la vida de las españolas.

En este sentido, el largo período de la dictadura supuso uno de los paréntesis más penosos en la evolución de los derechos de las mujeres en nuestro país, y la confirmación de que el patriarcado siempre ha tenido una singular capacidad para readaptarse y establecer alianzas con los poderes empeñados en mantener el orden. Ante la ausencia de estructuras democráticas, y negada la autonomía de las mujeres, el Derecho Civil —y junto a él también el Derecho Penal en su configuración, por ejemplo, de la «honestidad» femenina— se convirtió en el código de sujeción de las mujeres. En la norma que mantuvo y legitimó lo que desde el feminismo se ha denominado «contrato sexual» y que, en alianza con otras instancias, muy especialmente la Iglesia Católica, prorrogará un estado de subordinación de las españolas. Todas las estructuras de poder en las que se apoyó la dictadura franquista se empeñaron en mantener un estado de cosas que privilegiaba la continuidad de lo que Celia Amorós llama «pacto juramentado» entre varones y, en consecuencia, cómo alimentaron una cultura, entendida en el sentido más amplio del término, y por lo tanto con evidentes consecuencias también en el plano jurídico, basada en la diferenciación jerárquica entre hombres y mujeres.

El hecho de que en los momentos finales de la dictadura, y de manera más plena una vez aprobada la Constitución, se abordaran cambios sustanciales en ese Derecho Civil que durante siglos había mantenido el binomio poder masculino/sujeción femenina, debería ponernos sobre aviso a los y las constitucionalistas sobre una cuestión esencial. Me refiero a cómo ese espacio privado, el de la familia y lo doméstico, ha sido tradicionalmente excluido de la configuración del mismo concepto de «ciudadanía» y, en consecuencia, ha dado lugar a una división jerárquica también entre lo público y lo privado. Dos ámbitos ligados

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

habitualmente al binomio masculino/femenino. Es decir, las conquistas jurídico-constitucionales de 1931, estrechamente vinculadas a lo que podríamos llamar ciudadanía de las mujeres, y la imperiosa necesidad en los años 70/80 del pasado siglo de resquebrajar los moldes jurídicos del «contrato sexual», deberían servirnos en el momento presente para poner el foco en las dos cuestiones que, a mi parecer, continúan siendo esenciales desde el punto de vista de la igualdad de mujeres y hombres. De un lado, la efectiva garantía de su presencia en lo público o, lo que es lo mismo, su pleno reconocimiento como ciudadanas, como sujetos (o, casi mejor, sujetas) con poder. De otro, la revisión de un marco relacional —afectivo, sexual, familiar— que todavía hoy, en pleno siglo XXI, y pese a todos los cambios vividos en el pasado siglo, continúa siendo en gran medida deudor de los esquemas patriarcales. Dicho de otra manera, el ejercicio de memoria constitucional que supone revisar nuestro siglo XX con perspectiva de género nos pone en evidencia que sigue estando pendiente la redefinición del mismo concepto de ciudadanía y, con él, de lo que entendemos como sujeto (y sujeta) de los derechos que nos han permitido superar la categoría de súbditos (y súbditas). Es decir, y como bien ha explicado la constitucionalista Blanca Rodríguez, todavía hoy es necesario superar «la construcción sexuada de la ciudadanía moderna, la que la divide en dos modelos dicotómicos: la ciudadanía activa de los varones, que asume su independencia y se despliega en el espacio público, y la ciudadanía pasiva de las mujeres, basada en la noción de dependencia y centrada en lo doméstico». Y ello pasa, lógicamente, en gran medida, por cuestionar la posición privilegiada que los hombres tenemos en este sistema y por redefinir, en consecuencia, nuestra posición tanto en lo público como en lo privado. Tarea imposible mientras que el modelo de referencia sea el del «diligente buen padre de familia».

2. *¿Cómo valora la forma en que la Constitución de 1978 recoge la igualdad entre mujeres y hombres? ¿En qué medida puede ser el reflejo del número de mujeres constituyentes? ¿Cómo explica que este tema apenas ocupase espacio en los debates constituyentes?*

MARIA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

La Constitución recoge la igualdad entre mujeres y hombres en el art. 14 cuando reconoce el derecho de igualdad sin que pueda prevalecer ninguna discriminación por diversos motivos entre los que se encuentra el sexo. Pero también son preceptos que repercuten en la igualdad de las mujeres, el art. 15 CE, el art. 32 CE y el art. 39 CE. Por lo que se refiere al art. 15 CE, la redacción ambigua de que «todos tienen derecho a la vida», permitió una primera ley de despenalización de determinados supuestos de interrupción voluntaria del embarazo,

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que fue validada en el trámite de recurso previo de inconstitucionalidad, y posteriormente sustituida por la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. En lo que se refiere al art. 32 CE, al reconocer en su pf. 1.º la igualdad de derechos del hombre y de la mujer en orden a contraer matrimonio, deja establecidos los principios de igualdad que permitirán revisar algunos preceptos del código civil, en el pf. 2.º al establecer el mandato de una regulación legal de la institución matrimonial, dará entrada de manera implícita a la institución del divorcio.

El art. 39 CE, dentro de los principios rectores de la política social y económica, asegura la protección de la familia, la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación, y la obligación de prestar asistencia de los padres, dentro y fuera del matrimonio. La posibilidad de investigación de la paternidad, es igualmente un derecho que repercute en la libertad de las mujeres y en la posibilidad de exigir responsabilidades a quienes pueden ser padres de los hijos que ellas cuidan y educan.

Con todo, no puede decirse que en la Constitución Española de 1978 se haya atendido de manera suficiente a las necesidades o peticiones de las mujeres, en la medida en que algunas normas, como el art. 57.1 CE regularon la preferencia del varón sobre la mujer en la línea sucesoria a la jefatura del Estado, o faltaron preceptos importantes que hicieran referencia a la situación de retraso de la mujer en sus derechos laborales, estableciendo algunos mecanismos compensatorios de reparación. Las excedencias forzosas, como se verá apenas pudieron aplicarse, al estar sometidas a plazos de prescripción de las acciones procesales laborales de tres años. Será el Tribunal constitucional el encargado de desarrollar de manera progresista en los años siguientes esos derechos de la mujer en los diferentes órdenes jurisdiccionales.

Naturalmente, la escasa presencia de mujeres en las Cortes constituyentes tuvo que ver con este escaso reconocimiento de las mujeres en el texto constitucional, pero si se consultan los Trabajos Parlamentarios, puede observarse que las intervenciones de las mujeres en los debates fueron importantes, como en el caso referido del art. 57.1 CE.

PALOMA BIGLINO CAMPOS

No me parece que, a pesar de la situación en la que las mujeres se todavía se encontraban en 1978 y la escasa representación que tuvieron en las Cortes que elaboraron nuestra norma fundamental, la regulación de la igualdad en la Constitución fuese insatisfactoria. Tampoco me parece que lo siga siendo ahora, aunque como veremos más adelante, sería necesario introducir algunos cambios.

Desde un punto de vista histórico, es un error pretender valorar el pasado usando como parámetro de juicio la mentalidad del presente. La Constitución fue un gran avance si tenemos en cuenta que la sociedad española de 1978 seguía

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

siendo profundamente discriminatoria. Esta mentalidad predominaba entre los sectores conservadores, que pretendían confinar a la mujer a ámbitos puramente domésticos, sometida a lazos de dependencia económica con respeto al marido. Este tipo de planteamientos tampoco era ajeno a algunos sectores de los denominados progresistas. Si examinamos las cúpulas de los partidos o los candidatos presentados a las primeras elecciones, es fácil detectar que algunas de esas fuerzas políticas todavía consideraban que el papel de las mujeres quedaba relegado a bordar la bandera revolucionaria en casa. La excepción a esta tendencia fueron los movimientos feministas que aparecieron durante la transición y la acción de algunos hombres y mujeres que, desde dichos movimientos y desde los partidos recientemente legalizados, exigieron la plena igualdad jurídica y mayor igualdad de oportunidades.

Es cierto que el tema de la igualdad entre sexos no recibió demasiada atención durante los debates constitucionales. Pero no me parece que este silencio fuera debido a desinterés por el asunto, sino a que el principio no admitía discusión. Como veremos más adelante, estaba proclamado en las principales declaraciones internacionales de derechos y era un principio que también aparecía recogido en las Constituciones que nos sirvieron de referencia, como eran la italiana, la alemana y la francesa En general, puede afirmarse que tanto en 1978, como en la actualidad, la Constitución trata el tema de una manera no muy distinta a la que predominaba, y sigue predominando, en los principales instrumentos supranacionales y en otros países democráticos de nuestro entorno.

La principal decisión del constituyente consistió en proclamar la igualdad formal en el art. 14, prohibiendo, entre otras discriminaciones, las fundadas en el sexo. El art. 32 sigue el mismo espíritu, al reconocer al hombre y la mujer la plena igualdad jurídica en el matrimonio. La única excepción a esta regla general es la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la corona regulada en el art. 57.1, cuya sola explicación quizá fuera las circunstancias que rodearon a la transición. Como más adelante podré argumentar, me parece necesario cambiar este precepto, pero más por razones simbólicas que efectivas.

Además, nuestra Norma fundamental también deja abierta la puerta para ir más allá de la igualdad formal cuando, en el art. 9.2, atribuye a los poderes públicos la misión de promover las condiciones para que la igualdad sea más efectiva lo que puede aplicarse, y de hecho se aplica, a las mujeres.

Esta orientación ha tenido algunas ventajas. En primer lugar, para dar cumplimiento al mandato del art. 14 y a partir de la entrada en vigor de la Constitución, se reformaron aquéllas leyes civiles y penales que discriminaban a la mujer y vulneraban directamente la igualdad de trato. Además, la Constitución respetó la libertad de configuración del legislador, que según la mayoría parlamentaria ha ido adaptando la igualdad a sus propios planteamientos ideológicos. El mandato establecido en el art. 9.2 ha permitido, en efecto, la adopción de medidas en favor de las mujeres como han sido, por ejemplo, las listas electorales de composición equilibrada. También en esta cuestión se pone de

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

manifiesto el carácter conciliador de la Norma fundamental, que ha permitido políticas diferentes, variando desde la máxima «la que vale, sale» hasta las listas electorales de composición equilibrada.

Ahora bien, la opción constitucional tiene también sus inconvenientes. El principal de todos ellos es que no impide retrocesos en la posición que las mujeres han alcanzado hasta el momento. Esta hipótesis, que antes resultaba casi impensable, comienza a ser propugnada por fuerzas políticas que, aunque minoritarias, cuentan ya con representación parlamentaria y son la llave de la gobernabilidad de una Comunidad Autónoma. Es verdad que incluir en la Constitución medidas favorables a las mujeres no las hace inquebrantables, sobre todo frente a quienes repudian nuestra norma fundamental. Pero, al menos, evita que otras fuerzas políticas, respetuosas de la Constitución, sientan la tentación de rebajar su grado de compromiso con la igualdad de género.

ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA

Las Cámaras que resultaron de las elecciones generales de junio de 1977 fueron fiel reflejo de la sociedad española del momento, marcada entre otras cuestiones por la desigualdad real entre hombres y mujeres y basada en la tradición secular de discriminación e invisibilidad que en los distintos aspectos de la vida política, social, cultural, económica… había sufrido ese más del cincuenta por ciento de la población que representamos las mujeres. No es de extrañar, pues, que sólo veintisiete mujeres —21 diputadas y 6 senadoras— formaran parte de las Cortes Constituyentes. Fueron poco más del cinco por ciento del total de los parlamentarios, pero su presencia en la Cámaras y sus aportaciones fueron algo más que testimoniales. Defendieron las reivindicaciones feministas y trabajaron para perfeccionar la norma suprema. Su escasa presencia representaba el símbolo de la recuperación del derecho a la ciudadanía; recogían el testigo de Clara Campoamor y del resto de las predecesoras en la lucha por el reconocimiento de los derechos de la mujer y en esa línea trabajaron en la reforma de algunos principios legales procedentes de un régimen político repleto de normas discriminatorias. Era la segunda vez en la historia de nuestro constitucionalismo que un reducido número de mujeres formaban parte del órgano legislativo soberano en calidad de sujetos de derecho.

La redacción de la Constitución de 1978 se llevó a cabo con la ausencia del enfoque que hubiera aportado la perspectiva de género. Toda ella está escrita en masculino genérico (en cuanto género no marcado). En la Ponencia Constitucional que redactó el Anteproyecto de Constitución sólo participaron siete hombres (siete padres de la norma suprema) y en la Comisión de Asuntos Constitucionales, sólo estuvo presente —a petición propia— una mujer: María Teresa Revilla López, del partido conservador de la UCD. En consecuencia, la vigente norma fundamental del Estado Español, como consecuencia de la situación política

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

interna y de la influencia del constitucionalismo europeo del momento, reconoció la igualdad en sus variantes manifestaciones que conllevan diferentes grados de eficacia y posibilidades distintas de interpretación: la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico se reconoce en el art. 1.1 de la CE que impregna todo el derecho vigente, además de la configuración que obtiene a lo largo de todo el texto constitucional que a su vez le otorga un valor jurídico de principio con todos los efectos interpretativos y de vinculación al legislador que le corresponden a todos los principios constitucionales.

La igualdad como derecho público subjetivo o igualdad ante la ley en su sentido formal se reconoce en el art. 14 de la CE. Dicho precepto recoge también una cláusula antidiscriminatoria que señala ciertas categorías sospechosas de discriminación como el nacimiento, la raza, el sexo, la religión, la opinión… Así las manifestaciones concretas de la igualdad y no discriminación en la ley de leyes aparecen en el art. 23.2 que reconoce el acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad; la exigencia del respeto a la igualdad en lo referente a los deberes fiscales se reconoce en el art. 31.1 y en el art. 32.1 el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica; la prohibición de discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales se constitucionaliza en el art. 35.1 y la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación aparece reconocida en el art. 39.2 (en el ámbito de los denominados principios rectores de la política social y económica).

La igualdad formal del art. 14 constitucional se complementa con el contenido del art. 9.2 de la misma norma que alude al complemento material de dicho principio y que integra el postulado social del actual modelo de Estado (art. 1.1 de la CE). Se trata del alcance promocional de la igualdad como obligación de los poderes públicos de facilitar las condiciones para que la igualdad individual y grupal sean reales y efectivas; para lo cual se deberán eliminar los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Dicha cláusula potencia el alcance antidiscriminatorio y las medidas adoptadas por los poderes públicos dirigidas a posibilitar de facto el cumplimiento de las finalidades constitucionales.

A pesar del potencial interpretativo que en cuanto principio contenía el art. 14 de la CE, regulando la igualdad de todos los españoles ante la ley y prohibiendo la discriminación por razón de sexo. Las discusiones parlamentarias en sede constituyente no ponen de relieve los problemas referentes a la igualdad de mujeres y hombres que en aquellos momentos reclamaba con insistencia el movimiento feminista. Únicamente las intervenciones de la diputada Sra. Revilla López vincularon dicho precepto constitucional con la desigualdad histórica sufrida por las mujeres. El hecho de que la Constitución reconozca al sexo entre las categorías sospechosas de discriminación es debido a que las mujeres, conocidas como el sexo débil, han sido objeto de dominación por el patriarcado a lo largo de los tiempos. La aprobación del art. 14 constitucional posibilitó que las mujeres españolas adquiriesen, al menos formalmente, la plenitud de derechos. El movimiento feminista incluyó entre sus reivindicaciones históricas el derecho

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a la igualdad de mujeres y hombres como la consecuencia más evidente de la implantación de un sistema constitucional democrático.

El reconocimiento del derecho a la igualdad en la CE de 1978 significó para las mujeres españolas la puerta que se abría hacia el futuro para ser finalmente protagonistas de sus vidas y poder participar en condiciones de igualdad en la configuración de una sociedad democrática avanzada. Pero, esto no era suficiente; la igualdad formal como punto de partida no garantizaba la igualdad material (real y efectiva) como punto de llegada. Para ello eran imprescindibles numerosos cambios en la vida social, política y económica… que permitiesen la incorporación de la mujer a la vida pública, a lo cual tenía derecho en las mismas condiciones que los hombres. La vigente Constitución aprobada hace ya cuarenta años es el fruto de unas Cámaras que reflejaban la sociedad española del momento. Las veintisiete mujeres presentes en la legislatura constituyente se esforzaron por perfeccionar el texto constitucional pero las circunstancias del momento no les permitieron llegar más lejos.

TERESA FREIXES SANJUAN

La Constitución de 1978 incluye la no discriminación por razón de sexo, no la igualdad de mujeres y hombres, del mismo modo que la regulaban, entonces, los textos constitucionales que contenían alguna referencia al tema (en muchos no existía referencia alguna). Hemos de contextualizar la época, tanto para apreciar la fórmula constitucional como el escaso número de mujeres en la asamblea constituyente. En pocos lugares se contaba con regulaciones más pro-activas y con representación importante de las mujeres en las asambleas legislativas.

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ

Podría decirse que un consenso constitucional amplio fraguado, entre otras, sobre la renuncia a la mayor parte de las reivindicaciones feministas, aseguró la paz y estabilidad social necesarias para avanzar posteriormente hasta el punto en que hoy nos encontramos, tanto en la cuestión de la agenda feminista como en muchas otras cuestiones. Y desde ese punto de vista la valoración debe ser positiva pero sin caer en la autocomplacencia, y reconociendo que en la Constitución hay silencios atronadores que han ido llenándose de contenido con el tiempo, la legislación, la jurisprudencia, el feminismo institucional y el activismo de las mujeres en las calles.

En todo caso, no resulta sencillo, y seguramente tampoco resultaría justo, formular una crítica a la forma en que la Constitución de 1978 recogió la igualdad entre hombres y mujeres, desde la óptica que hoy tenemos. Podría decir que hago una valoración positiva de la consagración de la igualdad formal y la

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

igualdad material que recogen los arts. 14 y 9.2 del texto constitucional, respectivamente. Me parece que son los dos pilares imprescindibles sobre los que se ha construido el edificio de las reformas legales subsiguientes que nos han traído hasta donde nos encontramos actualmente, que es un marco normativo merecedor de una valoración globalmente positiva. A ello me referiré más adelante.

Pero hoy, 40 años después, creo que no debiéramos seguir expandiendo las posibilidades que nos ofrecen los preceptos citados sin consolidar constitucionalmente algunas de las conquistas legales realizadas. Porque la falta de consagración constitucional lleva implícito un riesgo de reversibilidad que debería ser minimizado. Y por esa misma razón mi valoraciónde la Constitución de 1978 en materia de igualdad, en tiempo presente y con las precauciones antes apuntadas, se resume acudiendo a la palabra «insuficiente». El texto, hoy, es insuficiente. Pero no creo que lo fuera en 1978, porque permitió dar paso a lo que yo definiría como una auténtica revolución legal.

La pregunta de si las falencias que pudieran detectarse en la Constitución se deben al número de mujeres constituyentes, presupone que este era bajo, y efectivamente lo fue, pero también coloca la responsabilidad de la insuficiencia del texto, de algún modo, en la ausencia de mujeres, o en la incapacidad de las mismas para promover un debate más amplio, y no me parece que esa lectura sea apropiada. Como tampoco creo que pueda hacerse una revisión retrospectiva del tiempo y extensión que ocuparon las discusiones en los debates constituyentes sobre la igualdad, para extraer la conclusión de que el tema no resultaba particularmente interesante para los y las constituyentes.

Creo que la Constitución es fiel reflejo de su tiempo, y de los intereses políticos predominantes, destacando de entre estos últimos la voluntad de tránsito a un sistema democrático por encima de cualquier otra cosa. No creo que más mujeres en las Cortes hubieran conseguido más avances, porque no eran ellas las protagonistas del debate esencial, y porque en la agenda de los partidos que protagonizaron ese debate, tan pronto pasaron las elecciones de 1977, desaparecieron algunos de los temas fundamentales de las reivindicaciones del movimiento de mujeres. El Partido Comunista, en la campaña electoral de las Elecciones a Cortes convocadas por el Real Decreto 679/1977 de 15 de abril, defendió el divorcio, el aborto y el uso de anticonceptivos. El Partido Socialista, por su parte, abogó por el reconocimiento de la igualdad formal y la igualdad de los hijos independientemente de su filiación matrimonial, y por el divorcio. Ni el divorcio, ni el aborto, ni el derecho a la libre determinación de la salud sexual y reproductiva, y por tanto de la elección de la planificación familiar entraron en el texto constitucional, aunque se abordó su regulación legal en la primera década posterior a la aprobación de la Constitución. Ello podría indicarnos que en el discurso político constituyente, se arrinconaron los postulados claramente vinculados a la corriente de pensamiento feminista. Si de la discusión parlamentaria previa a la aprobación de la Constitución de 1931 se recuerda, entre otros debates, el que giró en torno al reconocimiento del derecho de sufragio de las mujeres, de la redacción de la

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Constitución de 1978 no se recuerda más debate sobre la igualdad de hombres y mujeres que el vinculado a la sucesión a la Corona, cuestión obviamente bien alejada de las preocupaciones principales de un movimiento feminista que, en España, se vinculaba en la época de la transición a las posiciones políticas de la izquierda de corte republicano.

La causa de tal postergación no pude ser identificada como única, ni basarse en consideraciones meramente numéricas relativas a la escasa presencia femenina en las Cortes constituyentes. Está claro que el feminismo «intrapartidos» no tuvo una posición suficientemente fuerte. También lo está que sólo fueron 21 las Diputadas constituyentes. El 6% de los candidatos electos. Solo una mujer, a petición propia, se integró en la Comisión sobre la Constitución, pero no fue ponente. De las seis Senadoras, dos fueron ponentes de sus respectivas Comisiones. Pero ninguna lideró, de forma visible, la negociación sobre los temas definitorios de las reivindicaciones feministas. ¿Tuvo que ver eso con la falta de desarrollo constitucional de algunos temas, como por ejemplo los citados? Es posible, pero creo que, sobre todo, tuvo que ver con la forma en que se debatieron los contenidos del texto constitucional, fuera muchas veces de la Carrera de San Jerónimo, con quienes gestionaron esos debates, que fueron solo en parte los miembros de la Ponencia constitucional, y con la priorización de objetivos a alcanzar, que dejaron fuera debates ideológicamente imposibles, para permitir los avances en la redacción del texto.

FERNANDO REY MARTÍNEZ

En las Cortes constituyentes tan sólo hubo 27 diputadas y 6 senadoras, pero su papel político fue menor. No hubo en este periodo algo parecido al brillante momento que protagonizaron Clara Campoamor y Victoria Kent en 1931. Tan sólo algunos gestos testimoniales, sobre todo en relación con la preferencia del varón sobre la mujer en orden a la sucesión monárquica. Los partidos políticos impusieron su disciplina sin fisuras (el margen de libre actuación de las diputadas —y los diputados— era limitado; dudo que su participación hubiera sido más decisiva aunque hubieran sido muchas más); el texto constitucional reconoció la igualdad entre mujeres y hombres en diversos preceptos sin mayores problemas (salvo la cuestión pendiente, pero aún lejana, del aborto); en ese periodo existía la impresión de que había muchas otras cuestiones políticas de mayor envergadura que la de la igualdad entre mujeres y hombres (la recuperación plena de la democracia y los derechos; la cuestión territorial; la correcta ocupación en el espacio institucional de los denominados «poderes fácticos», etc.); por otro lado, las doctrinas tradicionales de izquierda postulaban la emancipación de los obreros en general, sin enfoque de género; la situación de la igualdad de género tampoco era en la España de los años setenta notablemente distinta y peor que en la mayoría de Estados que ya eran democráticos por entonces… Todo esto explica que,

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

inicialmente, la igualdad entre mujeres y hombres no pareciera una de las cuestiones constitucionales centrales. A pesar, por supuesto, de la existencia de pequeños, pero muy activos, grupos de feministas. A mi juicio, el cambio cualitativo se producirá cuando, en los primeros años ochenta, el PSOE va incorporando los postulados de las feministas socialistas del momento, con hitos como el de la creación del Instituto de la Mujer y, sobre todo, de la cuota del 25% para los cargos orgánicos y los puestos de representación. Las críticas recibidas fueron enormes y provinieron de todos los lados, pero esta dinámica se acabó imponiendo, de modo formal o fáctico, en todos los partidos.

La Constitución recoge la igualdad entre mujeres y hombres de modo impecable. La cláusula general antidiscriminatoria se halla en el artículo 14, pero también hay previsiones expresas respecto del matrimonio (art. 32) o del trabajo (art. 35) y de modo implícito en la educación (art. 27.2) Otra cosa es que las inercias patriarcales sean robustas y cueste conseguir la igualdad real.

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

Es que la CE no recoge la igualdad entre hombre y mujeres. Como han denunciado constitucionalistas como Mar Esquembre o Itziar Gómez, existe un pecado de omisión en el texto constitucional que solo cabe purgar modificando el texto constitucional. Uno de los grandes déficits democráticos del texto de 1978 es que las mujeres están ausentes no solo del articulado sino de lo que podríamos llamar el «relato» político sobre el que se sostiene ese pacto de convivencia. Como bien ha explicado la filósofa del Derecho Ana Rubio, las mujeres no participaron del poder constituyente. No estuvieron en ese poder originario, tal y como ha sido la regla en el constitucionalismo liberal. El consenso se construyó si ellas o, como mínimo, sin tener en cuenta las reivindicaciones feministas. Una ausencia que lógicamente debería hacer que nos cuestionáramos la misma legitimidad del pacto, porque, ya lo advirtió Olimpia de Gouges en 1791, «la Constitución es nula si la mayoría de los individuos que componen la Nación no ha cooperado en su redacción.»

Algo que el lenguaje, siempre tan expresivo de las relaciones de poder que lo alimentan, nos deja muy claro cuando nos insiste en la imagen de «los padres de la Constitución». Por supuesto que hubo mujeres en el proceso constituyente, las cuales todavía no están presentes en la historia que se nos cuenta sobre ese momento histórico. Han tenido que ser trabajos como el de la constitucionalista Julia Sevilla, o documentos como la película «Las constituyentes» de Oliva Acosta, los que nos llamaran la atención sobre ese vacío permanente en los manuales, en los sesudos y numerosísimos libros escritos sobre aquella época o en los programas de nuestras Facultades. A pesar de su escaso número, las mujeres constituyentes tuvieron un papel decisivo en determinados debates y, lo más importante, demostraron con su práctica que el concepto de sororidad no es solo una

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ocurrencia, sino que también puede actuar como un compromiso efectivo. Ahí está como buen ejemplo su contestación frente a la norma discriminatoria que mantiene la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona para demostrarlo. Lamentablemente ni representaron un número suficiente para convertirse en «masa crítica» ni tenían la autoridad que hubieran requerido para convertir en prioritarias determinadas cuestiones. No hay más que rastrear en los Diarios de Sesiones para encontrar sus voces y comprobar cómo sus intervenciones fueron escasas, además de que apenas ocuparon posiciones relevantes en la estructura parlamentaria. Las vindicaciones feministas apenas se oyeron en la Cámara: tal vez únicamente podamos recordar como tal la intervención de la diputada Revilla López en la Comisión, explicando el voto al artículo que sería el actual 14 de la Constitución. No podemos olvidar que las escasas mujeres constituyentes pertenecían a partidos que respondían a una cultura muy machista que era, a su vez, reflejo de una sociedad en la que las cuestiones esenciales no tenían que ver con la paridad, ni con el reconocimiento de derechos específicos de las mujeres.

El lenguaje usado por el constituyente es, sin ir más lejos, una buena demostración de que el poder originario, en 1978, fue esencialmente masculino, y de que las urgencias sociales y políticas poco tenían que ver con las desigualdades históricas de género. De alguna manera, el hilo que 1978 debería haber tomado de 1931 quedó en suspenso y el resultado fue un texto androcéntrico y nada permeable a las vindicaciones feministas.

3. *¿Cuáles cree que han sido los avances más reseñables en los últimos cuarenta años? ¿Cuáles considera que han sido los obstáculos más importantes y los objetivos no alcanzados?*

MARIA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

El estado Social y democrático de derecho definido en el art. 1.1 CE interesa y favorece a las mujeres. Las exigencias de libertad, igualdad, pluralismo y justicia constituyen presupuestos que universalizan a todas las personas, y por lo tanto a las personas que están socialmente en situaciones de inferioridad como ocurre con las mujeres. De ahí que los avances más reseñables en los últimos cuarenta años hayan venido de muchos espacios y sectores del conocimiento científico que desbordan el ámbito jurídico. En la filosofía, la construcción de la mujer como sujeto, ha permitido al derecho constitucional integrar a las mujeres como sujetos débiles constitucionales, cuya consecuencia sería la de justificar las acciones positivas de igualdad, o las desigualdades compensatorias recogidas en las leyes. En la biología, las aportaciones respecto de la inexistencia de desigualdades biológicas que justifiquen la desigualdad de capacidades entre mujeres y hombres

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

derivadas de la naturaleza, permiten erradicar las discriminaciones laborales, o la historia, que ha contribuido a facilitar una arqueología de la mujer en términos de evolución de su situación en la sociedad. Junto a esto, el institucionismo y el asociacionismo han intervenido de manera muy positiva en el desarrollo de la igualdad. En lo que se refiere al primero, porque la creación de los Institutos de la Mujer y otras instituciones que fomentan su participación, permiten la salida de muchas mujeres a los espacios públicos, rompiendo las barreras más importantes para la igualdad que son la visibilidad y la independencia. Y el asociacionismo, además de facilitar estas dos circunstancias, permite organizar, estructurar y organizar las reivindicaciones y llevar a cabo acciones colectivas.

Si hemos de considerar el aspecto jurídico, sin duda ha sido la actividad legislativa de la Unión, la que ha tenido mayor importancia. Desde las Directivas de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, y algunos importantes documentos internacionales, hasta los más reducidos en sus posibilidades de aplicación como los Convenios Colectivos, Ordenanzas Municipales o Reglamentos de algunas instituciones locales.

Respecto de los obstáculos más importantes y los objetivos no alcanzados, también se haría necesario hacer algunas distinciones. Puede decirse que el nivel de concienciación de la desigualdad no está lo suficientemente asentado como para permitir la aceptación del movimiento feminista en cuanto al planteamiento de muchas de sus aspiraciones. A veces asuntos tan obvios como la necesidad de evitar la doble jornada en las mujeres, la necesidad de conciliación de la vida laboral y personal, la equiparación de los permisos parentales, se cuestionan justificando una desigualdad fáctica de dudosa legitimación. La igualdad impuesta en la Constitución y en las leyes debería hacer estéril toda discusión respecto de la equiparación de obligaciones con la descendencia en toda relación parental, y sin embargo, los tics estereotipados respecto de la carga familiar a las madres adquieren categoría de exclusión de una exigencia igualitaria. De esta forma, y con independencia de otros logros frustrados para la generalidad de las mujeres, la maternidad se erige como el mayor factor de exclusión de igualdad de las mujeres en la contratación laboral, y en cuanto la crianza le exige la permanencia en el hogar, en una discriminación en su libertad en relación con el padre.

La primera proclamación normativa de la igualdad entre las mujeres y los hombres se produce en la Constitución Española de 1978, que en su art. 14 reconoce el derecho a la igualdad, sin discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. En relación con el art. 9.2 CE, supone, un importante instrumento para activar la igualdad de la mujer, en un momento histórico en que claramente su incorporación a la sociedad, demandaba un respaldo normativo.

Pese a que el art. 14 CE en los primeros momentos de vigencia constitucional fue objeto de algunas interpretaciones poco garantistas, y la jurisdicción ordinaria produjo algunas resoluciones judiciales en las que consideró su naturaleza programática, pronto el Tribunal Constitucional determinó tajantemente su

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

normatividad de aplicación directa, como derecho fundamental directamente aplicable. Ciertamente, el art. 14 no figura exactamente dentro de la sección 1.ª del capítulo II de los derechos y libertades, pero igualmente se consideró que era frontispicio de ese capítulo, que se titulaba precisamente Derechos y Libertades.

El Tribunal Constitucional desde el primer momento, mantuvo una naturaleza normativa de la Constitución, y de aplicación directa de esos preceptos normativos, en una interpretación sistemática del art. 53 CE. Ciertamente, la idea de un proceso especial, preferente y sumario, junto a la exigencia de desarrollo legal y de respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales en su conjunto, repercutió de manera muy precisa en la plena efectividad del derecho de igualdad.

Ahora bien, como se puso de manifiesto por P. Lucas Verdú, la aplicación del instituto de la prescripción al ejercicio de las acciones procesales minimizó los efectos de las posibilidades que se ofrecían a la reparación de las injusticias materiales creadas en las décadas anteriores, fundamentalmente en materia de derechos laborales. Debió entenderse sin duda como un derecho imprescriptible, porque no habrían sido tan numerosos los casos de las mujeres afectadas, y en cambio, el contenido de justicia material habría tenido mucha fuerza reparadora.

PALOMA BIGLINO CAMPOS

Gracias sobre todo a la acción del legislador, los avances en la igualdad entre hombres y mujeres alcanzados en los últimos años son, en mi opinión, destacadísimos y colocan a España en una posición mucho más avanzada de la que ocupan otros países con mayor tradición democrática, como son Italia, Francia o Alemania. No creo exagerado afirmar que, en España, la equiparación jurídica es total y que, en caso de que subsista algún tipo de discriminación, puede ser removida sin excesivos obstáculos.

Ahora bien, todavía queda mucho por hacer. Es preciso, en primer lugar, conseguir que la igualdad formal funcione de verdad en los ámbitos públicos, donde la mujer sigue sin desempeñar el papel que le corresponde. Son todavía muchas las instituciones, como es el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional donde la mujer no ocupa una posición igual a la de los varones. Y esta desigualdad no puede intentar justificarse, como ocurría hace unos años, por la ausencia de mujeres preparadas, sino que obedece, únicamente, a prácticas discriminatorias por parte de quienes tienen que hacer la selección de los cargos mencionados. En estos ámbitos, pues, no se trata de instaurar cuotas a favor de las mujeres, sino simplemente de tratarlas por igual que a los hombres, esto es, de no excluirlas en razón de su género.

La discriminación es todavía es mayor en los ámbitos privados: datos tan dispares como son la brecha salarial, las elevadas cifras de paro que afectan a las mujeres o su limitada presencia en los consejos de administración de las empresas demuestran que quedan muchas situaciones injustas por remover.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La situación de desigualdad en que todavía nos hallamos se explica porque sigue existiendo una mentalidad profundamente discriminatoria en amplios sectores de la sociedad. En algunos casos, nos encontramos ante pequeños detalles que la opinión pública tolera. Son fenómenos de «micromachismo» (que van desde la imagen de la mujer que transmiten los medios, hasta chistes ofensivos para la dignidad de la mujer) que hay que combatir, no sólo porque transmiten, de por sí, una visión peyorativa, sino además porque constituyen el sustrato sobre el que se asientan conductas mucho más perniciosas, no sólo para la mujer sino para la sociedad entera.

El primer problema que considero necesario mencionar es el desigual reparto de tareas domésticas, que duplica la jornada laboral de la mujer y constituye una rémora en su avance profesional. Para las mujeres es imposible competir con los varones cuando corre a su cargo el doble de trabajo. El segundo, y el más grave de todos, es la violencia de género, cuya gravedad e intensidad superan las del terrorismo.

En otro lugar he señalado que estos problemas afectan directamente a las mujeres, pero que sería un gravísimo error considerar que sólo las conciernen a ellas. El descenso de natalidad, debido a las dificultades de conciliar la vida familiar y laboral, sacrifica la maternidad, pero también la paternidad. Desde un contexto más amplio, coloca a España en una difícil situación: según los últimos datos, la tasa de natalidad sólo había sido tan baja en 1941, en plena postguerra. La violencia sobre la mujer es, simple y llanamente, violencia y debe ser abordada por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado con la misma contundencia con la que se combate cualquier atentado que ponga en riesgo la vida y la integridad de las personas.

Conseguir la igualdad supone aliviar a las mujeres de cargas que no le corresponden por la naturaleza de las cosas. La única diferencia biológica entre hombres y mujeres con relevancia para el ordenamiento es la maternidad. Todo lo demás, que va desde el cuidado del hogar al cuidado de los hijos y de los ancianos, no está en la naturaleza de las cosas, sino que puede ser desempeñado por personas de ambos sexos. Algunos de estos ámbitos interesan además a la sociedad entera, porque enlazan con la educación y la dependencia. Justo es, pues, que la sociedad garantice prestaciones de las que, hasta ahora, parece haberse desentendido.

ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA

Es conveniente, después de cuarenta años de vigencia de la Constitución de 1978, hacer balance desde distintos enfoques de los puntos fuertes y de los más débiles de nuestra norma suprema; ley de leyes que ha permitido a España gozar del más largo período de democracia a lo largo de su historia. En el tema de la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres, que es el monográfico de esta encuesta, se ha avanzado mucho pero no tanto como hubiera sido deseable. En las

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

primeras décadas de la vigencia del texto constitucional los avances fueron más lentos y en gran medida se debieron a la labor realizada por los operadores públicos nacionales e internacionales. La labor de la Unión Europea, en cuanto organización supranacional de la que España forma parte desde el 1 de enero de 1986, a través del derecho originario y derivado y de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, coadyuvó al avance en distintos ámbitos de las políticas públicas igualitarias en España. Sobre todo en el marco de las relaciones laborales y gracias al Tratado de Ámsterdam que reconoció la igualdad salarial de mujeres y hombres por un trabajo de igual valor. En esa labor pretoriana del Tribunal de Luxemburgo destacan también las acciones positivas en el ánimo de disminuir la brecha desigualitaria.

No podemos dejar a un lado la gran labor del Tribunal Constitucional Español que, en cuanto supremo intérprete constitucional, ha elaborado una ingente jurisprudencia (interpretando el art. 14 de la Constitución y el resto de los preceptos que reconocen el derecho a la igualdad) sólo superada por las sentencias que versan en torno al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la CE. También el legislador poco a poco iba poniendo sus pilares básicos sobre el tema pero no de forma muy decidida. Fue necesario llegar a los primeros años del presente siglo XXI para apreciar una clara voluntad en el legislador de apostar por avanzar con paso firme en la igualdad de mujeres y hombres en su vertiente material.

El Gobierno del Sr. Rodríguez Zapatero a partir del año 2004 sentó las bases para que desde el ámbito legislativo tuviésemos mimbres suficientes para intentar llegar a conseguir la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres. Así, en diciembre del año 2004 se aprobó la Ley Integral contra la Violencia de Género que pretende prevenir y erradicar la violencia de género que es la lacra lacerante que pone en evidencia la persistente desigualdad de mujeres y hombres, siendo una de las cuestiones más graves de violación de derechos humanos. Es cierto que han disminuido las cifras de mujeres asesinadas a manos de sus parejas o exparejas pero no erradicamos la violencia de género; el fallo en mi opinión no está en las normas sino en la sociedad androcéntrica que aún persiste. Es preciso educar en igualdad desde la más tierna infancia e insistir desde todos los ámbitos con grandes dosis de pedagogía en la idea de que las mujeres no son propiedad de los hombres. En esa línea se aprobó el Pacto de Estado Contra la Violencia de Género en 2017, con una batería de más de doscientas medidas y que ha sido implementado por un Decreto-Ley en agosto de 2018. Me sigue preocupando el repunte de la violencia machista entre nuestros adolescentes y el tema de los neomachismos que debe ser atajado desde el ámbito de la educación.

La norma de mayor calado aprobada en esa legislatura fue la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres de 22 de marzo de 2007 (LOI). Esta norma nació con vocación de ser una ley-código de la igualdad, modificando unas veinte leyes de nuestro ordenamiento jurídico, y en cuyos contenidos se depositaron amplias expectativas de cambio que luego, pasada más de una década

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de vigencia, no han llegado a alcanzar en plenitud los logros que de ella se esperaban en un principio. La Exposición de Motivos de la LOI recoge el espíritu y el contenido de dicha norma. Así como el objeto y ámbito de la ley. De ello se deduce que la titularidad de derechos y deberes de las personas portadoras en igual medida de dignidad humana es indiscutible en el ámbito de un Estado de Derecho. Sin embargo, las mujeres han sufrido a lo largo de la historia grandes discriminaciones y algunas siguen persistiendo actualmente en la sociedad. El objetivo de la LOI pretende hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres eliminando las discriminaciones en los ámbitos político, económico, social, cultural… para lograr una sociedad más democrática, justa y solidaria.

Lo que subyace en el fondo de la LOI es el deseo de lograr la igualdad material removiendo los obstáculos y los estereotipos sociales que dificultan su consecución. Esto exige políticas de acción y prevención de conductas antidiscriminatorias; el carácter transversal de la igualdad obliga a que la ordenación general de las políticas públicas se realice bajo la perspectiva de género en cuanto categoría analítica. Los criterios generales de actuación de los poderes públicos a dichos efectos se recogen en el art. 14 de la LOI y se repiten a lo largo de la ley aplicados a campos concretos de actuación en las distintas políticas públicas antidiscriminatorias; unos tienen carácter general y abstracto y otros inciden en políticas más concretas. Los de carácter abstracto han sido más fáciles de implementar porque se han quedado en declaraciones de principios en la letra de las normas y difíciles de evaluar en la práctica dado su carácter programático; pero, los de contenido concreto que requieren inversiones materiales han visto —debido en parte a la crisis económica— sus expectativas dejadas a un lado porque han carecido de las imprescindibles dotaciones presupuestarias.

En relación con lo antes dicho cabe aludir a la menor adopción de medidas necesarias para erradicar la violencia de género, el acoso sexual, el acoso por razón de sexo… o las medidas de acción positiva para atender a aquellos colectivos de mujeres en situaciones de especial vulnerabilidad: minorías, migrantes, niñas, discapaces, mujeres mayores, viudas… También la protección a la maternidad (embarazo, parto, lactancia) se vio modificada por la LOI que pretendió además, asegurar la conciliación de la vida laboral, personal y familiar de las mujeres y los hombres y la corresponsabilidad en las tareas domésticas. Se estableció un permiso de paternidad que actualmente está en 5 semanas pero no están asegurados los puestos de trabajo de las mujeres que decidieron ser madres. La crisis generalizada que duró largos años y aún persiste, a ciertos niveles, afectó en mayor medida al sector privado que al sector público donde había un margen algo más amplio de actuación.

En mi opinión uno de los puntos más débiles de la LOI es que está redactada en forma de recomendaciones; y éstas no tienen carácter preceptivo o vinculante. Únicamente la norma que está redactada en imperativo es la que hace referencia al tema de la composición equilibrada de las listas electorales. Ello significa que

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en cada lista electoral debe haber al menos el 40% de los miembros de un sexo y el 60% del otro (pero no se especifica cuál afecta a cada sexo en dicha horquilla). Ello ha permitido, a título de ejemplo, que en las elecciones generales del año 2016 el número de Diputados del Congreso se acerque al 40% de los 350 miembros de la Cámara Baja.

A pesar de los avances señalados quedan brechas evidentes en el mundo del poder político, en el ámbito social, en los poderes económicos, en el mundo de la ciencia y de las artes, en los medios de comunicación, en las fuerzas armadas…, y persiste la brecha salarial entre mujeres y hombres que tal y como nos comentan los especialistas tardará años en ser erradicada. Debemos seguir luchando por lograr la igualdad real y efectiva.

TERESA FREIXES SANJUAN

La incorporación de España a Europa, al Consejo de Europa primero y a la Unión Europea posteriormente, ha sido decisiva para entender los avances en materia de igualdad. Primero porque la jurisprudencia de los tribunales europeos, Estrasburgo y Luxemburgo, ha tenido una gran influencia en todos los Estados miembros, España incluida. Y después por las regulaciones de la UE, en los Tratados, desde el Tratado de Ámsterdam, ampliando en forma notable las regulaciones de igualdad de mujeres y hombres y la no discriminación por razón de sexo u orientación sexual, reforzando la igualdad salarial y comprendiendo la igualdad en el trabajo, las acciones positivas y la transversalidad de la igualdad en todas las políticas, lo que conllevó la adopción de una batería ingente de normas de Derecho derivado, cuya transposición e implementación en los Estados ha sido muy importante.

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ

Es evidente que han existido avances en absolutamente todas las áreas del derecho, pero quizá fuera didáctico explicar los avances normativos en torno a cuatro ejes:

i) en el primero están las normas que, en relación con el derecho civil y de familia, desarrollan el principio de igualdad entre los cónyuges que contempla el art. 32 CE. En este eje se citarían la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio; Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Código Civil en materia de tutela vendrá a superar la preferencia de los varones sobre las mujeres a la hora de designar tutores de menores o de personas incapacitadas; Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción; Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo; Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

ii) en el segundo se identifican las disposiciones destinadas a garantizar el igual acceso, reconocimiento y desempeño de la mujer en el ámbito laboral. En particular la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, posteriormente reemplazada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 31 de octubre, que formula el actual texto de la Ley del Estatuto de los trabajadores (arts. 4.2.c, 14, 17, 23.2, 24, 28, 37, 45, 46, 48, 53 y 55) y la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, arts. 14.i, 16.2, 37, 48, 49, 82 y 89), que en su versión vigente responde a la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 5/22015, de 30 de octubre. A las disposiciones de estas dos normas se une lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI) que contiene un apartado extenso relativo al derecho al trabajo en igualdad de oportunidades mediante la incorporación de medidas que buscan garantizar la igualdad entre sexos en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo.

iii) en el tercer eje, asociado al desarrollo de la política punitiva del Estado, se agruparían tanto las medidas con impacto penal destinadas a garantizar la indemnidad de la mujer frente a situaciones de violencia machista, como la persecución por parte del Estado de conductas específicas en que se identifica un sujeto activo femenino, como lo es actualmente el aborto o lo fue en otro tiempo el adulterio. Cabe citar específicamente la tipificación de la violencia en el marco de relaciones afectivas presentes o pasadas y cualificando los hechos lesivos cuando se infringen sobre una mujer (arts. 148, 153, 171.4 y 172.2 CP, modificados por la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género), las agresiones o el acoso sexual que tienen por víctimas tanto a hombres como a mujeres —si bien estadísticamente estas sufren con mayor intensidad este tipo de delitos— (arts. 178 a 190 CP), la trata de seres humanos, que incluye la trata de mujeres y niñas para la explotación sexual o para la celebración de matrimonios forzosos (art. 177 bis), o la mutilación genital femenina (art. 149.2 CP, modificado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los extranjeros). Tampoco puede olvidarse la regulación del derecho al aborto que hoy se contiene en la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, pendiente de juicio abstracto de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

iv) y, por último, el cuarto eje haría referencia a las disposiciones normativas tendentes a garantizar el derecho de acceso de las mujeres, en condiciones de igualdad con los hombres, a las funciones y cargos públicos que prevé el art. 23.2 CE.Debe citarse, en este caso, la modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG) por la Ley Orgánica de Igualdad que introdujo cambios en los arts. 187.2, 201.3 LOREG y en su disposición adicional 1.2, añadiendo además un art. 44 bis y una disposición transitoria 7.ª.

También han cambiado las instituciones, desde la creación del Instituto de la mujer en el año 1983 y la elaboración de los primeros planes de igualdad en el año 1987, hitos seguidos de cerca por las Comunidades Autónomas que replicaron tanto los organismos dedicados a la institucionalización de las políticas de igualdad, como la planificación de esas políticas públicas. Lamentablemente la crisis económica incidió negativamente el ese desarrollo institucional. Baste un ejemplo para dar cuenta de ello: en el año 2008, se creó el Ministerio de Igualdad de España, creado para impulsar las políticas recogidas en la Ley para la Igualdad y en la Ley Integral contra la Violencia sobre la Mujer, que desapareció como Ministerio autónomo a finales del año 2010 para pasar a reintegrarse, por razones de eficiencia económica en el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Idéntica razón inspiraría a la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, que transformó el Instituto de la Mujer en el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, haciéndole perder, de este modo, la singularidad como institución específica para la promoción de la igualdad de género.

Indudablemente la faz de la presencia femenina en los puestos de toma de decisiones, tampoco es la misma en 2018 que en 1978. No es este el lugar para aturdir con datos estadísticos, pero un ejemplo puede ser ilustrativo: en el Congreso de los Diputados la presencia femenina ha subido del 5.14% de la primera legislatura tras la constituyente, al 39,43% en la XII.ª legislatura, sin haberse alcanzado nunca la paridad total. Como contrapunto al dato, sin duda positivo, hay que decir que desde la IX.ª legislatura, que es la primera en que se aplica la reforma de la LOREG, el incremento es de apenas cuatro puntos porcentuales, de modo que puede concluirse que se incrementó en mayor medida la presencia femenina en la Cámara Baja sin soporte normativo que con él, lo que debería llevarnos a una necesaria revisión de las causas y del modelo de parificación escogido. La misma reflexión crítica debe formularse en relación con la presencia de mujeres en la cúpula del Poder Judicial (Presidencias de Tribunales Superiores de

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Justicia, Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional); o en los equipos directivos de las grandes empresas del sector privado.

En suma, creo que el balance es muy positivo, si además sumamos a la ecuación la concienciación creciente en materia de igualdad entre hombres y mujeres, que se ha traducido en el último año en un repunte del movimiento feminista y en una movilización sin precedentes en la historia reciente de nuestro país. No creo que pueda negarse que España es uno de los mejores países del mundo para vivir, si se es mujer. El Georgetown Institute for Women, Peace and Security, junto con el Peace Research Institute of Oslo, publican el WPS Index (Women, Peace and Security index), un estudio que formula un ranking de países en virtud de diversas variables que permiten identificar los países en que, independientemente del nivel de desarrollo económico, es mejor ser mujer en términos de paz, justicia, seguridad e inclusión. Según este ranking España se sitúa en el 5.º puesto de 156 países analizados, por detrás de Islandia, Noruega, Suiza y Eslovenia.

No obstante, y desde esa posición optimista, a mi juicio, queda mucho por hacer en materia de presencia de las mujeres en los puestos de toma de decisiones, tanto en el espacio público, como en el espacio privado. Una presencia necesaria pero no suficiente, porque entiendo que es un presupuesto imprescindible para cambiar sucesivamente las formas de trabajar, gestionar lo público y tomar decisiones, pero solo un presupuesto. La conciliación de la vida personal y familiar con la vida profesional sigue planteando una serie de paradojas irresolubles, particularmente para las mujeres, y la adecuada coordinación entre la esfera de la vida pública y de la vida privada de las personas pasa por modificar la forma en que unos y otras abordamos nuestra presencia en cada una de esas dos esferas. Creo que sigue siendo un problema esencial el de la violencia de género, en todas sus modalidades pero particularmente en la que se manifiesta en forma de violencia sexual, y de violencia en el marco de las relaciones afectivas o familiares. También considero imprescindible actuar sobre la educación obligatoria, trabajar la coeducación y la educación en valores cívicos e igualitarios, revisando el alcance del art. 27 CE y la traducción que de él ha hecho la actual Ley Orgánica de Educación en la redacción que le dio la LOMCE (LO 2/2006, de educación y LO 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa).

FERNANDO REY MARTÍNEZ

Nada hacía suponer en 1978 que la cuestión de la igualdad jurídica y real entre mujeres y hombres se iba a convertir cuarenta años después en uno de los temas constitucionales centrales. En el fundamental, incluso, para el influyente feminismo académico. Tanto como para sustituir como enfoque ideológico/metodológico *par excellence* a otros criterios que en el pasado (y hoy de forma más residual) cumplieron funciones parecidas, como el religioso, el marxista, etc. Pero, en 1978, en la agenda de la igualdad de género estaban cosas diferentes que en la

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

actual. Entonces, sobre todo, el divorcio, aún no reconocido, y, en menor medida, el aborto. Hoy, la lucha contra la violencia de género en todas sus formas y la plena igualdad ciudadana entre mujeres y hombres, lo que afecta a ámbitos tan cruciales como el empleo y la educación.

Los cambios sucedidos en estos cuarenta años han sido radicales. Y no sólo respecto de la situación episódica del franquismo, sino de toda la historia. La autonomía personal, social, económica y cultural de las mujeres nunca antes había sido tan plena. Tampoco la consciencia de ello. Esto marca un antes y un después histórico que hemos podido observar (e, incluso, participar, de alguna manera) las personas que hemos vivido en las postrimerías del siglo XX y el comienzo del XXI.

La igualdad real entre mujeres y hombres comienza, a mi juicio, sobre todo, con la autonomía económica de las mujeres respecto del varón, es decir, con el trabajo extradoméstico. La irrupción masiva de las mujeres en el mercado de trabajo es el nuevo factor social que cambia radicalmente el estado de cosas tradicional. Por supuesto, los prejuicios sexistas se resisten a desaparecer; de hecho, en este campo hay avances, pero también retrocesos: la igualdad no cae como fruta madura, es una conquista diaria de la civilización. En el ámbito laboral se mantienen fenómenos obstinados: el menor salario por trabajos de igual valor, la segregación horizontal y vertical, el acoso laboral y el acoso de género, etc. En conjunto, las mujeres siguen ocupando en todo el mundo el trabajo de peor calidad y más precario. Esto se debe porque muchas personas siguen pensando, a pesar de todo e incluso a veces de manera poco consciente, que deben ser las mujeres quienes deben ocuparse exclusiva o preferentemente del cuidado de los hijos y de los padres. Tanto trabajo doméstico como sea posible, tanto trabajo extradoméstico como sea indispensable. Esto no es igualdad, que requiere un intercambio potencial de papeles sociales entre mujeres y hombres. Para que las mujeres entren de verdad en el espacio extradoméstico, los hombres debemos entrar de verdad en el espacio doméstico. La cuestión de la conciliación entre vida privada y laboral se convierte, así, a mi juicio, en la cuestión capital de nuestros días. Normalmente, el enfoque normativo tiende a facilitar dicha conciliación a costa de fragilizar la carrera profesional de quienes la eligen; como abrumadoramente son las mujeres, tales medidas de conciliación lo que hacen es consagrar aún más la desigualdad entre mujeres y hombres. La legislación sobre conciliación es, en líneas generales, una legislación bumerán que consigue justo lo contrario de lo que pretende.

El otro campo principal de preocupación es el de la violencia en todas sus formas. Se ha avanzado mucho, pero los datos son brutales. En 2017, 51 mujeres asesinadas por sus parejas o exparejas y 166.760 denuncias por violencia de género. La cifra negra seguro que es mayor.

Espacios también sensibles para lograr la igualdad real son el de la imagen social de las mujeres y los medios de comunicación, donde, a pesar de los innegables avances, también se siguen produciendo abusos y retrocesos (me inquietan,

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

especialmente, algunos programas de tipo terrario humano, de gran éxito, además, donde se transmite una imagen estereotipada de las mujeres, así como algunas letras de canciones pop); el campo de la educación, en el que la ciencia y la tecnología sigue siendo predominantemente masculinas; el del poder y la toma de decisiones, aun fuertemente desequilibrada a favor de los varones en todos los ámbitos, públicos y no digamos ya privados (creo que no es ajeno a ello el problema capital no resuelto, antes mencionado, de la conciliación entre vida profesional y vida privada); y, finalmente (aunque la lista podría ser mayor), la situación de ciertos colectivos concretos de mujeres, desde las reclusas, a las mujeres en prostitución, etc. Porque la discriminación de las mujeres es la más antigua en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más forma reviste (desde la violencia más cruda hasta el paternalismo refinado que dice tratar a las mujeres mejor, pero porque las considera que pueden o valen menos) y la más básica o primaria porque siempre se añade al resto de discriminaciones provocando formas específicas y más agravadas de subordinación. A esto último se llama discriminación múltiple o interseccional. Un grupo social donde es particularmente apreciable este tipo de discriminación es el de las mujeres de minorías étnicas (gitanas, inmigrantes). Están sometidas a la discriminación que sufre su etnia y también por los varones de su propio grupo, normalmente en nombre de los valores tradicionales y familiares.

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

Los avances más significativos han tenido que ver con la progresiva consolidación, al menos a nivel formal, de lo que podemos considerar ciudadanía de las mujeres. Ese proceso, como bien explica María Luisa Balaguer, se ha ido articulando a través de cuatro ejes: el Derecho civil y de familia; la igualdad en el ámbito laboral; la política punitiva del Estado y el acceso a las funciones y cargos públicos. Ahora bien, ese horizonte de la plena ciudadanía no se traduce jurídicamente de manera estricta hasta que la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, proclama en su artículo 1.º que «Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes». Es decir, el reconocimiento legal de la igualdad de género no se produce realmente hasta iniciado el siglo XXI, cuando son aprobadas dos leyes que pueden considerarse las dos piezas esenciales en esta materia: la ya citada Ley de igualdad y, con carácter previo, la, recordemos, aprobada por unanimidad de todos los grupos políticos, LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Ello no quiere decir que con anterioridad no se fueran realizando conquistas jurídicas, pero no es hasta las fechas señaladas cuando disponemos, a nivel estatal, de un cuerpo normativo en el que las mujeres aparecen como sujetos de derechos. En esta línea, no podemos olvidar que fue ya en pleno siglo XXI cuando se llegaron a aprobar leyes tan decisivas para la ciudadanía

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de las mujeres como la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, o la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

En las décadas anteriores, confluyeron distintos procesos que fueron removiendo los obstáculos heredados y, de alguna manera, preparando el terreno para que las leyes reconocieran el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. De entrada, y como he apuntado con anterioridad, fueron esenciales todas las reformas que de manera muy temprana se hicieron en materia de Derecho Civil. En el desarrollo de, sobre todo, políticas de igualdad de oportunidades, jugó un papel esencial lo que se ha llamado «feminismo institucional», muy especialmente desde la creación en 1983 del Instituto de la Mujer. Por supuesto, fue decisiva la incorporación a la Unión Europea y la incidencia del Derecho Comunitario. En este sentido no hay que olvidar que la aprobación de la CE y los primeros años de nuestra democracia coinciden con un momento crucial desde el punto de vista del reconocimiento internacional de los derechos de las mujeres. Recordemos que 1975 fue declarado por Naciones Unidas Año Internacional de la Mujer, o cómo las diferentes cumbres internacionales celebradas desde los años 80 fueron generando no solo una conciencia global sino también aportando conceptos y herramientas que en esta materia han acabado por consolidarse. Junto a todos los elementos anteriores, sería injusto no valorar la labor llevada a cabo en el ámbito autonómico, ya que en algunas Comunidades Autónomas se desarrollaron políticas, por ejemplo, legislativas, que pondrían las bases para la posterior tarea estatal. No hay que olvidar que Estatutos de autonomía como el andaluz, tras su reforma de 2007, van mucho más allá que la misma Constitución, ya que incluso se plantea de manera expresa el objetivo de conseguir una democracia paritaria (art. 10.2).

Todos estos instrumentos, así como las políticas que, de manera irregular, y no siempre con la debida coordinación, se han ido desarrollando en los distintos niveles territoriales, han permitido: 1.º) Romper con las estructuras jurídicas heredadas de un sistema patriarcal y machista; 2.º) Poner las bases para la negociación de un nuevo «pacto social» entre mujeres y hombres. Y, digo bien, poner las bases, ya que todavía estamos lejos de lo que podríamos calificar como democracia paritaria y de lo que podría entender como nueva dogmática de la igualdad de mujeres y hombres. Vivimos en una sociedad «formalmente igual», usando la terminología de Catherine Mackinnon, pero todavía estamos lejos de la igualdad real y efectiva que sería la propia de una «sociedad democrática avanzada». Y ello porque, en gran medida, seguimos manejando un concepto de ciudadanía apoyado en un modelo humano parcial, es decir, en el modelo que convierte lo masculino en universal. El poder y la ciudadanía, los dos grandes ejes de un sistema constitucional, continúan teniendo rostro masculino.

El gran reto del siglo XXI entiendo que ha de ser dar el salto cualitativo de las políticas dirigidas a prevenir o paliar las consecuencias de un sistema sexo/género que subordina a las mujeres a la adopción de estrategias que permiten superar

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

o remover dicho sistema. Es decir, no se trataría solo de incorporar a las mujeres al pacto sino de hacerlo de acuerdo con otras condiciones, métodos y palabras. En este salto cualitativo sería esencial asumir de una vez por todas que constitucionalismo y feminismo comparten una misma genealogía emancipadora.

La no consolidación de lo que sería, desde mi punto de vista, un nuevo marco jurídico-constitucional de la igualdad de género ha provocado, por ejemplo, que los efectos de la reciente crisis económica hayan sido especialmente negativos en este ámbito. Así lo puso de manifiesto el Informe que el Comité de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres hizo público el 24 de julio de 2015. En dicho Informe, aunque se reconocían los esfuerzos hechos por el legislador español en la implementación de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (CEDAW), se subrayaba como la crisis económica y financiera y las medidas de austeridad adoptadas desde 2008 habían tenido efectos negativos en todas las esferas de la vida de las mujeres. El Comité de Naciones Unidas insistía que precisamente en una época de crisis económica y de restricciones fiscales es cuando son más necesarios especiales esfuerzos para garantizar los derechos de las mujeres, dando prioridad a aquéllas que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad. Un objetivo que, lamentablemente, no ha sido prioritario en unos años en los que ha pesado más la «estabilidad presupuestaria» que la efectiva garantía de los derechos humanos, tal y como reiteradamente han subrayado los informes realizados por la denominada Plataforma Sombra de la CEDAW (https://cedaw-sombraesp.wordpress.com/category/informes-sombra/) El informe negativo del Comité de Naciones Unidas vendrían a demostrarnos dos cuestiones interrelacionadas: 1.ª) Las debilidades de buena parte de las políticas de igualdad adoptadas en España, muy singularmente de los instrumentos legislativos; 2.ª) La supervivencia de unos patrones sociales, políticos, jurídicos, económicos y culturales que continúan prorrogando un orden patriarcal. Por otra parte, no podemos olvidar que el modelo de Estado social implantado en nuestro país, de marcado carácter «familiarista», no ha contribuido a remover unas estructuras que han seguido manteniendo cautivas a las mujeres de los trabajos domésticos y de cuidado. En este sentido, no queda más remedio que recordar la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, como una oportunidad perdida. La consecuencia terrible de todo ello ha sido que la mayoría de las mujeres españolas no han logrado superar el que el feminismo ha denominado «dilema de Mary Wollstonecraft».

Sin duda, y gracias a la incidencia del Derecho internacional en general y del Derecho comunitario en particular, nuestro ordenamiento ha ido incorporando conceptos y herramientas decisivas en la lucha contra la desigualdad de género. Ahora bien, es cierto que no en todos los casos su aplicación ha sido efectiva. Baste con recordar la incorporación del denominado *mainstreaming de género,* insuficientemente traducido en nuestro ordenamiento como transversalidad. En la mayoría de las ocasiones su introducción no ha pasado de ser meramente retórica.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por otra parte, tampoco existe un consenso acerca de qué sea dicho principio y de cómo aplicarlo, a pesar de que el punto IV de la Plataforma de acción aprobada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995 lo concretó en la promoción de «una política activa y visible que eleve a corriente principal la perspectiva de género en todas las políticas y programas». Ello obliga a que el género como herramienta analítica esté presente en todas las fases de desarrollo de dichas políticas —diseño, ejecución, evaluación— y a que en todas ellas intervengan actores y actrices con la debida formación en la materia. Y todo ese proceso debe entenderse como parte esencial, y obligatoria, no como una mera recomendación en manos de la voluntad política. Es decir, estamos ante no solo un enfoque sino también ante una auténtica estrategia que, en el sentido más estrictamente constitucional, hemos de entender conectada a la efectividad de la igualdad material.

Sin embargo, el análisis de la aplicación del mainstreaming de género por los poderes públicos españoles demuestra que, en la mayoría de las ocasiones, la misma se ha limitado a su dimensión formal o procedimental, sin avanzar en la dimensión sustantiva. No ha supuesto un cambio sustancial en la manera de hacer las leyes, o en la forma de diseñar y/o evaluar las políticas públicas. Baste con recordar la eficacia tan limitada que ha tenido en la práctica la obligatoriedad de los informes de impacto de género en los proyectos legislativos y planes del gobierno, introducida en 2003 y ampliada por la LO 3/2007.

Por otra parte, la continuidad del sistema sexo/género ha sido posible gracias al predominio de un Derecho antidiscriminatorio construido sobre dos paradigmas liberales (patriarcales) que urge superar: 1.º) El sujeto masculino como paradigma del sujeto de Derecho; 2.º) La actuación sobre el sujeto individual que discrimina y no sobre las causas sociales, políticas, económicas y culturales que generan la desigualdad de género. Es decir, de manera general, al abordar la situación de las mujeres, no se ha partido de la toma en consideración de la discriminación estructural, de tipo sistémico, que sufren. Y deberíamos tener aprendida la lección de que una discriminación sistémica no se resuelve reequilibrando el poder sino revolucionándolo. La superación de estos obstáculos no pueden basarse lógicamente solo en reformas jurídicas —el Derecho, aun con perspectiva de género, tiene una eficacia limitada—, sino a través de acciones políticas que permitan reformar las estructuras de poder. Desde este punto de vista el eje de actuación preferente debería situarse en el triángulo políticas socioeconómicas/educativas/culturales. Una opción que llevaría a invertir la tradicional ordenación jerárquica de las clásicas declaraciones de derechos.

Finalmente, no deberíamos olvidar que aún debemos seguir trabajando por conseguir una presencia paritaria de mujeres y hombres en la toma de decisiones y en todas las instancias de poder. Un objetivo para cuya efectividad son necesarias acciones positivas que obliguen a transformar la composición mayoritariamente masculina de los poderes. Se trata de hacer efectivo el derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23 CE) en condiciones de igualdad (art. 9.2 CE), de

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tal manera que mujeres y hombres seamos finalmente equivalentes en el ejercicio de la ciudadanía. Entiendo además que la mayor presencia de mujeres en las instituciones, tal y como lo demuestra la práctica internacional, permitiría desarrollar políticas centradas en cuestiones que, de no estar ellas, continuarían en un lugar muy secundario de la «agenda».

4. *Se han realizado muchas propuestas sobre la conveniencia de reformar la Constitución desde el punto de vista de la igualdad de hombres y mujeres ¿Qué opinión tiene al respecto?*

MARIA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Con carácter previo, hay que plantear la necesidad, cada vez más evidente, de reformar la Constitución Española de 1978. La sola razón del cambio del tiempo, en una sociedad altamente tecnificada y cambiante, como la actual, produce unos desajustes inevitables en el derecho, y en el caso de las normas constitucionales, estos efectos se acentúan por tratarse de normas fundamentales, que condicionan el resto del ordenamiento jurídico. A esto han de añadirse factores históricos específicos, como el hecho de que la constitución vigente se aprobara en España antes de formar parte de la Unión Europea, y el desarrollo del derecho autonómico, en un plano evolutivo que no responde a la posición original pensada por el constituyente. Es cierto que la existencia en la Constitución de instituciones como el Tribunal Constitucional han permitido la actualización de su texto en términos que podrían ser calificados de muy positivos, pero los límites de la actividad interpretativa no permiten la creación del derecho en situaciones ni siquiera previstas en el momento de su aprobación. Hoy la sociedad española ha cambiado con respecto a la 1978, hasta el punto de que algunos de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución han quedado obsoletos, y han emergidos otros que exigen la consideración del legislador. En este enclave ha de situarse la respuesta acerca de la necesidad de un cambio constitucional desde el punto de vista del género.

Desde el lenguaje comprensivo de la identificación de las mujeres y los hombres, hasta la revisión de un sistema monárquico en línea sucesoria del varón, han de ser puestos en cuestión en una sociedad que ha integrado los derechos de las mujeres en condiciones de igualdad, y avanza hasta la igualdad real entre mujeres y hombres. Pero no se trata solamente de una corrección formal o institucional, sino sobre todo de considerar a la luz de la sociedad del siglo XXI como debe regularse en una constitución la igualdad de género. La integración de la perspectiva de género en el derecho, como exigencia de la igualdad material, debe ser trasladada a la Norma Fundamental, si se quiere entender que la igualdad de género es una exigencia de justicia. La reforma de

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la Constitución es necesaria por exigencias del cambio social habido desde 1978 hasta ahora, pero una de esas exigencias, más allá de la distribución territorial del Estado, o la necesidad de integrar el derecho de la Unión, está la de abordar la reforma constitucional con perspectiva de género.

Dicho esto, el contenido constitucional de la reforma en relación con los derechos de las mujeres debe tener en cuenta las diferencias entre mujeres y hombres, en orden a determinar sus derechos, en cuánto al único factor biológicamente condicionado. Así, el derecho de las mujeres a no sufrir injerencias en su cuerpo, a no sufrir violencia de género, a su propio cuerpo, y otros derivados de esta situación, deben ser constitucionalizados para evitar que puedan estar en función de las mayorías derechos tan íntimamente relacionados con su dignidad. Además de eso, es importante considerar los problemas específicos de género que puedan tener rango constitucional, como el del derecho a una vida en paz, en relación con la violencia de género. La Constitución ha de considerar esa situación con el nivel normativo exigido, para contribuir desde el texto fundamental del ordenamiento a una clara conciencia de la necesidad de hacer desaparecer ese problema.

PALOMA BIGLINO CAMPOS

Vaya por delante que, muy a mi pesar, me parece altamente improbable que la Constitución llegue a reformarse, al menos a corto plazo. Creo, además, que la situación de la mujer puede mejorar sin necesidad de reformar la Norma fundamental. Pero, en caso de que la modificación de la Constitución pudiera prosperar, es evidente que sería preciso suprimir la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona, asunto al que he hecho referencia antes. Es cierto que sería una reforma de procedimiento agravado y que afectaría directamente sólo a las herederas al trono, en caso de que hubiera algún varón en situación de suceder. Ahora bien, la discriminación actual transmite una valoración de la mujer que está fuera de los tiempos y resulta inaceptable, porque no hay razones que expliquen que el varón, sólo por su sexo, sea preferible a la mujer.

También me parecería conveniente modificar el art. 6 CE para imponer a los partidos políticos un compromiso más activo con la igualdad entre hombres y mujeres en su funcionamiento interno. Es cierto que la L.O. 2/2011 introdujo, como nuevo art. 44.bis de la LOREG, las listas electorales de composición equilibrada, medida que vincula a los partidos en la presentación de candidatos, esto es, en su funcionamiento externo. Ahora bien, esta obligación no alcanza a los cargos y órganos directivos de los partidos. Por ello, no estaría de más que el art. 6 de la Constitución recogiera, al igual que ha hecho el art. 4 de la Constitución francesa, la especial vinculación que el principio de igualdad efectiva impone a los partidos políticos y su deber de favorecer el igual acceso de hombres y mujeres a los cargos políticos de libre designación y a los cargos de carácter representativos.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

No soy partidaria de modificar la definición de Estado social y democrático de Derecho que aparece en art. 1.1 de la Constitución para añadir el término paritario. La expresión «democracia paritaria» nunca me ha parecido satisfactoria, porque la historia demuestra que es mejor no añadir adjetivos al término democracia. Tampoco me parece fácil corregir el lenguaje de la Constitución. No digo que no pueda mejorarse, pero las soluciones que por ahora se han barajado parecen tener más inconvenientesque ventajas.

Hasta hace poco no consideraba necesario elevar las medidas de acción positiva a rango constitucional. Me parecía que ese tipo de medidas eran convenientes, y en algunos casos imprescindibles, en niveles normativos inferiores porque, como señalaba antes, no se puede tolerar que determinadas formas de discriminación sigan subsistiendo. Si la mujer no ha estado en muchos ámbitos de toma de decisiones, públicos y privados, por su género, ¿por qué no admitir que ahora lo esté en virtud de su género? Ahora bien, pensaba que estos instrumentos tienen carácter temporal, por estar destinadas a situar a las mujeres en la misma posición que los hombres.

Sigo considerando que no hay diferencias entre ambos sexos en mérito o capacidad. Si las mujeres continúan excluidas de determinados ámbitos no es, pues, porque se encuentre en una situación de inferioridad, sino sólo porque hay discriminaciones que subsisten. Las cuotas pueden servir para removerlas lo antes posible, pero deben ser consideradas medidas excepcionales, porque parten de una visión que perjudica a las mujeres. Su punto de partida es que ciertos sectores, sobre todo en la toma de decisiones, pertenecen por derecho natural a los hombres, por lo que se limitan a reservar un ámbito limitado a las mujeres, que parecen jugar en campo ajeno. La solución a la desigualdad no está, pues, en cerrar parcelas sólo para mujeres sino, simplemente, en tratarlas como iguales. Mientras no se produzca esta igualdad de trato, no sólo se incumple el mandato del art. 9.2 CE sino, más propiamente, el propio art. 14 CE, lo que supone una vulneración de la Constitución todavía más grave.

He mantenido, además, que no parecía conveniente introducir porcentajes en la Constitución porque, aunque a corto plazo puedan ser una garantía de la presencia de la mujer en ciertas instituciones, nada asegura que, con el tiempo, puedan constituir un límite. Aunque la cuota fuera del cincuenta por ciento, podría llegar a ser contraria al interés de las mujeres si, en determinados ámbitos, estas demuestran tener más mérito y capacidad que los varones.

Ahora bien, el panorama político está cambiando muy rápidamente, no sólo en España sino en otros países occidentales, donde la «revolución conservadora» propugna nuevas formas de machismo y discriminación. Si el rumbo sigue siendo este, introducir las medidas de acción positiva en la Constitución comienza a ser imprescindible. Como antes señalaba, hay que dejar claro que poner en cuestión lo que ha costado tantos siglos conseguir es, también, enfrentarse a la Norma fundamental. Llevar a la Constitución las listas de composición equilibrada, la obligación de que determinadas instituciones sean paritarias o las medidas para

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

luchar contra la violencia de género no era preciso cuando este tipo de medidas recibían el respaldo de casi todos los partidos políticos. Ahora, sin embargo, comienza a ser necesario sustraer estos avances a la libre configuración del legislador, porque la experiencia demuestra que pueden ser objeto de negociación y, por lo tanto, sufrir erosiones que hace poco resultaban inimaginables.

ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA

Sobre el tema de la reforma de la Constitución Española han corrido ríos de tinta en los últimos años, pues se trata de uno de los temas sobre los que más se habla y sobre los que menos se actúa. La composición del Parlamento Español en la XII legislatura hace casi imposible —por el tema de las mayorías que requiere el procedimiento— pensar que pueda llevarse a cabo. Pero ello no impide que teoricemos sobre el tema; y eso es lo que han hecho obras abundantes y voluminosas que han visto la luz recientemente.

Es evidente que después de 40 años de vigencia de la norma fundamental de 1978 cualquier reforma constitucional de gran calado requiere un nuevo pacto de Estado. En el año 78 la Constitución fue redactada por hombres y para hombres. Las 27 mujeres parlamentarias presentes en las Cámaras hicieron lo que pudieron, pero sus fuerzas eran escasas. En la norma vigente, redactada en masculino genérico, brilla por su ausencia la perspectiva de género; cualquier revisión constitucional, teniendo en cuenta los avances en todos los campos conseguidos por el movimiento feminista a lo largo de estas cuatro décadas, requiere revisar el texto en su totalidad y redactarlo con un lenguaje no sexista donde se elimine el masculino genérico en cuanto sexo no marcado. Como lo que se nombra no existe es preciso resaltar en femenino los derechos de las mujeres titulares de los mismos en idéntico grado que los hombres. La introducción de la perspectiva de género en la norma suprema obligará a la introducción de nuevos derechos como el derecho a una vida sin violencia de género, los derechos a las diferentes identidades sexuales, los derechos sexuales y reproductivos, los derechos a la conciliación de la vida personal y laboral… derechos todos ellos reconocidos a nivel internacional y comunitario, en la jurisprudencia nacional e internacional de los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo.

El carácter transversal de la igualdad en cuanto valor, principio jurídico y derecho subjetivo impregna todo el texto constitucional y afecta en mayor medida a la parte dogmática de la Constitución. No olvidemos que ampliando los contenidos de los arts. 14 y 9.2 de la CE implementamos los postulados del Estado social y democrático de Derecho. Ello implica apostar por un nuevo pacto de convivencia ampliando no sólo el contenido sino también las garantías de los derechos y libertades ante la desconfianza que ha suscitado la crisis generalizada que hemos sufrido y que ha ocasionado grandes brechas de desigualdad; todo lo cual obliga a pensar seriamente en incrementar las garantías de los derechos sociales

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

(que son los que proporcionan la igualdad material a la ciudadanía). De ahí que, algunos derechos actualmente considerados en el ámbito de la categoría de derechos sociales deben obtener el rango de fundamentales, como sucede con el derecho a la protección de la salud (en el cual es preciso introducir la perspectiva de género), la protección por la Seguridad Social, el reconocimiento de un ingreso mínimo vital para el mantenimiento de una vida digna, mejorar el reconocimiento del derecho al trabajo (eliminando la brecha salarial que sufren las mujeres) y sus garantías jurisdiccionales; también la protección a las familias en el sentido más amplio del término y regular a nivel constitucional el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Conviene dotar también de contenido efectivo el derecho a la vivienda con obligaciones para los poderes públicos, sobre todo en casos de desahucio, siendo imprescindible reforzar el derecho a la educación y al medio ambiente saludable. (Todos ellos derechos que inciden indudablemente en mayores dosis igualitarias entre mujeres y hombres).

Incluso, para revitalizar el Estado de derecho en pro de una igualdad real y efectiva de mujeres y hombres hay que repensar el Catálogo de derechos fundamentales, reordenándolo en algunas ocasiones y en otras incorporando nuevos derechos que no existían en el momento constituyente y que ahora son de obligado reconocimiento atendiendo a nuestra condición de Estado Miembro del Consejo de Europa y de la Unión Europea. Por ello el derecho a la igualdad se debe predicar de todas las personas y ampliar su contenido a todos los temas incluyendo nuevas causas de prohibición de la discriminación; entre ellas hay que eliminar la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona, reconocer los derechos vinculados a la bioética, actualizar la configuración constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo; también se debe mejorar la atención a las personas con discapacidad por parte de los poderes públicos ya que se trata de un colectivo en el cual las mujeres están doblemente discriminados.

Consideramos que es imprescindible para avanzar en una sociedad más justa y solidaria el derecho a la educación en igualdad, y por ello apostamos por reconocer e implementar una educación pública, laica y gratuita como eje vertebrador del sistema educativo de calidad para el colectivo de niñas y niños. La reforma del art. 14 de la CE en pro de una igualad efectiva entre mujeres y hombres debe incluir nuevos motivos de discriminación como por ejemplo las violencias machistas, la identidad de género u orientación sexual, la trata de personas… Es en el tema de la igualdad donde hay que jugar la responsabilidad constitucional y no trivializar el debate sobre su necesaria reforma.

TERESA FREIXES SANJUAN

Es importante reformar la regulación constitucional respecto de la sucesión a la Corona, que todavía declara la preferencia del hombre sobre la mujer, pues

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

hoy en día prácticamente todas las monarquías ya han establecido el criterio de primogenitura, no de varonía para la sucesión. También sería adecuado cambiar la regulación del «consorte de la Reina», pues al establecer la Constitución que existe, por una parte, la «Reina consorte» y el «consorte de la Reina» parece que se presuponga que la Reina reinante no tiene capacidad para elevar a «Rey consorte» a su cónyuge, mientras que sí lo tiene el Rey reinante, que puede convertir, por elevación a su cónyuge a la categoría de «Reina consorte».

También sería adecuado incorporar a la Constitución la fórmula empleada en la Unión Europea, que considera que la igualdad de mujeres y hombres es una característica de las presentes sociedades que conlleva el ser un valor de la Unión con todas sus consecuencias (necesaria aceptación expresa para entrar en ella y fundamento, en su caso, del procedimiento de sanción por infracción de valores). La regulación de los Tratados sobre la igualdad y no discriminación por razón de sexo u orientación sexual, así como las acciones positivas en el ámbito profesional, la igualdad en el trabajo y la transversalidad podrían tener un buen cobijo en el texto constitucional. Del mismo modo que los Tratados acogieron buena parte de las regulaciones del Derecho derivado y de la jurisprudencia comunitaria, incluir estas cláusulas en la Constitución generaría una mejor claridad reguladora y un desarrollo positivo posterior.

Utilizando una técnica semejante a la que nos permitió incluir en el Tratado de Ámsterdam las regulaciones que hoy en día se mantienen en el Tratado de Lisboa y en la Carta de los derechos fundamentales de la UE, se podrían elevar al texto constitucional regulaciones como la representación equilibrada en la toma de decisión o la lucha contra la violencia de género, así como reforzar la igualdad en el ámbito laboral, la conciliación de la vida personal y profesional o la introducción de la igualdad en la cooperación internacional y las relaciones exteriores.

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ

A mi juicio la respuesta exige formular una aproximación un poco más amplia. La Constitución debe ser reformada porque, como he dicho antes, es preciso consolidar conquistas y solventar problemas que, con el avance de los años, se ha comprobado que no tenían adecuada respuesta constitucional.

Hay quien se refiere a la «obsolescencia de la Constitución». Si definimos obsolescencia como la cualidad atribuida a algo que ha dejado de usarse, no podemos decir que la Constitución española de 1978 haya quedado obsoleta, y menos en materia de igualdad. Las instituciones previstas en la Constitución siguen funcionando, como lo hace el sistema de garantía de los derechos fundamentales, el modelo de reparto territorial del poder —excepción hecha de lo que está sucediendo en las relaciones del Estado con Cataluña—, o el modelo de justicia Constitucional, que garantiza el respeto por la norma constitucional.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sin embargo, sí puede decirse, sin temor a incurrir en error, que la Constitución está desconectada de parte de la realidad jurídico-social, y el tema del reconocimiento de la igualdad de género es paradigmático a este respecto. Es decir, la CE´78 ha dejado de tener relación, comunicación o enlace con parte de la sociedad cuyas opciones políticas fundamentales, teóricamente, congrega. El problema no es la obsolescencia. Es la desconexión y la falta de apego entre la sociedad de 2018 y la Constitución de 1978. La sociedad ha cambiado en cuarenta años a una velocidad que ha llevado, a quienes nacieron en 1978, a un espacio que los distancia en dos generaciones «de pensamiento» de la de sus padres. Esa distancia entre texto y sociedad se verifica en la falta de conocimiento de la norma, y en el desapego hacia la misma y hacia su máximo intérprete. Y de esta realidad se deriva un innegable riesgo de disociación entre Constitución y pueblo soberano que, si no se gestiona adecuadamente, puede conducir a situaciones graves de conflictividad social como las que se observan en otras democracias cercanas en los últimos tiempos.

Desde luego, a mi juicio, esta observación de carácter general puede proyectarse sin muchos matices a la cuestión de la igualdad. Lo que se ha logrado en la ley no está en el texto Constitucional, y eso, no solo lo hace reversible, sino que limita su consideración como opción política de aceptación mayoritaria por el sujeto constituyente. Si la mayoría de la sociedad está de acuerdo con que la igualdad material, la lucha por la desaparición de la violencia de género, la consagración de los derechos sexuales y reproductivos, la protección de la vida familiar y los cuidados deben ser principios y derechos estructurantes de nuestra comunidad política, es preciso que ello tenga su correspondiente traducción normativa constitucional.

Cuestión distinta, y mucho más compleja quizás, sea la determinación de la forma en que tales modificaciones constitucionales deben ser formuladas. Seguramente sería razonable prever un programa de revisiones, y no una sola reforma de la totalidad del texto constitucional. Si se abordase de este modo la problemática, sería preciso plantearse, en primer término, la modificación del propio procedimiento de reforma, para asegurar la posibilidad de introducir alteraciones progresivas y organizadas en el texto constitucional. No se puede cambiar todo a la vez, pero hay temas respecto de los que ya hay consenso que sí podrían tocarse (el matrimonio igualitario, por ejemplo) y que quedan fuera de la discusión por cuanto exigen un procedimiento agravado, que algunas fuerzas políticas solo están dispuestas a abordar si es para tratar cuestiones «más importantes». En segundo término los temas respecto de los que exista acuerdo político por haber quedado consagrados ya en normas con rango de ley (organización y denominación de las CCAA, integración en la UE, paridad en las listas electorales, ajuste de las competencias del TC, etc.). Y por último aquellos que exijan de nuevos consensos constitucionales: educación, reparto competencial, sistema electoral, monarquía, etc. todo ello con la finalidad de asegurar la recuperación de la conexión entre el texto de la norma fundamental, y las opciones políticas fundamentales de la sociedad española del s. XXI.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Una opción alternativa sería abordar, tras «la reforma de la reforma», la modificación de los derechos fundamentales, de modo tal que se trabajase primero sobre la ciudadanía y sus derechos, y sobre la obligación de promover determinadas políticas públicas tendentes a superar las fracturas sociales y desigualdad que nos han traído las crisis (económica, política y social) del primer tercio del s. XXI. A partir de ahí, logrado un modelo actualizado de reconocimiento, protección y garantía de los derechos, podría hablarse de la distribución territorial del poder, un poder que solo tiene sentido si su finalidad es asegurar el pleno disfrute de los derechos de la ciudadanía sometida a ese mismo poder. En síntesis, la reforma es necesaria. La reforma en materia de igualdad es fundamental, como lo es la reforma general en materia de derechos fundamentales para asegurar la recuperación del apego al texto constitucional. Y, en este contexto, la discusión debe superar la fase del «sí o no» a la reforma constitucional, para abordar la cuestión del «cuando», el «cómo» y el «qué».

Para responder a esta última cuestión, introduciendo la perspectiva de género, creo que habría que abordar los siguientes puntos fundamentales que, para mi conforman una suerte de decálogo de la reforma constitucional en perspectiva de género. Así, es necesario reformar la Constitución para integrar, entre las opciones políticas fundamentales: i) el respeto al principio de paridad en el reparto del poder; ii) el derecho al matrimonio igualitario y al divorcio libre; iii) el principio de igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges en el seno del matrimonio, y la obligación de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado de las personas dependientes, así como la proclamación de la igualdad plena de las personas que ostentan la tutela y/o la patria potestad en el marco de sus obligaciones y responsabilidades en relación con el cuidado y atención de sus descendientes; iv) la protección de la maternidad, como una facultad privada dotada de interés público; v) el derecho a la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres y la igualdad de oportunidades en el mundo laboral, tanto en la vertiente del empleo público, como del empleo en el orden privado; vi) la garantía de la paridad electoral; vii) la garantía de presencia equilibrada de hombres y mujeres en los órganos del Gobierno y de la Administración —central y autonómicos—, en el Consejo General del Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional; viii) la definición de un modelo de coeducación; ix) la consagración de los derechos sexuales y reproductivos; x) el reconocimiento del derecho a una vida libre de violencia, en estrecha conexión con la preservación de la dignidad humana y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes.

Si bien es cierto que la Constitución tiene menos capacidad taumatúrgica de la que le queremos atribuir, y que ninguno de los problemas descritos más arriba en relación con la igualdad de género se resolverán a partir de la mera previsión constitucional al respecto, resulta obvio decirlo, parece innegable también el poder simbólico de la Constitución, un poder que no es en absoluto despreciable. Como no se puede despreciar tampoco la fuerza normativa del texto constitucional, ni su capacidad para ser el espejo de la sociedad que la aprueba, así como proyección de su proyecto político.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

FERNANDO REY MARTÍNEZ

Me parece que la igualdad entre mujeres y hombres se recoge de modo suficiente y adecuado en nuestro texto constitucional, con algunos matices que luego expondré. En general, no soy partidario de «tropicalizar» el Derecho Constitucional a través de textos constitucionales que cuanto más engordan literariamente y pasan a recoger todos los sueños y deseos de todas las personas y colectivos, más frustración y escepticismo provocan simétricamente ante su seguro incumplimiento. La Constitución no es un texto mágico. No es el supermercado donde uno puede encontrar todo lo que desea. No todos los deseos pueden convertirse en derechos. Una Constitución sólo durará si es realista.

Desde luego, la reforma que no me gustaría que se hiciera es la de duplicar en femenino todos los sustantivos; es una manera agresiva de violentar nuestra lengua que, en cuanto a sus efectos, me parece inútil sino contraproducente (¡y de muy mal gusto!). Por supuesto, debe revisarse todo el texto para evitar incorrecciones en cuanto al género y quizá no sobrara una cláusula genérica donde se advirtiera de que el masculino genérico empleado en el texto constitucional es eso, genérico, no sólo masculino.

La primera reforma necesaria es, por supuesto, la supresión de la preferencia masculina a la hora de suceder en la Jefatura del Estado. Participé en el Dictamen que en su día evacuó el Consejo de Estado en este sentido y comparto la propuesta que en él se hacía.

¿Sería interesante constitucionalizar algunos aspectos en relación con la lucha contra la violencia de género o las listas electorales equilibradas por género (por citar dos asuntos que han provocado cierta controversia constitucional)? Tengo dudas sobre su necesidad. Se han producido cambios legislativos de calado bajo el marco constitucional vigente que, en líneas generales, están funcionando. Tendría interés reconocerlos en la Constitución sólo para congelar su rango, evitando que se desnaturalizaran o suprimieran.

¿Debería ir la Constitución más allá y establecer directamente, por ejemplo, una composición paritaria en las principales instituciones del Estado (Cortes, Gobierno, Tribunal Constitucional, Consejo del Poder Judicial, Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas, etc.)? Tengo dudas, pero no creo que fuera algo descartable *a priori*.

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

Creo que es un síntoma de algunas de las reflexiones que he apuntado en las preguntas de esta encuesta el hecho de que en la mayoría de los encuentros, congresos y publicaciones que en los últimos años se han centrado en la reforma constitucional no se le haya dedicado la más mínima atención a la perspectiva de género. Sirva como ejemplo el último congreso de la Asociación de Constitucionalistas de

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

España, celebrado en Málaga en 2018, en el que solo se discutieron estas cuestiones en una mesa «alternativa» a las oficiales organizada por varias constitucionalistas. Es decir, lo más habitual es eso que de manera tan certera la constitucionalista Mar Esquembre ha denominado «el silencio sobre el ser y el estar las mujeres en la Constitución». En muchos casos resulta llamativo cómo el debate sobre la igualdad de género parece limitarse a la necesidad de superar la discriminación por razón de sexo en la sucesión a la Jefatura del Estado. No obstante, y siendo justos, no han faltado publicaciones que de manera específica se han dedicado a esta cuestión. Recordemos las monografías *Género y Constitución* de Blanca Rodríguez (Jurua, 2017), Una *constituyente feminista,* de Itziar Gómez (Marcial Pons, 2018), el monográfico de los Cuadernos de la Fundación Giménez Abad publicado en 2017 o los *Estudios sobre la reforma de la Constitución en su cuarenta aniversario* (Thomson Reuters, 2018), los cuales, coordinados por Yolanda Gómez, plantean unas detalladas propuestas, todas ellas desde la perspectiva de género.

Aunque los debates y las reflexiones se han centrado en cuestiones como la organización territorial, la efectiva garantía de determinados derechos o aspectos muy concretos del organigrama institucional, entiendo que la necesaria reforma de la Constitución de 1978 debería pasar no solo por incorporar la perspectiva de género en su articulado sino más bien por la apuesta por la consagración definitiva de una democracia paritaria. Paridad que, lógicamente, no hemos de entender en un sentido puramente cuantitativo, y relativo a la presencia de mujeres en los poderes del Estado, sino que ha de asumirse como un principio estructural que dé lugar a una revisión de cómo entendemos no solo el poder sino también la misma ciudadanía. Es decir, la apuesta por la conversión del Estado español en un Estado paritario, además de Social y democrático de Derecho, implica romper definitivamente, desde el mismo pacto constitucional, por un modelo de ciudadanía basado en la división público/privado y, por tanto, con unas estructuras de poder que históricamente han otorgado a las mujeres un estatuto devaluado de ciudadanía. En consecuencia, la paridad habría de proyectarse en cómo se configura el Estado de Derecho —y, por tanto, el ordenamiento jurídico, las garantías de los derechos—, en el Estado democrático —o sea, en la participación, en el ejercicio del poder, en la toma de decisiones— y en el Estado social —en cómo se garantiza el bienestar, la igualdad de oportunidades y la solidaridad. Todo ello habría de llevarnos a un Derecho Constitucional no solo más igualitario sino también más atento a las necesidades de la vida y a la protección de los bienes comunes.

Desde mi punto de vista, este compromiso debería incorporar el principio de paridad en el sentido de «mandato de optimización» (Alexy) y que, por tanto, se proyectaría tanto en la parte orgánica como en la dogmática de la Constitución. En la primera supondría revisar la composición de los poderes e instituciones teniendo en cuenta la presencia paritaria de mujeres y hombres. Todo ello partiendo, lógicamente, de la necesidad de incorporar dicho principio en la organización interna tanto de los partidos políticos como de los sindicatos y organizaciones empresariales. No hace falta insistir en la necesidad de reforma del

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

art. 57 CE, como tampoco en cómo órganos como el Consejo General del Poder Judicial o el Tribunal Constitucional deberían tener una composición paritaria. Entiendo además que el reconocimiento constitucional de la paridad permitiría superar el discurso que la confunde con el mero uso de las denominadas «cuotas», las cuales pueden entenderse como un medio —por ejemplo, para promover la presencia de mujeres en las listas electorales—, pero no constituyen una herramienta que permita superar las estructuras patriarcales. Además, no habría que tener la cortedad de miras que supone entender que la paridad ha de limitarse al ámbito electoral.

En la segunda nos llevaría, entre otros aspectos, a consagrar derechos específicos de las mujeres, tales como los sexuales y reproductivos, o el derecho a vivir una vida libre de violencia. Además, habría que consagrar derechos sin los que sería imposible construir un nuevo modelo de ciudadanía (*cuidadanía*), tales como los de corresponsabilidad en la esfera privada, la atención de las personas dependientes, la garantía de la igualdad salarial o los vinculados a unos modelos familiares ya no necesariamente articulados a partir del matrimonio heterosexual. En este sentido sería necesario ajustar por ejemplo el derecho al matrimonio a las conquistas igualitarias e incorporar, como derechos singulares el libre desarrollo de la afectividad/sexualidad, así como las identidades de género. La incorporación de estos derechos debería plantearse además en el marco de una revisión completa de las diferentes categorías que encontramos en el Título I, de manera que se doten de mayor nivel de protección derechos sociales que en 1978 se configuraron como principios rectores. Todo ello debería ir precedido de una proclamación similar a la que por ejemplo hace el art. 3.2 de la Constitución alemana: «El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes».

Por la incidencia que, a mi parecer, tendrían en la efectividad de la igualdad de mujeres y hombres, habría que incorporar dicho objetivo en la configuración del derecho a la educación (art. 27.2 CE), de tal manera que, por ejemplo, se despejara cualquier duda sobre la inconstitucionalidad de la educación diferenciada por razón de sexo. Es decir, habría que consagrar constitucionalmente el modelo coeducativo. En el mismo sentido, tendría que incorporarse la definición del Estado español como laico, superando así los muchos problemas que durante estos 40 años ha provocado en la práctica el deficiente art. 16.3, ya que entiendo que es un presupuesto básico para garantizar adecuadamente los derechos de las mujeres y las niñas. En esta línea, habría que dejar muy claro que el principio de igualdad, así como la dignidad e integridad física y moral de las mujeres, deberían ser un límite incuestionable frente a cualquier expresión de la diversidad cultural y/o religiosa.

Estas propuestas de reforma deberían incorporarse en un texto en el que se usara un lenguaje inclusivo, tanto al nombrar a las instituciones como al identificar a los y a las titulares de los derechos. En muchos casos será necesario además

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

hacer presentes de manera expresa a las mujeres. Sería el caso, lógicamente, de los derechos sexuales y reproductivos, pero también, por ejemplo, al definir los derechos de participación política. Es importante que nuestra norma fundamental haga visibles a las mujeres en las palabras, ya que son éstas las que sirven para articular el pensamiento y para construir el imaginario colectivo. De esta manera, además, se lograría un importante efecto al proyectarse el contenido constitucional en todo el ordenamiento jurídico. Solo de esta manera, como bien han explicado expertas en esta cuestión como Mercedes Bengoechea o Eulalia Lledó, será posible romper con el masculino como referencia universal y supuestamente neutral.

Tal y como he apuntado en una respuesta anterior, estas propuestas deberían tener un presupuesto ineludible y que no es otro que la presencia paritaria de mujeres y hombres en el proceso constituyente. Es decir, el pacto constitucional al que lleguemos en plenos siglo XXI no puede cometer el error de tener solo «padres».

En todo caso, nada de lo anterior será efectivo si, en paralelo, no llevamos a cabo una serie de reformas y transformaciones que tienen que ver con la manera en que seguimos estudiando e investigando el Derecho Constitucional, lo cual incide, lógicamente, en cómo aplicamos e interpretamos nuestro ordenamiento. No hay que olvidar que también desde y con el «discurso» se construye al sujeto. Es urgente incorporar a los presupuestos epistemológicos de la Ciencia del Derecho las aportaciones de los feminismos jurídicos, de la misma manera que a la formación de los operadores jurídicos debería incorporar una perspectiva de género que, hoy por hoy, está ausente o, en el mejor de los casos, solo es aplicada por quienes tienen la voluntad y el coraje de hacerlo. De lo contrario, continuaremos haciendo, en palabras de Sandra Harding, una «mala ciencia», lo cual tiene consecuencias sociales muy negativas ya que, como bien explica Boaventura de Sousa Santos la mayoría de las injusticias sociales tiene su punto de partida en «injusticias cognitivas».

5. *¿Cree que sin el respaldo del derecho internacional se hubiera avanzado como se ha hecho en materia de igualdad? Además de este ¿Cuáles han sido a su juicio los impulsos jurídicos o políticos que han determinado los avances (y retrocesos) realizados?*

MARIA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

El derecho internacional y el derecho europeo han condicionado positivamente el desarrollo de la igualdad de género, aún antes de la aprobación de la Constitución. Así, en el derecho laboral, la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, su aplicación judicial permitió una incipiente jurisprudencia en materia no discriminatoria.

Tras la integración de España en la Comunidad Europea, hoy Unión Europea, la trasposición de las Directivas y la orientación legislativa en las normas estatales han venido determinando la exigencia de políticas de igualdad en los distintos territorios del Estado.

El Tribunal Constitucional ha recepcionado la jurisprudencia de los tribunales europeos en relación con el género, tanto en lo que se refiere al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como al Tribunal de Justicia, y ha hecho suyas algunas de los criterios interpretativos por ellos utilizados. Así, la STC 162/2016, en lo que se refiere al «butforbest», o criterio del factor distintivo único, que resulta ser muy revelador en relación con la prueba de no discriminación, estima un recurso de amparo con remisión a la STJUE en el asunto Sarkatzis c. Imsalud por el que el Tribunal resuelve que el derecho nacional no puede ser contrario a la Directiva 2002/73/UE.

Igual sucede con los criterios interpretativos que buscan la igualdad real, detectando las discriminaciones indirectas, como los despidos en casos de embarazo, o los contratos a tiempo parcial, que repercuten negativamente en la vida laboral de las mujeres y en sus derechos pasivos.

PALOMA BIGLINO CAMPOS

No soy experta en Derecho Internacional, por lo que no me resulta sencillo dar una respuesta satisfactoria a esta cuestión. A pesar de estas limitaciones, me parece indudable, como ya he tenido ocasión de señalar, que ciertos textos internacionales han ejercido gran influencia en nuestro país. La propia *Declaración de Derechos Humanos de la ONU*, que aparece expresamente mencionada en el art. 10.2 CE, proclama, en su art. 1, que todos los seres humanos, y no sólo los hombres (como había sido tradicional en otros textos anteriores de iguales características), nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Además, tanto el art. 2 como el art. 16 de dicho texto son un claro precedente de nuestra norma fundamental. También la prohibición de discriminación por razón de sexo, recogida en el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* influyó, sin duda, en los redactores de nuestra Constitución. Ambos textos demuestran que, en 1978, existía un patrón universal y más en concreto, europeo, acerca de la materia, que España debía asumir para incorporarse, por ejemplo, al Consejo de Europa.

Hay muchos otros textos posteriores que pueden haber influido claramente en el desarrollo posterior de la legislación antidiscriminatoria en España, como son la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979 y, más recientemente, la *Declaración y plataforma de acción de Beijing*, de 1995, ambas elaboradas en el seno de la ONU.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ahora bien, me parece que el impacto que ha tenido el Derecho de la Unión Europea ha sido mayor. En este ámbito, es imprescindible recordar que, ya en 1957, los Tratados contemplaban la igualdad de retribuciones entre hombres y mujeres y que la Comunidad Económica Europea fue ya muy activa la hora de dictar Directivas imponiendo la igualdad de trato en ámbitos como la seguridad social, el acceso a bienes y servicios o la protección de la seguridad y salud de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

A partir de 2006 la acción fue mucho más decidida con la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Esta norma, entre otros asuntos, define conceptos luego usados por nuestro legislador, como son la discriminación directa, la discriminación indirecta, el acoso y el acoso sexual.

Hay normas posteriores que sería farragoso reproducir, ya que aparecen detalladas en la información que brinda la Unión[5], que pormenoriza igualmente la notable aportación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Creo que esta influencia ha sido decisiva, no sólo como consecuencia de la primacía y el efecto directo del Derecho de la Unión, sino también por el papel que desempeña el TJUE tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ámbitos nacionales.

ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA

El discurso de los derechos humanos es un discurso de la modernidad y en el reconocimiento del derecho a la igualdad de mujeres y hombres no podemos retrotraernos más allá de los años 40 del pasado siglo XX con el nacimiento de la ONU. El trabajo de esta organización internacional en el tema que nos ocupa siempre se ha desarrollado en un doble ámbito: jurídico y político. El punto de partida del trabajo onusiano es la Carta de San Francisco de 1945. En 1946 el Consejo Económico y Social, el 16 de febrero de 1946, aprobó una resolución por la que se creó la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión sobre la situación de las mujeres. Finalmente y tras muchas reuniones el día 10 de diciembre de 1948 se aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos que reconoce tanto en el Preámbulo como en su articulado la igualdad de derechos entre mujeres y hombres. En 1949, el Consejo Económico y Social trabajó fundamentalmente en la promoción de la igualdad en el ámbito laboral y lo hizo conjuntamente con la OIT. Ese mismo año la Asamblea General aprobó el Convenio para la supresión del tráfico de personas y de la explotación de la prostitución que afectaba fundamentalmente a las mujeres. En la década de los años sesenta la ONU

5 http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/59/la-igualdad-entre-hombres-y-mujeres.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

inicia una nueva etapa elaborando una serie de instrumentos jurídicos de cara a garantizar el ejercicio de los derechos y libertades de las mujeres, destacando los esfuerzos para la garantía jurídica del derecho a la igualdad. Y, en este sentido, la Asamblea en 1962, solicitó al Consejo Económico y Social la preparación de un borrador de Declaración sobre la eliminación de la discriminación sufrida por las mujeres con la intención de hacer efectivos los compromisos asumidos en la Carta de San Francisco y en la Declaración Universal de Derechos Humanos. En noviembre de 1967 la Asamblea aprobó la CEDAW (Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra las mujeres) que es el primer texto de la ONU que afirma categóricamente que la discriminación sufrida por las mujeres, además de ser injusta, atenta contra la dignidad humana. Previamente, en 1966, los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hicieron en su articulado menciones específicas al ejercicio de los derechos y libertades en condiciones de igualdad para mujeres y para hombres.

La década de los años sesenta concluyó con la aprobación de una resolución de la Asamblea General para incrementar la participación de las mujeres en el ámbito de las instituciones de la ONU y con la celebración en 1968 de la I.ª Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos. En diciembre de 1972 la Asamblea General propuso que en 1975 se celebrase el Año Internacional de las Mujeres con el objetivo de promover la igualdad, la incorporación de las mujeres al desarrollo de la sociedad y su participación en la comunidad internacional. Al mismo tiempo la Asamblea General solicitó (y fue aprobada) al Secretario General la convocatoria de la I.ª Conferencia Mundial sobre las Mujeres a celebrar en 1975 que tuvo lugar en México, concluyendo con la elaboración de un Plan de Acción en las sesiones de diciembre de 1975. Este mismo año la Asamblea General convocó la Década de las Mujeres (1975-1985); creó el Instituto de Investigaciones y Capacitación para la Promoción de las Mujeres y el Fondo de Naciones Unidas para las Mujeres (UNIFEM). Además se convocó la II.ª Conferencia Mundial para 1980 con el objetivo de evaluar los compromisos aprobados en México. Dicha Conferencia se celebró en Dinamarca.

A lo largo de esos años desde la ONU se intentó asegurar que hubiese medios suficientes para trabajar en el campo de la igualdad. Así concluyó el Programa de actividades de la Década de las Mujeres convocando y celebrando la III.ª Conferencia Mundial sobre las Mujeres que se celebró en Nairobi en 1985. Finalizó la Conferencia con unas Conclusiones plasmadas en el documento «Estrategias de acción para el adelanto de las mujeres» que fijaba las pautas de actuación a nivel mundial hasta el año 2000. Pero, en los años 90 la ONU convocó diversas Conferencias Mundiales que pretendían cubrir esos objetivos: sensibilizar a la opinión pública mundial y aprobar compromisos políticos que debían asumir los Estados.

En la línea previamente señalada se celebró la IV.ª Conferencia sobre las Mujeres, que tuvo lugar en 1995 en Pekín. A partir de esta Conferencia la ONU cambia su campo de actuación dirigiéndolo a analizar el cumplimiento y el

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

seguimiento de los objetivos previamente fijados. El escaso éxito de las cuatro Conferencias Mundiales celebradas abrió un debate en la ONU que culminó con los preparativos de la Cumbre del Milenio que se celebró en el año 2000. Así se fijaron metas a corto plazo con indicadores fáciles de utilizar. Uno de los trabajos llevados a cabo en ese sentido se concretó en la aprobación de la nueva entidad «UN-WOMEN» aprobado en el año 2010. Este organismo realiza un esfuerzo importante unificando el trabajo realizado por la Comisión para el adelanto de las mujeres (CSW), el Fondo de Naciones Unidas para las mujeres (UNIFEM), el Instituto de Investigaciones para el adelanto y la formación de las mujeres (INSTRAW), el de la Red Inter para las cuestiones de género (IANWGE) y la Oficina del Asesor Especial en cuestiones de género (OSAGI).

El mandato general recibido por dicha entidad consiste en trabajar para la integración y la promoción de la igualdad de las mujeres, destacando tres áreas temáticas: la eliminación de todas las formas de discriminación contra las niñas y las mujeres, el empoderamiento femenino y la consecución de la igualdad real entre mujeres y hombres en cuanto sujetos del desarrollo, de los derechos humanos y de la acción humanitaria y la paz y seguridad. Estamos ante las coordenadas fijadas por los Estados Miembros de la ONU para resolver los problemas que afectan a las mujeres en todas las áreas geográficas y en aspectos tan variados como la democracia, la participación política, la garantía de los derechos humanos, la prevención y erradicación de la violencia de género, el cumplimiento de los objetivos del Milenio e integrar la perspectiva de género en los presupuestos y en la distribución de los recursos. Es preciso evaluar el trabajo de esta institución para ver si se cumple el objetivo fundamental: unificar el trabajo encaminado a garantizar la igualdad, en cuanto referencia transversal de todas las políticas de la ONU y de las políticas al respecto de los Estados miembros.

Es cierto que las políticas en materia de igualdad de género realizadas en el seno de la ONU tienen luces y sombras. Las debilidades y disfunciones son apreciables pero no es menos cierto que en base a los compromisos aprobados en las distintas Conferencias Mundiales las políticas públicas de los Estados miembros han atendido, en cierta medida, los compromisos internacionales. Por ello, podemos concluir que gracias a la labor de Naciones Unidas se ha llevado a cabo un proceso de sensibilización y reconocimiento de los derechos de las mujeres y en especial del derecho a la igualdad de mujeres y hombres. Al destacar la titularidad universal de derechos y libertades y sus garantías se quiere evitar que la titularidad de los mismos quede supeditada al sistema político vigente en un país o a las tradiciones consolidadas en la sociedad en que nos ha tocado vivir.

TERESA FREIXES SANJUAN

Sin el respaldo del Derecho internacional, sobre todo del Derecho de la UE, hubiera resultado mucho más difícil avanzar en materia de igualdad. De hecho,

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

estos avances se han multiplicado en los países del sur de Europa desde que la UE ha ido tomando cartas en el asunto en forma decidida. Cuando, desde la sociedad civil, o desde la «expertise» se han reclamado y promovido regulaciones nuevas, ha sido mucho más fácil fundamentarlas en el Derecho de la UE, salvo en el caso de la violencia de género, ámbito en el que las legislaciones de los Estados, siendo España pionera al respecto, son mucho más precisas y garantistas.

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ

En el ordenamiento jurídico español, la igualdad se construye, como se ha ido apuntando en las repuestas anteriores, en torno a la elaboración de normas con rango legal, y a la interpretación que la jurisprudencia ordinaria y constitucional han ido haciendo de los avances normativos. Obviamente, en este marco constructivo se coloca, como bóveda, el derecho internacional de los derechos humanos, en la rama específica destinada a reconocer los derechos de las mujeres. No sólo los grandes tratados de derechos humanos tienen una importancia fundamental en la construcción del estatuto jurídico internacional de las mujeres, en la medida en que hacen mención de la igualdad y la interdicción de discriminación por razón de sexo, sino que son muchos los instrumentos internacionales específicos que han asegurado el avance transversal y universal de los derechos de las mujeres, destacando entre todos la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, en sus siglas en inglés).

También el Derecho de la Unión Europea ha sido fundamental para avanzar en materia de igualdad en el ámbito laboral, como demuestra el contenido de las Directivas: i) 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia (modificada por la Directiva 2007/30/CE de 28 de junio de 2007); ii) 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; iii) 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma; iv) 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES. Todas estas Directivas, transpuestas al ordenamiento español, han definido las modificaciones del mercado laboral español, y de las relaciones funcionariales para asumir plenamente el principio de igualdad de acceso, promoción y desarrollo profesional entre hombres y mujeres.

Obviamente, las Conferencias Internacionales de Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijín (1995), donde se adopta la Declaración de Beijing y se crea

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la Plataforma de acción resultante de dicha Declaración, con la reformulación de esta última desarrollada en la Conferencia sobre Desarrollo Sostenible de Río de Janeiro de 2015, han marcado las pautas estructurantes de la política internacional en materia de igualdad de género, y han tenido su reflejo en la evolución de las políticas nacionales. La conexión entre el nivel nacional y el nivel internacional, en esta materia, es innegable. No sé qué hubiera sucedido sin el respaldo del Derecho Internacional en esta materia, pero sí sé que el mismo ha legitimado muchas decisiones políticas de indudable utilidad para garantizar el avance de las políticas públicas en este ámbito. Y me parece interesante ofrecer un ejemplo de la interconexión entre estos dos niveles de garantía de los derechos humanos de las mujeres: la Sentencia de la Sección cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (Sentencia n.º 1263/2018): en este pronunciamiento el Tribunal Supremo reconoce la responsabilidad patrimonial del Estado español por no haber dado cumplimiento a lo establecido en el Dictamen 47/2012, de 16 de julio, del Comité de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), que condenaba a España por incumplimiento de las obligaciones de La Convención en el caso del asesinato, a manos de su padre, de la hija de Ángela González Carreño, víctima de violencia de género. En el fundamento jurídico cuarto de la sentencia el Tribunal Supremo afirma: *«El Derecho Internacional y las obligaciones internacionales contraídas por España son Derecho que el Estado, como Estado democrático de Derecho, debe respetar y aplicar efectivamente de manera que los derechos y libertades que la Constitución y los tratados internacionales celebrados por España proclaman, sean reales y concretos. Por ello, ante la inexistencia de un procedimiento específico de ejecución de los dictámenes del Comité de la CEDAW, que es en sí mismo un incumplimiento de un mandato legal y constitucional por parte España, el que la recurrente pueda disponer de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de sus derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles atañe directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales de la recurrente».*

FERNANDO REY MARTÍNEZ

El derecho internacional ha jugado un papel clave en la generalización del derecho antidiscriminatorio en nuestro país. En general, el derecho internacional de los derechos humanos se ha convertido en un factor de creación legislativa o, sobre todo, judicial de nuevos derechos o de nuevas dimensiones de derechos ya existentes. Respecto del derecho antidiscriminatorio esto es más que evidente. Así como en el campo de las instituciones las soluciones varían notablemente de un país a otro, en el ámbito de los derechos fundamentales los problemas son comunes y, a menudo, las soluciones también. Las dos fuentes principales de creación de derechos son la nueva interpretación de qué significa la autonomía personal (normalmente a través de la cláusula del derecho a la vida privada, la

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

privacy anglosajona, o del libre desarrollo de la personalidad o de la misma idea de dignidad) y el creciente contenido que se atribuye a la noción de igualdad y, sobre todo, de prohibición de discriminación. El derecho antidiscriminatorio surge en los Estados Unidos, se desarrolla en el orbe anglosajón, de ahí pasa al derecho de la Unión Europea y, finalmente, a los Estados, entre ellos el nuestro. Curiosamente, el criterio sospechoso que dio origen al derecho antidiscriminatorio en Estados Unidos fue el racial y, a partir de él, se fue desarrollando el resto, mientras que en Europa el elemento central ha sido desde el principio el sexo/género y sólo más tarde se ha ido expandiendo al resto de criterios (raza/etnia, discapacidad, edad, orientación/identidad sexual, ideología/creencias).

La igualdad entre mujeres y hombres forma parte de la política social de la Unión Europea e integra el acervo comunitario. La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (de 2 de octubre de 1997), el 1 de mayo de 1999, marcó un hito en la política de igualdad de la UE. Hasta entonces, los textos constitutivos tan sólo mencionaban el principio de igualdad de retribución en una disposición aislada, el antiguo artículo 119 del Tratado Fundacional de 1957. Tan limitado fundamento legal no impidió que la Comisión Europea impulsara desde principios de los años 70 directivas, programas e iniciativas de financiación, a la vez que abanderaba campañas de sensibilización. La «percha» del artículo 119 TCE resultó así ser el útil fundamento jurídico sobre el que se fue abriendo camino, vía derecho derivado, la política europea de la igualdad de género. La disposición más importante e influyente del derecho comunitario en esta materia fue la Directiva 76/207/CEE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo. Esta Directiva ha sido modificada el 23 de septiembre de 2002 para adaptarla a la evolución de la jurisprudencia y al Tratado de Ámsterdam, así como para incluir nuevas disposiciones relativas a cuestiones importantes, como el acoso sexual y su consideración como una discriminación directa, y finalmente, ha sido «codificada» junto con el resto de Directivas sobre igualdad entre mujeres y hombres por la Directiva 2006/54. La Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres es la norma que, fundamentalmente, transpone en nuestro ordenamiento los principios y reglas provenientes del derecho europeo.

Así pues, el Derecho de la Unión Europea ha jugado y juega todavía un papel fundamental en la vigorosa comprensión de la igualdad de género en nuestro país. Sin embargo, y esta diferencia contrasta de modo importante con lo que ocurre con la mayoría de derechos fundamentales, el Consejo de Europa, con su Tribunal de Estrasburgo a la cabeza, apenas ha desempeñado una función relevante en este campo.

Y, por el contrario, y también a diferencia de lo que suele ser común con el resto de derechos, el derecho de Naciones Unidas sí es relevante en el desarrollo del derecho a la igualdad de género. Un hito en la evolución del este derecho en nuestro país y en todo el mundo es la IV Conferencia de Naciones Unidas sobre

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la Mujer celebrada en Beijing entre el 4 y el 15 de septiembre de 1995. En esta Conferencia se sustituye la noción de «igualdad de la mujer» por la contemporánea «igualdad de género»; se introducen conceptos clave como el de empoderamiento o transversalidad; se reconoce claramente la igualdad de género como un derecho humano; se introducen nuevas garantías institucionales y se indican las áreas u objetivos estratégicos de lucha por la igualdad (educación, economía, pobreza, poder, medios de comunicación, salud, violencia, conflictos armadas, las niñas, medio ambiente). Esta nueva metodología fue implantada en España a través de los planes estatales, autonómicos e incluso locales de igualdad de género; y dio lugar a la creación de nuevas figuras profesionales como las de agente de igualdad de oportunidades.

Además, Naciones Unidas cuenta con un importante tratado, la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres (1979), publicado en España el 21 de abril de 1984. Nuestro país ha suscrito el Protocolo Facultativo que permite a particulares y asociaciones elevar denuncias directamente al Comité CEDAW. Este Comité evacúa interesantes informes periódicos sobre la situación de la igualdad de género en España (el último es de 2015) y formula valiosas recomendaciones y propuestas de mejora.

En definitiva, el derecho internacional de los derechos humanos juega en este campo un papel crucial porque, entre otras cosas, impide o dificulta cualquier retroceso. Junto con él, no cabe ignorar la enorme influencia que también ejerce el derecho comparado. Obviamente, el derecho comparado, a diferencia del internacional, no es norma jurídica vinculante en nuestro país, pero no por ello hay que desdeñar su impronta. Ya tuvimos oportunidad de comprobarlo, por ejemplo, en relación con la extensión del derecho de sufragio a las mujeres. El hecho de que otros países, que servían como nuestro modelo, lo hubieran hecho ya, fue, sin duda, un acicate eficaz. Lo mismo podría decirse de la composición equilibrada por género de las listas electorales, reconocidas antes en Francia o Italia.

Desde mi punto de vista, los principales impulsores de las políticas de género en España han sido los gobiernos socialistas. Antes indiqué la importancia capital de la creación del Instituto de Género y, sobre todo, de las cuotas electorales de género, tanto internas como de cargos de representación, a imitación del partido socialista alemán. Más tarde, y por no mencionar el serio intento de suprimir la preferencia del varón en el orden sucesorio del trono, otros dos cambios políticos de calado han sido la exigencia de composición equilibrada de las listas y toda la nueva estrategia de lucha contra la violencia de género creando, incluso, una jurisdicción especializada.

El valor que (creo) debe reconocerse a las políticas socialistas en favor de la igualdad de género se debe extender sistemáticamente a los avances que también ha procurado respecto de la igualdad por orientación e identidad sexuales. La discriminación que sufren los homosexuales se produce, a mi juicio, por causas claramente machistas, de modo que luchar contra la discriminación por estas razones es también luchar por la igualdad de género. El reproche ideológico a las personas

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

homosexuales trae causa de que un hombre o una mujer se atreven a adoptar en el ámbito sexual el papel «pasivo» que tradicionalmente se atribuía al sexo contrario. Es un hombre que actúa como una mujer y una mujer que quiere ser un varón sin serlo. De ahí que las sociedades más machistas sean también las más homófobas: las ideas enfermas que dan origen a la discriminación provienen de la misma factoría.

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

Creo que los avances que se han ido consiguiendo en materia de igualdad son el resultado de la suma e intersección de muchos factores y actores, pero sin duda hay dos sin los cuales sería imposible explicar las progresivas conquistas que se han ido alcanzado en estos 40 años de democracia. Sin duda, el Derecho Internacional ha jugado un papel esencial desde varios puntos de vista: a) ha contribuido a consolidar el presupuesto básico de que los derechos de las mujeres son también derechos humanos; b) ha aportado una dimensión global sobre la discriminación sistémica que sufren las mujeres; c) ha ido generando una serie de conceptos, herramientas y nuevos paradigmas que han sido decisivos en la revisión de una cultura jurídica construida a imagen y semejanza de los varones. Los mismos conceptos que hoy día han acabado por asentarse, a pesar de las polémicas que en muchos casos han generado, tales como acción positiva, mainstreaming de género, discriminación interseccional o democracia paritaria, provienen de una acción internacional que ha tenido como principal punto de referencia las Conferencias Internacionales sobre derechos de las mujeres celebradas desde la década de los 70 del pasado siglo. A todo ello habría que sumar la apuesta de la Unión Europea por incorpora la igualdad de mujeres y hombres como uno de los principios esenciales de este «experimento» político-jurídico. Con sus luces y sus sombras, la jurisprudencia tanto del TEDH como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han sido una herramienta clave, por ejemplo, en cómo el TC ha ido construyendo la ciudadanía de las mujeres a partir de las dos dimensiones, formal y material, de la igualdad.

Todo lo anterior debería constituir un punto de partida irrenunciable de cara a una futura reforma constitucional con perspectiva de género. Es decir, entiendo que España estaría obligada no solo a no contradecir las normas internacionales ratificadas sino también a incorporar, a nivel constitucional, una serie de previsiones que en 1978 no se tuvieron en cuenta. En este sentido, sí que creo que el Derecho Internacional de los derechos humanos, y en este caso de los derechos humanos de las mujeres, impondría determinados límites al poder constituyente. Pensemos por ejemplo en todo lo que el conocido como Convenio de Estambul de 2011 plantea en torno a las violencias sobre las mujeres.

Pero junto a ese impulso del Derecho Internacional, no deberíamos olvidar que todas las conquistas y todos los procesos de transformación, muchos de ellos

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

todavía por concluir e incluso en algún caso por iniciar, se han producido gracias a la permanente movilización feminista y al trabajo incansable y continuo de los colectivos de mujeres que han sido decisivos en la articulación de la sociedad civil. De hecho, la que ya estamos viviendo como «cuarta ola» del feminismo sería impensable sin la acción política de mujeres, tanto a nivel individual como colectivo, que han conseguido situar en la «agenda pública» cuestiones que hasta hace nada eran invisibles o, a lo sumo, secundarias. En esta línea, son muchas las mujeres que, desde los partidos políticos, y a pesar de todos los obstáculos que siguen encontrando en estructuras orgánicas resistentes a superar los privilegios masculinos, han realizado una labor impagable para que las leyes, las políticas públicas y la sociedad en general incorporarse como un objetivo prioritario la lucha contra la desigualdad. De otra manera habría sido imposible, por ejemplo, que en nuestro país se generase en apenas una década una conciencia sobre el problema social y político que representa la violencia de género. Justamente por ello creo que es de justicia, llegado el 40 aniversario de la Constitución, reconocer a todas esas mujeres que, en condiciones ciertamente adversas, han ido erosionando un modelo político y jurídico, en muchos casos en detrimento de sus mismas aspiraciones profesionales y/o políticas.

Además, ninguna de las transformaciones producidas en materia de igualdad de derechos, y mucho menos en cuanto a la revisión que se ha ido provocando de las mismas bases teóricas y epistemológicas del Derecho y la Ciencia Jurídica, habría sido posible sin el trabajo de reflexión crítica llevado a cabo por las compañeras juristas que han ido, en muchos casos también en condiciones adversas, generando toda una corriente de pensamiento jurídico crítico sin el cual, por ejemplo, ciertos instrumentos legislativos no habrían visto la luz. O, como mínimo, no se habrían articulado de la misma manera. En este sentido, creo que ha sido y es esencial la tarea desempeñada desde hace años por la Red Feminista de Derecho Constitucional, así como de manera más reciente, y más vinculada a la praxis judicial, la que lleva a cabo la Asociación de Mujeres Juezas de España. Todo ello, insisto, en contextos, como el universitario, en el que todavía hoy los estudios de género carecen del reconocimiento debido y en el que el control de los saberes y las prioridades ha estado y está mayoritariamente en manos de hombres. Y no precisamente hombres a los que pudiéramos considerar como «aliados» del feminismo.

En cuanto a los retrocesos que en políticas de igualdad se han producido en la última década, coincidiendo en gran medida con los años de la crisis económica y con la consagración constitucional del principio de estabilidad presupuestaria, son varios los factores que han coadyuvado a la fragilidad de las conquistas. De manera esquemática, podríamos señalar algunas causas: a) La debilidad de los instrumentos legislativos, carecen en muchos casos de dimensión coactiva y de un desarrollo reglamentario que los dote de eficacia; b) La carencia de la suficiente dotación de recursos, materiales y humanos, para aplicar de manera efectiva las acciones previstas; c) La pervivencia, solo mínimamente erosionada, de un sistema de división

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sexual del trabajo y de unas políticas —laborales, económicas, fiscales— basadas en la oposición hombre proveedor/mujer cuidadora; d) La ausencia de una cultura jurídica que haya integrado la perspectiva sistémica de la discriminación por razón de género; e) En estrecha conexión con el anterior, la escasa formación y sensibilización de los operadores jurídicos en esta materia; f) El desequilibrio desde el punto de vista del género en la composición de instituciones clave, tales como el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial; g) Las frágiles políticas en materia educativa, en todos los niveles, con la consiguiente repercusión negativa en la formación de los y las profesionales de los diferentes ámbitos, así como en la sociedad en general.

Todo ello, recordemos, en el marco de una Constitución en la que, como he señalado, las mujeres están ausentes, el género es invisible y la paridad ni se adivina. A lo que habría que añadir, por ejemplo, carencias tal flagrantes como el no reconocimiento como fundamentales de derechos sociales sin los que es imposible garantizar la autonomía que define a los sujetos democráticos. La suma de estos elementos ha provocado que con demasiada frecuencia las políticas de igualdad queden en manos del voluntarismo político y que sean con facilidad sacrificadas ante otros intereses considerados más prioritarios. En este sentido, no debemos olvidar cómo en buena medida las políticas de igualdad requieren unas sólidas, permanentes y no regresivas dotaciones presupuestarias, ya que se traducen, entre otras cosas, en prestación de servicios y en dotación de recursos que permiten remover la desigualdad. Por tanto, ha sido demasiado frecuente su sacrificio en momentos de estrechez presupuestaria. De ahí que cualquier evaluación rigurosa que pretenda hacerse sobre la efectividad de las políticas de igualdad debe pasar por el análisis crítico de la Ley de Presupuestos, por el régimen fiscal o por cómo el género se introduce como categoría transversal en las políticas económicas. Una evaluación crítica que en la práctica no se realiza, o se realiza de manera insatisfactoria, entre otras cosas porque, como antes he apuntado, el mandato de que los proyectos de ley y los planes del Gobierno vayan acompañados del preceptivo informe de impacto de enero acaba convertido en la práctica en una mera formalidad que apenas incide en los contenidos normativos.

6. *¿Qué valoración le merece la interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional del principio de igualdad entre mujeres y hombres? ¿Considera que el juicio de igualdad, en este caso, tiene singularidades que lo diferencian de los otros «rasgos sospechosos» del art. 14?*

MARIA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en relación con los derechos de las mujeres, ha sido muy positiva, y ha permitido un desarrollo de la igualdad

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

muy importante, validando todas las leyes sometidas a control de constitucionalidad, e interpretando la igualdad reconocida en la Constitución, con criterios muy ajustados a la doctrina antidiscriminatoria, y a las acciones positivas de igualdad. En general, la jurisprudencia de valores que el Tribunal ha realizado en torno a la igualdad, y en concreto a la igualdad de género, permite afirmar que ha contribuido a cambiar de manera muy importante la jurisprudencia conceptual en que se venía desenvolviendo la jurisdicción ordinaria, fundamentalmente en los primeros años de la justicia constitucional.

En las primeras sentencias, referentes todas ellas a las excedencias forzosas por matrimonio, el Tribunal consideró contraria a la Constitución la norma que obligaba a las mujeres a abandonar su puesto de trabajo al contraer matrimonio y obligó a la readmisión o indemnización de esas mujeres en organismos públicos. Lamentablemente aquí el Tribunal consideró la prescripción de las acciones en un plazo de tiempo muy limitado, de tres años, en función de la ley de procedimiento laboral entonces vigente, lo que no produjo los efectos de generalización en la reparación del daño, pero en su línea de razonamiento se expresaba con claridad una posición de búsqueda de la igualdad material entre mujeres y hombres, muy pronto puesta de manifiesto en los criterios de desigualdad compensatoria que se materializaron en numerosas sentencias.

Es cierto que la vía de penetración del concepto clave para la aplicación de esa igualdad material entra en la jurisprudencia por la vía del voto particular en la STC 103 /1983, dictada en una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la jubilación solicitada por un hombre, y denegada por limitarse la legislación del momento a las mujeres. El voto discrepante hace referencia a la justificación de la diferencia por tratarse de situaciones que no eran homologables, al ser la mujer la que mayoritariamente en la sociedad española de la época, llevaba a cabo las funciones del hogar y no tenía una actividad remunerada. La STC 128/1987 adopta el criterio establecido en ese voto como posición mayoritaria y consolida el derecho una desigualdad compensatoria de las mujeres respecto de los hombres, en un plus de guardería, justificada por la mayoritaria atención de las mujeres a sus hijos.

Es en este campo, de la maternidad, en el que más atención se ha prestado por parte del Tribunal a una jurisprudencia atenta a las discriminaciones indirectas, otra técnica interpretativa facilitadora de la igualdad real. Los despidos aparentemente objetivos, llevados a cabo en mujeres embarazadas, han sido presumidos como lesiones al derecho de igualdad en el trabajo.

Quizás se pueda hablar de un punto de inflexión en esta jurisprudencia con la STC 126/1987, en la que se desestima una cuestión de inconstitucionalidad y se declara conforme a la Constitución la aplicación del derecho histórico del que se derivaba la regla de preferencia del varón sobre la mujer, en el orden regular las transmisiones mortis causa de los títulos nobiliarios. Es importante sin embargo considerar el VP del Magistrado Cruz Villalón, que pone de relieve la escasa calidad técnica de la sentencia, y en todo caso, se trató de un hecho aislado,

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que por otra parte, como es sabido, se corrigió por el legislador en la Ley 32/2006, de 30 de octubre, sobre la igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios.

En relación con los rasgos sospechosos, y antes de la vigencia de la LO 3/2007, el TC había venido desarrollando técnicas interpretativas que no siendo exclusivas de la igualdad de género, resultaban muy positivas para la discriminación de las mujeres: la razonabilidad, la proporcionalidad, el término de comparación, y las acciones positivas o discriminación positiva, han permitido avances muy importantes.

Así, las numerosas sentencias dictadas en relación con las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra el art. 153.1 CP, desde la STC 59/2008, en la redacción dada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre para de medidas de protección integral contra la violencia de género, o la que desestima el recurso de inconstitucionalidad contra la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, STC 12/2008, y similares sobre leyes de las CC.AA. que habían regulado la participación electoral. (SSTC 13/2009, 40/2011).

PALOMA BIGLINO CAMPOS

Llevar a cabo un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad entre hombres y mujeres excede claramente de los objetivos de una encuesta y entra de lleno en el ámbito de la investigación. Por estas razones, me parece necesario destacar que, en general, su aportación ha sido decisiva, no sólo a la hora de depurar el ordenamiento de medidas paternalistas, sino también a la hora de asegurar la igualdad entre hombres y mujeres en múltiples situaciones. Las dos decisiones que, sin duda, revisten mayor interés, fueron la STC 12/2008, sobre las listas electorales de composición equilibrada y las STC 59/2008, sobre la reforma del Código Penal en materia de delitos de violencia de género.

La primera de ellas, que confirmaba la constitucionalidad de la norma, puso a nuestro Tribunal Constitucional muy por delante de sus homólogos italiano y francés. Estos órganos habían invalidado leyes menos avanzadas invocando, paradójicamente, el principio de igualdad entre hombres y mujeres. La segunda tuvo muy en cuenta la naturaleza especialmente odiosa de esos delitos y la frecuencia con que la mujer es víctima de ellos. En ambas decisiones el Tribunal estuvo a la altura de las circunstancias: lejos de escudarse en análisis meramente formales, fue capaz de conectar la norma con la realidad en que se aplica.

Evidentemente, la discriminación por razón de género tiene rasgos mucho más sospechosos que las otras causas de discriminación mencionadas en el art. 14. La principal de todas ellas es su carácter horizontal, en virtud del cual se superpone, y agrava, al resto de posibles discriminaciones, lo que las transforma en múltiples.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Como previamente ya he señalado el art. 14 de la CE reconoce el principio de igualdad ante la ley en el más puro sentido de la doctrina del Estado liberal; así, proclama la igualdad de los españoles ante la ley y prohíbe cualquier discriminación en una serie de categorías sospechosas de discriminación (pero no las agota porque termina su redacción con una cláusula general en la que cabe como causa discriminada cualquier condición o circunstancia personal o social). Se citan como categorías discriminadoras el nacimiento, la raza, la religión, la opinión y el sexo. En la redacción de este precepto constitucional el principio de la igualdad de mujeres y hombres se difumina porque el legislador constituyente considera que los sujetos afectados por la discriminación son seres neutros y con ello no se pone el acento en que «el sexo» es un factor de desigualdad histórico y las desigualdades de mujeres y hombres no son puntuales ni coyunturales; la exclusión persiste, es estructural y expulsa a las mujeres (más de la mitad de la población) del sector público como también las excluyó del pacto constitucional.

Tradicionalmente el espacio reservado a las mujeres era el privado y doméstico; espacio que no participaba del sector público reservado únicamente a los varones. Los niveles entre lo privado y lo público no eran equiparables y en esa perspectiva los principios constitucionales no ocupan todos los espacios al mismo nivel. De ahí que «el sexo» como causa de discriminación reconocida en el art. 14 constitucional no pueda ser considerado al mismo nivel que el resto de categorías sospechosas de discriminación; además, que la simple introducción en dicho precepto en la norma suprema no es suficiente para erradicar las desigualdades entre mujeres y hombres; es pues imprescindible un nuevo pacto constitucional —por medio del procedimiento de revisión atribuido al poder constituyente constituido— que identifique y permita visibilizar a ambos sexos como sujetos plenos de derechos.

Conviene también destacar que tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial (protección multinivel de derechos) la naturaleza jurídica de las distintas causas de discriminación, recogidas en la normativa internacional, comunitaria y nacional, se ha ido elaborando a partir de la prohibición de la discriminación por razón de sexo. A ello ha contribuido también la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres. Y, a dichos efectos cuando hablamos de discriminaciones por razón de sexo hay que diferenciar distintas categorías reconocidas en la LOI, y previamente en la Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y en las Sentencias de nuestro Tribunal Constitucional: discriminaciones directas, discriminaciones indirectas, discriminaciones ocultas, discriminaciones por indiferenciación, discriminación por asociación, discriminación por error y discriminación múltiple…

Las discriminaciones directas (art. 6.1 de la LOI) son aquellas situaciones en que se encuentra una persona tratada de manera menos favorable que otra en

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

situaciones comparables. En esta categoría encuadramos, por ejemplo, las discriminaciones por embarazo o maternidad y las diferentes remuneraciones salariales a mujeres y hombres por un trabajo de igual valor. Por su parte las discriminaciones indirectas (art, 6.2 de la LOI) son aquellas situaciones en que una disposición, criterio o práctica, que en apariencia son neutros, ponen a personas que se encuentran en la misma situación en desventaja sin que pueda haber una justificación objetiva y razonable. Por ejemplo, primar la movilidad laboral en el empleo perjudicando de forma indirecta a las mujeres que son quienes arrastran en mayor medida las cargas familiares. Otra categoría son las discriminaciones ocultas que sin tomar como referencia una categoría sospechosa de discriminación encubren diferencias injustificables por cualquier motivo. También encontramos otras discriminaciones por indiferenciación, por asociación, por error o las discriminaciones múltiples. Estas últimas categorías discriminatorias aparecen reconocidas en el articulado de la Ley Integral contra la violencia de género de 2004.

En el art. 7 de la LOI se alude al acoso discriminatorio que se produce cuando se dan conductas basadas en las precitadas causas de discriminación para atentar contra la dignidad de una persona creando un entorno cuando menos hostil e intimidatorio. Tampoco podemos dejar de aludir a las medidas de discriminación inversa reconocidas en la normativa internacional y nacional objeto de desarrollo en la tutela multinivel de derechos: dichas medidas van encaminadas a hacer desaparecer las desigualdades que persisten entre mujeres y hombres. No atentan contra el principio de igualdad porque son medidas promocionales (principio de igualdad material) para corregir la situación discriminatoria que sufre el sexo menos representado (a título de ejemplo la STC 12/2008, de 29 de enero) sobre el principio de presencia equilibrada en las listas electorales que reconoce la LORET por imperativo de la LOI (Disposición adicional primera). El Tribunal Constitucional español defiende la constitucionalidad de la medida a partir del art. 9.2 de la CE que pretende alcanzar la igualdad real y efectiva. Las medidas de acción positiva se regulan en el art. 11 de la LOI y deben tener una duración temporal (es decir mientras dure la situación de discriminación que las justifica).

TERESA FREIXES SANJUAN

Ha sido una igualdad «evolutiva». Primero muy tímida y precisamente haciendo que determinados colectivos masculinos se equiparasen a «ventajas» que tenían las mujeres en sus ámbitos (pensiones, por ejemplo). Después ya se ha entrado en una aceptación de los indicadores proporcionados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la legislación y jurisprudencia de la UE. Hoy en día, salvo alguna contada excepción, podemos considerar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es avanzada, pionera en algunos casos si comparamos con otros países.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ

Creo que, durante 35 años el Tribunal Constitucional ha ido supliendo, por vía interpretativa, y desde una clara opción a favor de una interpretación evolutiva de la Constitución, los silencios de esta última en materia de igualdad de género, y que la valoración de esa jurisprudencia debe ser positiva.

Ahora bien, es preciso reconocer que tal jurisprudencia ha sido elaborada por un Tribunal de hombres. Desde el año 1980, el Tribunal Constitucional se ha visto conformado por 57 magistrados y 6 magistradas. No más de dos mujeres han ocupado simultáneamente la Alta Magistratura Constitucional. No hubo ninguna magistrada durante casi una década, concretamente entre el año 1989 en que Gloria Begué dejó la Magistratura y el año 1998 en que se incorporó Maria Emilia Casas. Después de ella, entrarían a integrar el Tribunal Elisa Pérez Vera (2001-2012), Adela Asua (2010-2017), Encarnación Roca (2012) y Maria Luisa Balaguer (2017), las dos últimas aún en el ejercicio del cargo. Una de ellas ejerció la Presidencia. Cuatro la Vicepresidencia.

Y junto a este primer lamento, se ha de elevar otro: la jurisprudencia constitucional no distingue las desigualdades basadas en el sexo de cualesquiera otras discriminaciones fundadas en causas sociales, ideológicas, personales y de cualquier otro tipo. Además el Tribunal no realiza una construcción específica sobre el género, sino que habla indistintamente de sexo y género (STC 159/2016), a pesar de que parece apreciarse cierta conciencia de la distinción en la STC 59/2008. Esa indiferenciación entre las categorías sospechosas de inducir comportamientos discriminatorios, supone que el Tribunal juzga la distinción por razón de género con el mismo método racional con que juzga las demás, buscando la causa de la discriminación y las razones que justifican su existencia, para valorar después si tal justificación es constitucionalmente admisible o no lo es. Y ese método no siempre conduce a los mismos resultados, porque es esencialmente relativista y analiza el caso perdiendo de vista el contexto de discriminación estructural en que se desarrolla la vida de las mujeres. Y porque ignora el hecho de que las medidas previstas en el ordenamiento y sometidas a enjuiciamiento constitucional no producen efectos aislados o unidireccionales, sino que actúan en un contexto determinado y contemplan proyecciones múltiples.

A mi juicio este error en el enfoque ha conducido, particularmente en los últimos años, a la elaboración de varias sentencias que parecen involucionar en materia de interpretación de principio de igualdad y que, por ello, entiendo que obligan a introducir matices en un balance inicial esencialmente positivo

La STC 145/2015, de 25 de junio, estima el recurso de amparo planteado por un farmacéutico al que se sancionó por no dispensar en su farmacia la píldora del día después. El voto particular de la magistrada Adela Asúa pone de manifiesto que la sentencia «minimiza la debida consideración acerca de los derechos a la vida y a la integridad física y moral y a la salud de las personas que puedan requerir la utilización del medicamento en cuestión»

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Las SSTC 31/2018 y 76/2018 dan carta de naturaleza constitucional a la educación diferenciada por sexos, olvidando, tal y como ponen de manifiesto los votos particulares, entre ellos el de la Magistrada María Luisa Balaguer, que la educación diferenciada no se compadece adecuadamente con el principio de igualdad entre hombres y mujeres constitucionalmente reconocido. No cabe, en una visión actual del principio de igualdad entre géneros, un postulado que defienda el «separados pero iguales».

Las SSTC 111/2018 y 117/2018 desestiman los recursos de amparo planteados por la Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPiiNA) reclamando la igualación de los permisos de maternidad y paternidad, ya que obvian que, como se recoge, de nuevo en un voto de Balaguer, la diferencia entre unos y otros es una barrera de entrada de las mujeres al mundo laboral y supone una discriminación indirecta indiscutible

Y, por último, el ATC 119/2018, inadmite a trámite el recurso de amparo planteado por una Magistrada que cuestionaba la falta de respeto del principio de igualdad en los nombramientos discrecionales efectuados por el CGPJ. De nuevo aquí los votos particulares pronunciados ponen de relieve la falta de adecuada ponderación del elemento de discriminación sistémica de las mujeres en el acceso a la cúpula del poder judicial.

En suma, varios ejemplos que ponen de manifiesto la necesidad de revisar la última jurisprudencia constitucional con perspectiva crítica, y de trabajar por el desarrollo de cánones argumentativos diversos, demostrada la insuficiencia, en el tiempo presente, de los desarrollados durante tres décadas.

FERNANDO REY MARTÍNEZ

Obviamente, la discriminación por género es diferente a todas las demás por las razones que antes expuse (la más antigua, extendida, proteica y básica), pero también porque no afecta a una minoría, a un «colectivo» sino a la mayoría demográfica de la población y porque se añade a todas las demás, configurando ataques específicos y más graves a la dignidad de las personas. Esto nos lleva a plantearnos si la igualdad de género debiera seguir sistemáticamente ubicada en la cláusula antidiscriminatoria, como hasta ahora, o debiera emanciparse para convertirse en un derecho fundamental con perfiles totalmente específicos. La cuestión va más allá de la simple colocación en un mismo artículo, junto con el resto de «rasgos sospechosos», como hasta ahora, o en dos separados, dedicando uno expresamente a la igualdad de género. Se trata de valorar si, en definitiva, la igualdad de género es un *quid* diferente al de los otros ámbitos del derecho antidiscriminatorio.

En cuanto a la interpretación que ha venido realizando el Tribunal Constitucional de la prohibición de discriminación por sexo del art. 14 CE, es posible concluir que ha sido abundante, garantista y casi siempre ha resuelto correctamente

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los casos planteados (aunque no en todos ellos la doctrina empleada fuera la mejor).

El Tribunal Constitucional español ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la prohibición de discriminación por razón de género en varias decenas de ocasiones. Ha considerado como discriminaciones directas, prohibidas por la Constitución, por ejemplo, medidas como las denominadas «cláusulas de celibato», es decir, las normas que suspendían el contrato de trabajo para el personal femenino al contraer matrimonio (se referían a Telefónica: STC 7/1983 y posteriores), o las numerosas discriminaciones por razón de embarazo [el Tribunal mantiene en este punto una tendencia inequívocamente garantista, pues ha extendido la protección de la trabajadora embarazada no sólo a los despidos (por todas: STC 136/1996), sino incluso, al período de prueba —STC 166/1988—, a la no renovación del contrato de trabajo —STC 173/1994—, a las funcionarias interinas —STC 20/2001—, a las discriminaciones ocultas —por ejemplo, en la Sentencia 98/2003 el Tribunal estimó el amparo presentado por una trabajadora que ocupaba la jefatura de la secretaría de un consejero regional pues fue cesada formalmente por «errores e incumplimientos en el desempeño de sus funciones» pero, en realidad, por haberse quedado embarazada—] o incluso en el caso de no dar opción a la trabajadora a mejorar sus condiciones laborales por encontrarse de baja por embarazo de riesgo (STC 3/2017).

En casos de discriminación, se invierte la carga de la prueba, esto es, corresponde a la trabajadora acreditar la existencia de indicios de que ha sufrido la discriminación, pero es el empleador quien debe probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable su decisión y destruir así la sospecha de lesión constitucional generada por los indicios. En la STC 162/2016 el Tribunal otorga el amparo a una magistrada a quien se niega los derechos económicos y profesionales inherentes al cargo por no haber podido tomar posesión de la plaza al disponer de licencia por embarazo; y en la STC 2/2017 se dispensa el amparo a una trabajadora a la que, con posterioridad a su embarazo y maternidad, se le impide ejercer su derecho preferente de modificación de las condiciones laborales reconocido por convenio.

En el capítulo de las discriminaciones directas, hay que llamar la atención sobre algunas Sentencias de gran valor simbólico e histórico: la que considera, por ejemplo, que la inadmisión por el Ministerio de Defensa de una mujer a las pruebas para el ingreso en la Academia General del Aire es una medida contraria al artículo 14 CE (STC 216/1991), y la que declara inconstitucional el artículo 1 del Decreto de 26 de julio de 1957 que prohibía el trabajo de la mujer en el interior de las minas (STC 229/1992).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 224/1999 tiene el mérito de haber configurado por primera vez el acoso sexual como una forma de discriminación sexual (así como una violación del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE). Para que pueda apreciarse un acoso sexual el Tribunal exige «una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado en actos,

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

gestos o palabras», comportamiento «que se perciba como indeseado e indeseable por su víctima» y que «sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato».

Un caso de discriminación directa resuelto de manera discutible es el de la Sentencia 126/1997, que va a declarar no contraria al artículo 14 CE una no negada discriminación directa, la regla de la preferencia del varón sobre la mujer en el orden regular de las transmisiones hereditarias de los títulos nobiliarios (contenida en la Partida 2.15.2, en vigor). Más exactamente, el TC estima que no es de aplicación en este caso el típico examen judicial estricto sobre cualquier posible discriminación sexual, pues «admitida la constitucionalidad de los títulos nobiliarios por su naturaleza meramente honorífica y la finalidad de mantener vivo el recuerdo histórico al que deben su otorgamiento, no cabe entender que un determinado elemento de dicha institución —el régimen de su transmisión *mortis causa*— haya de apartarse de las determinaciones establecidas en la Real carta de concesión». Los votos particulares de los Magistrados C. Viver, T. Vives y P. Cruz sostuvieron, sin embargo, que el orden regular de sucesión de los títulos nobiliarios, al que es aplicable la Constitución y su artículo 14, es una discriminación frontal por razón de sexo pues dicho orden se establece en una norma jurídica (y no en «una simple regla de comportamiento establecida por determinados grupos sociales en virtud de sus particulares convenciones») y los actos de concesión, rehabilitación y transmisión mortis causa de los títulos nobiliarios no son fruto tampoco de relaciones *inter privatos*, sino ejercicio de facultades públicas del Monarca [artículo 62.f)], en el que intervienen diversos órganos estatales (desde el Consejo de Estado hasta los órganos judiciales, pasando por el refrendo del Ministro de Justicia), «y todo este proceso está regido por normas cuyo contenido no se limita a reconocer un ámbito de autonomía de la voluntad o privada, sino que establecen auténticas reglas de *iuscogens*, plenamente integradas, y esto es aquí lo más relevante, en el ordenamiento jurídico vigente en la actualidad en España». El problema ha sido resuelto legislativamente más tarde con la Ley 33/2006, que ha suprimido la regla de la preferencia de los varones en orden a heredar los títulos nobiliarios.

El Tribunal Constitucional incorporó en nuestro ordenamiento el concepto de discriminación indirecta en la STC 145/1991 y la ha utilizado en varias ocasiones posteriores. Por ejemplo, en la STC 58/1994, consideró que era discriminatorio que las empleadas de las secciones de envasado y expedición de una empresa, a pesar de ostentar categorías profesionales superiores o equivalentes a las de sus compañeros de las mismas secciones, percibieran una retribución mensual sensiblemente inferior. El Tribunal apreció una discriminación prohibida pues el empleador no justificó suficientemente la diferencia de trabajos entre hombres y mujeres en orden a concederles una retribución distinta y, además, el único criterio de diferencia que mencionó fue el del «mayor esfuerzo físico» de los varones, criterio que, formulado aisladamente, es sexista. Es interesante también la STC de 22 de marzo de 1999, que concedió el amparo a un sindicato

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

porque el Tribunal Superior de Justicia que conocía de un proceso en el que se discutía la política de contratación casi exclusivamente en favor de varones de una empresa (Fasa-Renault), se negó a incorporar al proceso ciertos documentos que hubieran acreditado indicios suficientes de discriminación (por ejemplo, en un año Fasa contrató 120 varones y ninguna mujer) y hubieran permitido, en ese caso invertir la carga de la prueba, correspondiendo a la empresa probar que su política de contratación era objetiva y ajena a toda intención discriminatoria. A partir de esta decisión, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 4 de mayo de 2000, estimó la pretensión del sindicato declarando que la empresa habría incurrido en una conducta discriminatoria indirecta en su política de contratación ya que la empresa no aportó una justificación objetiva y razonable de por qué exigía el título de Formación Profesional II para realizar unas funciones que no requerían tan formación, siendo «desproporcionado y perjudicial para el colectivo femenino que por razones socio-económicas no suele poseer tan título». Por su similitud, esta Sentencia bien podría calificarse como la Sentencia «Griggs» española.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido abundante también por lo que se refiere a la igualdad de oportunidades. De hecho, incorpora el concepto de «acción positiva» en la STC 128/1987. El actor, un varón que no obtendrá éxito finalmente en su pretensión, recurre en amparo por entender que era discriminatorio el distinto régimen de prestaciones en concepto de guardería otorgado por su empleador, el INSALUD: mientras que todas las trabajadoras con hijos menores de seis años, e independientemente de su estado civil, tenían derecho a percibir una prestación por guardería, este derecho se atribuía únicamente a los trabajadores varones con hijos menores de seis años que fueran viudos. El test de la medida paternalista/compensadora, aplicado al caso, lleva al Tribunal a considerar conforme a Constitución el plus de guardería concedido sólo a las trabajadoras (y a los trabajadores viudos). Otra medida de acción positiva reconocida por el Tribunal ha sido el permiso de lactancia concedido sólo a las trabajadoras (STC 109/1993 —aunque en la actualidad se concede a los dos padres). Y, entre las medidas que el Tribunal declara paternalistas o falsamente protectoras, se hallan la norma de un convenio colectivo que otorgaba a las auxiliares de vuelo mayores de treinta y cinco años y menores de cuarenta (pero no a sus compañeros varones) el derecho de retiro anticipado (STC 207/1987); el convenio colectivo de Telefónica que concedía un plus de transporte nocturno sólo a sus trabajadoras (STC 28/1992); la norma pre-constitucional que otorgaba a ciertas trabajadoras el derecho a una indemnización por ruptura del contrato de trabajo a consecuencia de su matrimonio (STC 317/1994).

Dentro de la jurisprudencia, resultan de interés, por último, dos tipos de decisiones, una relativa a las listas electorales equilibradas en cuanto al género, y la otra atinente a la violencia de género doméstica. La STC 12/2008 versa sobre la composición equilibrada de mujeres y hombres en listas electorales. El Tribunal se enfrenta a un caso claro de igualdad de oportunidades (aunque

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

formalmente, como veremos, la medida controvertida era exquisitamente neutral en cuanto al sexo), pero ya no se apoyará en la doctrina compensatoria de la Sentencia 128/1987, sino directamente en el artículo 9.2 CE (que ordena a los poderes públicos promover la igualdad real y efectiva). Declarada la conformidad de la norma impugnada con el derecho de igualdad, el Tribunal examina otros aspectos problemáticos, concluyendo que la limitación de presentación de candidaturas por parte de los partidos que entraña la norma es válida, que tampoco afecta a la libertad de asociación de los partidos para organizarse como deseen, ni su libertad ideológica o de expresión, ni tampoco se fragmenta el cuerpo electoral.

La doctrina de la Sentencia 12/2008 se viene a reproducir más tarde en la Sentencia 13/2009, de 19 de enero, aunque en este último caso hay interesantes matices diferenciales. El primero es que no sólo se refiere al sistema electoral, sino también a la función pública y el segundo es que, en materia electoral, la disposición impugnada fijaba una representación mínima en las listas de candidatos electorales de mujeres del 50% y de hombres del 40%.

Es remarcable también la STC 59/2008 respecto de la redacción que el artículo 37 de la Ley orgánica de violencia ha dado al artículo 153.1 del Código Penal, fallando que la norma penal que castiga más a los hombres cuando maltraten a sus mujeres o ex-mujeres que a las mujeres cuando maltraten a sus parejas varones es conforme con la Constitución. Concretamente, la pena para el varón que, de cualquier modo, cause menoscabo psíquico o lesión (que no fueran constitutivos de delitos) o golpeare o maltratare (sin causar lesión) a la esposa o pareja con la que conviva será de seis meses a un año de prisión, mientras que si la víctima es el hombre y la ofensora la mujer, la pena será de tres meses a un año. La diferencia está, pues, en esos tres meses del límite mínimo de la prisión. La duda de adecuación a la Constitución de esta norma (artículo 153.1 Código Penal) se centraba en si ese diferente trato penal lesionaba o no el principio de igualdad constitucional entre mujeres y hombres. ¿Cómo argumentó el Tribunal?: (1) El legislador penal tiene una amplia libertad para determinar delitos y penas y que el Tribunal Constitucional debe contenerse a la hora de valorar la política criminal establecida por las Cortes, ciñéndose sólo a los notorios excesos del marco constitucional. (2) La diferencia de trato establecida por la norma penal es razonable, por tres motivos: (a) Persigue una finalidad legítima, prevenir las agresiones que en el ámbito de las relaciones de pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer. (b) Es una norma adecuada a esa finalidad legítima, por dos motivos: primero, la frecuencia de los delitos de violencia en que la víctima es la mujer, lo que demuestra la mayor necesidad objetiva de protección de ésta; segundo, el mayor desvalor (o gravedad) de este tipo de conductas porque «manifiestan la discriminación y la relación de poder de los hombres sobre las mujeres». Hay aquí una violencia peculiar, que merece un mayor reproche, ya que atenta contra la dignidad, seguridad y libertad de las víctimas de un modo más intenso. (c) Es una norma proporcionada o medida porque la diferencia

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de trato es escasa (sólo esos tres meses del límite mínimo de la prisión a imponer). En mi opinión, la violencia de género (cuando lo sea de verdad) es un delito pluriofensivo porque lesiona varios bienes jurídicos (además de la integridad de la víctima, también la igualdad) y, por ello, puede merecer más pena. Desde el punto de vista práctico, el caso planteado carecía por completo de importancia; lo realmente decisivo es la transformación de faltas en delitos y el endurecimiento de estos.

Una última Sentencia de gran interés jurídico y político es la STC 37/2018, que se pronuncia sobre la validez constitucional de «la enseñanza diferenciada por sexos» (art. 84.3 LOMCE) concluyendo que no supone una discriminación de género. El argumento principal es de carácter internacional. Utilizando el canon interpretativo del art. 10.2 CE y la propia remisión que el artículo de la LOMCE impugnado hace al art. 2 de la Convención de la UNESCO de 14 de diciembre de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, ratificada por España en 1969, el Tribunal sostiene que la separación de alumnos por género es válida siempre que dicha separación no produzca un trato menos favorable para nadie. Ciertamente, la Sentencia recuerda, desde el punto de vista potencialmente contrario, que otro texto internacional también ratificado por España, la Convención de Naciones Unidas sobre toda forma de discriminación hacia la mujer, de 18 de diciembre de 1979, compromete a los Estados parte al «estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación para lograr el objetivo de eliminar todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y formas de enseñanza». El Tribunal constata que en España el modelo mixto casi se ha alcanzado, pero que la norma mencionada no obliga a los Estados a que su sistema sea completamente mixto (el precepto se refiere también a «otros tipos de educación»), sino a que se elimine todo tipo de educación machista, resultando que el art. 84.3 LOMCE impugnado obliga a los centros que quieran diferenciar por género a exponer en su proyecto educativo las medidas académicas que piensan desarrollar para favorecer la igualdad, dando así cumplimiento a lo establecido por la Convención. Un segundo argumento que emplea el Tribunal es el comparativo: la educación diferenciada por género se permite también en países como Reino Unido, Francia, Alemania, Bélgica o Estados Unidos.

El Tribunal, examinando si la educación diferenciada constituye una discriminación de género (art. 14 CE), afirma que, en efecto, se produce una diferencia jurídica de trato en cuanto al acceso al centro escolar, pero estaría justificada como «modelo o método pedagógico» en la medida en que «determinadas concepciones» consideran que «resulta más eficaz un modelo de educación de esta naturaleza que otros». Además, es un modelo de voluntaria adopción por los centros y de libre elección por los padres y, en su caso, por los alumnos. Como tal, forma parte del ideario educativo del centro, que es una facultad de la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE), aún dentro de los límites del art. 27.2 CE.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Un aspecto no precisamente menor de esta Sentencia es el relativo a si, incluso admitida la constitucionalidad de la educación diferenciada, las administraciones educativas autonómicas están obligadas o no a financiar o concertar este tipo de colegios en igualdad de condiciones que los colegios mixtos. El Tribunal considera que sólo si la educación diferenciada fuera declarada inconstitucional habría que negarse a concertar; como ocurre justo lo contrario, los colegios que separan por género deben poder ser concertados en idénticas condiciones que el resto.

Obviamente, esta Sentencia es bastante controvertida. De hecho, hasta cuatro magistrados emiten opiniones discrepantes (y otra, concurrente). Algunos de sus argumentos son de este tenor: la educación segregada por género (los magistrados creen que la separación no es simple «diferenciación», sino una auténtica «segregación», con el matiz negativo que esto conlleva) niega el papel de la escuela como espacio por excelencia de socialización y convivencia en la igualdad y contribuye a perpetuar los estereotipos sexistas; cualquier diferenciación jurídica por género exige una justificación muy rigurosa, que la mayoría del Tribunal no ha realizado; la equivalencia formativa entre escuelas segregadas y mixtas no es tal (el principio «separados pero iguales» es tan formal como falso); la mayoría niega razones ideológicas a la escuela segregada, pero las tiene; no se han demostrado las presuntas ventajas pedagógicas de la separación; la segregación de niños y niñas no tiene en cuenta a los transexuales e intersexuales.

A mi juicio, la educación que separa a chicos y chicas no es segregadora en sentido estricto porque la segregación requiere separación fáctica de dos grupos de escolares y también que los resultados de uno de ellos sean manifiestamente peores que los del otro. Esto ocurre en la práctica con la segregación étnica en España: con los pobres resultados que obtienen los escolares gitanos en centros con alta densidad de minorías étnicas en comparación con quienes no lo son. Aquí sí hay segregación. Como la hubo hace años en relación con los escolares con discapacidad. La separación de chicos y chicas no produce, sin embargo, diferencia de resultados (puede ser, incluso, que los resultados de las mujeres fueran mejores). Pero, por otro lado, esa separación contradice el concepto de «educación inclusiva», esto es, de un modelo de educación ideal que reúne en el mismo aula tendencialmente a todos los alumnos de edades semejantes sin tener en cuenta género, grado de inteligencia, nacionalidad, tipo y grado de discapacidad, etc. Por ello, en todo caso, debiera admitirse con límites: nunca en el sistema público, por ejemplo. O en el sistema privado en una localidad donde sólo se dispusiera de esta oferta. Y de ahí también que sea jurídicamente razonable excluirla de la posibilidad de concierto, aunque el Tribunal haya sentado que también lo es incluirla.

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

Sin duda, el Tribunal Constitucional ha desempeñado un importante papel en la consolidación progresiva no solo de un Derecho antidiscriminatorio desde

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el punto de vista del sexo, sino también desde la consolidación de un derecho que, de manera expresa, no está en la Constitución: la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Aunque en un primer momento, y como bien se ha señalado por los y las especialistas en el principio de igualdad, la jurisprudencia constitucional tuvo un carácter que podríamos calificar más de paternalista que de garantista. De hecho, en un primer momento el TC avaló la inaplicación de normas previas a la Constitución que beneficiaban a las mujeres —en algún caso ante recursos planteados por varones—, pero sin entrar a valorar las condiciones materiales en que se hallaban unas y otros. Es decir, se limitó a aplicar la lógica formal de la prohibición de discriminación del art. 14 CE.

Aunque posteriormente el TC fue incorporando una interpretación conjunta de los arts. 14 y 9.2 CE, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, detectamos en él una evidente primacía del derecho a la igualdad formal. Una dimensión que lógicamente es más que suficiente para los hombres ya que nosotros partimos de una posición de ventaja, la cual se proyecta desde la misma titularidad del poder constituyente. Y, por supuesto, el TC no ha incorporado la perspectiva de género como criterio interpretativo ni ha logrado de manera evidente incorporar los mandatos que al respecto establece el Derecho Comunitario y, a nivel interno, la Ley Orgánica 3/2007. Algo que no ha sido ajeno, me temo, a que el Tribunal haya sido y sea todavía hoy un órgano casi monopolizado por magistrados varones.

Salvo en contadas excepciones, como podrían ser las sentencias 12/2008 y 59/2008, la jurisprudencia constitucional es excesivamente deudora de una concepción formalista, y falsamente universalista, de la igualdad. Frente a ella, recordemos que, en la primera de las sentencias citadas, el TC incide en reconocer la igualdad sustancial como un «elemento definidor de la noción de ciudadanía» (STC 12/2008, FJ 5), o cómo en la segunda se justifica el diferente trato penal entre mujeres y hombres a partir de la diferente posición social de unas y otros, es decir, en la pervivencia del sistema sexo/género. Por otra parte, también resulta llamativo que solo en escasas ocasiones el TC haya recurrido a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), ratificada por nuestro país en 1983, como parámetro interpretativo.

De esta manera, sus contribuciones no han sido lo decisivas que cabría esperar porque no ha logrado incorporar en sus fundamentos el carácter sistémico de la discriminación por razón de género. Una ausencia que resulta más flagrante cuando pensamos en como el TC se ha enfrentado a cuestiones tan esenciales para las mujeres como la discriminación laboral, la maternidad, el aborto o la violencia. De esta manera, podríamos concluir que el TC se ha limitado a reaccionar ante las discriminaciones más que promover, a través de sus argumentaciones y fallos, una remoción de lo que M.ª Ángeles Barrère denomina «*subordiscriminación*» de las mujeres. En este sentido, creo que nuestro Tribunal Constitucional ha reproducido una cultura jurídica que continúa siendo androcéntrica y legitimadora de un orden patriarcal, algo a lo que sin duda ha contribuido el flagrante

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

desequilibrio que desde el punto de vista del género ha tenido siempre su composición. Baste con señalar como no ha logrado hacer un uso eficaz y depurado de la discriminación indirecta, o cómo se ha enfrentado a las discriminaciones que las mujeres sufren por razón de la maternidad. En este sentido, podríamos citar la reciente y discutible resolución del amparo solicitado conjuntamente por un padre y por la PPiiNa (Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción). En la sentencia de 17 de octubre de 2018, el TC insiste en que la función del permiso de maternidad es proteger la salud de la madre, por lo que no entiende que sea discriminatorio que el de paternidad tenga una duración menor. Es llamativo cómo la sentencia ni siquiera alude a la discriminación indirecta que la maternidad provoca en el acceso y permanencia de las mujeres en el mercado laboral, ni como los derechos/deberes de responsabilidad son hoy por hoy un factor esencial para lograr la igualdad efectiva que exige el mandato del art. 9.2 CE. Pierde pues el TC la ocasión de haber analizado el impacto negativo que tienen en las mujeres las medidas garantistas de la maternidad, y los paralelos privilegios de los que disfrutamos los hombres. Es decir, esta sentencia es un magnífico ejemplo de cómo el TC no tiene presente la dimensión relacional que implica el género ni las estructuras sociales y económicas que continúan dividiendo la ciudadanía en dos esferas (la pública masculina y la privada femenina). Es curioso cómo la sentencia no alude en ningún momento a los criterios interpretativos que marca la LO 3/2007, ni por supuesto incorpora en sus razonamientos las herramientas que el feminismo jurídico lleva décadas aportando para hacer eficaz, también desde el punto de vista de la interpretación y la aplicación del Derecho, el mandato del art. 9.2 CE. Tal y como subraya el voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer: «Hoy ya no se trata de lamentar que la mujer concentre la mayor parte de cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente del cuidado de los hijos, porque sigue haciéndolo a pesar de los avances innegables. Se trata de analizar por qué las medidas desarrolladas para compensar esa realidad social, destinadas fundamentalmente a las mujeres, no logran superar como debieran esa realidad y no aseguran la igualdad real de las mujeres en el acceso al mundo laboral y su promoción dentro del mismo. Se trata de examinar por qué esas medidas no logran atajar el problema del desigual reparto de los desincentivos entre los hombres y las mujeres».

Pareciera pues que el TC no tuviera presentes, y de hecho ni siquiera son citados en esta sentencia, los artículos 1, 2, 3, 4 o 15 de la LO 3/2007. En general, han sido pocas las ocasiones en que el TC ha usado los preceptos de la LO 3/2007 como criterio de interpretación de la constitucionalidad de las normas. Podemos citar como excepción a esta pauta la STC 13/2009, de 19 de enero, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Vasca 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres en el País Vasco, y la STC 159/2016, de 22 de septiembre, en la que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno contra la Ley catalana 17/2005, de igualdad efectiva de mujeres y hombres. Un reciente ejemplo llamativo de ausencia de la

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

perspectiva de género es la sentencia 31/2018, de 10 de abril de 2018, en la que se avaló la constitucionalidad de la previsión de la LOMCE según la cual es posible establecer conciertos educativos con centros que impartan una enseñanza segregada por razón de sexo. La mayoría del Tribunal no tuvo presente que, como bien señaló la magistrada M.ª Luisa Balaguer en su voto particular, «la educación diferenciada tiende a consolidar estereotipos basados en la diferenciación de los sexos por roles, por capacidades, y por posiciones en la sociedad, porque son esos mismos estereotipos, sin base científica, los que dan sustento a la teoría pedagógica segregacionista. No es este un modelo capaz de superar los estereotipos, y las dificultades de igualación entre hombres y mujeres, que demanda el artículo 9.2 CE, porque se basa precisamente en dichos estereotipos. El equilibrio entre la formación de la ciudadanía, y la educación del alumnado, quiebra con esta medida, que por ello no puede considerarse proporcional a la hora de asegurar la garantía del derecho a la igualdad (art. 14 CE) y a la educación, con el objeto de que a ella asocia el artículo 27.2 CE.»

La ausencia del género como clave interpretativa ha impedido que el TC ponga las bases para asumir la paridad como un principio esencial de una democracia en la que las dos mitades de la ciudadanía, la masculina y la femenina, han de disfrutar de los mismos derechos y oportunidades. Un objetivo que difícilmente se logrará mientras que se continúen usando herramientas propias de la igualdad formal (liberal) y en tanto no se parta, como bien han explicado juristas como M.ª Ángeles Barrère, de la consideración de la discriminación de las mujeres como el resultado de un sistema de poder que atraviesa todas las estructuras sociales. Lo cual obliga a revisar buena parte de los conceptos jurídicos heredados, tarea que el TC se ha resistido a hacer en estas décadas, lo cual, sin duda, ha tenido una repercusión negativa en cuanto que ha contribuido a mantener una cultura jurídica que hace que la normativa en materia de igualdad de género continúe encorsetada bajos las limitaciones propias del *soft law.*

7. *Transcurridos ya unos años, ¿Cómo cabe valor la actividad del legislador en esta materia, especialmente a través de las leyes de igualdad y contra la violencia de género?*

MARIA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Desde la década de los noventa, un importante sector de la doctrina constitucionalista se plantea la necesidad de legislar en materia de género, como una forma imprescindible de reducir las diferencias entre mujeres y hombres en algunos aspectos de la representación política, cuyos niveles de participación no alcanzaban el diez por ciento. Esta posición coincide con la de los demás países de nuestro entorno, que, con porcentajes parecidos, en algunos casos, como

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en Francia del siete por ciento, habían planteado el tema de las cuotas electorales como forma de desigualdad compensatoria, para reducir la diferencia entre la representación política de mujeres y hombres. En el sistema constitucional francés, el Conseil consideró necesaria una reforma constitucional que se llevó a cabo, y tras la que se aprobó una ley que establecía un porcentaje de mujeres mínimo del 33 por ciento, en las listas electorales.

En España, el debate se centró en torno a si las limitaciones del derecho de representación política, que afectaban a los hombres, podían considerarse contrarias al art. 23 CE, e igualmente a la cuestión competencial, al publicarse la primera ley autonómica paritaria en materia electoral, que fue recurrida, igual que la segunda, ante el Tribunal Constitucional. Algunas CC.AA. llevaron a cabo igualmente estas medidas, como el País Vasco y Andalucía con porcentajes superiores, y en una relación que se llamó «lista cremallera», como esta última Comunidad Autónoma, que exigía que el orden de la lista mantuviera la alternancia de género.

En el Estado esta reforma de la LO 5/1985, de Régimen Electoral General, se llevó a cabo como es sabido en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad resuelto en la STC 12/2008, que consideró constitucional esta limitación del art. 23 CE, igual que las Sentencias que resolvieron sobre las dos últimas leyes autonómicas. El recurso de inconstitucionalidad de las dos primeras leyes autonómicas, fue desistido por el Gobierno de la Nación.

Otra exigencia legislativa muy importante del debate de los años noventa, en relación con la igualdad de género, la constituyó la violencia de género, de la que se tomó conciencia a través de los medios de comunicación, marcándose un punto de inflexión tras el asesinato de una mujer quemada con gasolina por su marido, después de haber vuelto de un programa de televisión donde narraba los malos tratos de que había sido objeto en su matrimonio. El consenso social aquí fue mayor, y se trasladó al Parlamento, que aprobó la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sin ningún voto en contra. Mantuvo sin embargo dos disensiones importantes: la primera respecto de la denominación de la palabra «género», en referencia a las mujeres, y la segunda desde el punto de vista del agravamiento de las penas en la modificación del art. 153.1 del Código Penal, en función el sujeto activo del delito.

Tanto la terminología como el tipo penal fueron analizados por el TC en las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la jurisdicción ordinaria, e inadmitidas, por entender que la agravación del tipo quedaba justificada porque era justamente la pertenencia al género, (como construcción justificada desde el punto de vista social del sexo femenino), lo que determinada en la estructura patriarcal de la sociedad, una posición dominante y desencadenante del delito.

Finalmente, la LO 3/2007, de 22 de marzo, como ley de igualdad de género, tuvo un especifico contenido feminista, y reguló instituciones concretas respecto de la igualdad de género, que trasponían importantes categorías de la legislación

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

europea: las acciones positivas de igualdad, la perspectiva de género, la inversión de la carga de la prueba en los procesos en que se invocara la discriminación de la mujer, el acoso sexual o el acoso en el trabajo, y un número importante de medidas de igualdad en los diferentes ámbitos de la vida social y privada: educación, trabajo, medios de comunicación, participación política y otros, de manera que debería haber sido un importante medio de avanzar en la igualdad de género. Sin embargo, salvo situaciones como la de la representación política, cuya normatividad era directa, en una buena parte de su regulación la ley no está siendo efectiva. En algunos casos, como en la publicidad, ha sido prácticamente inaplicada, por no decir en su totalidad, pues existe algún caso aislado de estimación de publicidad ilícita, pero no ha tenido la menor incidencia en el ámbito publicitario. O las normas que hacen referencia a la presencia de las mujeres en los Consejos de Administración de las empresas, que son abiertamente ignoradas.

La respuesta del legislador, contestando directamente a la pregunta, ha sido muy positiva y muy activa desde la década de los noventa, porque puede decirse que en todos los órdenes jurisdiccionales se ha legislado en materia de género, pero estas normas no están teniendo la efectividad que el derecho a la igualad reclama. Las razones son variadas porque se trata de leyes extensas, con múltiples operadores jurídicos y un escenario muy amplio, pero en general, pueden detectarse varias causas que impiden su efectividad. La primera es la posición de sujeto débil que la mujer ocupa en la sociedad, y que le impide en muchas ocasiones acceder a los derechos que la ley reconoce, por no tener acceso al asesoramiento, a la posibilidad de costear la defensa jurídica de sus derechos, e incluso a su falta de conciencia de su desigualdad. Las normas jurídicas requieren para su efectividad de algo más que su existencia, además han de ser interpretadas y aplicadas, y es en esta fase del derecho en la que muchos derechos se pierden y no muestran su efectividad. Esto ocurre en la ley de igualdad, cuya aplicación es muy reducida en la práctica porque exige una interpretación con perspectiva de género, de la que la mayoría de los operadores jurídicos carece. La consideración androcéntrica del derecho es el paradigma sobre el que se construye toda actividad interpretativa de las normas jurídicas, de manera que cuando se pretende la aplicación de estas normas con unos criterios hermenéuticos asentados en estos valores, el resultado no puede ser igualitario, siquiera sea por la clara idea generalmente aceptada de que la neutralidad favorece necesariamente el statu quo.

PALOMA BIGLINO CAMPOS

Antes señalaba que la situación de las mujeres en España es mejor que la de otros países de nuestro entorno. Conviene ahora señalar que, en gran medida, es gracias a la actividad del legislador, tanto estatal como de las Comunidades Autónomas. Ahora bien, esta acción, con ser necesaria, todavía es insuficiente ya que queda mucho por hacer.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En primer lugar, considero que es precisa mayor intervención para remover discriminaciones en los sectores económicos privados. Hay ejemplos que demuestran que este tipo de medidas no son perturbadoras de la economía de mercado. Según los datos de un reciente estudio elaborado por Fedea[6], países como Noruega, Francia, Bélgica, Alemania, Italia e Islandia ya aplican políticas de cuotas obligatorias para las empresas que cotizan en bolsa y para las públicas. Pero, además, y en segundo lugar, creo que debería establecerse mayor control sobre el cumplimiento de las normas que tienden a garantizar la igualdad en cualquier ámbito. También hay ejemplos de ello: en Islandia, las empresas de más de 25 trabajadores tienen que realizar auditorías externas para demostrar que tanto salarios, como complementos salariales, sean idénticos, bajo amenaza de cuantiosas multas.

Es cierto que las leyes de igualdad dictadas por el Estado y por las Comunidades Autónomas y la legislación sobre violencia de género han desempeñado un papel muy positivo, no sólo en nuestro ordenamiento, sino también en la mentalidad social dominante, porque demostraron un compromiso activo de los poderes públicos con la causa de las mujeres. Ahora bien, muchos de sus preceptos contienen más principios y valores que reglas, por lo que siguen sin aplicarse o aplicándose de forma insatisfactoria. La apuesta de futuro no está, pues, sólo en extenderlas, sino en poner los medios para que resulten realmente efectivas. Sobre todo, en controlar su cumplimiento, extrayendo las consecuencias jurídicas debidas en caso de infracción.

ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA

Tanto la Ley de Igualdad como la Ley Integral contra la Violencia de Género marcaron un hito en el primer gobierno del Sr. Rodríguez Zapatero y fueron un referente internacional a la hora de elaborar, en países de nuestro entorno democrático, normas que perseguían objetivos similares. La finalidad de las normas jurídicas consiste en dar respuestas a los problemas que se generan en el ámbito social. La lacra de la violencia de género y las históricas desigualdades entre mujeres y hombres eran los fines que se perseguían con la aprobación de dichas normas. En el año 2004 se aprobó la norma que pretende prevenir y erradicar la violencia de género y en el año 2007 la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres; ambas normas generaron amplias expectativas en todos los ámbitos de la sociedad pues se pensaba que con sus contenidos podíamos conseguir una sociedad más justa y solidaria donde se irían erradicando las desigualdades existentes.

Han pasado varios años ya desde que dichas normas están vigentes y, aunque las cosas han mejorado respecto al momento en que dichas normas fueron aprobadas, el

6 https://elpais.com/economia/2018/12/18/actualidad/1545157661_869304.html.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

balance no es tan positivo como fuera de desear. Es cierto que se ha culpado a la crisis globalizada de la escasez de medios públicos que hubieran podido desarrollar mejor los contenidos normativos.

Pero, en mi opinión, sin restar las «culpas» de la tan manida crisis, las sombras están en el ámbito de la sociedad y en el marco de la imprescindible educación en igualdad, tema al que no se le ha prestado la atención que se merece.

La lacra de la violencia de género persiste, aunque hayan disminuido el número de mujeres asesinadas a manos de sus parejas o exparejas; pero el drama se incrementa por los maltratadores que han generado una forma aún más brutal de hacer daño a las mujeres y consiste en asesinar a sus hijos. Se ha repetido hasta la saciedad que se elaboró la Ley Integral Contra la Violencia de Género pero que no se habilitaron los medios económicos y materiales para hacerla efectiva. A la falta de medios se une la carencia de formación en perspectiva de género de los operadores públicos y de todos los profesionales que tratan con las mujeres que sufren las violencias machistas. La gravedad de la situación obligó en 2017 a todas las fuerzas políticas del arco parlamentario a aprobar un Pacto de Estado Contra la Violencia de Género con una batería de más de 200 medidas que pretendían dar un tratamiento integral al tema intentando avanzar en la solución del problema. Se habló incluso de dotar al Pacto con una cuantía económica considerable a repartir en cinco años pero luego no se contemplaban esos medios en los Presupuestos Generales del Estado para que las distintas administraciones públicas pudieran desarrollar las medidas contenidas en dicho Pacto de Estado. Por fin un Decreto-Ley de agosto de 2018 ha despejado el tema para comenzar a trabajar en un asunto de tanto calado. Tampoco el Convenio de Estambul, aprobado en el Consejo de Europa y vigente desde 2014, ha conseguido aminorar esta lacra que es la prueba más evidente de la desigualdad que persiste entre mujeres y hombres, aunque algunos de sus contenidos se han visto reflejados en el precitado Pacto de Estado.

En resumen: el problema y su difícil solución no es achacable al contenido de las normas jurídicas vigentes; es un problema de los estereotipos sociales que persisten en una sociedad patriarcal y que únicamente podemos erradicar cuando de verdad eduquemos en igualdad desde la familia y en la escuela.

En lo referente a la LOI que nació con vocación de ser la ley código de la igualdad de mujeres y hombres el problema fundamental a la hora de valorar estos once largos de vigencia es que sus contenidos no se han implementado. Es una norma muy ambiciosa pero… está redactada en forma de recomendaciones y, estas no son de obligado cumplimiento. Únicamente aparecen redactados con carácter imperativo todas las normas —más o menos unas veinte— que hacen referencia al principio de presencia equilibrada; no sólo en las listas electorales sino también en los tribunales, comités de selección, órganos colegiados de la administración pública, etc. Pero también en este tema nos conformamos con un contenido de mínimos: es decir que las mujeres logren ocupar el 40% de la composición de dicho órgano cuando la norma en vigor admite una horquilla entre el 40% / 60% sin indicar qué sexo debe ocuparlo.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Soy docente universitaria convencida de la imperiosa necesidad de educar en igualdad y de implantar en todos los niveles la formación y los estudios de género; este tema regulado «in extenso» en la LOI no ha merecido la debida atención y las autoridades competentes al tratar el asunto se suelen poner de perfil. Así las cosas, la sociedad avanza muy lentamente en la ansiada igualdad real de mujeres y hombres; derecho al que por naturaleza tenemos derecho y al que tantas trabas se ponen desde los distintos ámbitos donde el poder se escribe con letra mayúscula. Las mujeres tenemos todavía muchas dificultades para romper el «techo de cristal»; el ámbito del poder político, del poder económico, del ámbito cultural y científico… sigue estando en manos masculinas; aunque es cierto que hemos avanzado bastante en los últimos años aún queda lejos conseguir el tan anhelado reto de la efectiva igualdad de oportunidades.

Sin duda alguna el ámbito de las relaciones laborales es uno donde siguen persistiendo serias desigualdades. Buena prueba de ello son las dificultades de acceso al empleo, promoción y progreso en las relaciones laborales y la tremenda brecha salarial que aún persiste. Ello es debido en gran parte al peso de la maternidad y a la insuficiente implicación en las tareas domésticas y de crianza de los hijos por parte de los varones. Las políticas públicas existentes a día de hoy se han mostrado insuficientes. También el mundo del conocimiento se escribe en masculino: basta echar un vistazo a las Universidades y ver la escasez de Catedráticas, Rectoras, Doctoras Honoris Causa… En las Reales Academias también son muy pocas las mujeres que son miembros de las mismas. Son casi inapreciables las mujeres que han recibido un Premio Nobel, Príncipe de Asturias, Premio Cervantes… y eso que las Universidades son buena prueba de que las mujeres son mejores estudiantes que los hombres.

Hablar del mundo de la política nos llevaría excesivo espacio; pero España, afortunadamente, en estos momentos tiene un Gobierno donde las mujeres ocupan más del 60% del total de los ministerios. Profesiones también muy masculinizadas son las Fuerzas Y Cuerpos de Seguridad del Estado y la judicatura (profesión donde en la base hay más mujeres pero tienen aún muy difícil ascender a los puestos más altos de la carrera judicial). En el mundo empresarial las cosas avanzan muy lentamente a pesar del art. 75 de la LOI y de las recomendaciones de las Instituciones Europeas; y está demostrado que aquellas sociedades que prescinden del talento femenino, formado actualmente en igualdad de condiciones que los hombres, no avanzan por los cauces adecuados. Es cierto que sólo legislando con carácter obligatorio sobre el tema avanzaremos las mujeres en los puestos que nos corresponden en los Consejos de Administración de las empresas cotizadas de la eurozona.

Como reflexión final sólo me resta destacar la necesaria ayuda de los hombres igualitarios en esta empresa de la igualdad integradora de las diferencias y en la fuerza resilente de las mujeres para dejarles a nuestras hijas/os un mundo mejor donde ondee la bandera de la dignidad humana.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

TERESA FREIXES SANJUAN

Ya lo he indicado anteriormente. España ha sido pionera en estos ámbitos. La Ley de igualdad integral responde al criterio de transversalidad de la igualdad, que ha de estar presente en todos los ámbitos. Y la Ley contra la violencia de género ha sido tomada como modelo en muchos otros países por ser también una ley integral, que entra en los ámbitos educativos, penales, administrativos, etc.

Contamos con una buena legislación. Quizás a veces sea poco conocida técnicamente por los operadores jurídicos y de ahí que se generen problemas que podrían ser fácilmente evitados. El despliegue que la igualdad ha tenido en nuestro país es ingente, muy relevante jurídicamente, tanto en la legislación estatal como en la que han ido generando las Comunidades Autónomas.

Al ser, nuestro ordenamiento jurídico, un ordenamiento multinivel, en el que tienen que interpretarse en forma coherente, por el legislador y por los jueces, las normas producidas en cada uno de los niveles, internacional y europeo, estatal y autonómico, podemos concluir diciendo que contamos con un elevado nivel de protección, que tiene ser puesto en práctica por todos los operadores jurídicos, para dar respuesta a los problemas de discriminación que, desafortunadamente, todavía hoy se producen en la sociedad.

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ

Como puse de manifiesto en la respuesta a la cuestión número 3, la actividad legislativa ha sido intensa, progresiva y la valoración final debe ser positiva. Pero también entiendo necesario continuar avanzando, especialmente en la línea de la reforma constitucional, para consolidar las conquistas legales alcanzadas y procurar, en la medida de lo posible, su irreversibilidad por la vía de su elevación a rango constitucional.

En materia de violencia de género, el problema es más complejo. No bastarán las reformas legales o constitucionales. No han bastado las preexistentes (y hoy vigentes) para acabar con el gravísimo problema. A mi juicio es fundamental, vital diría yo, trabajar en coeducación, siguiendo la estela de programas innovadores y centrados en el tema, como el programa SKOLAE, desarrollado en la Comunidad Foral de Navarra y pionero en España en este ámbito. Pero el juego de la libertad de los padres para elegir la educación moral que consideren oportuna para los hijos, pudiera actuar en contra de esta opción, sin duda rompedora, pero también imprescindible. Y aquí nos encontramos con la tensión, hasta hora irresoluble, entre los intereses de las empresas educativas (en el caso español, como sabemos, mayoritariamente la iglesia católica y sus entidades dependientes), los intereses de los padres, y el interés superior de conseguir una educación basada en valores constitucionalmente queridos, siendo eje de esos valores, en lo que ahora nos interesa, la igualdad.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Sin más y mejor educación en igualdad, no seremos capaces, a mi juicio, de ir más lejos de donde ya estamos. Sin coeducación no lograremos cumplir el sueño de todas las que nos han precedido en la genealogía feminista, y que siempre han visto en la educación la llave del futuro y de la plena emancipación de las mujeres, y de las sociedades en su conjunto.

FERNANDO REY MARTÍNEZ

Antes sugerí que el enfoque de la legislación sobre conciliación debe variar radicalmente porque la vigente ha venido a consagrar más aún una carrera profesional «de serie B» para muchas mujeres. El resto de la legislación está funcionando razonablemente bien, aunque los cambios esperables no han de venir tanto de las normas como de la realidad social. Sigue haciendo falta un cambio cultural en la comprensión de la igualdad porque los viejos estereotipos no terminan de morir. E incluso, de vez en cuando rebrotan aprovechando una cierta fatiga producida por el énfasis en las políticas de género. El feminismo teórico es múltiple, pero en España está a veces triunfando en las políticas sociales una versión paternalista del feminismo, la que califica, por ejemplo, a todas las mujeres que ejercen la prostitución como víctimas incapaces de salir de una situación que es objetivamente y siempre explotación y que, por tanto, preconiza suprimir los anuncios de prostitución en la prensa y prohibir, incluso penalmente, la prostitución, siguiendo el modelo sueco, pero sin tener en cuenta que esto no hace más que desplazar la publicidad a internet y confinar la prostitución a la clandestinidad, donde las mujeres en prostitución aún serían más vulnerables. Otro ejemplo: las mujeres víctimas de violencia de género, incluso leve, y su incapacidad para consentir ver en el futuro a su maltratador, que a veces es el padre de sus hijos; la violencia sufrida ha anulado también por completo su voluntad y el derecho viene a protegerlas de sí mismas. No soy especialista, pero el boyante «derecho penal de género» parece más un derecho penal del enemigo que viene a contradecir, más que a completar, los sólidos cimientos del derecho penal clásico.

Por no hablar de la discusión que también se está abriendo en el plano de las ideas sobre el feminismo dominante en la actualidad. Un libro reciente, influyente y provocador, en este sentido, es el de la filósofa francesa Bérénice Levet: *Libérons-nous du féminisme!: nationfrançaise, galante et libertine, ne te reniepas!* (Éditions de l´Observatoire, 2018). Esta autora denuncia el «feminismo llorica y regresivo» que coloca a las mujeres en pie de guerra contra los varones, criminaliza el deseo masculino, abomina de la galantería y el erotismo, sustituyendo el puritanismo religioso por uno nuevo, que crea un «nosotras» excluyente y es un feminismo «estúpido, infantil, enconado y arrogante», y que provoca un revisionismo pueril de la historia, la cultura y el arte. Según Levet, el feminismo dominante es «una máquina de infantilizar, atontar, vigilar y castigar» más que una herramienta de emancipación; es «el último relato de una izquierda» que no

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tiene ya nada más ilusionante en su chistera; y es un nuevo «orden moral» neopuritano. Detrás de la seducción, sostiene Levet, hay búsqueda de placer y no de dominación o humillación. El varón blanco occidental no es el enemigo a batir. Las mujeres no son por encima de todo las potenciales víctimas de depredadores masculinos, por más que exista violencia de género.

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

A pesar de todas las carencias y fragilidades señaladas en las respuestas previas, no cabe duda de que los instrumentos legislativos aprobados en nuestro país en los últimos 18 años han jugado un papel esencial en la transformación social y política de nuestro país. Podríamos considerar que, ante la ausencia de una apuesta constitucional por la igualdad de género, la suma de dos leyes complementarias, la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género y la LO 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, podría entenderse como una especie de Código de Igualdad que ha sido decisivo en estos años en la superación de un orden patriarcal. Más allá de las medidas concretas previstas en ellas, ambas leyes, y muy singularmente, la LO 1/2004, han permitido asentar la visión de la discriminación sistémica de las mujeres y de cómo es la desigualdad de género la que provoca, entre otras terribles consecuencias, violencias que tienen como víctimas a las mujeres. Por otra parte, la LO 3/2007, tal y como han señalado Santiago García y Asunción Ventura en *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007* (Aranzadi, 2018), plantea «una nueva dogmática del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres». Esta ley, como ha señalado buena parte de la doctrina que desde una perspectiva iusfeminista la ha analizado, supone ir más allá de la discriminación por razón de sexo y garantizar como derecho la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Esta nueva dogmática es el resultado no solo de dicha norma estatal sino también de las autonómicas sobre la materia. No hay que olvidar la pionera apuesta legislativa de algunas Comunidades Autónomas que, recordemos, fueron las primeras en adoptar la estrategia dual consistente en sumar acciones positivas y *mainstreaming* de género. En muchos casos, como por ejemplo en Andalucía, los presupuestos de la democracia paritaria incluso han sido incorporados en el Estatuto e incluso se ha llevado a cabo una revisión reciente de leyes que habían quedado superadas por los cambios operados en los últimos años. Sirva como ejemplo la reciente Ley andaluza 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género, en la que se introduce un concepto de violencia machista más próximo al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011, conocido como Convenio de Estambul.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Esta proliferación de leyes de igualdad, que sin duda han cumplido y cumplen un papel esencial en el cumplimiento de los mandatos que derivan de los art. 14 y 9.2 CE, plantea sin embargo un reverso del que debemos ser conscientes. De una parte, y de manera muy singular en esta materia, la descentralización territorial nos coloca frente a los problemas que en la práctica genera lo que se ha denominado «protección multinivel de los derechos». No cabe duda de que, en determinadas cuestiones como la violencia de género, algunos de los factores que contribuyen a su difícil erradicación, más allá del esencial que no es otro que la cultura machista dominante, están relacionados con una ausente o débil coordinación institucional, además de con la falta de recursos de los que deberían estar especialmente dotadas las Administraciones que de manera más inmediata tienen que enfrentarse con las necesidades de protección de las víctimas. Por lo tanto, también en esta materia, no podemos desconectar la evaluación de la efectividad de las políticas públicas de las carencias y debilidades que, por ejemplo, presenta el sistema de financiación autonómica, o de la escasez de recursos (y en algún caso hasta de competencias) de unas Administraciones locales que son las que de manera más inmediata y directa tienen que enfrentarse a los obstáculos que impiden en la vida cotidiana que las mujeres ejerzan su plena ciudadanía.

A todo lo anterior habría que añadir dos ideas que, sin ánimo de ser pesimista, me parece conveniente tener presentes para evitar equívocos. De entrada, sería de ilusos pensar que las leyes por sí solas pueden cambiar la realidad. Las leyes son, en un Estado de Derecho, un instrumento esencial para la transformación en términos de justicia social, pero no el único, o al menos, no desvinculado de un contexto en el que tienen que darse determinadas condiciones para que las normas sean plenamente efectivas. Las leyes de igualdad, y en general las acciones políticas que desde las instituciones puedan promoverse con tal de superar las discriminaciones de todo tipo, y mucho más las de género dado su carácter estructural, requieren de una cultura, entendida en un sentido amplio, en la que se progresivamente se hayan ido eliminando sesgos de género, estereotipos y, en general, todos los imaginarios que durante siglos han alimentado una diferenciación jerárquica entre mujeres y hombres. En este sentido, me atrevería decir que en nuestro país la cultura, con relativa frecuencia, contribuye a deshacer lo que las leyes, cargadas de buenas intenciones, han previsto. No hay más que pensar en cómo desde los medios de comunicación, los relatos audiovisuales o los productos más consumidos en las redes sociales prorrogan actitudes y comportamientos que se hallan en las antípodas de los proyectos transformadores del legislador (y la legisladora). De ahí, insisto, la centralidad que debería tener la educación en la consolidación de una cultura que supere al fin los lastres machistas que continúan estando presentes en el siglo XXI. Y, de manera más específica, y como también he apuntado en las preguntas anteriores, es urgente superar una cultura jurídica que está más cerca del siglo XIX que de las realidades del 2019. Ello pasaría, entre otras cosas, por revisar la formación que siguen recibiendo los operadores jurídicos, por incorporar las teorías críticas del Derecho a la construcción de la Ciencia

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Jurídica y, por supuesto, por situar al feminismo jurídico en un lugar central en la elaboración, interpretación y aplicación de las normas. Bastaría con recordar cómo, frente a la unanimidad de los grupos políticos, fueron los jueces y las juezas quienes con más contundencia manifestaron su disconformidad con las medidas penales previstas en la LO 1/2004, siendo ésta la ley que ha sido objeto del mayor número de cuestiones de inconstitucionalidad. O cómo, todavía hoy, tras 40 años de democracia, tras más de diez años de vigencia de la Ley de Igualdad, sigue siendo noticia que un juez/una jueza o un Tribunal dicte sentencia teniendo en cuenta la perspectiva de género. De ahí que, junto a la necesaria reforma constitucional, y a la consolidación de unas políticas públicas de igualdad que deberían estar amparadas en el principio de no regresividad, sería urgente que la ciudadanía pudiera tener acceso a una Justicia sin sesgos de género.

***

TITLE: *Academic survey about equality between men and women*

ABSTRACT: *In this academic survey a group of Constitutional Law Professors answer some questions about the equality between men and women: its constitutional recognition; the progress, achievements and obstacles in reaching this goal; the political and legal impulses received; the proposals for constitutional reform in this regard; and the work developed by the Constitutional Court and the legislator.*

RESUMEN: *En esta encuesta un grupo de profesores de Derecho Constitucional contesta un conjunto de preguntas sobre el principio de igualdad entre hombres y mujeres: su reconocimiento constitucional; los avances, logros y obstáculos en la consecución de este objetivo; los impulsos políticos y jurídicos recibidos; las propuestas de reforma constitucional al respecto; y la labor desarrollada por el Tribunal Constitucional y el legislador.*

KEY WORDS: *equality principle, equality between men and women, non discrimination.*

PALABRAS CLAVE: *principio de igualdad, igualdad entre hombres y mujeres, no discriminación.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *15.01.2019* FECHA DE ACEPTACIÓN: *05.02.2019*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ESTUDIOS

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

REFERENDUM Y SECESION[1]

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Catedrático emérito de Derecho Constitucional
Universidad de Bolonia

SUMARIO

I. El recurso al referéndum de independencia en la crisis de la democracia representativa. II. Solicitud de independencia y fuerza legitimadora del referéndum popular. III: La tergiversación de la autodeterminación. IV. La secesión en las Constituciones. V. Los procedimientos de referéndum en el proceso secesionista. VI. Decisión unilateral en violación de la Constitución. VII. El supuesto de la secesión consensuada. VIII. La confluencia entre democracia directa y representativa.

I. EL RECURSO AL REFERÉNDUM DE INDEPENDENCIA EN LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

En el momento histórico actual, en el que se observa una preocupante deslegitimación de las instituciones de varios países dotados de ordenamientos democráticos, los referéndums independentistas pueden considerarse una de manifestación de la crisis de las instituciones de democracia representativa; instituciones que, guste o no, constituyen la base de las Constituciones democrático-liberales. Al mismo tiempo los referéndum secesionistas ponen de manifiesto una situación crítica para ciertas realidades estatales. Tanto Estados unitarios como Estados federales pueden encontrarse con problemas debido a la demanda de mayor autonomía, o incluso independencia, por parte de entes territoriales. El referéndum puede incluirse en el procedimiento decisorio encaminado a permitir o denegar la secesión. Pero en el ámbito de los referéndums que afectan a la soberanía, no solo existen aquellos que ponen en juego la secesión[2]. En esta categoría se enmarcan los referéndums que

1 Traducido del italiano por Y. GÓMEZ LUGO, profesora de Derecho Constitucional de la *Universidad Carlos III de Madrid*.

2 I. GÖKHAN SEN, *Sovereignty referendums in International and Constitutional Law*, Springer, 2015.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

afectan a los poderes soberanos del Estado, y en concreto[3], los referéndums territoriales de autodeterminación encaminados a resolver controversias territoriales, la definición de asuntos fronterizos (*border referendum*), la anexión de un territorio a un Estado, la fusión de varios entes en un nuevo Estado, los referéndums que tienen por objeto tratados o acuerdos de adhesión y retirada de organizaciones internacionales, o cualquier limitación de la soberanía estatal (como la relativa a la adhesión o retirada de la Unión Europea y los tratados comunitarios en general) y, en fin, los referéndums de secesión para alcanzar la independencia y la constitución de nuevos Estados[4].

Estos últimos son utilizados para intentar resolver conflictos territoriales, con el fin de ofrecer legitimación a decisiones relativas a la soberanía y de superar cualquier situación de bloqueo en la toma de decisiones y el estancamiento político-institucional que pueda surgir en los sistemas de democracia representativa. Sin embargo, son evidentes no solo las virtudes, sino también las limitaciones relacionadas con la aplicación de este instituto, ampliamente debatidos por la doctrina. Por un lado, los referéndums son considerados instrumentos de democracia y legitimación de los procesos secesionistas. Por otro, exigen cautela en la medida en que son instrumentos mayoritarios incapaces de proteger a las minorías perdedoras y potencialmente capaces de producir efectos desestabilizadores y generadores de conflictos, en caso de presencia de minorías étnicas, lingüísticas, religiosas.

El recurso a la autodeterminación encaminado a la declaración de independencia es el paso previo a la separación del Estado y, por tanto, a la secesión.

Existen diversas modalidades para proceder a la secesión, tanto por *vía revolucionaria de facto*, como mediante procedimientos formales. Estos últimos pueden preverse en contextos de descolonización y con respeto a las normas establecidas por el derecho internacional (Argelia 1961, Timor Este 1999), o pueden resultar de procesos de *secesión negociada* y consensuada (Montenegro 2006, Sudan del Sur 2011). Podrían derivar del mismo ordenamiento al que afecta la secesión (como ha sucedido en el caso escocés en el que el Reino Unido aceptó el riesgo secesionista) y de las entidades que constituyen un territorio en cuestión (caso de Cataluña, que por vía unilateral instauró un procedimiento de secesión ignorando la negativa del Estado central). El referéndum previsto a nivel estatal, en ausencia de previa habilitación constitucional debería estar incluido en un procedimiento de revisión constitucional. En tal caso, se celebraría a nivel

3 A. Auer, «National referéndum in the process of European Integration: Time for change», A. albi, J. Ziller (eds.), *The European Constitution and National Constitutions. Ratification and beyond*, Netherland, Kluw Law international, 2007, p. 262.

4 Sobre los referéndums de secesión como tipo de referéndum sobre poderes soberanos, véase en la doctrina italiana M. Volpi, «L'organizzazione costituzionale», G. Morbidelli, L. Pegoraro, A. Rinella, M. Volpi, *Diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2016, 480 ss.; R. Scarciglia, «Profili costituzionali della secessione: dall'esperienza canadese all'indipendenza del Kosovo», *Diritto della Regione*, n.º 5-6, 2009, p. 163.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

general y, por tanto, no solo en el territorio interesado en la secesión. En el supuesto de referéndum a nivel local previsto en base a determinaciones unilaterales del ente territorial interesado, no permitido por la Constitución estatal o no acordado entre el centro y la periferia, constituiría una opción contraria a la Constitución del Estado y, por tanto, constitucionalmente ilegítima (como en el caso de Cataluña).

Resulta evidente como en algunos casos (por ejemplo, Montenegro) la decisión referendaria encuentra su fundamento jurídico tanto en el derecho internacional, como en el derecho constitucional y en ocasiones en la recíproca interacción, exigiendo para su análisis una aproximación metodológica interdisciplinar.

De este modo, en la autodeterminación se entrecruzan derecho internacional y derecho constitucional[5]. Por tanto, será este conjunto de normas el que regularán las iniciativas unilaterales y negociadas encaminadas a la secesión. En efecto, podemos plantear el caso de una declaración unilateral de secesión que conduzca a la independencia (Kosovo, 2008), el caso de un referéndum secesionista *eterodiretto* por una potencia externa (Crimea 2014); casos en que se recurre a procedimientos referendarios acordados entre el Estado central y los entes territoriales interesados (acuerdos de Irlanda del Norte y Reino Unido en 1998, y de Escocia y Reino Unido en 2012; pronunciamiento de principio del Tribunal Supremo canadiense en 1998; referéndum de autonomía de Nueva Caledonia, 2018); el caso de intentos reiterados de referéndums secesionistas organizados de forma unilateral en desacuerdo con el Estado central y con clara contradicción con la Constitución estatal (Cataluña). Al mismo tiempo, resulta necesario tener bien presente que la reclamación o aspiración de autodeterminación puede tener una relación diferente con el objetivo final de la consulta que no siempre se manifiesta a favor de obtener como resultado la secesión. De hecho, existen casos de fracaso de la opción secesionista que, sin embargo, conducen al reconocimiento de niveles más aceptables de autonomía permaneciendo en el marco del Estado en el está incorporado el territorio en discusión[6].

Desde el punto de vista jurídico, los referéndums de independencia son habitualmente *consultivos*. En algunos casos se aproximan, incluso, a formas de sondeos de opinión de los territorios consultados. En las experiencias habidas, con la excepción del caso de Montenegro, han tenido siempre naturaleza consultiva y no vinculante. Desde el punto de vista político, resulta innegable que su utilización puede producir efectos significativos que tienden a desestabilizar las estructuras de las relaciones centro/periferia. Además, como muestra la experiencia, puede existir una agravación progresiva de las relaciones centro/periferia pasando de una fase consultiva a una decisoria.

5 P. Radan, «Secessionist Referenda in International and Domestic Law», M. Qvortrup (eds.), *Nationalism, Referendums and Democracy. Voting on Ethnic Issues and Independence,* London, Routledge, 2014, p. 9.

6 En este sentido, véase U. Haider Quercia, «Ordinamenti autonomistici fra riforma e secessione: il significato dei referendum in Scozia e in Catalogna», *Percorsi costituzionali,* 3/2104, p. 665.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Los referéndums de independencia se consideran, en general, un método democrático para comprobar la opinión del electorado, pero su celebración no produce efectos inmediatos sobre la independencia del territorio interesado, sino un compromiso a la negociación con el propósito de alcanzar una secesión consensuada. Según el código de *good practice* de la Comisión de Venecia[7], la eventual naturaleza vinculante del referéndum no debe prescindir de la previa previsión en la Constitución o en la Ley y, en el caso en que la fuerza del referéndum sea *legal rather than political*, el procedimiento para comenzar las votaciones *should be laid down in specific constitutional or legislative rules.*

De lo hasta aquí expuesto se desprende que el momento referendario exige siempre estar precedido o seguido de la utilización de instrumentos propios de la democracia representativa.

II. SOLICITUD DE INDEPENDENCIA Y FUERZA LEGITIMADORA DEL REFERÉNDUM POPULAR

El referéndum popular puede incorporarse en los procedimientos de toma de decisiones que implican una reivindicación de mayor autonomía política o incluso la independencia de los territorios incluidos dentro de los límites del Estado. En numerosos ordenamientos estatales la presencia de minorías indígenas étnico-lingüísticas y nacionales dotadas de fuerte identidad localizadas en una parte del territorio del Estado unitario lleva a la exigencia de mayores regímenes de autonomía e incluso a una autodeterminación que lleve a la independencia a través de un proceso de secesión.

Debe advertirse que, en general, las Constituciones estatales explícita o implícitamente reconocen el principio de *unidad e indivisibilidad* del Estado y, por tanto, la secesión se considera inadmisible, si bien no necesariamente son hostiles al reconocimiento de mayores ámbitos de autonomía a las realidades territoriales incluidas en un ordenamiento unitario. La exigencia de una mayor autonomía puede admitirse dentro del marco de la Constitución sin comprometer la integridad del Estado. En ocasiones, la propia Constitución contiene una cláusula que permite formas de mayor autonomía. La Constitución italiana en el artículo 116, párrafo tercero, prevé un procedimiento específico para atribuir formas especiales de autonomía a las regiones con Estatuto ordinario. Las regiones que mediante esta vía obtengan un aumento de competencias tendría un régimen diferente respecto a la mayoría de las regiones.

Completamente distinto es el supuesto en el que se manifiesta una demanda fuerte de autodeterminación encaminada a la secesión.

7 Comisión Europea para la democracia a través del derecho. *Código de Buenas prácticas sobre referendos* 16-17 marzo 2007.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En este caso, resulta evidente la tendencia a una especie de racionalización/normalización de los impulsos tendentes al ejercicio de la autodeterminación que tiene como fin la secesión. En efecto, la determinación de las normas procedimentales adoptadas y el recurso a formas de negociación centro-periferia en algunos casos pueden transformar la exigencia radical de secesión en otra encaminada a obtener mayores espacios de autonomía, como demuestran las experiencias de Quebec (1998) y de Escocia (2014), en que la toma en consideración por el poder central de la demanda secesionista ha terminado por conducir a un enfriamiento de la deriva separatista en Canadá y a un rechazo de la exigencia del referéndum celebrado en Escocia.

III. LA TERGIVERSACIÓN DE LA AUTODETERMINACIÓN

A primera vista apelar a la voluntad de las personas que residen en un territorio interesado en independizarse parecería coherente con el principio de autodeterminación garantizado por el *derecho internacional*[8]. Pero esta idea resulta apresurada y, en todo caso, no concluyente. En efecto, el principio sirve solo para determinados casos. Su uso generalizado puede oponerse frontalmente a otro principio, el relativo a la garantía de la soberanía del Estado garantizada en el actual orden internacional.

El derecho internacional considera la autodeterminación como una justificación para separar un territorio de una estructura estatal preexistente que ejerce soberanía[9]. Pero resulta indiscutible que ello solo se refiere a «*la situación particular de los pueblos que se encuentran sometidos a formas de gobierno colonial u otras formas de dominación u ocupación extranjera*». Así, la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), que excluía la autodeterminación en el caso de ordenamientos en que exista un gobierno que represente a la totalidad del pueblo para salvaguardar la integridad del territorio estatal, circunscribiéndolo al rango de «*remedial right*»[10].

Las aspiraciones de las minorías que se encuentran dentro de los límites del Estado, pero sin reconocerse en la identidad mayoritaria nacional ven reconocido

8 Sobre la actualidad de la autodeterminación tendente a la secesión según el derecho internacional, véase P. Hilpold, «La secessione nel diritto internazionale: Attuali evoluzioni», *Percorsi costituzionali*, 3/2014, p. 733.

9 Sobre el principio de autodeterminación, consultese G. Arangio Ruiz, «Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)», *Enciclopedia giuridica Treccani,* 1988, p. 1. Para un análisis exhaustivo de los procesos de autodeterminación y secesión en el derecho internacional, me remito a A. Tancredi, *La secessione nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2001.

10 R. Kolb, «Autodétermination et sécession-remède en droit international public», *Global Trends : Law, Policy & Justice. Essays in Honour of Professor Giuliana Ziccardi Capaldo*, New York, Oceana, 2013, p. 57; J. Vidmar, «Remedial Secession in International Law : Theory and (lack of) Practice», *St Anthony Int. Rev.*, 2010, p. 37; O. Corten y A. Lagerwall, «La doctrine de la 'sécession-remède' à l'épreuve de la pratique récente», *Mélanges Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 187.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 de las Naciones Unidas el derecho a la propia identidad cultural, derecho que se ejercitará dentro de los límites estatales. Por tanto, se puede afirmar que los derechos lingüísticos y culturales reconocidos a las minorías nacionales se convierten en una especie de sustituto, un *sucedáneo de un pretendido derecho a la secesión*.

La autodeterminación asume diferentes connotaciones según sea invocada en relación con la aspiración independentista de entes territoriales incluidos en ordenamientos estatales unitarios caracterizados por democracias estables, o bien se manifieste en el caso de desmantelamiento de Estados federales que dan origen a nuevos sujetos de derecho internacional, como en el caso de la constitución de nuevos Estados surgidos de la descomposición de la URSS y de la antigua Yugoslavia. En este último caso, el instrumento referendario constituyó un trámite procedimental fundamental para el reconocimiento de los Estados independientes de Bosnia-Herzegovina, Croacia, Macedonia y Eslovenia. Por tanto, en este supuesto no existe una correlación necesaria entre demanda de autodeterminación y secesión, mientras el derecho internacional protege, sin duda, la integridad territorial de los Estados, por lo que no está reconocido el derecho a la autodeterminación salvo en los casos mencionados. En los tratados internacionales, o acuerdos que tienen por objeto la resolución de cuestiones territoriales, el referéndum se configura, por lo general, como un requisito procedimental fundamental para otorgar legitimación en un proceso independentista; un requisito adicional para demostrar que el proceso de secesión y creación de un nuevo Estado[11] no se ha producido en violación del *jus cogens*, si bien no existe una norma de derecho internacional que exija su cumplimiento[12].

IV. LA SECESIÓN EN LAS CONSTITUCIONES

Normalmente, las Constituciones reconocen una relevancia absoluta al principio de unidad e indivisibilidad del Estado, principio no derogable ni siquiera mediante reforma constitucional (Argelia 1989, Portugal 1976, Ucrania 1996). También a nivel doctrinal la secesión es considerada principalmente un acto de ruptura respecto al orden establecido, precisamente por oponerse al principio de unidad situado en la base de los sistemas estatales. Resulta extraño el caso en que el

11 J. Crawford, *The creation of States in International Law*, Oxford, University press, 2007; A. Pavkovic, P. Radan, *Creating new states*, Aldershot, Ashgate, 2007.

12 El instrumento referendario se ha considerado un trámite procedimental fundamental para el reconocimiento de los Estados independientes de Bosnia-Herzegovina, Croacia, Macedonia y Eslovenia, en el marco de las opiniones acordadas por la Comisión de Arbitraje para ex-Yugoslavia. Sobre esta cuestión, véase J. Crawford, *op.* cit., 417. La doctrina ha reconocido que «*a free territorial referendum is emerging as a procedural conditio sine qua for any territorial reapportionment*»: A. PETERS, «Sense and Nonsense of Territorial Referendums in Ukraine, and Why the 16 March Referendum in Crimea Does Not Justify Crimea's Alteration of Territorial Status Under International Law, EJIL», *Talk*! De 16 abril 2014 disponible online *www.ejiltalk*.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

derecho constitucional establezca el marco de una secesión legítima. Y existen escasísimos ejemplos de Constituciones que admitan expresamente el derecho de secesión. Entre las pocas cartas constitucionales que prevén la secesión está la del Principado de Liechtenstein de 1921, la de Sudan de 2005, la de Uzbekistán de 1992. Los procedimientos regulados en estas Constituciones prevén siempre la celebración de un referéndum como instrumento de comprobación preliminar de la existencia de una voluntad popular favorable a la secesión, si bien los mismos procedimientos resultan tan complejos como para convertirlos en irrealizables en la práctica[13]. Un aspecto de particular interés de este tipo de referéndum está representado por la regulación de sus líneas fundamentales, que plantea una serie de problemas relacionados, en concreto, con la formulación de la pregunta, la determinación del electorado activo, las normas para el desarrollo de la campaña del referéndum, la fijación del quórum de participación y aprobación y, en fin, los efectos y las consecuencias relacionados con su aplicación. En líneas generales se observa que estos referéndum, aún previstos en el marco de acuerdos internacionales, deben celebrarse siempre de conformidad con el derecho nacional y normalmente tienen valor consultivo y no vinculante. Por tanto, son generalmente *advisory* y no *binding*[14], aunque ejercen una influencia política decisiva sobre las opciones y las decisiones adoptadas por los actores político-institucionales que intervienen en el proceso de secesión. Por otro lado, son más numerosas las Constituciones que contienen una referencia genérica a las modificaciones en el territorio del Estado que no pueden vincularse a hipotéticas secesiones, sometiendo la validez a la consulta popular o a deliberaciones legislativas específicas de rango constitucional u ordinario.

Resulta interesante el caso de Montenegro que, de acuerdo con la Constitución de 2003, se unió a Serbia y, conforme a la misma Constitución, se pudo llevar a cabo una especie de transición hacia la independencia, que tuvo lugar a través de un procedimiento especial de referéndum que llevó a la secesión (2006).

13 La Constitución del Principado del Liechtenstein prevé en el art.4.2. que el derecho de los municipios a separarse, estableciendo que la decisión de iniciar el procedimiento debe tomarse con el voto mayoritario de los ciudadanos residentes. La secesión debe regularse mediante ley o tratado y, en este segundo caso, se exige una segunda votación en el municipio interesado en las negociaciones. La Constitución etíope reconoce el derecho de secesión (art.39.4), previendo que la demanda de secesión de una nación, de una nacionalidad o de la población, debe ser presentada por el Consejo legislativo de la parte que aspira a la secesión por mayoría de dos tercios. El Gobierno federal está obligado a organizar el referéndum que prosperará si la opción es confirmada por mayoría simple de los votantes. La Constitución de St. Kitts y Nevis prevé (arts. 113-115) el caso de la secesión de la isla de Nevis de la Federación, exigiendo una previa resolución de la Asamblea Legislativa de la isla para aprobar por mayoría de dos tercios y una votación referendaria posterior por dos tercios de los votos emitidos.

14 Sin embargo, debe señalarse, como pone de manifiesto A. Tancredi, que la doctrina está comenzando a cuestionarse la idea de que «el referéndum no sería totalmente inadecuado para producir efectos, también políticos, incluso de cierta relevancia jurídica, en el contexto de los procesos de creación de nuevos Estados ajenos a la autodeterminación clásica!. Véase, «Crisi in Crimea, referendum e autodeterminazione dei popoli», *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 8, n.º 2, 2014, p. 480. En esta misma línea, consúltese P. Radan, *op. cit.*, 18, para quien el referéndum representa un elemento de legitimación de aspiraciones políticas separatistas.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En las Constituciones que prevén y regulan el derecho de secesión, el referéndum está configurado como un trámite fundamental del procedimiento, de cuyo resultado depende la creación y el eventual reconocimiento de un nuevo Estado. Como se apuntó, se trata de rarísimas excepciones[15], puesto que la mayoría de las Constituciones contemporáneas, a través del reconocimiento de la indivisibilidad del Estado, la integridad territorial y la unidad nacional, prohíben —más o menos explícitamente— la secesión, que va en contra de los principios fundamentales.

V. LOS PROCEDIMIENTOS DE REFERÉNDUM EN EL PROCESO SECESIONISTA

El análisis comparado de varios ordenamientos[16] pone de manifiesto la incidencia que tienen los intentos de referéndum para influir en las decisiones relativas al reconocimiento de mayores espacios de autonomía política a los territorios incluidos en la estructura estatal. En particular, cabe destacar los referéndums secesionistas celebrados en 1980 y 1995 en Quebec, el independentista de Montenegro de 2006, el escocés de 2014 y las consultas populares inconstitucionales celebradas en Cataluña en 2014 y 2017. También deben mencionarse los casos de algunas regiones italianas en 2014.

A los efectos de un análisis comparado, las experiencias de referéndum se refieren a realidades constitucionales completamente diferentes entre ellas que presentan diferentes tradiciones histórico-constitucionales y modelos de descentralización territorial.

Canadá, influida por el modelo constitucional británico, constituye un sistema federal con una connotación profundamente asimétrica, con amplias diferencias étnicas, culturales y económicas, que vive las presiones secesionistas procedentes de Quebec. Las reivindicaciones secesionistas han conducido a la celebración de dos referéndums provinciales[17], que, aunque dieron lugar a un resultado opuesto a la

15 Sobre la doctrina mayoritaria que sostiene la oportunidad de constitucionalizar la secesión me remito, entre otros, a M. Jovanovic, «Constitutionalizing Secession» *Federalized States: A Procedural Approach*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2007; D. Haljan, *Constitutionalising secession*, Oxford and Portland, Oregon, Hart publishing, 2014; S. mancini, «Costituzionalismo, federalismo e secessione», en *Istituzioni del Federalismo* n.º 4, 2014. Para un análisis sobre si el derecho de secesión puede deducirse del principi federal, véase A. Gamper, «*Sezessionismus und Verfassungstreue*,» *Journal für Rechtspolitik*, 2018, p. 119.

16 L. frosina, «Profili giuridici e aspetti problematici dei referendum di secessione. Un'analisi comparata», *Nomos* 3/2017.

17 M. Lévesque — M. Pelletier, *Les référendums au Québec : bibliographie*, Québec, Bibliothèque de l'Assemblée nationale du Québec, julio 2005; F. Chevrette — H. Marx, *Droit constitutionnel. Principes fondamentaux. Notes et jurisprudence,* 2.ª ed. Han-Ru Zhou, Montréal, Éditions Thémis, 2016, cap. 5; D. Guénette, A.G. Gagnon, «Du référendum à la sécession: le processus québécois d'accession à la souveraineté et ses enseignements en matèrie d'autodétermination», *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 54 (junio 2017), 100 ss.; D. Turp y A. Beauséjour, «Self-Determination, Autonomy, Independence and the Case of Québec»,

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

opción independentista, permitieron a la provincia lograr la reclamación del principio de que cualquier cambio en su *status* político-constitucional deberá basarse en el consentimiento de los ciudadanos expresado mediante referéndum hasta obtener el status de nación dentro de Canadá en 2006[18].

De particular importancia fue el pronunciamiento del Tribunal Supremo canadiense de 1998 («*Reference re Secession of Québec {1998} 2 S.C.R. 217*»). En el mismo se afirma que una eventual secesión, aun no estando contemplada en la Constitución, requeriría el recurso a un procedimiento de revisión. Además, el Tribunal reconoció la necesidad de que una eventual secesión debería tramitarse a través de un procedimiento negociado en el que se garantizara la expresión de una mayoría clara (*clear majority*) sobre una pregunta clara (*clear question*). El referéndum no tendría efectos directos sobre la secesión, pero implicaría un deber de negociación entre las partes (*duty to negotiate*), cuyos resultados no podrían anticiparse.

La secesión de Montenegro de la Unión con Serbia encuentra su origen en un acuerdo internacional (*Belgrade Agreement* del 2002) y en la Constitución de la Unión estatal de Serbia y Montenegro de 2003 que, en virtud del art.60, establecía la posibilidad de iniciar un procedimiento tendente a la secesión. La decisión debía adoptarse tras la celebración de un referéndum. La Unión Europea desarrolló un papel importante de mediación entre las partes. Una ley específica reguló el procedimiento de la consulta garantizando el cumplimiento de los principios de *clear question* y *clear majority* establecidos en el debate canadiense e internacional. Los resultados favorables a la separación de la Unión en la consulta de 21 de mayo de 2006 fueron ratificados a nivel parlamentario y condujeron a una nueva Constitución en 2017[19]. La experiencia del referéndum de Montenegro constituyó un caso de *costituzionalizzazione* del referéndum como requisito obligatorio en el procedimiento de secesión, así como la intervención de la Unión Europea en la regulación del referéndum y en su sometimiento a los estándares de democracia generalmente reconocidos a nivel internacional.

La experiencia del Reino Unido, en un marco de gran flexibilidad constitucional, se caracterizó por un proceso de *devolution* que llevó al establecimiento

P. Hipold (ed.), *Autonomy and Self-Determination — Between Legal Assertions and Utopian Aspirations*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018, p. 316.

18 G. passaniti, «Il Québec è una «nazione»: un passo verso la «riconciliazione» o la secessione?», *Federalismi.ºt*, n.º 2, 2017; G. MARTINICO, «I Québecois come Nazione. Una mozione della House of Commons canadese riconosce i québecois come Nazione all'interno del Canada unito», *www.associazionedeicostituzionalisti.it.*

19 Sobre la regulación del referéndum v. AAVV., *Legal Aspects for Referendum in Montenegro in the Context of International Law and Practice*, Actas del Congreso de Pogdorica, Montenegro 22/25-9-2005, Pogdorica, Foundation Open Society Institute, 2005. Cfr. además, S. Mancini, «Il Montenegro e la «democrazia» della secessione», *Quaderni costituzionali*, n.º 1, 2007, 157 ss.; M. Jovanovic, «Consensual Secession of Montenegro-Towards Good Practice?», A. Pavkovic, P. Radan (eds.), *On the Way to Statehood. Secession and Globalisation*, Hampshire, Ashgate, 2008, p. 133.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

progresivo de un sistema más avanzado de aumento de las competencias de las autonomías políticas territoriales, aunque en un sentido fuertemente asimétrico. En este ordenamiento el referéndum, a pesar de su aparente incompatibilidad con la doctrina de la soberanía parlamentaria, fue utilizado para resolver la crisis territorial, manifestándose como un instrumento complementario de la democracia representativa.

De particular interés resulta el caso de la experiencia fallida de secesión consensuada de Escocia del Reino Unido con ocasión del referéndum de independencia celebrado el 18 de septiembre de 2014.

Tras largas vicisitudes[20], la apertura del gobierno británico permitió llegar a la adopción del acuerdo de Edimburgo (*Memorandum of Agreement*) —suscrito el 15 de octubre de 2012—, mediante el cual los dos gobiernos se comprometieron a cooperar para convocar un referéndum de independencia y llegaron a un acuerdo sobre algunos puntos fundamentales sobre su celebración. La consulta del 18 septiembre de 2014 rechazó la independencia. Tras la votación del referéndum, el gobierno británico emprendió un proceso de reforma mediante la creación de una comisión especial encargada de elaborar un borrador sobre una amplia devolución de poderes a la Asamblea de Holyrood, que culminó con la aprobación de la Ley de Escocia (*Scotland Act 2016).* La nueva ley atribuyó naturaleza permanente e irrevocable al Parlamento y al Gobierno escoceses definiéndolos como instituciones «permanentes». Asimismo, asignó al Parlamento escocés más competencias en varias materias (de naturaleza fiscal, electoral, de explotación de recursos naturales). Por tanto, se puede constatar como el fracaso de la experiencia de independencia ha comportado un aumento en el proceso de *devolution*, y ello, de conformidad con la flexibilidad constitucional que caracteriza al sistema británico.

Después del referéndum del *Brexit*[21]*,* la sentencia Miller de la *High Court* de 3 de noviembre de 2016, confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2017, reiteró la supremacía de la soberanía parlamentaria y el carácter meramente *advisory* de los referéndum en ausencia de disposiciones legislativas específicas que prevean lo contrario[22].

20 Sobre la evolución de la *devolution* escocesa en estrecha conexión con el referéndum independentista v., en particular, G. Caravale, «Il referendum del 18 settembre: Scotland chooses the best of both worlds», *Federalismi.it*, n.º 18, 2014; C. Martinelli, *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, Torino, Giappichelli, 2016.

21 Sobre las consecuencias della Brexit sobre la *devolution v*. G. Caravale, *A family of Nations*. *Asimmetrie territoriali nel Regno Unito tra devolution e Brexit*, Napoli, Jovene, 2017, 197 ss.

22 Sobre la sentencia *Miller* de la *High Court* v. G. Caravale, *A family of Nations*, cit., 210, que se detiene en varios aspectos de este pronunciamiento sobre el carácter advisory y otros efectos del referéndum en el ordenamiento británico en relación con el principio de sobernía del Parlamento y de la democracia representativa. Sobre la sentencia del Tribunal Supremo (*Miller v. Secretary of State for Exiting the European Union {2017} Uksc 5*) v. G. F. FERRARI, *La Corte Suprema, brexit e le sorti del costituzionalismo britannico*, DPCE on line, 1, 2017, y F. Lanchester, «Brexit per via parlamentare», *il Mulino*, 27 enero 2017, que señala como la sentencia ha rechazado la teoría de la soberanía popular no mediada por los órganos representativos.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En este contexto la experiencia del referéndum escocés, negociada entre centro y periferia, se caracterizó por su carácter totalmente democrático y permitió lograr avances significativos a nivel del autogobierno de Escocia, pese a que el referéndum había dado un resultado contrario a la opción independentista. El referéndum de independencia escocés y las normas que lo regulan garantizaron una consulta de referéndum totalmente democrática que podría constituir un ejemplo de *good practice* en el derecho comparado[23].

En España el regionalismo asimétrico a nivel de autogobierno de determinadas Comunidades Autónomas no ha evitado una tensión prolongada entre la presión de la diferenciación, especialmente de las nacionalidades históricas, y el Estado. Las deficiencias estructurales y funcionales del modelo constitucional de descentralización territorial han revelado en los últimos años su debilidad intrínseca ante reivindicaciones cada vez más firmes de Cataluña, que han llegado hasta el punto de articular el *derecho a decidir*[24] sobre la solicitud de referéndum de independencia de España. La firmeza de las instituciones estatales oponiéndose al referéndum de independencia catalán resulta comprensible en un ordenamiento caracterizado por una fuerte rigidez constitucional y basado en un claro predominio de la democracia representativa frente a la democracia directa y referendaria. El conflicto desembocó en 2014-2017 en la celebración de dos consultas populares sobre la independencia, de diferente naturaleza jurídica, ambas declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

El tema de la independencia comenzó a manifestarse con la famosa sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña[25].

La «consulta popular no referendaria» sobre el futuro político de Cataluña, basada en la Ley 10/2014, no se llevó a cabo porque la ley fue impugnada por el Gobierno y suspendida en vía cautelar por el Tribunal Constitucional; las SSTC

23 L. Frosina, *op. cit.,* 18.

24 Sobre la iniciativa secesionista de Cataluña, véanse las contribuciones incluidas en el número de *Teoría y Realidad Constitucional,* titulado «Cuestión catalana». Además, puede consultarse, entre otros, J. M. Castellà, «Secesión y referéndum sobre el «derecho a decidir» en Cataluña: una aproximación desde el Derecho Constitucional», A.A.V.V., *El futuro territorial del estado español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 451; V. Ferreres Comella, «Cataluña y el derecho a decidir», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 37, 2016, p. 461.

25 J. M. Castellà Andreu, «La sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su significado para el futuro del Estado autonómico», *Federalismi.it*, n.º 18, 2010. En sentido crítico, en particular, J. Pérez Royo, «La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un Estado compuesto en España: elementos de continuidad y ruptura, e incidencia en las perspectivas de evolución del Estado autonómico», y P. Requejo Rodríguez, «La posició del Tribunal constitucional espanyol des prés de la STC 31/2010», ambos en *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 43, 2011, respectivamente, 121 p. 6. Vid. el monográfico que esta misma revista, *Teoría y Realidad Constitucional,* dedicó en su n.º 27 de 2011, especialmente la encuesta respondida por los profs. R. Blanco Valdés, R. Canosa Usera, F. de Carreras Serra, M. Carrillo López, J. Corcuera Atienza, J. García Roca y L. Parejo Alonso.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

31 y 32/2015 declararon su inconstitucionalidad[26]. La STC 259/2015 declaró que cualquier intento de secesión quedaría fuera del marco constitucional. Tras diferentes intervenciones del Parlamento de Cataluña el desafío de una secesión unilateral se puso en marcha el 9 de junio de 2017 por el Presidente de la Comunidad Autónoma, quien anunció la celebración de un referéndum que tendría por objeto la declaración de independencia y el paso a una forma republicana de gobierno. En una convulsa sucesión de iniciativas encaminadas a celebrar la consulta, y los consiguientes actos para contrarrestarlos por parte del poder central y del Tribunal Constitucional, la Ley 19/2017 reguló un referéndum de independencia de Cataluña, atribuyendo efectos vinculantes al resultado del mismo y previendo, como consecuencia de una posible victoria de la opción secesionista, la aprobación de una declaración unilateral de independencia. El Tribunal Constitucional mediante medidas urgentes y mediante varias sentencias declaraba la inconstitucionalidad (SSTC 114/2017, de 17 de octubre y 124/2017, de 8 de noviembre). Ello no impidió que el Gobierno de la Generalitat insistiera en la consulta y proclamara los resultados oficiales del referéndum, que dieron un resultado a favor de la independencia, si bien con una muy limitada participación electoral, seguida de fuertes medidas por parte del Gobierno de la Nación.

Las graves y reiteradas vulneraciones de la legalidad constitucional y estatutaria cometidas a nivel político e institucional diferencia el caso catalán de las otras experiencias democráticas examinadas, lo que lo convierte en *unicum* en el panorama comparado.

El caso italiano resulta interesante como ejemplo de rechazo radical a la utilización del referéndum como expediente para declarar la independencia de una región o, más limitadamente, para garantizar un aumento de autonomía regional fuera del régimen previsto por la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha intervenido con diversos pronunciamientos. Con la sentencia 118 de 2015 ha anulado dos leyes de la Región Veneto[27]. La ley regional n.16 de 2014, aún contemplando un referéndum puramente consultivo, implicaba una demanda de soberanía al menos virtual. Además, como en Escocia, la ley regional n.15 de 2014 preveía la apertura

26 Para una reconstrucción de la jurisprudencia constitucional, v. J. M. Castellà Andreu, «Tribunal constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 37, 2016, p. 561.

27 L. A. Mazzarolli, «Annotazioni e riflessioni sul referendum in materia di «autonomia» che si terrà in Veneto il 22 ottobre 2017», *Federalismi.*it, 13 septiembre 2017; D. Tega, «Venice is not Barcelona: A Less Aggressive Regional Question gets a More Nuanced Constitutional Answer», *Int'l J. Const. L. Blog*, 22 julio 2015 www.iconnectblog.co; C. Fasone, «Una, indivisibile, ma garantista dell'autonomia (differenziata): la Repubblica italiana in una recente pronuncia della Corte costituzionale sulle leggi regionali venete nn. 15 e 16 del 2014», Blog de la *Revista catalana de dret públic* 15 septiembre 2015 (http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp); G. Farraiolo, «La Corte costituzionale in tema di referendum consultivi regionali e processo politico: una esile linea argomentativa per un esito (in parte) prevedibile», en *Federalismi.it*, 28 octubre 2015.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de una negociación con el Estado para acordar un referéndum consultivo sobre una mayor autonomía, pero mediante la convocatoria unilateral de consultas sobre cinco cuestiones, también basadas en una mayor autonomía. Finalmente, como en Cataluña, las regiones trataron de ocultar la naturaleza de las consultas, calificándolas como meras «encuestas formalizadas». La Corte rechazó la interpelación de los electores incluso con fines de consulta «sobre expectativas de secesión en vista a la creación de un nuevo sujeto soberano. Una iniciativa de referéndum que, como la que se examina, contradiga la unidad de la República no podría jamás traducirse en un ejercicio legítimo de poder por parte de las instituciones regionales y se situaría, por ello, *extra ordinem*»[28].

VI. DECISIÓN UNILATERAL EN VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La referencia al principio democrático no legitima una decisión popular para incorporar la autodeterminación a nivel nacional con el objetivo de la secesión, en cuanto colisiona con la supremacía constitucional que no admite excepciones. Y ello, excepto en raros supuestos en que, al menos formalmente, sea la misma Constitución la que prevea la secesión. Si este no fuera el caso, se debe proceder a una previa revisión constitucional.

Por tanto, una decisión unilateral de un ente territorial, aun manifestada por la voluntad directa de los miembros de dicha comunidad mediante referéndum, no puede legítimamente prevalecer sobre el principio unitario y justificar la secesión. La autodeterminación declarada de forma unilateral dentro de un Estado no resulta admisible constitucionalmente convirtiéndose en un hecho subversivo y, en caso de prosperar, en un hecho constitutivo de un nuevo Estado.

En principio, el referéndum a nivel de un territorio incluido en el ordenamiento de un Estado no sería suficiente. Solo sería legítimo si estuviera previsto un procedimiento de revisión constitucional por la Constitución estatal. En este sentido, puede mencionarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que no rechazó de manera abstracta la posibilidad de celebrar un referéndum nacional sobre la secesión, pero sostuvo la necesidad de una reforma constitucional para este tipo de decisión (STC 103/2008, en la que declara la inconstitucionalidad de la Ley vasca 9/2008 que convocaba un referéndum en el País Vasco). Un referéndum similar, efectivamente, «afecta (art. 2 CE) al fundamento del orden constitucional vigente (en la medida en que supone la reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano o, cuando menos, de la relación que

28 Como *extra ordinem* ha sido considerado, además, el reciente intento de la Región Veneto de asumir la competencias para determinar el «popolo veneto» como minoría nacional, contribuyendo a definir los límites de la competencia regional en el ámbito de las cuestiones identitarias. Véase la Sentencia de la Corte Constitucional de 20 de abril 2018, n.º 81.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

únicamente la voluntad de éste puede establecer entre el Estado y las Comunidades Autónomas) y por ello sólo puede ser objeto de consulta popular por vía del referéndum de revisión constitucional.» (STC 103/2008, FJ 4.º). No existiendo en España, a diferencia de Italia, límites materiales a la reforma constitucional, según se desprende de la STC 48/2003, en teoría el Tribunal no pone obstáculos a la solicitud de un referéndum de secesión. Por tanto, la posibilidad de secesión no está teóricamente excluida por el ordenamiento constitucional español, pero queda subordinada a una revisión constitucional que impide el recurso a un referéndum autonómico unilateral.

La situación acontecida en Escocia es distinta. El modelo escocés previó un referéndum limitado solo a la población interesada en separarse. Pero no excluyó el carácter previo de la decisión del Gobierno central en este asunto, en la medida en que el referéndum tiene lugar tras un acuerdo preliminar entre Gobierno central y Gobierno escocés. Por tanto, las instituciones de democracia representativa británica, que manifiestan la voluntad de toda la nación, no quedan excluidas de un procedimiento complejo establecido mediante un acuerdo entre el centro y la periferia.

El caso escocés y el español-catalán muestran dos modelos. El español establece claramente que el referéndum de secesión debe ser constitucional y debe celebrarse en toda la Nación. El escocés prevé que el referéndum se limite solo a la población que muestra la voluntad de separarse, pero permite la intervención de las instituciones de democracia representativa en el procedimiento. Pero en ambos casos, estaría garantizado el papel decisorio de los órganos estatales.

VII. EL SUPUESTO DE LA SECESIÓN CONSENSUADA

Se cuestiona si es posible configurar una alternativa viable al caso del recurso unilateral a la autodeterminación tendente a la secesión de un territorio en el que vive una comunidad dotada de identidad, lengua y, en general culturas propias.

A pesar de que en las Constituciones de los Estados, tanto unitarios como federales, se admite pacíficamente, o se considera como principio implícito, el de unidad e indivisibilidad del ordenamiento y, en consecuencia, se rechaza la idea misma de secesión, a nivel doctrinal se ha planteado la cuestión relativa a la posibilidad de una fórmula dialéctica entre centro y periferia basada en la idea de consenso por la que los diferentes elementos del Estado permanecen juntos solo si persiste el vínculo unitario compartido. En caso contrario, no podría excluirse la secesión a condición de que no se organice de forma unilateral, sino consensuada. La *seccessione negoziata* sería un ejemplo de secesión «democrática», en la medida en que se aleja de medidas conflictivas porque se basa en el libre consentimiento. La importancia de recurrir al diálogo y la negociación asume una relevancia práctica, ya que en algunas experiencias permite un enfriamiento

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de las tensiones entre las partes, y por tanto, puede abrir la puerta a soluciones que impliquen una reconsideración de las condiciones de la autonomía evitando la secesión (casos canadiense y escocés). Además, no puede pasarse por alto que el principio de *colaboración leal* entre Estado y Autonomías constituye una de las características definitorias del regionalismo/federalismo cooperativo; éste resulta de enorme importancia cuando las relaciones centro y periferia se caracterizan por graves tensiones. Tensiones, que el poder político tiene la obligación de controlar y reducir.

En la práctica, cuando se ha propuesto un referéndum popular en un territorio interesado en la independencia, se ha sostenido el principio de que el Estado central amenazado por la secesión haga un intento de avenencia de los intereses en juego, actuando con un criterio de colaboración entre centro y periferia. La presencia de un «deber de negociación», reforzado en los casos canadiense en 1998 y escocés en 2014, se plantea como un correctivo apropiado. Se introduciría, por tanto, un mecanismo bilateral en el que se haría converger el recurso a institutos de democracias referendaria y representativa.

Una justificación histórica de esta idea se encuentra en la doctrina contractualista de la Constitución federal propuesta por el máximo teórico de los *States' Rights* John C. Calhoun, según el cual la Constitución sería '*a compact between states*', más que '*a Constitution over them*'[29]. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos rechazó dicha tesis en *Texas v. White* (1869)[30]. Un siglo después, en 1998 el Tribunal Supremo de Canadá en el pronunciamiento sobre la posibilidad de una secesión unilateral de Quebec afirmó la legitimidad de una secesión negociada. En una revisión de la tendencia histórica que el federalismo había contemplado como un proceso de agregación de Estados, actualmente la fórmula de la descentralización política se utiliza para controlar instancias centrífugas mediante la concesión de una amplia autonomía a las Comunidades infraestatales. En el Constitucionalismo contemporáneo resurgen elementos confederales que combinan elementos constitucionales e internacionales. En este contexto, resulta problemático trazar una línea clara de demarcación entre Estado federal y Confederación. En relación con esta última eventualidad emergen elementos confederales, incluido el derecho a abandonar las estructuras estatales mediante la secesión.

La doctrina de la secesión democrática puede resultar problemática si se plantea solo con el objetivo de lograr, por vía negociada, la separación de un territorio de un ordenamiento estatal en el que está incluido. En cambio, puede considerase viable y, por tanto, útil en lo que respecta a la disponibilidad de las partes a negociar de forma no violenta formas más amplias de autonomía política a favor de un

29 J. C. Calhoun, «A Discourse on the Constitution and Government of the United States», *The Papers of John C. Calhoun* vol. 28, 69, 82 (C. N. Wilson e S. B. Cook cur.), Columbia, University of South Carolina Press, 2003.

30 *Texas v. White* 74 US 700, 726 (1869).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

territorio incluido. En este sentido, tuvo éxito en Canadá para paralizar la secesión de Quebec y en Gran Bretaña para evitar la independencia escocesa.

VIII. LA CONFLUENCIA ENTRE DEMOCRACIA DIRECTA Y REPRESENTATIVA

Estamos atravesando un periodo de dificultades de las instituciones del Estado constitucional. Se habla de crisis de la política y de la democracia representativa, e incluso de deslegitimación de las instituciones, mientras que existen ejemplos de expansión de la democracia directa y, en particular, de la democracia referendaria, dentro de la cual el referéndum independentista constituye una de las muchas expresiones.

Los referéndums se invocan para satisfacer las expectativas de los movimientos separatistas y resolver graves problemas de algunas Comunidades territoriales. Y ello, en la medida en que las instituciones representativas por sí mismas no parecen ser capaces de adoptar soluciones. Sin embargo, los límites vinculados a la puesta en práctica de los procedimientos referendarios son evidentes. Si, por un lado, se los considera instrumentos fundamentales de la democracia directa, por otro, se los critica por el hecho de que a menudo se utilizan sobre aspectos *extracostituzionale*, como instrumentos mayoritarios incapaces de proteger a las minorías perdedoras y que pueden producir efectos desestabilizadores a nivel sistémico. A este respecto, debe recordarse que el instrumento referendario no elimina el recurso al instrumento clásico del Estado basado en la representación política mediante la institución parlamentaria. Resulta necesario señalar que los referéndums de independencia tienen efectos consultivos y no vinculantes. Sirven para poner de manifiesto una voluntad mayoritaria a favor o en contra de la opción, pero a su celebración no se vinculan efectos inmediatos en la independencia del territorio interesado, sino obligaciones de negociación o medidas parlamentarias tendentes para alcanzar una secesión consensuada. Según el código de *good practice* de la Comisión de Venecia, cualquier carácter vinculante del referéndum debe contar con una base jurídica en la Constitución o en la ley, y el desarrollo del procedimiento estará siempre predeterminado por normas positivas previstas a nivel constitucional y legislativo.

En conclusión, la decisión sobre la secesión para establecer una nueva realidad política independiente no podría alcanzarse basándose únicamente en instrumentos de democracia directa. Las encuestas de opinión y los referéndums consultivos, en realidad, se presentan como un instrumento para una decisión final. Abandonar completamente los canales que ofrecen las instituciones representativas parece poco viable. Corresponde siempre al sistema de la representación gobierno-parlamento supervisar el procedimiento de la consulta. Ello es particularmente evidente cuando el criterio de la negociación entre las partes institucionales interesadas debería prevalecer.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

***

TITLE: *Referendum and secession*

ABSTRACT: *The ever more persistent reference to the link between referendum and secession does not allow to justify the denial of the constitutional legality principle. When the referendum is connected to the Independence request, as a tool of direct democracy has to be constitutionally foreseen or autorized through a constitutional revision procedure.*

RESUMEN: *La referencia cada vez más insistente al vínculo entre el referéndum y la secesión no permite justificar la negación del principio de legalidad constitucional. El instituto del referéndum como instrumento de democracia directa, cuando está vinculado a la solicitud de independencia, debe estar previsto constitucionalmente o autorizarse a través de un procedimiento de revisión constitucional.*

KEY WORDS: *referendum, secession, direct democracy.*

PALABRAS CLAVE: *referéndum, secesión, democracia directa.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *31.10.2018* FECHA DE ACEPTACIÓN: *5.02.2019*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LA UNIÓN EUROPEA COMO COMUNIDAD DE VALORES: A VUELTAS CON LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA Y DEL ESTADO DE DERECHO

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca

SUMARIO

I. A modo de introducción: democracias liberales, Unión Europea y populismos. II. La importancia de los valores en el proceso de integración europea: la dimensión constitucional y normativa del artículo 2 TUE. III. Los mecanismos de sanción de la Unión por violación de los valores: el artículo 7 TUE como actuación *ultima ratio*. IV. El temor hecho realidad: la aplicación del artículo 7 a los casos de Polonia y a Hungría. IV. A modo de conclusión: la necesidad de actuar (con prudencia).

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: DEMOCRACIAS LIBERALES, UNIÓN EUROPEA Y POPULISMOS

1. La difícil convivencia entre las democracias liberales y el populismo

Es ya lugar común afirmar que el mundo está conociendo un proceso de aceleración histórica sin precedentes. Al margen de posibles matices, la realidad es que el efecto combinado de la globalización, el desarrollo de las nuevas tecnologías y las consecuencias de la crisis económica de 2008 está provocando cambios muy profundos, con hondas consecuencias económicas, sociales, éticas y, por supuesto, también políticas y jurídicas[1]. La globalización ha difuminado el

1 En realidad, el Derecho tampoco puede quedar ajeno al cambio profundo que estamos viviendo. Las estructuras estatales e internacionales que dieron lugar al surgimiento del Derecho contemporáneo post-Westfalia han sufrido una transformación sistémica que, sin embargo, no ha encontrado reflejo adecuado en los fundamentos jurídicos de nuestro Derecho. Ni el Derecho Internacional contemporáneo, asentado en sus últimas formulaciones en el contexto del final de la II Guerra Mundial y la Guerra Fría

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

concepto de frontera y, con ello, ha eclosionado la clásica noción westfaliana de territorio como base existencial del Estado, a la vez que está provocando la creación de conglomerados económicos gigantes que escapan (casi) por completo al control de los poderes públicos. La biotecnología y la infotecnología están haciendo posible lo inimaginable, planteando avances biomédicos, genéticos o de inteligencia artificial de enorme envergadura, apenas aprehensibles por las categorías jurídicas clásicas y con riesgos serios para la supervivencia del sistema democrático. Igualmente, la fórmula de ortodoxia monetaria extrema bajo la que se afrontó la crisis económica en la *zona euro* ha tenido perniciosos efectos sobre capas muy amplias de la sociedad, manifestándose en forma de desigualdades crecientes y de desmantelamiento de estructuras asistenciales esenciales; y, como efecto de ello, también en forma de desapego frente al sistema.

Por todo ello, resulta acertado señalar, como ha considerado Daniel Innerarity, que vivimos una época de incertidumbre y perplejidad[2]. Frente a esa incertidumbre y perplejidad ante un mundo desconocido, se responde con respuestas simples a cuestiones complejas; con reacciones de rechazo frente a fenómenos que el ciudadano asocia con los cambios que están afectando a su vida diaria y que tienen, a su vez, consecuencias políticas e institucionales de primer orden. Así, se ha afirmado, con razón, que los intensos efectos de las fuerzas tecnológicas, económicas y de identidad están conduciendo a nuestras democracias hacia extremos indeseables, hacia un proceso de '*desenamoramiento*' del ciudadano respecto de sus sistemas políticos[3]. En suma, todo invita a pensar que caminamos hacia un ambiente político en el que los populismos y los movimientos anti-sistema más

(Conferencia de San Francisco, Carta de las Naciones Unidas, codificación internacional de las grandes Convenciones) ni el Derecho Constitucional nacional, fundado básicamente sobre los postulados de los Estados democráticos de Derecho del nuevo constitucionalismo europeo de la postguerra (Ley Fundamental de Bonn de 1949, Constitución italiana de 1947) ni probablemente tampoco el constitucionalismo supranacional encarnado por el proceso de integración europeo (abierto con la Declaración Schuman y articulado en los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas) han sabido reaccionar a los retos contundentes que plantean los cambios actuales.

2 En su último ensayo —en el que da continuidad a una obra anterior de referencia en la materia (*La política en tiempos de indignación*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2015)—, considera que «[s]i hubiera que sintetizar el carácter del mundo en el que vivimos yo diría que estamos en una época de incertidumbre». A su entender, «[l]a perplejidad es una situación propia de sociedades en las que el horizonte de los posible se ha abierto tanto que nuestros cálculos acerca del futuro son especialmente inciertos». Esa sería, pues, la diferencia básica entre el momento presente y las sociedades anteriores a la nuestra, donde los seres humanos «[p]odrían pasar hambre y sufrir opresión, pero no estaban perplejos»; *Política para perplejos*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2018, pp. 9-14.

3 Yascha Mounk, *The People vs Democracy — Why Our Freedom is in Danger and How to Save It*, Harvard University Press, Cambridge, 2018. A juicio de esta autora los ciudadanos están 'desenamorándose' de sus sistemas políticos, con el riesgo que ello entraña para los sistemas democráticos. A su juicio, son tres los elementos fundamentales que desencadenan el descontento popular, a saber, el estancamiento de los estándares de vida, el temor a una democracia multiétnica y las transformaciones en los medios de comunicación.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

radicales encuentran un caldo de cultivo propicio para obtener respaldo y representación en las instituciones (dentro del sistema que pretenden combatir).

En este contexto, la primera y más rotunda consecuencia política está afectando a la propia esencia de la democracia; a la democracia liberal, como forma de gobierno más acorde con los valores políticos del mundo occidental surgido de la II Guerra Mundial. Estas democracias liberales, basadas en el pluralismo político, el Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales, están convirtiéndose en diana de las críticas de buena parte de la ciudadanía, insatisfecha con los efectos de la globalización, las nuevas tecnologías, los efectos de la crisis económica y en definitiva, esa incertidumbre generalizada a la que hemos hecho mención.

Ante esta situación, un sector relevante de la más prestigiosa doctrina politológica está elaborando durante los últimos años estudios de interés en los que se plantea qué ha de entenderse por populismo, a la vez que trata de establecer con método científico criterios específicos que permitan medir la deriva de un régimen democrático hacia fórmulas claramente autoritarias o, si se prefiere, la travesía desde una democracia liberal hacia 'democracias *iliberales*' en el sentido que le dio Fareed Zakaria[4].

En realidad, es amplísima e inabarcable la literatura reciente que aborda la cuestión de los populismos y la crisis de la democracia. No es, sin embargo, un fenómeno en absoluto nuevo, ya que el término (peyorativo) de 'populismo' se utilizó profusamente en la década de los cincuenta y sesenta del siglo pasado para referirse a situaciones tan diversas como el *macartismo* americano —de tono anti intelectual—[5], el *poujadismo* francés —de oposición a la clase política—[6] o el *powellismo* británico —de raíz claramente racista—[7]. Luego, en los años ochenta, especialmente en Francia, los principales acercamientos doctrinales vincularon los populismos con la decadencia del modelo occidental de pensamiento[8]. Y, desde luego, desde la caída del Muro de Berlín y, sobre todo, desde la entrada en el nuevo milenio ha sido tema de particular atención por la doctrina[9]. Con todo,

4 «The Rise of Illiberal Democracy», *Foreign Affairs* 1997, vol. 76, nr. 6, november-december. Bien cabe, en todo caso, plantearse si realmente puede hablarse de una 'democracia iliberal' o si, más bien, 'democracia' e 'iliberal' son términos incompatibles entre sí.

5 Véase, por ejemplo, Richard Hofstadter, *Anti-intelectualism in American Life*, Vintage Books, Nueva York, 2.ª ed., 1963, especialmente pp. 3-4 y 41-42.

6 En este sentido, Stanley Hoffemann, *Le mouvement poujade*, Arad Colin, París, 1956, especialmente pp. 228-240.

7 *Vid*. Margaret Canovan, *Populism*, Harcourt Brace Jovanovich, Nueva York y Londres, 1981, pp. 228-230.

8 Puede verse, por todos, Alain Finkieldraut, *La défaite de la pensé*, 1987.

9 Véase, por ejemplo, Emmanuel Todd, *Après la démocratie*, Gallimard, 2008. Concreta en cinco las características de la decadencia europea: incoherencia del pensamiento como consecuencia de un vacío ideológico y religioso, mediocridad intelectual vinculada con el anquilosamiento y estancamiento de la educación, agresividad creciente, excesivo apego al dinero e inestabilidad afectiva y familiar. También, Peter MAIR, *Gobernando el vacío, La banalización de la democracia occidental*, Alianza Editorial, Madrid, 2013.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

es menester reconocer que el acercamiento doctrinal al fenómeno del populismo ha estado siempre acompañado del más absoluto relativismo conceptual y terminológico[10]. Y, en realidad, se mantiene hasta nuestros días[11].

En todo caso, como bien muestran Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, lo que distingue a la deriva autoritaria actual de la surgida en otros momentos de la historia es que ahora las democracias no se subvierten mediante golpes de Estado[12], sino mediante gobiernos electos[13]. Es más, nada impide en una democracia robusta poner en tela de juicio alguno de sus valores y proponer su modificación. Más bien, habría que considerar como un rasgo definidor del populismo la consideración de que *sólo* ellos representan al pueblo, a la gente real, a la mayoría silenciosa, a los verdaderos ciudadanos, mientras que el resto de partidos, el resto de políticos —en definitiva, el *sistema*— únicamente defienden sus propios intereses y por eso son todos iguales; son todos corruptos, están todos alejados del pueblo y del buen ciudadano. Ponen, por tanto, en duda la legitimidad del resto de actores políticos. Se trata, en suma, de un ataque directo al principio de pluralidad política característica de las democracias. Por eso, en nuestra opinión, resulta también particularmente relevante la observación que hacen Levitsky y Ziblat cuando constatan que las democracias auténticas y más estables en la historia se caracterizan precisamente por mantener dos elementos, que resultan capitales para la vida democrática. Se trata de la tolerancia y la contención: la *tolerancia* exige la premisa de que los partidos rivales se aceptan recíprocamente como legítimos competidores en la arena política; y la *contención* consiste en que los políticos han de regirse por el comedimiento (*restraint*) en el ejercicio de su tarea.

10 De manera muy plástica, Peter Wiles en 1969 caracterizó esta situación de relativismo conceptual radical con su visión de que «à chacun sa propre définition du populisme, selon le saint académique pour lequel il prêche»; «A Syndrome. Not a Doctrine: Some Elementary Theses on Populism», en Ghita Ionescu y Ernest Gellner (eds.), *Populism. Its Meanings and National Characteristics*, Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1969, p. 166.

11 Véase, entre otros, Jan-Werner Müller, *What is Populism?*, Penguin, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2017 (traducido al francés por Frédéric Joly, *Qu'est-ce que le populisme — Definir enfin la menace*, Folio essais, Gallimart, Paris, 2018); uno de los capítulos de este libro ha sido publicado en español, «El auge ¿imparable? de los populismos», OpenMind, 2017, https://www.bbvaopenmind.com). Igualmente, Cas Mudde y Cristobal R. Kaltwasser, *Populism — A Very Short Introduction*, Oxford University Presse, Oxford, 2017.

En la doctrina francesa, puede verse la obra colectiva dirigida por Jean-Pierre Rioux (coord.), *Les populismes*, Perrin, París, 2007; Catherine Colliot-Thélène y Florent Guénard, *Peuples et populisme*, PUF, París, 2014; Pierre-André Taguieff, «Le populisme et la science politique du mirage conceptuel aux vrais problèmes», *Vingtième Siècle-Revue d'histoire* n.º 56, 1997, pp. 4-44. De hecho, llama la atención que, por ejemplo, el defensor del pueblo (*médiateur*) del diario *Le Monde* se haya interrogado por el buen uso del término; Franck NOUCHI, «Du bon ussage du mot 'populiste' dans Le Monde», *Le Monde*, de 4 julio de 2018.

12 En esta misma línea, Tom Ginsburg y Aziz Z. Huq recogen en un reciente libro la tipología de cambios de regímenes constitucionales hacia el autoritarismo, siendo el golpe de estado militar tan solo uno de ellos y erigiéndose la degradación institucional gradual en la regla actual; *How to Save a Constitutional Democracy*, The Chicago University Press, Chicago, 2018.

13 Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, D., *Cómo mueren las democracias*, Ariel, Barcelona, 2018, p. 13 (traducido del inglés, *How Democracies Die*, Crown, Nueva York, 2018).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

A partir de esta base, existen variantes doctrinales que colocan el foco de atención en cuestiones diversas Así, por ejemplo, existe un sector de la doctrina politológica que, con Jason Brennan a la cabeza, centran su mirada en el creciente desconocimiento de la ciudadanía sobre aspectos esenciales de la realidad pública a la hora de conformar su decisión de voto[14]. En parecido sentido, el historiador Yuval Noha Harari analiza las causas estructurales que pueden estar incidiendo en el desgaste actual de las democracias liberales y centra su atención en la creciente concentración de la información —y, paradójicamente, la mayor desinformación—, que puede generar 'dictaduras digitales'[15]. En un sentido no muy alejado de esta visión, John Keane cataloga la democracia actual como una 'democracia monitorizada'[16]. Entre nosotros, Daniel Innerarity plantea la delicada cuestión de si la ciudadanía está realmente en condiciones de comprender y observar críticamente la política de nuestras democracias actuales, bajo la premisa previa de que «[n]o hay democracia cuando no se comprende»[17]. Otros autores, como el filósofo político David Runciman, bajo el lema de '*thinking the unthinkable*', considera erróneo echar la mirada a las crisis de las democracias europeas en el periodo de entreguerras para buscar paralelismos, como está constatándose últimamente en múltiples contribuciones[18], y estima que el verdadero peligro para nuestras democracias radica en la creciente decadencia de las instituciones[19]. Hay quienes, finalmente, ven el deseo subconsciente en situaciones de crisis

14 En esta línea Jason Brennan utiliza metafóricamente la distinción entre '*hobbits*' y '*hooligans*' para caracterizar a una gran parte de los ciudadanos. Los primeros tienen poca información y apenas se preocupan por la política; y lo segundos tienen mayor información, pero están llenos de prejuicios en su más activa participación política. Este autor llega a considerar que «most democratic citizens and voters are, well, ignorant, irrational, and misinformed nationalists»; *Against Democracy*, Princeton University Press, Princenton y Oxford, 2018, p. 19 y capítulo segundo del libro.

15 Así, este autor considera que «[l]os algoritmos de macrodatos pueden crear dictaduras digitales en las que todo el poder esté concentrado en las manos de una élite minúscula al tiempo que la mayor parte de la gente padezca no ya explotación, sino algo muchísimo peor: irrelevancia»; *21 lecciones para el siglo* XXI, Barcelona, Madrid, 2018 (traducido al español del inglés *21 Lessons for the 21st Century*, Jonathan Cape, Londres, 2018), p. 14.

16 *Vida y muerte de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2018.

17 A su entender, existe «un claro desajuste entre la competencia real de la gente y las expectativas de competencia política que se dirigen a la ciudadanía en una sociedad democrática» y su hipótesis en este trabajo radica en que, «frente a la seducción del recurso a los procedimientos desdemocratizadores, las mejores soluciones son las más democráticas: fortalecer la cooperación y la organización institucional de la inteligencia colectiva»; *Comprender la democracia*, Gedisa, Madrid, 2018, pp. 29-30.

18 En efecto, el eco de los años 30 está generando escrutinio atento por parte de historiadores, políticos y economistas. Se buscan, así, paralelismos con los efectos de la crisis económica del 29 y el posterior suicidio de las democracias europeas salidas de la I Guerra Mundial. Idéntico paralelismo se traza también en Estados Unidos. Particular resonancia académica y también mediática provocó el artículo del historiador especialista en el periodo nazi, Christopher R. Browning, «The Suffocation of Democracy», *The New York Review of Books*, octubre, 25, 2018.

19 *How Democracy Ends*, Basic Books, Nueva York, 2018; igualmente, Tom Ginsburg y Aziz Z. Huq, *op. cit. (How to Save…)*, nota 12.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

profundas de elegir a 'líderes fuertes' que arreglen problemas, aunque sea con formas autoritarias[20].

El caso es que, sea cual fuere la explicación politológica más plausible, lo cierto es que las democracias liberales de prácticamente todo el mundo occidental están sufriendo un serio proceso de erosión interna y, en muchos casos, una verdadera deriva autoritaria. Resulta imperceptible en sus primeras etapas, pero la tendencia es incuestionable cuando los síntomas se hacen ya muy explícitos. Queda por ver si cuando estos síntomas se hacen perfectamente visibles quizás ya sea demasiado tarde por actuar.

2. La (más difícil aún) convivencia entre la democracia multinivel europea y los populismos

Pero el desgaste democrático descrito no solo afecta a los Estados. Parece realmente incuestionable que también la Unión Europea es diana preferida de las diatribas de los movimientos populistas. Reúne, en verdad, los ingredientes favoritos de cualquier receta populista. Sirve de útil plasmación visible de la globalización, es provechosamente identificable con un supuesto poder tecnócrata y elitista externo, que el ciudadano no comprende bien[21], pero al que acusa de sus males más directos, y, desde luego, se identifica con la fuente de todos los males derivados de la forma de combatir la crisis económica de 2008[22].

20 Llama a la reflexión la constatación de que las generaciones más jóvenes, con independencia de su concreta inclinación política, efectivamente miran con creciente simpatía la presencia de un líder fuerte que 'arregle problemas', aunque ello se haga bajo formas autoritarias; Robert Stefan FOA y Yascha MOUNK, «The Democratic Disconnect», *Journal of Democracy*, vol. 27, 2016, pp. 5-17.

Aunque los juristas no nos resulte sencillo, parece imprescindible incorporar en nuestros análisis el discurso de las emociones. La doctrina más solvente en la materia nos muestra cómo las emociones no son únicamente afectos y querencias. Gozan también de una dimensión cognitiva y constituyen así elementos necesarios para categorizar el mundo y comprender la percepción ciudadana de la política. En nuestra doctrina merecen particular atención las interesantes aportaciones de Victoria CAMPS, *El gobierno de las emociones*, Herder, Barcelona, 2011. Esta autora, entre otras fuentes, se inspira en previos trabajos igualmente atractivos de Martha NUSSBAUM, entre los que cabe destacar como más reciente, *Political Emotions. Why love matters for justice*, Harward University Press, Cambridge, 2013

21 De nuevo, cabe remitirse a un atractivo estudio de Daniel INNERARITY en el que se sitúa en la complejidad de la Unión uno de sus problemas básicos para ser percibida por la ciudadanía como una entidad verdadera demócrata; *La democracia en Europa*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2017.

22 No oculto, con ello, los graves desatinos cometidos por la Unión por la forma de abordar la crisis ni los errores de diseño de la (mal) llamada Unión Económica y Monetaria que se cometieron en Maastricht. Pero, en realidad a la hora de buscar responsabilidades probablemente habría que dirigir la mirada más a algunos Estados muy concretos de la *zona euro* que a las instituciones de la Unión. No en vano esa forma de afrontar la crisis de 2008 ha dejado también a la vista de todos la profunda división de intereses que existe en la Unión entre el Norte y el Sur, entre el Oeste y el Este. Pero el caso es que las duras medidas de austeridad adoptadas en la *zona euro* para combatir la crisis económica de 2008 han tenido graves consecuencias en términos de brecha social entre ganadores y perdedores de la globalización. A su vez, la creciente desigualdad social que se ha generado en las sociedades actuales tiene también un peligroso impacto

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Bien mirado, la campaña de 2016 a favor del *Brexit* en el Reino Unido fue una primera señal de esta tendencia; y se ha manifestado precisamente en la democracia más antigua, estable y asentada del nuestro continente. La explosiva mezcla de profundo desconocimiento de buena parte de la ciudadanía sobre la Unión, mentiras flagrantes envueltas en interesado celofán identitario nacional y decisiones políticas temerarias han dado como resultado final una situación de verdadero caos que, tal y como se ha podido ver en los últimos años, es buen ejemplo de todo lo que no se debería hacer en una democracia responsable. La situación generada, al final, linda con el estrambote y las consecuencias son, en el momento de concluir este trabajo, del todo punto imprevisibles, tanto para la Unión, como sobre todo para el Reino Unido.

En realidad, en prácticamente todos los Estados miembros afloran discursos antieuropeos que, con mayor o menor respaldo, resultan muy preocupantes. Solemos citar, no sin motivos, a los cuatro países de Visagrado o, más recientemente, también a algunos otros más cercanos. Pero, en realidad, *todos*, absolutamente todos, deberíamos sentirnos concernidos, ya que prácticamente ningún Estado de la Unión es ya inmune al discurso populista y, que es peor, a sus consecuencias.

En este contexto, las elecciones al Parlamento Europeo del 23 al 26 de mayo de 2019 van a ser buen termómetro para medir el respaldo ciudadano de esas fuerzas manifiestamente antieuropeas. No sé si resulta excesivamente catastrófica la visión de quienes consideran que nos enfrentamos en Europa «a una batalla en defensa de la civilización» y creen que esas elecciones al Parlamento Europeo pueden ser «las más catastróficas que hayamos visto jamás»[23]. Pero sí es cierto que no podemos creer que «*Europa se fara di se*» de manera providencial; y, desde luego, lo que realmente está en juego es la pervivencia del propio proceso de integración supranacional, tal y como lo hemos conocido en los últimos setenta años, que no es poco. Por mucho consenso doctrinal que tengamos a propósito del

sobre la estabilidad de las democracias liberales. *Vid*. Mark Blyth, *Austeridad. Historia de una idea peligros*a, Crítica, Madrid, 2014.

A este respecto, puede resultar un ejercicio interesante examinar la jurisprudencia que los diferentes Tribunales Constitucionales han desplegado en relación por los poderes públicos de medidas de austeridad y recorte para combatir la crisis de 2008. En el caso de nuestro Tribunal Constitucional, se han adoptado sentencias en materia de sanidad y educación que resultan muy discutibles, si bien no es ahora momento de entrar en ello.

23 En un tono marcadamente pesimista, Bernard-Henri Levy ha lanzado un manifiesto, al que se han adherido numerosos intelectuales de muy distinta inclinación política, en el que, sobre la base de considerar que «Europa está en peligro», estima que las elecciones europeas se desarrollarán en un clima nocivo en el que «si no cambian las cosas, si nada contiene la ola que crece, y empuja, y sube, si no surge rápidamente en todo el continente un nuevo espíritu de resistencia, pueden ser las elecciones más catastróficas que hayamos visto jamás». Cree que «nos enfrentamos, 75 años después de la derrota de los fascismos y 30 años después de la caída del muro de Berlín, a una nueva batalla en defensa de la civilización». Véase «La Casa Europea en llamas», publicado en España por *El País*, de 27 de enero de 2019.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

'éxito inverosímil' que ha supuesto el proceso de integración europea[24], debemos tener bien presente que «éxitos pasados no garantizan éxitos futuros»[25]. El éxito del proceso de integración no está, en absoluto, garantizado por ninguna pretendida 'ley de la inevitabilidad'[26].

Por tanto, no está de más tomarnos muy en serio el riesgo que los populismos entrañan para la democracia y para el proceso de integración europea, especialmente porque ambos están estrechamente imbricados. Si algo caracteriza a la Unión Europea es su vinculación con unos valores, que son propios de *todos* los Estados que la componen y entre los cuales la democracia, los derechos fundamentales y el Estado de Derecho son su estandarte más visible. En realidad, bien puede afirmarse que democracia, derechos humanos y Estado de Derechos son la seña de identidad que mejor identifica al nuevo *espacio jurídico europeo*, en el que con vocación constitucional propia, se superponen los ordenamientos jurídicos de los Estados, la UE y el Consejo de Europa[27].

A ello dedicaremos este trabajo. Pondremos el centro de atención en los riesgos del populismo en la UE, analizando el carácter constitucional y normativo de los valores recogidos en el artículo 2 TUE (II), concretando los mecanismos de sanción previstos en caso de su violación grave (III) y examinando su concreta

24 No sin razón el historiador Tony Judt, en el interesante repaso en 24 capítulos que hace a la historia europea entre 1945 y 2005 en su obra *Postwar: A History of Europe since 1945* (The Penguin Press, Nueva York, 2005), califica como un éxito inverosímil que, sobre los restos de imperios contrapuestos, guerras fratricidas e historias contrapuestas, Europa haya logrado construir una Unión Europea que conforma una de las economías más prósperas y uno de los espacios democráticos más asentados del mundo. No es para menos. Más que inverosímil, parece un prodigioso milagro. Es, en nuestra opinión, un éxito notable que resultaría irresponsable dilapidar.

25 Esta idea la he desarrollado, con insistencia, en trabajos anteriores, pero realmente creo que es una consideración a tener muy en cuenta; véase, por ejemplo, «La Unión Europea ante el espejo: éxitos pasados no garantizan éxitos futuros», en Joxerramon Bengoetxea Caballero (coord.), *Nuevas narrativas para Europa: ¿Qué Europa reconstruir tras 60 años de los Tratados de Roma*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 95-111.

26 Timothy Snyder, en su último ensayo (*El camino hacia la libertad*, Galaxia Gutenberg, Madrid, 2018), realiza una interesante reflexión política sobre la diferenciación entre política de la inevitabilidad, que promete un futuro mejor para todos —y que imperó bajo el prisma del 'fin de la historia' tras la caída del mundo comunista y el consiguiente triunfo del capitalismo en la máxima de que la «la naturaleza generó el mercado, que engendró la democracia, que engendró la felicidad»— y la política de la eternidad, que sitúa a un país en el centro de un relato de victimismo cíclico —en el que vuelven las amenazas del pasado una y otra vez—. Ambas perspectivas tienen estilos de propaganda propios. En esta obra, el autor se detiene en la historia reciente de Rusia, Ucrania, Europa y Estados Unidos para definir los problemas políticos del presente y disipar algunos de los mitos que los envuelven. Tiene seis capítulos y cada uno de ellos centra en un hecho particular y un año concreto, acompañado de una dialéctica que lo caracteriza: 2011 con el regreso del pensamiento totalitario; 2012 con el desmoronamiento de la política democrática en Rusia; 2013 con el asalto ruso a la Unión Europea; 2014 con la revolución de Ucrania y la posterior invasión rusa; 2015 con la difusión de la ficción política en Rusia, Europa y Estados Unidos; y 2016 con la elección de Donald Trump. Cada uno de estos capítulos se acompaña, en el título, de una alternativa, siendo estas respectivamente individualismo o totalitarismo, sucesión o fracaso, integración o imperio, novedad o eternidad, verdad o mentiras e igualdad u oligarquía.

27 No es ya momento de detenernos en las doctrinas de nuevo cuño que, desde planteamientos de pluralismo constitucional, tratan de dar una respuesta válida al nuevo contexto jurídico multinivel que concurre en el espacio jurídico europeo. La existencia de ese espacio jurídico europeo, el menos *in fieri*, es ya evidente.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

aplicación práctica actual a los casos polaco y húngaro (IV). Finalmente, concluiremos con unas consideraciones finales de carácter crítico (V).

II. LA IMPORTANCIA DE LOS VALORES EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA: LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL Y NORMATIVA DEL ARTÍCULO 2 TUE.

El artículo 2 TUE deja constancia explícita en la *Carta Constitucional* de la Unión que ésta «se fundamenta en los valores del 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». E igualmente precisa que 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»[28]. Afirmar la importancia de determinados valores esenciales de la Unión no es una disquisición teórica o filosófica. Es una cuestión constitucional y normativa que se fundamenta en la consideración de la Unión como una comunidad de valores (1), en la que la democracia y el Estado de Derecho constituyen sus elementos nucleares (2) y, lo que es más relevante, gozan de carácter normativo y justiciable (3).

1. **La Unión como 'comunidad de valores'**

El artículo 2 TUE es en efecto, la plasmación constitucional de unos valores que, desde los primeros pasos del proceso de integración europea, se han asociado claramente con la *identidad* de la Unión[29]. Es, en el fondo, una solemne declaración de los valores esenciales de esa identidad europea, que hasta ahora ha tenido por

28 Para un análisis en detalle de este precepto resultan particularmenre útiles los comentarios de los tratados constitutivos más representativos, v.gr, Stelio Mangiameli, «Art. 2 TEU», en Hermann J. Blancke y Stelio Mangiameli (eds.), *The Treaty on European Union (TEU)*, Springer, Berlín-Heidelberg, 2013, pp. 109-155, con amplia lista bibliográfica en pp. 147-155; Jean Paul Jacqué, «Art. 2» en Hans von den Groeben *et al.* (ed.), *Europäisches Unionsrecht — Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäische Union, Charta der Grundrechte der Europäische Union*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 7.ª ed., 2015, vol. 1, pp. 65-70, con bibliografía amplia en el anexo final.

29 Así lo hicieron, por ejemplo, los Jefes de Estado y Gobierno de los entonces nueve Estados miembros de las Comunidades Europeas cuando, recién producida la primera ampliación, aprobaron en la cumbre de Copenhague 14 y 15 de diciembre de 1973 la llamada *Declaración sobre la Identidad Europea* (*Bull. EC*, de diciembre 1973, n.º 12, pp. 118-122. Se establecía, en concreto, que «[t]he Nine wish to ensure that the cherished *values of their legal, political and moral order* are respected, and to preserve the rich variety of their national cultures. Sharing as the do the same attitudes to life, based on a determination to build a society which measures up to the needs of the individual, they are determined to defend the principles of representative democracy, of the rule of law, of social justice —which is the ultimate goal of economic progress— and of respect for human rights. All of *these are fundamental elements of the European Identity*». Cursivas añadidas por nosotros.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

encima de todo un valor declarativo y programático. Se trata, visto desde una perspectiva estrictamente jurídica, de lo que la doctrina germánica ve como un reflejo evidente de su artículo 28 de la Ley Fundamental de Bonn y ha denominado tradicionalmente 'cláusula de homogeneidad'[30], una realidad que también está presente en la tradición federal norteamericana encuentra asiento[31].

El significado e importancia de esos valores ha adquirido tal magnitud que un sector doctrinal ha venido considerando a la Unión como una 'comunidad de valores' (*Wertegemeinschaft*)[32]. Por tanto, no se trata solo de considerar a la Unión como una 'comunidad de Derecho', en el sentido hecho por el Tribunal de Justicia a partir del conocido asunto *Los verdes*[33] —convertida posteriormente en 'Unión de Derecho'[34]—, y asumido, por cierto, por la doctrina iuscomunitarista con toda naturalidad[35].

Así, estos valores son, en primer término, exigencia ineludible para los Estados que pretendan la adhesión. El artículo 49 TUE, recogiendo una pretensión siempre existente en la tradición del proceso de integración[36], incluye *expressis verbis* como requisito para la adhesión el respeto de los valores del artículo 2 TUE.

30 Hans Peter Ipsen, «Über Verfassung-Homogenität in der Europäischen Gemeinschaft, en G. Bürif y H. Murer (eds.) *Das akzeptierte Grundgesetz — Festschrift für Günter Düring, Beck Verlag*, Munich, 1990, pp. 159-184; Felix Hanschman, *Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft*, Heidelberg, 2008; Thomas Giegerich, «Verfassungshomogenität, Verfassungsautonomie und Verfassungsaufsicht in der EU: Zum 'neuen Rechtsstaatsmechanismus' der Europäischen Kommission», en Christian Callies (ed.), *Herausforderungen an Staat und Verfassung—Liber amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag*, 2015, pp. 499-542. En inglés, puede verse Stelio Mangiameli, «The Union's Homogeneity and Its Common Values on the Treaty on European Union», en *ib* y Hermann J. Blanke (eds.), *The European Union after Lisbon*, Springer, Heidelberg, pp. 21-46.

31 Cfr. el Art. IV Sect. 4 y Arts. XIII a XV de la Constitución de los Estados Unidos de América.

32 Véase, por ejemplo, Christian Callies, «Europa als Wertegemeinschaft — Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht», *Juristen Zeitung* 2004, pp. 1033-1045; Dieter Blumenwitz/G Gilbert H. Gornig/Dietrich Murswiek (coords.), *Die Europäische Union als Wertegemeinschaft*, Duncker Humblot, Berlín, 2005. Más recientemente, resulta de interés la visión que de esta idea tiene el actual presidente del Tribunal Constitucional alemán; Andreas Vosskuhle, *Die Idee der Europäsichen Wertegemeinschaft*, Buchhandlung Klaus Bittner, Colonia, 2018.

33 TJUE sentencia de 23 de abril de 1986, *Los verdes c. Parlamento Europeo*, C-294/83. Igualmente, dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, *Espacio Económico Europeo*, 1/91.

34 TJUE sentencia de 6 de octubre de 2015, *Schrems*, C-362/14, ECLI: EU: C: 2015: 650, apdo. 60 (con cita de jurisprudencia anterior).

35 Baste recordar la clásica contribución de Manfred Zuleeg, «Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft», *Neue Juristische Wochenschrift* 1994, pp. 545-549. Antes de la decisión del TJUE y antes también de su asunción doctrinal generalizada, Walter HALLSTEIN había escrito sobre la aspiración a que las Comunidades Europeas se convirtieran en tal Comunidad de Derecho (*Rechtsgemeinschaft*); *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Econ, Viena y Düsseldorf, 1969.Véase también Klaus Stern, «La Unión Europea en el camino hacia una comunidad de Derecho constitucional», *Revista de Derecho Político*, n.º 70, 2007, pp. 15-34. Nuestra doctrina iuscomunitaria ha asumido también sin mayor complicaciones esta importante consideración.

36 No es preciso recordar que esa fue precisamente la causa de que países como España, Portugal o Grecia no pudiéramos adherirnos a la Unión hasta que no acreditamos una régimen democrático homologable al del resto de Estados miembros de las Comunidades Europeas, así como la previa adhesión y pleno cumplimiento de las obligaciones derivadas del CEDH y el control externo en materia de derechos humanos por

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Pero, con toda lógica, por extensión ha de resultar exigible también para la permanencia una vez dentro y, en consecuencia, la Unión ha de dotarse de instrumentos eficaces para preservar esos valores una vez los Estados son ya miembros de pleno derecho. El artículo 2 TUE revela en su esencia constitucional que no pueden darse por sobreentendidos esos valores e incluso trasluce, en el fondo, que en algún momento y lugar podrían detectarse violaciones serias de los mismos[37].

2. Democracia y Estado de Derecho como elementos esenciales de la comunidad europea de valores

a) *La vinculación entre democracia y Estado de Derecho*

El artículo 2 TUE recoge, de esta manera, una concreta enumeración de los valores de la Unión. En verdad, recoge un listado de valores y también una caracterización de la sociedad en la que se desenvuelven los Estados. Los valores en sentido estricto serían la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales, mientras que la caracterización de la sociedad sería el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres. En realidad, estos seis últimos elementos —salvo acaso la solidaridad— son manifestaciones concretas de los valores propiamente dichos y resultan, en cierto sentido, reiterativos por quedar ya comprendidos en los seis valores enunciados en el inciso anterior.

A decir verdad, democracia y Estado de Derecho —incluyendo dentro de este último como elemento central la protección de los derechos fundamentales— conforman el sustrato nuclear de los valores enunciados en el artículo 2 TUE y, con ello, de todo el *espacio jurídico europeo*: de los Estados, de la Unión y también del Consejo de Europa. En los Estados todas las Constituciones se fundan en el principio democrático y, de una forma u otra, ofrecen vías efectivas para garantizar la protección de los derechos fundamentales básicos. También el Consejo de Europa se funda en esta misma vinculación; tanto la actuación de la Comisión de Venecia, que desde su propia denominación deja bien clara su función y objetivo[38], como la for-

parte del TEDH. Lo propio ocurrió, tras la caída del muro de Berlín, con los países de Europa central y oriental.

37 Dimitry Kochenov ha dicho en varias ocasiones, con bastante razón, que «being part of the EU does not make a state immune from the potential problems all states face»; «The Issue of Values», en Peter van Elsuwege y Roman Petrov y (eds.), *Legislative Approximation and Application of EU Law in the Eastern Neighbourhood Policy of the European Union*, Roudledge, Londres y Nueva York, 2014, p. 46.

38 Su denominación oficial es *Comisión Europea para la Democracia por el Estado de Derecho*; el seguimiento de su trabajo, tanto de dictámenes como de estudios, puede hacerse a través de su página web (https://www.venice.coe.int). Véase Jeffrey Jowell, «The Venice Commission — Disseminating Democracy through Law», *Public Law*, n.º 24, 2001, pp. 675-683.; Wolfgang Hoffmann-Riem, «The Venice Commission on

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mulación del Estatuto de Londres[39] dejan buena constancia de ello. Incluso, aunque resulte menos conocido, también el TEDH está desarrollando una interesante jurisprudencia a propósito del concepto de '*democracia convencional*', vinculando democracia y derechos fundamentales, que cohonesta además perfectamente con la construida antes dentro de los Estados y también en la UE[40]; por cierto, en el ámbito americano también la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha transitado con vigor por esta senda[41] y ha realizado idéntica vinculación[42]. Será, en todo caso, el ámbito de la UE el que centre ahora nuestra atención y en el que, como también ocurre en los Estados, resulta claro que sin democracia no puede haber Estado de Derecho ni respetarse el Estado de Derecho sin auténtica democracia.

b) *Democracia en la Unión Europea*

En efecto, el principio democrático es también una aspiración interna de la Unión, lo que sin duda constituye toda una novedad en la comunidad internacional, ya que democráticos son los Estados, pero no las organizaciones internacionales. Sin embargo, en la Unión la democracia es ya una verdadera exigencia para su propio funcionamiento interno, pese a no haber perdido (aún) su condición de organización internacional[43] y, por tanto, deudora del Derecho Internacional. En este sentido, es bien representativo que el artículo 10 TUE establezca en su primer apartado que el «funcionamiento de la Unión se fundamenta en el principio de democracia representativa»[44].

the Council of Europe — Standards and Impact», *International Journal of European Law*, n.º 25, 2014, pp. 579-597.

39 El Estatuto de Londres en el tercer apartado de su preámbulo reafirma expresamente «su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de su libertad individual, libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia».

40 Como bien ha mostrado Alejandro Saiz Arnáiz en el último número de esta revista, de la jurisprudencia del TEDH resulta un interesante concepto de *democracia convencional* que actúa como límite a la actuación de los Estados, si bien se debe conjugar tanto con el respeto de la variedad histórica, cultural, política de esos Estados como con el margen de apreciación que el TEDH deja también en sus manos. «Tribunal Europeo de Derechos Humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación», *Teoría y Realidad Constitucional* 2018, n.º 42, pp. 221-245.

41 Véase, por ejemplo, Asdrúbal Aguiar Anguiano, *La democracia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1997-2012*, Observatorio Iberoamericano para la democracia, Buenos Aires-Caracas, 2012.

42 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado claro, por ejemplo, que «la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de la mayorías en instancias democráticas; Corte IDH *caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011 (*Fondo y reparaciones*), apdo. 239.

43 Véase, v. gr., el preámbulo de los tratados constitutivos y los artículos 1 y 54 TUE.

44 Por definición, el funcionamiento interno de las organizaciones internacionales se cimienta usualmente en una estructura intergubernamental que, con mayor o menor control por sus Estados miembros, muy poco tiene que ver con las exigencias del principio democrático propio de los Estados. Sin embargo, la UE ha

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Todavía queda, sin duda, camino por recorrer para convertir en plena realidad la aludida previsión del artículo 10 TUE. Pero, desde luego, en nuestra personal opinión no es ya posible hablar de *déficit democrático* en la Unión con la ligereza —y casi me atrevería a decir desconocimiento— con la que se hace en algunas ocasiones. Tras sucesivas reformas de los tratados constitutivos, la Unión se ha dotado de un sistema organizativo interno dotado de legitimidad democrática *formal*, esto es, con elección de los miembros del Parlamento por sufragio universal directo (desde 1979). Pero la Unión está revestida también de una notable legitimidad democrática *material*, ya que en la actualidad dispone de las competencias típicas de cualquier Parlamento. Es titular de poderes muy fuertes de control; y no solo de la Comisión[45]. Ostenta un intenso poder legislativo, una vez que el Tratado de Lisboa erigió el procedimiento de codecisión (entre el Consejo y el Parlamento Europeo) en el procedimiento legislativo ordinario de la Unión[46]. Y, por supuesto, cuenta también con una posición central en la aprobación del presupuesto[47]. Incluso se han diseñado interesantes mecanismos de colaboración

ido evolucionando desde su diseño inicial en los originarios Tratados de París y Roma, de carácter intergubernamental y vocación supranacional, hasta la actual regulación del Tratado de Lisboa, inspirada claramente en los postulados de la democracia representativa.

45 Véase, por ejemplo, la contribución de Mariola Urrea Corres, «El Parlamento Europeo y la función de control político en una democracia supranacional multinivel», en Paz Andrés Sáenz De Santa María y Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena (coords.), *El Parlamento Europeo: ¿esta vez es diferente?*, IVAP, Oñate, 2015, pp. 64-90.

46 Esta cuestión la abordamos en su momento *in extenso* en el estudio preliminar a la obra, editada junto a Mariola Urrea Corres, *Tratado de Lisboa — Textos consolidados del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 17-66. Cfr. también Gregorio Garzón Clariana, «El Parlamento Europeo y la evolución del poder legislativo y del sistema normativo de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 50, 2015, pp. 43-83. Igualmente, sobre esta cuestión, Edward Best, «Legislative procedures after Lisbon: fewer, simpler, clearer?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2008, vol. 15, pp. 85-96.

En concreto, el Tratado de Lisboa elevó el procedimiento de codecisión a la categoría de 'procedimiento legislativo ordinario' que será, por tanto, el procedimiento legislativo a utilizar para la adopción de cualquier reglamento, directiva o decisión para los que los tratados no prevean un procedimiento legislativo especial (arts. 289.1 y 294 TFUE). Además, de manera paralela, el Tratado de Lisboa culminó también la tarea de conversión de cuatro decenas de bases jurídicas que pasaron a regirse tras el Tratado de Lisboa por este procedimiento legislativo ordinario. Las más relevantes de todas ellas probablemente sean las catorce que se referían a los asuntos de justicia e interior: se trata de las bases jurídicas derivadas de los artículos 75 (bloqueo capitales en lucha contra terrorismo), 77.2 (controles de fronteras y visados), 78.2 (asilo), 79.2 (inmigración), 79.4 (integración inmigrantes), 81.2 (cooperación judicial civil), 82. 1 y 2 (cooperación judicial penal), 83 1 y 2 (armonización tipos penales y sanciones), 84 (prevención de la delincuencia) 85.5 (evaluación de *Eurojust*), 87. 2 (cooperación policial no operativa), 88.2 (regulación y control de *Europol*). Ahora bien, desde una perspectiva eminentemente práctica, también cobra particular importancia las nuevas bases jurídicas sobre las cuestiones agrícolas (arts. 42. y 43.2 TFUE), los fondos estructurales y de cohesión (art. 177 TFUE), la aplicación de la política comercial común (art. 207.2 TFUE) o el establecimiento de las modalidades de control de las competencias de ejecución (art. 291.3 TFUE). En suma, si a estas bases jurídicas se les suman también las que ya preveían la codecisión y son mantenidas, aunque sea con diferente redacción, la suma total ascendía concretamente a 85.

47 *Vid*. arts. 313.2 y 314 TFUE.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

entre el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales[48]. Todo ello respalda plenamente una aproximación a la Unión como un espacio jurídico (y también político) multinivel basado en el principio democrático, aunque obviamente mantenga peculiaridades propias. Es evidente que no puede trazarse un paralelismo directo entre democracia estatal y democracia en la UE. En este sentido, es todavía difícilmente rebatible el mantra de que la UE carece de un *demos*[49] y que, como mucho, se podría hablar de una multiplicidad de *demoi*[50]. Pero, sinceramente, no creemos que pueda seguir hablándose sin más de «the EU's own feable democracy credentials». Tiene unas credenciales democráticas sin parangón en ninguna otra organización internacional y cuya articulación concreta se adapta al peculiar entorno supranacional de su naturales iusinternacional, si bien es obvio que tiene aún un recorrido de mejora, especialmente desde la perspectiva del control, de la *accountability*, y de la preeminencia fáctica (creciente) del elemento intergubernamental[51].

c) *El Estado de Derecho en la Unión Europea*

No obstante, en la Unión es probablemente el principio de Estado de Derecho el que ha experimentado un desarrollo más sofisticado y, en consecuencia, ha adquirido una posición preponderante. Dicho principio se ha erigido, de hecho, en una posición radicalmente diferente de la que tiene en el Derecho Internacional[52] y ha alcanzado un grado de desarrollo muy similar al que tiene en los Estados miembros de la Unión.

48 Manifestaciones de ello son, por ejemplo, la Conferencia de Presidentes de los Parlamentos de los Estados miembros y del Parlamento Europeo, la COSAC, las reuniones interparlamentarias de comisiones y, por supuesto, el mecanismo de alerta temprana para el control político *ex ante* de la subsidiariedad, en los términos previstos en el Protocolo n.º 2, sobre el control de la subsidiariedad

49 Véase, por todos, el muy citado trabajo por los defensores de esa tesis, Kalypso Nicolaidis, «The New Constitution as European Demoi-cracy?, *Critical Review of International Social and Political Philosophy* vol. 7, 2004, p. 76-93; *ib*., «The idea of European Demoi-cracy, en J. Dickson y P. Eleftheriasis (eds.), *Philosophical Foundations of European Union*, Law, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 247-274.

50 Cfr., en este sentido, la clásica contribución de Joseph Weiler, «To Be a European Citizen. Eros and Civilization», *Journal of European Public Policy*, n.º 4, 1997, p. 495-519.

51 Esta cuestión la hemos tratado *in extenso* en nuestro trabajo «La posición de los Estados miembros ante la evolución de la Unión Europea: comprometidos con el proceso de integración, convencidos de la necesidad de reforzar los rasgos de intergubernamentalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 50, 2015, pp. 125-171.

52 En Derecho Internacional el principio del Estado de Derecho también está adquiriendo una importancia creciente como pretendido principio de valor universal. Existe, así, una pujante corriente doctrinal que desarrolla la idea del *global constitutionalism* y que incluye este principio como una de sus señas de identidad principales. Entre sus principales impulsoras se encuentra Anne Peters, «The Merits of Global Constitutionalism», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n.º 16, 2009, pp. 397-411.

En este plano universal, Naciones Unidas está desplegando esfuerzos para promover el Estado de Derecho en la comunidad internacional; *vid. Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre el Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, S/2004/616; también la Asamblea

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Estado de Derecho implica, antes de nada, que en una sociedad democrática el Derecho es el mismo para todos. Este importante principio, bien estudiado ya por la doctrina constitucionalista —y también por la iusinternacionalista—, incluye tanto una dimensión procedimental como otra material. La primera conlleva, por ejemplo, la independencia de los jueces y tribunales, así como la existencia de tutela judicial efectiva, garantías procesales efectivas y la obligación jurídica de razonar suficientemente las decisiones de los poderes públicos. La segunda conlleva, entre otros aspectos, la protección de los derechos fundamentales y la garantía de principios fundamentales como el de legalidad, seguridad jurídica o igualdad. Todas estas manifestaciones se encuentran recogidas en los tratados constitutivos y amparadas en la jurisprudencia del TJUE[53].

Ahora bien, sin duda, la protección de los derechos fundamentales en el seno de la Unión ha sido el más visible caballo de batalla para materializar la vigencia del Estado de Derecho. Empezó vía jurisprudencial con la saga *Solange* y ha culminado con el artículo 6 TUE, aunque ciertamente el TJUE en el dictamen 2/13 no estuviera a la altura constitucional que de él se esperaba al cerrar el paso a la adhesión de la Unión al CEDH apelando al principio de autonomía del Derecho de la Unión.

Pero, por lo que aquí interesa, la cuestión básica no es tanto reiterar el acercamiento constitucionalista o iusinternacional sobre el contenido material y formal de este principio o reiterar la discutible posición del Tribunal de Justicia cuando está en juego su propio poder en relación con los tribunales constitucionales o con el TEDH[54], como precisar la naturaleza concreta que en la Unión tienen los valores recogidos en el artículo 2 TUE.

3. **Carácter normativo y justiciable de los valores de la Unión**

En efecto, en relación con el artículo 2 TUE, la tarea más importante en este momento es concretar su naturaleza jurídica y, sobre todo, determinar sus precisos efectos en el ordenamiento de la Unión. Se trata, en el fondo, de aclarar sus consecuencias para los Estados miembros, especialmente en caso de su violación sistemática. No es momento de detenernos en las disquisiciones dogmáticas que la doctrina alemana ha mantenido en las tres últimas décadas para perfilar las

General ha incluido el Estado de Derecho como tema de su programa desde 1992. No obstante, su grado de consolidación efectiva en el Derecho Internacional y en la práctica internacional está aún muy lejos de alcanzar el papel que juega en los Estados democráticos.

53 Cfr., por todos, María Luisa Fernández Esteban, *The Rule of Law in the European Constitution*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, especialmente su capítulo 5.

54 Esta cuestión la hemos tratado ya de manera detallada en «El TJUE pierde el rumbo en el dictamen 2/2013: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 52, 2015, pp. 825-869.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

diferencias entre 'valores' y 'principios', intentando trasladar al ámbito europeo la específica jurisprudencia establecida al respecto por el Tribunal Constitucional alemán[55]. Ahora nos interesa, por encima de todo, constatar dos elementos fundamentales del artículo 2 TUE.

En primer lugar, los concretos valores a los que alude este precepto son comunes a los Estados miembros, como indica el propio artículo 2 en su inciso segundo. No son, en absoluto, valores creados *ex novo* por la Unión. No son tampoco valores que, como sería el caso de otros principios de la Unión —como el de atribución expresa de competencias (art. 5.1 TFUE)— proceden del Derecho Internacional. Tampoco son valores a los que la Unión pretenda darles un contenido diferente al que tienen ya afianzado en los Estados. Simplemente, como antes hizo el TJUE con los derechos fundamentales (art. 6.3 TUE), son valores comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Ello, como ha mostrado la práctica de la Comisión, el Parlamento Europeo y también el Tribunal de Justicia facilita mucho la labor de precisar su alcance material.

En segundo lugar, se trata de valores que gozan de carácter normativo propio y, por tanto, resultan justiciables. Esta ha sido una cuestión particularmente polémica en la doctrina, que no siempre ha estado clara. En este sentido, ha resultado clásico discutir a propósito de si los valores del artículo 2 eran obligaciones morales o mandatos de naturaleza jurídica susceptibles de control judicial[56]. Existe un sector doctrinal que excluye toda posible aplicación jurisdiccional del artículo 2 TUE, basándose, entre otros argumentos, en la extrema vaguedad de su formulación[57]. Sin embargo, en nuestra opinión, si deseamos mantenernos dentro de los márgenes de la discusión alemana entre valores y principios, en el fondo se trataría más de principios jurídicos, susceptibles de interpretación y de control jurisdiccional, que de valores de naturaleza axiológica. Entre los posibles argumentos para respaldar tal posición, puede indicarse, siguiendo a Carlos

55 Los valores tendrían una naturaleza constitutiva, axiológica, identitaria, previa. Mientras que los principios serían susceptibles de interpretación jurídica en aplicación de las técnicas hermenéuticas al uso. En todo caso, una vez fijados esos valores en el artículo 2 TUE y utilizados por ejemplo como parámetro de aplicación de los mecanismos previstos en el artículo 7 TUE, adquieren también una dimensión semejante a la de los principios, demandando interpretación jurídica para la aplicación a la controversia concreta que se plantee. Cfr. T. Rennsmann, «Grundwerte im Prozess der europäischen Konstitutionalisierung. Anmerkungen zur Europäischen Union als Wertegemeinschaft aus juristischer Perspektive», en G. Blumenwitz/G. H. Gornig/D. Murswiek (coords.), *op. cit.* (*Die Europäische Union als Wertegemeinschaft*), nota 32 nota 53 pp. 49-71, especialmente pp. 57-58. Desde otra perspectiva, véase María Luisa Fernández Esteban, *op. cit. (The Rule of Law…)*, pp. 39-42.

56 Cfr., entre las contribuciones más recientes, Luke Dimitrios Spieker, «From Moral Values to Legal Obligations — On How to Activate the Union's Common Values in the EU rule of Law Crisis, *MPIL Papers*, n.º 24, 2018, especialmente pp. 22-23 (http://www.mpil.de/en/pub/publications/mpil-research-paper-series.cfm).

57 Se ha dicho, por ejemplo, que «[t]he famed Article 2 TEU has arguably never been intended to leave the world of high ideas to land on a *prettore*'s desk»; Dimitry Kochenov, «On Policing Article 2 TEU Compliance — Reverse Solange and Systemic Infringements Analyzed», *Polish Yearbook of International Law*, n.º 33, 2013, pp. 145-170, especialmente p. 149 y 168-169.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Closa, tres principales: el papel protagonista que en la UE tiene el principio de confianza mutua; el principio de afectación común en caso de incumplimiento del Estado de Derecho por un Estado, con especial trascendencia cuando se ven concernidos los ciudadanos; y el principio de congruencia, derivado de la presunción de cumplimiento de esos valores por todos los Estados y plasmado en la práctica totalidad de las políticas de la Unión[58].

En todo caso, más allá de este interesante debate doctrinal, importa conocer la posición adoptada por el Tribunal de Justicia. Éste ha tomado postura clara a favor de la justiciabilidad del Estado de Derecho en al menos dos casos bien recientes, que están llamados a cobrar un protagonismo constitucional europeo. Así, por un lado, el Alto Tribunal Europeo ha dejado claro en el asunto *Sindical dos Juízes Portugueses*, en el que se dilucidaba la compatibilidad de una rebaja salarial de los jueces portugueses con el Estado de Derecho, que la independencia judicial es una manifestación de ese Estado de Derecho, establecido en el artículo 2 TUE, y se impone tanto a los jueces de la Unión como a los jueces nacionales[59].

Por otro lado, en el no menos importante asunto *LM*, que es una cuestión prejudicial en la que se plantea la posibilidad de no ejecutar una orden de detención europea cuando el Estado demandante pudiera adolecer de carencias sistémicas en materia de Estado de Derecho, el TJUE da un paso más en la garantía de los valores del artículo 2, que había establecido ya en su jurisprudencia anterior[60] y estima que los jueces nacionales pueden examinar si existe un riesgo real de que se viole el derecho fundamental a un proceso equitativo, como consecuencia de la falta de independencia de los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en ese mismo Estado[61].

58 Carlos Closa, «Reinforcing EU Monitoring of the Rule of Law — Normative Arguments, Institutional Proposals and the Procedural Limitations, en ib. y Dimitry Kochenov (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 15-35, especialmente pp. 16-22.

59 TJUE sentencia de 27 de febrero de 2018, C-64/16, ECLI: EU: C: 2018: 117. En concreto, el TJUE recuerda que la independencia judicial es «inherente a la misión de juzgar» y, como derivación del artículo 19 TUE, se impone tanto a los jueces de la Unión como a los órganos jurisdiccionales nacionales (apdo. 42) y es «esencial para el buen funcionamiento del sistema de cooperación judicial ínsito en el mecanismo de remisión prejudicial» (apdo. 43). Esa independencia la define como la exigencia de que el órgano jurisdiccional nacional «ejerza sus funciones jurisdiccionales con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación frente a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, de tal modo que quede protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones» (apdo. 44), siendo la «inamovilidad de los miembros del órgano en cuestión (…) una garantía inherente a la independencia judicial» (apdo. 45).

60 Resulta de particular relevancia la sentencia del TJUE de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Caldararu,* C-4044/15 y C-659/15 PPU, ECLI: EU: 2016: 198, especialmente apdo. 89. Véanse también la sentencia de 10 de noviembre de 2016, *Kovalkovas,* C-447/16 PPU, ECLI: EU: C: 2016: 861; y la sentencia de 10 de noviembre de 2016, *Poltorak*, C-452/16 PPU, ECLI: EU: C: 2016: 858.

61 TJUE sentencia de 25 de julio de 2018, C-216/18 PPU, ECLI: EU: C: 2018: 586, especialmente apdos. 61 y 70. Según el TJUE, si se constata en el caso concreto la existencia de tales deficiencias sistémicas y comprueba de manera concreta y precisa que en el caso concreto «existen razones serias y fundadas para creer

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Esta afirmación jurisprudencial tiene obviamente importantes consecuencias. También plantea, empero, bastantes interrogantes, que merecerán por sí mismos atención específica en el futuro. En cualquier caso, como primera duda existencial, se plantea la cuestión de si un órgano jurisdiccional nacional, incluso cuando se trate del Tribunal Constitucional, debería plantear cuestión prejudicial ante el TJUE cuando, en el marco de un procedimiento nacional del que esté conociendo, se alegue un déficit sistémico de otro Estado miembro. Ciertamente, cabría pensar en la posibilidad de que en tal situación el órgano jurisdiccional nacional resolviera el asunto basándose en la defensa de los valores que derivan de su propio ordenamiento interno o incluso, como ha hecho ya el Tribunal Constitucional alemán en al menos una ocasión, recurriendo al principio de defensa de la identidad constitucional[62]. Pero esta interpretación no parece óptima. Por un lado, desde un prisma general, el principio de identidad constitucional, reconocido por los propios tratados constitutivos (art. 4.2 TUE), reclama una interpretación restrictiva que no debería estirarse más allá de lo estrictamente necesario. Por otro lado, desde una perspectiva más concreta, esta opción nacional (unilateral) no da oportunidad al Estado concernido a presentar sus alegaciones, a la vez que no resulta la vía más acorde con las exigencias derivadas del principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE) ni tampoco con el sentido y fin de la exigencia de cooperación judicial que inspira la cuestión prejudicial del artículo 267 TFUE[63]. Ello por no aludir a la constatación obvia de que en el asunto en cuestión el Tribunal Constitucional alemán no necesitaba recurrir a esa interpretación extrema, porque en modo alguno concurría una situación de déficit sistémico[64].

que la persona buscada, tras ser entregada al Estado miembro emisor, correrá riesgo» (apdo. 68) podrá no aplicar automáticamente la petición de entrega prevista en la regulación de la orden de detención europea.

La argumentación de fondo es bien sencilla: «la confianza mutua entre los Estados miembros —y, en particular, entre sus juzgados y tribunales respectivos— se basa en la premisa fundamental de que los Estados miembros comparten una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión, como se precisa en el propio artículo 2 TUE»; cfr. sentencia de 27 de febrero de 2018, *cit*., apdo. 30. El TJUE ya había establecido antes en diversas ocasiones que el principio de confianza mutua entre los Estados miembros obliga a considerar que «todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y muy especialmente los derechos fundamentales»; TJUE sentencia de 10 de noviembre de 2016, C-447/16 PPU, ECLI: EU: C: 2016: 861, apdo. 27; sentencia de 10 de noviembre de 2016, C-452/16 PPU, ECLI: EU: C: 2016: 858, apdo. 26.

62 BVerfGE 140, 317 (*Identitätskontrolle I*). En este asunto, el Tribunal Constitucional estimó que la decisión del *Oberlandesgericht* de Düsseldorf de entregar a Italia a un ciudadano de Estados Unidos con base en una euroorden, que había sido juzgado en Florencia *in absentia*, era contraria al principio de dignidad humana recogido en el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn en conexión con la cláusula europea del artículo 23. Igualmente, consideró que no era necesario plantar cuestión prejudicial al TJUE porque no había campo para duda alguna en el sentido marcado por la jurisprudencia CILFIT (teoría del acto claro) (apdo. D).

63 En este mismo sentido, Armin von Bogdanday, *infra*, III. 2, a).

64 Dana Burchard, además de criticar también esta decisión, considera que en el caso en cuestión el Tribunal Constitucional tenía margen suficiente para haber resuelto el asunto sin recurrir a la técnica de la identidad de la Constitución, por lo que en realidad pretendía establecer en un asunto que en realidad no afecta en modo alguno a un déficit sistémico su posición para poder fijar el control de la identidad constitucional como un mecanismo de control básico en el contexto del Derecho de la Unión por parte del Tribunal

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III. LOS MECANISMOS DE SANCIÓN DE LA UNIÓN POR VIOLACIÓN DE LOS VALORES: EL ARTÍCULO 7 TUE COMO ACTUACIÓN *ULTIMA RATIO*

Así las cosas, si la democracia y el Estado de Derecho son valores esenciales de la UE, como establece el artículo 2 TUE y gozan además de carácter normativo y justificable, parece lógico suponer que los tratados constitutivos se planteen la cuestión de cómo reaccionar ante los déficits sistémicos que pudiera aparecer, esto es, en el supuesto de que algún Estado miembro conculcase gravemente los valores de la Unión, bien por perder el carácter de democracia, bien por violar grave y reiteradamente el principio del Estado de Derecho.

Obviamente, no nos referimos a violaciones puntuales de determinados derechos fundamentales. Lamentablemente, los tribunales nacionales y también el TEDH dan sobrada muestra de las más variadas violaciones de derechos fundamentales recogidos en las Constituciones nacionales o en el CEDH. También el TJUE, tras la atribución de carácter jurídicamente vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión por el Tratado de Lisboa (art. 6.1 TUE), tiene competencia para examinar posibles violaciones de los derechos en ella recogidos por parte de los Estados miembros cuando aplican Derecho de la Unión (art. 51 Carta). Pero siempre que tales violaciones de derechos fundamentales sean puntuales y las sentencias condenatorias se ejecuten con naturalidad, lejos de ser un problema para el Estado de Derecho, se trata más bien de una manifestación del funcionamiento adecuado del sistema, al ser capaz de detectar, declarar y poner fin con la correspondiente reparación a esas violaciones concretas de derechos.

Tampoco nos referimos aquí a casos en los que el principio democrático no tenga un funcionamiento óptimo, conforme a los indicadores y medidores que nos suministra la ciencia politológica. Siempre ha habido —y siempre habrá— gradación en la calidad democrática de los Estados miembros[65]. Lo que estamos analizando ahora son situaciones límite en las que la erosión democrática en el seno de un Estado sea tan grave y evidente que colocaría a ese Estado en una situación muy comprometida para ser considerado como una verdadera democracia liberal. Se trataría, pues, de una crisis democrática sistémica de los valores en los que se fundamenta la democracia liberal. Para tales casos, las Constituciones de los Estados a veces prevén instrumentos de defensa constitucional de dispar naturaleza. También los tratados constitutivos lo han hecho, por lo que merece la pena detenerse en su regulación general contemplada en el

Constitucional; «Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 76, 2016, pp. 527-551, especialmente pp. 550-551.

65 Baste recordar, quizá, como uno de los medidores más empleados el elaborado anualmente por la Unidad de Inteligencia de *The Economist* mediante el que se determina el grado de democracia de 167 países del mundo.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

artículo 7 TUE (1) y también en el posible uso previo (o combinado) de otros instrumentos (2).

1. Los dos mecanismos del artículo 7 TUE: la existencia de *riesgo* o *violación* grave y reiterada de derechos fundamentales

La idea de incluir en los tratados constitutivos algún tipo de mecanismo sancionador que pudiera regular la reacción de la Unión en caso de que se constatara una situación particularmente grave en algún Estado miembro, en la que se pusieran en peligro los valores centrales del proceso de integración, ha sido objeto de reflexión en las instituciones europeas desde la década de los setenta del siglo pasado. Volvió a aflorar con mayor intensidad en la década de los ochenta con ocasión de la adhesión de tres Estados nuevos recién salidos de una dictadura (Grecia, España y Portugal). La reflexión no pasó, empero, de ahí. Sin embargo, en la década de los noventa, justo antes de la gran ampliación hacia el centro y el este europeo, el Tratado de Ámsterdam logró fraguar la primera regulación para constatar «la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de principios contemplados» en los tratados (antiguo art. F.1 TUE). Después, el Tratado de Niza, como consecuencia del fallido intento de aplicar este mecanismo a Austria en el año 2000, añadió a los cinco apartados del citado precepto uno más, para prever no sólo la situación de *violación*, sino también la de *riesgo* de una violación. El Tratado de Lisboa, por su parte, mantuvo sin alteraciones esa regulación en la formulación que tiene actualmente el artículo 7 TUE[66].

El TUE establece, de esta manera, una gradación en la posible respuesta de la Unión a situaciones en las que en un Estado miembro concreto puedan verse comprometidos valores de la Unión, según nos encontremos en una situación de riesgo de violación o ya en una situación de violación clara. La primera actuaría a modo de serio toque de atención, mientras que la segunda se trata de una reacción más contundente, si bien en la práctica puede no resultar nada sencillo establecer una división nítida del momento temporal y de la actuación fáctica que justifiquen uno u otro procedimiento.

En consecuencia, el artículo 7 TUE prevé dos procedimientos diferentes. Por un lado, el apartado primero recoge el mecanismo para constatar «la existencia de un *riesgo* claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores

66 Cfr. Mangiameli y Saputelli, «Art. 7», en Hermann J. Blancke y Stelio Mangiameli (eds), *The Treaty on European Union (TEU)*, Springer, Berlín-Heidelberg, 2013, pp. 349-373 (con amplia lista bibliográfica añadida en pp. 370-373; Voet van Vormizeele, «Art. 7», en Hans von den Groeben *et al.* (ed.), *Europäisches Unionsrecht — Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäische Union, Charta der Grundrechte der Europäische Union*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 7.ª ed., 2015, vol. 1, pp. pp. 137-142 (con lista bibliográfica en p. 137).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

contemplados en el artículo 2». Por otro lado, el apartado segundo regula el mecanismo para «constatar *la existencia de una violación* grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2»[67]. Mientras que en el primero la situación del Estado concernido se encuentra aún en un estadio de riesgo de violación grave y persistente de los valores de la Unión, en el segundo se ha producido ya la referida violación.

En coherencia con las diferentes situaciones que motivan cada mecanismo, también los procedimientos de activación presentan diferencias relevantes. Así, mientras que el mecanismo del apartado primero puede ser activado «[a] propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión», el del apartado segundo se puede hacer «a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión», esto es, no por el Parlamento Europeo. Aunque solo el apartado primero especifica que la propuesta habrá de ser motivada, todo apunta a que también a la propuesta del apartado segundo deberá exigirse ese requisito. También en ambos casos se prevé que el Estado miembro concernido sea oído: en el primer caso se establece que el Consejo «[a]ntes de proceder a esta constatación, oirá al Estado miembro de que se trate», mientras que en el segundo se dice que el Consejo Europeo ha de «invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones». En ambos casos se exige la «previa aprobación del Parlamento Europeo». A partir de ahí, la decisión final en el caso del mecanismo para constatar un riesgo de violación corresponde al Consejo, que deberá aprobarla con una mayoría de cuatro quintos de sus miembros (esto es, al menos 23 Estados), mientras que en el mecanismo de constatación de la violación la decisión corresponde al Consejo Europea y se exige la unanimidad.

Por último, en lógica concordancia con la diferente naturaleza de cada mecanismo, también las consecuencias de la constatación son diferentes. En el primer caso, la constatación conlleva, por un lado, la exigencia de que el Consejo compruebe «de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos» y, por otro, existe también la posibilidad de que el Consejo, por el mismo procedimiento descrito, pueda «dirigirle recomendaciones». En el segundo caso, por el contrario, la constatación de violación grave y persistente de valores de la Unión puede llevar consigo la sanción consistente en que «se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo»; y la decisión de esta suspensión corresponde al Consejo por mayoría cualificada. En esta decisión, realmente grave por sus consecuencias, pero sobre todo por su significado político, la regulación del artículo 7.3 TUE advierte al Consejo del deber de tener «en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas», a la par que aclara que

67 Cursivas añadidas por nosotros.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

«las obligaciones del Estado miembro de que se trate derivadas de los Tratados continuará, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado»[68]. Una vez adoptada esta constatación, la modificación o revocación de las medidas adoptadas corresponderá al Consejo, por mayoría cualificada, «como respuesta a cambios en la situación que motivó su imposición» (art. 7.4 TUE).

El artículo 7 TUE no constituye ninguna excepción a la jurisdicción del TJUE, si bien el control de legalidad que puede ejercer el Tribunal de Justicia se encuentra muy limitado en relación al mecanismo ordinario del recurso de anulación (art. 263 TFUE). De hecho, tan solo el Estado miembro objeto de la constatación goza de legitimación activa para instar el control del acto adoptado por Consejo (art. 7.1 TFUE) o por el Consejo Europeo (art. 7.2)[69]; el control ha de limitarse únicamente a lo que se refiere al respeto de las disposiciones de procedimiento fijadas por el artículo 7[70]; y el plazo de presentación de la demanda es de un mes a partir de la constatación (art. 269 TFUE)[71].

Una interesante cuestión a debatir sería la de concretar si, en caso de darse una continiudad en la violación grave y persistente de valores del artículo 2 y ausencia de cambios que puedan hacer prever una superación de la situación, cabría la expulsión definitiva de la Unión. No es esa la intención del artículo 7 TUE. Tampoco la conclusión de los tratados constitutivos por tiempo ilimitado, según establece el artículo 53 TUE, da pie para esa interpretación. Incluso la letra del novedoso procedimiento de retirada del artículo 50 TUE deja claro en su formulación y espíritu que se trata de una retirada *voluntaria* («[t]odo Estado miembro *podrá decidir* … retirarse de la Unión»). No obstante, no resulta descabellado plantearse que, en casos realmente extremos de Estados con gobiernos del todo punto incompatibles con los valores enunciados en el artículo 2 TUE y con actitudes verificables de extrema hostilidad permanente hacia la Unión hasta resultar incompatible con los fines y objetivos de los tratados, cupiera plantear la posibilidad de recurrir *in extremis* a las normas de Derecho Internacional General para intentar diseñar una construcción jurídica que permitiese justificar una tal expulsión. Es, en realidad, una vieja discusión doctrinal que afloró por primera vez con ocasión del no del referéndum danés al Tratado de Maastricht[72] y que, lamentablemente, recobra ahora toda su actualidad.

68 Véase *in extenso* Katrin Träbert, *Sanktionen der Europäischen Union gegen ihre Mitgliedstaaten*, Frankfurt a. M., 2010.

69 Usualmente en el recurso de anulación, también el resto de Estados, el Parlamento Europeo o la Comisión pueden instar el control de legalidad de un acto legislativo de la Unión.

70 Con carácter general, el control de legalidad en la Unión puede versar tanto sobre vicios de forma como por violación de los tratados, incompetencia o desviación de poder.

71 El plazo ordinario para la presentación de recursos de anulación que insten al Tribunal de Justicia el control de legalidad de un acto legislativo de la Unión es de dos meses. Idéntico plazo existe en el caso de los recursos de omisión o inactividad, en el caso de que el control del Tribunal de Justicia consista en constatar la inacción de una institución de la Unión que entrañe una violación de los tratados (art. 265 TFUE).

72 Esta discusión doctrinal la tratamos, en su momento, en nuestra contribución «El sistema de reforma de los Tratados y la cuestión danesa», *Comunidad Europea Aranzadi* 3/1993, pp. 29-37, especialmente pp. 35-36.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2. El carácter *ultima ratio* de los mecanismos del artículo 7 TUE: la posibilidad de un uso combinado con otros mecanismos de los tratados

En cualquier caso, parece evidente, a la luz de lo expresado, que los mecanismos del artículo 7 TUE se conciben más como una medida preventiva de alerta a los Estados cuya democracia o cuya protección de los derechos fundamentales sufra un deterioro realmente serio, que como una mecanismo ordinario para mejorar los estándares de calidad de las democracias de los Estados miembros. Está concebido para situaciones de riesgos sistémicos; es un mecanismo *ultima ratio*. Por tanto, se hace preciso agotar antes los mecanismos judiciales (*a*) y extrajudiciales ordinarios (*b*), así como también el nuevo procedimiento que la Comisión diseñó en 2014 para abrir una actuación institucional previa a la activación del artículo 7 propiamente dicha (*c*). Incluso, cabría pensar también en la adopción (previa o paralela) de medidas sancionadoras de carácter económico (*d*).

a) *Agotamiento previo de los mecanismos judiciales ordinarios*

En efecto, como ya se ha indicado, los mecanismos del artículo 7 TUE son de naturaleza política y no están diseñados para combatir las violaciones puntuales de derechos fundamentales. Para eso existen, como ya se ha indicado, los mecanismos ordinarios de garantía de esos derechos a través de los órganos jurisdiccionales nacionales, del TEDH y, en su caso, el TJUE en aplicación de sus respectivas Constitucionales, CEDH y Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Por lo que específicamente se refiere a la UE, los mecanismos judiciales dejan margen de actuación en casos de violaciones sistémicas. De hecho, en la doctrina más reputada pueden encontrarse dos aproximaciones particularmente interesantes, que en el fondo se complementan mutuamente. Por un lado, Armin von Bogdandy aboga en tales situaciones por una actuación de los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros que podrían afrontar problemas sistémicos a través de lo que denomina *Reverse-Solange* y que conlleva básicamente el sometimiento del problema al Tribunal de Justicia a través del mecanismo de la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE)[73]. Por otro lado, autores como Kim Lane Scheppele, desde una perspectiva diferente, se decanta por el uso del mecanismo del recurso por incumplimiento (art. 258 TFUE)[74].

73 Armin von Bogdandy *et al*., «Reverse Solange — Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States», *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, pp. 489-520.

74 Esta profesora de la Universidad de Princeton desarrolló en 2013 su posición en un trabajo publicado en su blog («What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The Case for Systemic Infringement Actions») y lo ha concretado en publicaciones posteriores; véase, por ejemplo, «Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions», en Carlos Closa y Dimitry Kochenov (eds.), *op. cit. (Reinforcing Rule of Law…)*, nota 58 pp. 105-132.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En nuestra opinión, no es adecuado plantear esas opciones como una dicotomía frente a la que haya que optar. En verdad, ambas vías resultan compatibles. Resulta perfectamente imaginable que la Comisión, en su condición de 'guardiana de los tratados', ante una violación del artículo 2 TUE interponga ante el TJUE el correspondiente recurso por incumplimiento del artículo 258 TFUE. De hecho, si se analiza su jurisprudencia, existen ya situaciones en las que la Comisión ha realizado una suerte de 'agrupamiento de infracciones' al Derecho de la Unión (*bundling of infringements*)[75], configurando un mecanismo que más allá de la mera agregación formal de recursos de incumplimiento contra un Estado, aunque ciertamente no se trata de situaciones de déficits sistémicos derivados de una violación del artículo 2 TUE, sino de infracciones en materia de medio ambiente[76]. En esta misma línea, para el caso que nos ocupa de déficits sistémicos por violación del artículo 2, cabe pensar en la utilización *in extremis* del mecanismo judicial del artículo 260 TFUE, que permite la imposición de sanciones económicas a tanto alzado por el incumplimiento de una previa sentencia de constatación de una infracción de Derecho de la Unión[77].

Ahora bien, este mecanismo tiene en principio la importante limitación de que la violación aducida por el Estado en cuestión ha de suponer a la vez una infracción de una concreta disposición del Derecho de la Unión. Su empleo en el caso de déficits sistémicos exigiría una interpretación paralela que permitiese desvincular al TJUE de la necesidad de tener que fundar la infracción en una concreta violación dentro del ámbito competencial de la Unión —es decir, en una base jurídica añadida a la del artículo 2 TUE— y le permitiera poder hacerlo solo con fundamento en los valores del citado artículo 2 TUE. Ciertamente, en el caso de violaciones de derechos fundamentales por el Estado concernido es evidente que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión establece explícitamente que resulta de aplicación «únicamente cuando apliquen Derecho de la Unión» (art. 51 de la Carta)[78]. Resulta claro que el artículo 7 TUE no establece ninguna referencia explícita al posible control judicial de la situación constatada a través del mismo. Tampoco es controvertido que la Unión —y, por tanto, también el

75 Es, por ejemplo, el caso del asunto *gestión de residuos en Irlanda*; sentencia de 26 de abril de 2005, *Comisión c. Irlanda*, C-494/01, ECLI: EU: C: 2005:250.

76 Cfr. Val Wenneras, «A New Dawn for Commission Enforcement under Article 226 and 228 EC: General and Persistent (Gap) Infringements, Lump Sums and Penalty Payments», *Common Market Law Review*, n.º 43, 2006, pp. 31-62. En el asunto citado en la nota anterior, el Abogado General GEELHOED, consideró que, a su juicio, «una pauta de denuncias de características similares puede proporcionar el fundamento para que *se declare que un Estado miembro ha incumplido sistemáticamente sus obligaciones de Derecho Comunitario*»; conclusiones de 23 de septiembre de 2004, C-494/01, *cit.*, apdo. 19. Cursiva añadida por nosotros.

77 Véase, por todos, Wenneras, "Sanctions against Member States Under Article 260 TFEU: Alive, But Not Kicking)", *Cammon Market Law Review*, vol. 49, p.p. 145-175.

78 Así lo ha establecido también el Tribunal de Justicia en una amplia jurisprudencia. Véase, por ejemplo, sentencia de 26 de febrero de 2013, C-617/10 *Aklaragaren y Hans Akerberg Fransson*, ECLI: EU: C: 2013:105, apdo. 48; sentencia de 27 de noviembre de 2012, *Pringle c. Irlanda*, C-370/12, ECLI: EU: C: 2012: 756, apdo. 79 (con cita de jurisprudencia en el mismo sentido).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Tribunal de Justicia— únicamente pueden actuar en el ámbito de las competencias que le han sido atribuidas por los tratados constitutivos y no en los ámbitos reservados a la actuación interna, como es por ejemplo todo lo relativo a la organización del poder judicial (art. 5.1 TFUE).

No obstante, en relación con tales situaciones extremas de violación de derechos fundamentales cabría recordar, en primer lugar, que el Tribunal de Justicia ha bordeado ya la frontera fijada por el artículo 51 de la Carta. Tampoco resulta baladí, en segundo lugar, que el propio artículo 6.3 TUE puede avalar la tesis de que el TJUE en materia de derechos humanos no solo utilice la Carta. De hecho, ha usado, por ejemplo, principios no escritos en situaciones claramente no cubiertas por la Carta, como podría ser en el asunto *Ruiz Zambrano,* el derecho de los menores con ciudadanía europea a no ser obligados a abandonar el territorio de la Unión[79]. En este sentido, apenas entró en vigor la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión con carácter jurídicamente vinculante (art. 6.1 TUE) —probablemente desde el asunto *Rottmann*[80]— existe sobrada jurisprudencia en la que el TJUE interviene en situaciones en las que no existe un elemento transfronterizo[81]. El Tribunal de Justicia recurre —formulado muy claramente en el asunto *Ruiz Zambrano*— a la llamada 'doctrina de la privación de la esencia de los derechos fundamentales' a ciudadanos de la Unión[82]. Es más, a mayor abundamiento, la práctica judicial ha mostrado que en casos extremos cabe pensar perfectamente en la adopción de medidas cautelares por el TJUE en el marco de un recurso por incumplimiento, ya que se trata de una posibilidad perfectamente prevista en el Reglamento del Tribunal[83].

Por otro lado, como bien ha mostrado la práctica, la vía de la cuestión prejudicial constituye también un cauce muy pertinente para que el Tribunal de Justicia pueda pronunciarse sobre el posible riesgo sistémico para el Estado de Derecho. Tal petición puede provenir, en primer término, de los órganos jurisdiccionales del Estado concernido. Sería, de hecho, la vía natural de intervención del Tribunal

79 TJUE sentencia de 8 de marzo de 2011, C-34/09, ECLI: EU: C: 2011:124, apdo. 44.

80 TJUE sentencia de 2 de marzo de 2010, C-135/08 *Janko Rottmann*, ECLI: EU: C: 2010: 104.

81 Véase, por ejemplo, TJUE sentencia de 5 de mayo de 2011, C-434/09, *Shirley McCarthy*, ECLI: EU:C: 2011: 277; sentencia de sentencia de 15 de noviembre de 2011, C-256/11, *Murat Dereçi*, ECLI:EU:C: 2011: 734.

82 En el asunto *Ruiz Zambrano* la defensa jurídica del derecho de los menores comunitarios, aun siendo hijos de nacionales de Estados terceros susceptibles de expulsión por carencia del necesario permiso de residencia, se fundamenta en la afirmación de que si se les expulsara esos ciudadanos de la Unión se verían «de hecho, en la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que le confiere su estatuto de ciudadanía de la Unión»; apdo. 44 *in fine*. En el asunto *Rottmann* el problema radicaba en la no existencia de un derecho en la Carta a no ser retirada la nacionalidad (austriaca) —adquirida mediante fraude— a quien pudiera adquirir con esa decisión la condición de apátrida y, por tanto, privado también de la ciudadanía europea. Sin embargo, el TJUE, siguiendo la propuesta del Abogado General Maduro, considera que el Derecho de la Unión no se opone a que un Estado miembro revoque a un ciudadano de la Unión la nacionalidad adquirida mediante naturalización cuando ésta se ha obtenido de modo fraudulento, si bien la condiciona a que la decisión respete el principio de proporcionalidad.

83 *Vid. infra*, II.3.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de Justicia. Ante la duda de un juez nacional sobre la compatibilidad de una decisión interna que pueda afectar a los valores esenciales del proceso de integración europea, el juez de la Unión se vería llamada a pronunciarse al respecto. Pero la práctica jurisprudencial de la Unión muestra que la cuestión prejudicial puede proceder también de órganos jurisdiccionales de *otros* Estados miembros. Dado que buena parte del Derecho de la Unión se funda en los principios de reconocimiento mutuo y confianza mutua, que a su vez presumen el cumplimiento por todos los Estados miembros de los estándares de democracia y protección de derechos fundamentales que derivan del artículo 2 TUE, bien puede surgirle al juez de un Estado miembro diferente del concernido la duda de si, con riesgo de violación grave de derechos fundamentales, se puede cumplir sin más con las obligación derivadas de tales principios. No es, pues, extraño concluir que sin garantía del cumplimiento de los derechos exigidos por el artículo 2, no concurrirían las circunstancias precisas para dar cumplimiento a las referidas obligaciones[84].

Esta vía judicial, complementaria al mecanismo (político) del artículo 7 TUE, puede darse tanto antes de que se inicie formalmente el procedimiento del artículo 7, como una vez iniciada su tramitación. Es más, es en tales casos cuando mayor virtualidad puede cobrar, especialmente en el caso de dudas planteadas por órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros. Una vez puesta en marcha este mecanismo, la duda de riesgo de violación de derechos fundamentales en caso de cumplimiento de las obligaciones basadas en el principio de confianza mutua cobra verdadera carta de naturaleza, como ha constatado el Tribunal de Justicia en el ya reiteradamente citado asunto *LM*[85].

b) *Agotamiento previo de los medios extrajudiciales*

Pero la vía judicial no es la única posible; ni probablemente tampoco la más deseable. Existen diversos instrumentos de carácter no jurisdiccional que pueden resultar también de utilidad para reconducir la situación antes de recurrir a los mecanismos extremos del artículo 7 o para, una vez iniciado el procedimiento del

84 Obviamente, cuando se trate de dar cumplimiento a obligaciones en el marco de la libertad de circulación de mercancías o de cumplir con reglamentaciones técnicas puede no haber margen sencillo para esa duda. Pero cuando afecte a personas y se trate —por citar el caso más evidente— de cumplir con obligaciones propias de la cooperación policial y judicial en materia penal, donde por ejemplo puede estar en juego una pena de cárcel para el afectado de una orden de detención europea, o de entrega de demandantes de asilo al Estado por el que entró en la Unión, donde las condiciones acaso no sean suficientemente dignas, la duda sí puede ser ya de mayor entidad. Además del ámbito de la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal, ya suficientemente tratada en el apartado anterior, cabe pensar también en materias igualmente delicadas, como la del asilo y la aplicación del llamado *sistema Dublín*; véase, en este sentido, la sentencia del TEDH de 21 de nero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica* y *Grecia*; igualmente sentencia del TEDM de 4 de noviembre de 2014, *Tarakhel c. Suiza*.

85 *Vid. supra*, II.3.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

artículo 7.1, evitar que se haya de pasar a la siguiente fase más contundente del artículo 7.2 TUE. Tales instrumentos pueden ser propios o ajenos a la Unión.

Comenzando por estos últimos, existen varias instituciones ajenas a la Unión cuya actuación puede servir de útil apoyatura para justificar adecuadamente la concurrencia de motivos suficientes para la puesta en marcha del mecanismo *ultima ratio*. Tales instituciones pueden proceder del ámbito universal de protección de los derechos fundamentales, en particular de decisiones basadas en el Comité de Derechos Humanos o en la importante labor que desempeñan los Relatores de Naciones Unidas[86]. Pueden proceder también del ámbito regional europeo. Así, al margen del TEDH, la ya mencionada Comisión de Venecia puede jugar un papel muy relevante[87]. En la fase previa a la puesta en marcha de ese procedimiento, en un estadio inicial de la posible deriva autoritaria en un Estado, las recomendaciones o propuestas no ejecutivas de estas instituciones pueden darnos una primera voz de alarma. Durante la activación pueden servir también de base de apoyo para poder presentar en el marco de la Unión argumentos solventes que justifiquen la situación de riesgo sistémico. E incluso, una vez activado el mecanismo del artículo 7.1 TUE, la posición que mantenga esta Comisión de Venecia puede servir también de termómetro para constatar si el Estado concernido está atendiendo a las recomendaciones aprobadas. Pero es que, incluso dentro de la propia Unión, cabe pensar en una actuación complementaria de organismos como la Agencia de Derechos Humanos, GRECO o incluso OLAF.

En este mismo orden de cosas, tampoco debe desdeñarse el papel que la persuasión política en el seno de la Unión puede jugar en estos casos extremos. Así, el Parlamento Europeo puede desplegar un papel importante. Puede hacerlo, en primer término, a través de su actividad reglada, por ejemplo a través de los tradicionales informes de las comisiones con interés en la materia, como sería de manera clara el caso de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Llegado el caso, también el propio Pleno podría adoptar Resoluciones al respecto, sea para proponer la activación del mecanismo del artículo 7.1 TUE, sea para cumplir con el procedimiento previsto en el mismo una vez activado o sea simplemente para marcar previamente una posición clara al respecto. Mas, fuera de este trabajo pautado por los tratados, los grupos parlamentarios pueden ejercer una labor de persuasión política nada desdeñable con los partidos nacionales (homónimos) que sustenten a gobiernos con tendencias incompatibles con los valores del artículo 2 TUE.

En este mismo sentido, también el resto de Estados miembros puede desempeñar un papel importante. Sin duda, dentro del marco de los tratados constitutivos, en tales casos extremos gozan, una vez agotadas todas las demás medidas previas,

86 Recuérdese que existen Relatores Especiales para, por ejemplo, la independencia de magistrados y abogados, la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión o sobre cuestiones de minorías.

87 *Vid supra*, nota 38.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de legitimación para activar el mecanismo del artículo 7.1; habrían de reunir al menos a un tercio de los Estados miembros. Incluso la activación del mecanismo del artículo 7.2 está también en sus manos. Ello, al margen de que políticamente puedan preferir que sean la Comisión o el Parlamento Europeo quienes carguen con esa delicada tarea, la mera disposición de la legitimación activa para hacerlo les brinda un instrumento difuso de cierta presión. En primer lugar, cabe una actuación de naturaleza política, formal e informal, dentro o fuera de las instituciones netamente intergubernamentales de la Unión (Consejo Europeo y Consejo). Pero, en segundo lugar, cabe también una actuación concertada de ellos, en especial cuando se trate ya de pasar del mecanismo del 7.1 TUE al más radical del 7.2 TUE, que exige la unanimidad en el Consejo Europeo y es susceptible de escaramuzas políticas para bloquear su activación.

Y, por supuesto, la Comisión está llamada también a jugar un papel de primer orden en este sentido. Su labor de 'guardiana de los tratados', unida a su legitimación para proponer la activación del mecanismo del artículo 7.1 TUE la coloca en una posición central a la hora de velar por el respeto de los valores sobre los que se fundamenta la Unión, especialmente en los momentos previos a constatar ya fehacientemente el riesgo de violación sistémica de los valores del artículo 2 TUE. Cierto que existen autores que no la consideran la más adecuada para dar lecciones de democracia a los Estados[88].

c) *Agotamiento previo del proceso previsto en el nuevo Marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho*

Precisamente, en 2012 el entonces Presidente de la Comisión constató en su discurso sobre el estado de la Unión los límites de los mecanismos institucionales existentes y la conveniencia de contar con instrumentos que no exijan forzosamente optar entre la simple persuasión política y la llamada 'opción nuclear' del artículo 7 TUE[89]. Así, para preservar el mecanismo del artículo 7

88 Joseph Weiler, constata una cierta doble moral en la actitud de la Unión, porque en el fondo exige a esos Estados lo que no se exige a sí misma en términos de democracia; Joseph W. Weiler, «Epilogue: living in a glass house: Europe, democracy and rule of law», en Carlos Closa y Dimitry Kochenov (eds.), *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union,* Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 313-326, en p. 326. A su juicio, la Unión «should simultaneously hurry up and put its own democratic house in order lest it be reminded again that those living in glass houses should be careful when throwing stones». No nos parece, sin embargo, que el problema a la hora de analizar la aplicación del artículo 7 TUE radique en el grado de paralelismo que se pueda hacer entre la democracia, tal y como la entendemos en los Estados, y la democracia supranacional propia de la UE. Con todas las peculiaridades propias de la naturaleza intergubernamental de la UE (internacional), la Unión sí cumple con la aspiración democrática regulada en los tratados constitutivos.

89 En concreto, el Presidente Barroso afirmó que los acontecimientos habían «puesto de manifiesto también los límites de nuestras disposiciones institucionales. Necesitamos un conjunto de instrumentos mejor desarrollado, no solo la alternativa entre la mano suave de la persuasión política y la mano dura del

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

TUE como un instrumento de verdadera naturaleza *ultima ratio*, la Comisión aprobó en 2014 un importante documento en el que se «establece un nuevo marco destinado a garantizar una protección eficaz y coherente del Estado en todos los Estados miembros», destinado a «abordar y resolver una situación en la que existe una amenaza sistémica para el Estado de Derecho»[90]. Deja bien claro que «está concebido para cubrir un vacío», de modo que «[n]o es una alternativa, sino un mecanismo que más precede y complementa los mecanismos del artículo 7 TUE»[91].

Este marco tiene una doble virtualidad. Por un lado, justifica la vital importancia del principio del Estado de Derecho para la Unión y precisa su contenido, refiriéndose a seis elementos fundamentales: «la legalidad, incluyendo un proceso legislativo transparente responsable, democrático y pluralista; la seguridad jurídica; la prohibición de la arbitrariedad de los poderes ejecutivos; unos tribunales independientes e imparciales; la revisión judicial efectiva, incluido el respeto de los derechos fundamentales; y la igualdad ante la ley»[92].

Por otro lado, el nuevo marco regula un procedimiento en tres fases para actuar ante amenazas contra el Estado de Derecho que tengan carácter sistémico. La primera fase es de *evaluación*, en la que si constata una situación de amenaza sistémica para el Estado de Derecho inicia un diálogo con el Estado concernido y, en su caso, emite un dictamen motivado ofreciendo al Estado la oportunidad de presentar sus observaciones. En caso de que en esta primera fase no se resuelva el problema, se abre la fase de *recomendación*, en la que la Comisión dirigirá al Estado en cuestión una «recomendación sobre el Estado de Derecho» en la que se expresarán las razones de la preocupación y se establecerán tanto un plazo como indicaciones sobre las medidas concretas a adoptar. Finalmente, en la tercera fase la Comisión realizará un *seguimiento* de la reacción que adopte el Estado y, en caso de perseverancia en el mantenimiento de las razones que justificaban la recomendación realizada, podrá plantear ya la activación de los mecanismos del artículo 7 TUE[93].

artículo 7 del Tratado»; disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-596_es.htm, en p. 11. Y volvió a reiterarlo en el discurso del año siguiente («la necesidad de tender un puente entre la persuasión política y los procedimientos de infracción específicos, por un lado, y lo que yo llamo la opción nuclear del artículo 7 del Tratado, es decir, la suspensión de los derechos de un Estado miembro, por otro), anunciando ya en esa ocasión la presentación de una comunicación con una propuesta concreta; http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-684_es.htm, especialmente p.12.

En esa misma línea también el Consejo (reunión informal del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 18 de enero de 2013 y reunión formal de 6 y 7 de junio de 2013, así como reunión del Consejo de Asuntos Generales de 22 de abril de 2013) había hecho llamamientos en este sentido

90 Comunicación de la Comisión *Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho*, COM (2014) 158 final de 11 de marzo de 2014, espacialmente p. 3.

91 *Ib.*, p. 3.

92 *Ib.*, p. 4.

93 *Ib.*, pp. 7-9.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

d) *Limitación del acceso a fondos de la Unión*

Por último, como medida complementaria añadida a los mecanismos del artículo 7 TUE, cabe pensar también en la posibilidad de que las instituciones de la Unión adopten frente al Estado concernido algún tipo de medida añadida de carácter sancionador, por ejemplo limitando el acceso a fondos comunitarios. Así, con ocasión de la discusión actual sobre el próximo marco financiero plurianual, se ha barajado la posibilidad de aprobar un Reglamento para «la protección del presupuesto de la Unión en caso de deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros»[94].

La argumentación para la adopción de tales medidas se fundamenta en que con «el fin de proteger los intereses financieros de la Unión frente al riesgo de pérdidas financieras ocasionadas por las deficiencias generalizadas del Estado de Derecho en un Estado miembro, debe otorgarse a la Unión Europea la posibilidad de adoptar las medidas apropiadas en tales casos»[95]. Tales medidas, estipula la propuesta de Reglamento, podrían consistir en la suspensión de los pagos o de la ejecución de compromisos asumidos en el marco del Reglamento Financiero, la prohibición de contraer nuevos compromisos, la suspensión de la aprobación de uno o más programas de la Unión, la interrupción de los plazos de pago, la suspensión de los pagos, etc.[96]. El procedimiento para la adopción de un acto de ejecución por el que se adopten esas medidas lo podría iniciar la Comisión, sobre la base de la constatación de una «deficiencia generalizada del Estado de Derecho», y se consideraría aprobada por el Consejo, «a menos que este decida, por mayoría cualificada, rechazar la propuesta de la Comisión en el plazo de un mes»[97]. Al Parlamento simplemente se le informaría «sin demora de toda medida propuesta o adoptada»[98]. Y el levantamiento de la medida se regiría por idéntico procedimiento[99]. Está por ver el destino de esta propuesta de Reglamento.

Este tipo de medidas puede ser efectivo como acción de presión al Estado concernido[100]. Queda claro también que únicamente se aplica «en caso de deficiencias

94 COM (2018) 324 final de 2 de mayo de 2018. Esta propuesta de Reglamento encuentra su acomodo en la referencia concreta que hacía la propuesta de marco financiero que había hecho la Comisión tres meses antes, en la que con toda intención se afirmaba que en un Comunidad de Derecho como la UE los valores del articulo 2 TUE «impregnan la totalidad de su estructura jurídica e institucional, así como de sus programas y políticas, por lo que debe garantizarse su respeto en todas las políticas de la Unión» y entre ellas «se incluye el presupuesto de la UE en el que la observancia de los valores fundamentales constituye una condición previa indispensable para la buena gestión financiera y la eficacia de la financiación de la Unión»; COM (2018) 98 final, de 14 de febrero de 2018.

95 COM (2018) 324 final, *cit*., p. 3.

96 Art. 4 de la Propuesta de Reglamento.

97 Art. 5 de la Propuesta de Reglamento.

98 Art. 7 de la Propuesta de Reglamento.

99 Art. 6 de la Propuesta de Reglamento.

100 Piénsese que, si nos centramos en los dos Estados sobre los que se encuentra puesta la mirada del artículo 7 TUE en este momento, Polonia ha recibido de la UE en el periodo 2013-2017, 69.383 millones de

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

generalizadas del Estado de Derecho en los Estados miembros»[101]. Sin embargo, a nuestro entender, esta iniciativa plantea igualmente serias dudas. En primer lugar, le resulta aplicable, de entrada, las mismas dudas que despierta la imposición de sanciones a los Estados condenados por el TJUE *ex* artículo 260 TFUE por incumplimiento de una sentencia de infracción en la que se constate una violación sistémica[102]. En segundo lugar, con carácter general, surgen también dudas a propósito de su equidad, ya que los perjudicados por la medida terminarían siendo los ciudadanos necesitados de esos fondos. En tercer lugar, en este mismo orden de consideraciones generales, no es tampoco evidente su eficacia real, ya que a la postre no sería difícil imaginar una instrumentalización interesada por los partidos que sustentan a los 'gobiernos díscolos' del país en cuestión, para precisamente reforzar su posición interna frente al 'enemigo europeo' externo. Finalmente, en cuarto lugar, existen también problemas de índole técnico-jurídico. Así, la base jurídica para su adopción es la competencia que los tratados constitutivos prevén para la correcta ejecución del presupuesto general de la Unión, esto es, la base competencial sobre la que se fundamenta el Reglamento Financiero de la Unión[103]. Una base que hay que 'estirar' bastante para acoger este tipo de medidas[104]. Finalmente, aunque el procedimiento establecido resulte perfectamente consecuente con el marco del Reglamento financiero con el que comparte base jurídica, no parece que la entidad de la decisión a adoptar pueda ventilarse con un simple procedimiento en el que no solo queda relegado el Parlamento Europeo, sino que se presume su

euros, mientras que ha aportado 20.422; ello significa, dicho en términos relativos, que ha recibido el 3,39 % de la renta nacional, mientras que ha aportado el 1%. En el caso de Hungría, la diferencia es aún mayor, ya que ha recibido 26.678 millones de euros y ha aportado 5162 millones de euros, esto es, ha recibido de los fondos de la Unión el 5,01 % de su renta nacional, habiendo aportado el 0,97 %. Es, de hecho, el Estado miembro más beneficiado de los fondos en términos de renta nacional, seguido de Bulgaria (4,92 %) Lituania (4,17%) y Rumanía (3,77 %).

101 Art. 1 de la Propuesta de Reglamento.

102 Existe doctrina que, tras analizar la jurisprudencia del TJUE basada en el artículo 260 TFUE, considera que este mecanismo no ha respondido a las expectativas levantadas y carece del pretendido efecto disuasorio para el que se concibió; cfr. Brian JACK, «Article 260 (2) TFEU: An Effective Judicial Procedure for the Enforcement of Judgments?, *European Law Journal*, n.º 19, 2013, pp. 404-421.

103 En concreto, el Tratado de Funcionamiento de la UE atribuye al Parlamento Europeo y al Consejo para adoptar «las normas financieras por las que se determinarán, en particular, las modalidades de establecimiento y ejecución del presupuesto, así como las referentes a la rendición y censura de cuentas» (art. 322.1 a TFUE y 106 bis del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica).

104 Precisamente por ello llama la atención que en la preceptiva justificación de los criterios de necesidad, eficacia comparada y dimensión que exige la aplicación del principio de subsidiariedad (art. 5.3 TUE y Protocolo n.º 2) se solvente por parte de la Comisión con una única frase de carácter excesivamente abierto y genérico. Se limita a establecer que las «normas financieras por las que se rige el presupuesto de la Unión en virtud del artículo 322 del TFUE no pueden ser adoptadas al nivel de los Estados miembros»; COM (2018)324 final, *cit*., p. 3. Mayor justificación merece el también exigible criterio de la proporcionalidad, si bien su formulación tampoco es excesivamente precisa («se tomarán en consideración, *entre otros aspectos*, la gravedad de la situación, el tiempo transcurrido desde el momento de la actuación de que se trate, su duración y recurrencia, la intención y el grado de colaboración del Estado miembro para poner fin a la vulneración del Estado de Derecho, así como las consecuencias de la deficiencia para los fondos correspondientes de la Unión; *ib*., p. 3 (cursiva añadida por nosotros).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

aprobación por el Consejo «a menos que este decida, por mayoría cualificada, rechazar la propuesta». No es de extrañar, por tanto, que esta propuesta no haya levantado un entusiasmo generalizado y, desde luego, habría que calibrar muy bien la pertinencia de este tipo de medidas.

IV. EL TEMOR HECHO REALIDAD: LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 7 A LOS CASOS DE POLONIA Y A HUNGRÍA

Al final el temor se ha hecho realidad. El Estado de Derecho parece encontrarse efectivamente amenazado[105] y los mecanismos analizados en las páginas precedentes, pensados para amagar más que para dar, han terminado siendo utilizados en el caso de Polonia (1) y Hungría (2).

1. El caso polaco: el uso combinado del artículo 7.1 y de los recursos ante el Tribunal de Justicia

Desde 2015 el Gobierno polaco viene adoptando una serie de medidas que están reestructurando de manera sustancial el poder judicial de ese país. El detonante inicial de la alarma en la Comisión fue la decisión del Parlamento polaco de 25 de noviembre de 2015 de modificar mediante un procedimiento de urgencia la Ley del Tribunal Constitucional y prever un mecanismo para anular los (5) nombramientos realizados por el parlamento anterior. El 2 de diciembre de ese mismo año, el Gobierno polaco, recién elegido, procedió al nombramiento de los nuevos jueces. A partir de ahí se desencadenó una suerte de 'guerra' entre el ejecutivo y el Tribunal Constitucional[106].

Frente a esas medidas, la Comisión activó la primera de las fases prevista en el ya mencionado marco nuevo para proteger el Estado de Derecho (evaluación y diálogo)[107]. Pero, tras un intercambio de cartas entre la Comisión (envío de dos cartas en febrero y marzo de 2016) y el Gobierno polaco (respuesta a través de tres cartas) y la realización de tres reuniones conjuntas (en abril y mayo de 2016), el diálogo resultó infructuoso y la Comisión emitió el correspondiente dictamen (1 de junio de 2016), que se plasmó finalmente el 27 de julio de 2016 en la aprobación de la

105 Peter M. Huber, «Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis», *Der Staat*, vol. 56, 2017, pp. 389-414.

106 El 9 de marzo de 2016 el Tribunal Constitucional consideró inconstitucional la ley que permitió los nuevos nombramientos, si bien el ejecutivo no ha permitido hasta el momento su publicación en el Boletín Oficial polaco. Igualmente, el Parlamento polaco continuó aprobando durante diciembre de 2015 y enero de 2016 nuevas leyes de naturaleza muy controvertida, que afectaban a los medios de comunicación, a la función pública, la policía, el Ministerio fiscal, etc.

107 *Vid. supra*, III. 2, c).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

primera Resolución sobre el Estado de Derecho en Polonia, dando al gobierno polaco un plazo de tres meses para resolver la situación[108]. Transcurrido ese plazo, la Comisión constató que quedaban problemas importantes por resolver e incluso aparecieron otros nuevos en relación con el anuncio de importantes reformas del poder judicial que suscitaban dudas en relación con la independencia del poder judicial y el mantenimiento de las decisiones adoptadas en relación con el Tribunal Constitucional (nombramiento de su Presidente y tres leyes), de manera que aprobó en diciembre de 2016 su segunda Resolución[109]. Lejos de aceptar el gobierno polaco las recomendaciones de la Comisión, durante 2017 aprobó una nueva batería de leyes sobre el poder judicial que agravaron la situación[110]. Ello llevó a que la Comisión aprobase su tercera Decisión, en la que daba al gobierno polaco un mes para resolver la situación e indicaba una lista de seis medidas concretas a adoptar[111]. Pero, una vez más, el Gobierno polaco, lejos de mostrarse receptivo, contestó en agosto de 2017 con una carta en la que mostraba su discrepancia con todos los puntos expresados por la Comisión y la aplicación de las reformas del poder judicial. En los meses sucesivos, diversos organismos internacionales expresaron su fundada preocupación por la independencia del poder judicial en Polonia. Sirva recordar como ejemplos la Comisión de Venecia[112], la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE[113], la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa[114], la Red Europea de Consejos del Poder Judicial[115] o el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de magistrados y abogados[116], etc.

A la vista de los infructuosos resultados de la aplicación de las tres fases del procedimiento del nuevo marco, en diciembre de 2017, la Comisión, con el apoyo del Parlamento Europeo[117], aprobó formalmente la propuesta de activar el

108 Recomendación (UE) 2016/1374 de la Comisión, de 27 de julio de 2016, relativa al Estado de Derecho en Polonia; *DO* L 217, de 12.8.2016, p. 53.

109 Recomendación (UE) 2017/146, de la Comisión, de 21 de diciembre de 2016; *DO* L 22 de 27 de enero de 2017, p. 65.

110 Se trataba de la Ley sobre organización de los tribunales ordinarios, ley de modificación de la Escuela Nacional de la Judicatura y el Ministerio Fiscal, ley del Consejo Nacional del Poder Judicial y ley sobre el Tribunal Supremo, que implicaba entre otros aspectos el cese de varios de sus miembros por jubilación forzosa.

111 Recomendación 2017/1520, de la Comisión, de 26 de julio de 2017 (*DO* L 228 de 2 de septiembre de 2017, p. 19.

112 Dictamen 904/2017 CDL (2017) 035 y Dictamen 892/2017 CDL (2017) 037.

113 OIDDH Dictamen de 20 de agosto de 2017 sobre determinadas disposiciones del proyecto de ley del Tribunal Supremo de Polonia; Dictamen de 13 de noviembre de 2017, sobre determinadas disposiciones de proyecto de ley del Tribunal Supremo de Polonia.

114 Resolución 2188 (2017), de 11 de octubre de 2017, sobre nueva las nuevas amenazas para el Estado de Derecho en el Consejo de Europa.

115 REDPJ Dictamen del Comité Ejecutivo, de 13 de diciembre de 2017, sobre la petición del Consejo General del Poder Judicial polaco.

116 Observaciones preliminares de 27 de octubre de 2017, tras una visita a Polonia.

117 Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2017, sobre la situación del Estado de Derecho y de la democracia en Polonia.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mecanismo del artículo 7.1 TUE[118]. Dicha propuesta se transmitió al Consejo, para que, tal y como prevé el Tratado, el Gobierno del Estado concernido presentara sus observaciones, cosa que hizo en las sesiones del Consejo de Asuntos Generales de 26 de junio de 2018 y de 18 de septiembre de 2018, sin que pudieran disiparse las dudas existentes. Queda pendiente en el momento de cerrar este trabajo la decisión que finalmente pueda adoptar el Consejo, si bien a nadie se le escapa que la necesidad de mantener una posición unánime (a 27) en relación con el *Brexit* puede estar condicionando indirectamente la adopción final de esta decisión.

En todo caso, de manera paralela a la activación del mecanismo del artículo 7.1 TUE, en octubre de 2018 la Comisión adoptó la decisión de interponer ante el Tribunal de Justicia diversos recursos por incumplimiento, considerando que las actuaciones de las autoridades polacas encaminadas a reducir la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo (de 70 a 65) por suponer una violación de los artículo 19.1 TUE, 47 de la Carta y también del 2 TUE, a la vez que solicitaba la adopción de medidas cautelares encaminadas a suspender la aplicación de la ley nacional en controversia. El Tribunal de Justicia, mediante Auto de 15 de noviembre de 2018 (reunido en Gran Sala), aceptó tramitar el asunto mediante el procedimiento acelerado[119] y, lo que es mucho más relevante, aceptó la petición de la Comisión de adoptar determinadas medidas cautelares, que suponen la suspensión de la Ley polaca del Tribunal Supremo, que reduce la edad de jubilación de los jueces de ese Alto Tribunal, con el fin de que los jueces afectados puedan continuar en sus puestos, no se proceda a nombrar a los jueces nuevos que sustituirían a los jubilados y comunicar a la Comisión en un plazo de un mes las medidas que se adopten para cumplir con estas medidas provisionales[120].

Se trata, sin duda alguna, de un asunto sin precedentes en la jurisprudencia del Tribunal. En cuanto a la adopción de medidas cautelares, aunque obviamente es una posibilidad expresamente prevista en el Reglamento del Tribunal y existen ciertos precedentes, a nadie se le escapa la gran trascendencia que cobra la orden de suspender la ley polaca en cuestión. Por otro lado, en relación con la argumentación de fondo, cabría plantear numerosas cuestiones a propósito de la base jurídica empleada que escapa al objetivo de este estudio.

118 Propuesta de Decisión del Consejo, relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia; COM (2017) 835 final, de 20 de diciembre de 2017.

119 Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 15 de noviembre de 2018, C-619/18; ECLI: EU: C: 2018:910. Previamente, el 19 de octubre de 2018, la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia ya había estimado provisionalmente la demanda de medidas provisionales; ECLI: EU: C: 2018: 852.

120 El artículo 160.3 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia permite la adopción de tales medidas cautelares siempre que se justifique su carácter urgente y esté justificada, a primera vista, desde el punto de vista fáctico y jurídico (*fumus boni iuris*).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2. El caso húngaro: reticencias en el uso del mecanismo del artículo 7 TUE

Por otro lado, Hungría es un segundo Estado miembro de la Unión que, desde hace ya algunos años, viene generando preocupación en las instituciones europeas[121], especialmente en el Parlamento Europeo. En 2011 y 2012, la aprobación de una controvertida Ley de Medios de comunicación[122] y la adopción de diversas decisiones que incidían en la independencia del poder judicial y del Tribunal Constitucional despertó las primeras alarmas[123]. De hecho, por ejemplo, el Tribunal de Justicia constató a finales de 2012 que la aprobación del régimen nacional que obligaba a cesar de su actividad profesional a los jueces, fiscales y notarios que alcanzasen la edad de 62 años suponía una violación del Derecho de la Unión[124].

Igualmente, la Comisión ha interpuesto también recurso de incumplimiento contra Hungría por considerar que la Ley de 2011 sobre la educación superior nacional entraña una restricción desproporcionada al establecimiento en ese país de universidades de otros Estados miembros, por lo que supone una violación de la Directiva de servicios (Directiva 2006/123/CE), del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (art. XVII) y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (arts. 13, 14.3 y 16)[125]. Lo propio ha hecho también en relación con la legislación húngara que introduce de forma discriminatoria, innecesaria e infundada limitaciones a las donaciones extranjeras a organizaciones civiles húngaras, por considerar que se violan tanto las normas de los tratados sobre libertad de circulación de capitales (art. 63 TFUE) como la Carta de Derechos Fundamentales (arts. 7, 8 y 12)[126].

Estas alarmas se han mantenido hasta que, finalmente, el Parlamento Europeo consideró en septiembre de 2018 que los hechos y tendencias detectadas en ese país «considerados en su conjunto, representan una amenaza sistémica a los valores del artículo 2 del TUE y entrañan un riesgo claro de violación grave de los valores contemplados en el mismo» y, en consecuencia, instó al Consejo a activar el mecanismo del artículo 7.1 TUE[127]. Los aspectos considerados como más preocupantes por el Parlamento Europeo ya no se

121 Gábor Halmai, «Illiberal Constitutionalism? The Hungarian Constitution in a European Perspective», en Stefan Kadelbach (ed.), *Verfassungskrisen in der Europäsichen Union*, Nomos Verlagasgesellschaft, Baden-Baden, 2018, pp. 84-103

122 *DO* C 199 E de 7 de julio de 2012, p. 154.

123 *DO* C 249 E de 30 de agosto de 2013, p. 27.

124 TJUE sentencia de 6 de noviembre de 2012, C-286/12, *Comisión c. Hungría*, ECLI: EU: C: 2012: 687. Cabe recordar que Hungría resolvió la cuestión indemnizando a los jueces afectados.

125 TJUE as. C-66/18, aún pendiente de resolución; *DO* C 211, de 18.6.2018, p. 7.

126 TJUE as. C-78/18, aún pendiente de resolución; *DO* C 211, de 18.6.2018, p. 8.

127 Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del TUE, constate la exitencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en que se fundamenta la Unión; P8_TA-PROV (2018) 340.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

refieren solo a leyes concretas, como ocurría en 2012, sino que detecta doce cuestiones diferentes en las que se ven gravemente comprometidos los valores del artículo 2 TUE, por lo que el carácter sistémico de la amenaza quedaría justificado[128].

Para fundamentar esta difícil decisión, el Parlamento Europea emplea, en primer término, sus propias Resoluciones anteriores[129]. Pero, como en el caso polaco, se basa también, en segundo término, en informes de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de la Oficina del Lucha contra el Fraude, de la Comisión de Venecia, de la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE, del relator de Naciones Unidas sobre independencia de los jueces, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) y, por supuesto, de la jurisprudencia del TEDH[130].

Queda por ver el desarrollo que pueda tener esta cuestión, una vez se clarifique el *Brexit* y se celebren las elecciones al Parlamento Europeo. Pero la tendencia no apunta nada bien.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE ACTUAR (CON PRUDENCIA).

El aluvión de libros recientes que, desde su mismo título, recogen el obituario de la democracia dejan al lector un desagradable regusto en el que se evocan aromas amargos bastante bien identificables (banalización de la política, apatía del ciudadano, inadaptación frente a los cambios, ascenso de populismos, desconsolidación institucional y un largo etcétera). Si ese lector es, además, jurista constatará de inmediato la conexión de la crisis de la democracia con la crisis paralela

128 Se refiere, en concreto, al «funcionamiento del sistema constitucional y electoral; la independencia del poder judicial y de otras instituciones y los derechos de los jueces; la corrupción y los conflictos de intereses; la protección de datos y la intimidad; la libertad de expresión; la libertad de cátedra; la libertad de religión; la libertad de asociación; el derecho a la igualdad de trato; los derechos de las personas pertenecientes a minorías, incluida la población romaní y los judíos, así como la protección frente a los mensajes de odio contra esas minorías; los derechos fundamentales de los migrantes, solicitantes de asilo y refugiados; los derechos económicos y sociales».

129 Véase, por ejemplo, el Informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, de 4 de julio de 2018, A8-0250/2018.

130 A título de ejemplo, el TEDH en 2015 constató que existían violaciones del derecho a un juicio justo y del derecho de tutela judicial efectiva como consecuencia de la incapacidad reiterada de Hungría para garantizar que los procesos sobre derechos civiles concluyan en plazos razonables y el Estado húngaro sigue sin ejecutar esta sentencia; TEDH sentencia de 16 de julio de 2015, *Gazsó c. Hungría*. Más en relación con la cuestión de la independencia judicial, este mismo Tribunal constató en 2016 que la pérdida anticipada de su puesto como Presidente del Tribunal Supremo (elegido para un periodo de 6 años) como consecuencia de la entra en vigor de la Ley Fundamental de 2012 suponía una violación del derecho a acceder a un tribunal y de la libertad de expresión, sin haberse ejecutado hasta el momento la sentencia; TEDH sentencia de 23 de junio de 2016, *Baka c. Hungría*.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del Estado de Derecho, teniendo también manifestaciones bastante repetitivas (erosión de la independencia judicial, control de los medios de comunicación, limitaciones de la libertad de expresión, restricción de derechos de las minorías, modificación de leyes electorales…).

Dentro de la UE la crisis de las democracias y del Estado de Derecho ha tomado posición protagonista en el actual debate político de la mano de actuaciones de algunos Estados miembros, en especial Polonia y Hungría. Además, en otros muchos Estados los llamados movimientos populistas han convertido a las instituciones europeas en diana preferida de sus diatribas, precisamente en un momento en el que tanto el *Brexit*, en la dimensión interna, como el desmoronamiento creciente del multilateralismo, en la vertiente externa, están debilitando las hechuras de la Unión.

El debate desencadenado por esta crisis de la democracia y del Estado de Derecho incluye cuestiones de muy diversa índole, pero se concreta básicamente en dos fundamentales. Por un lado, nos invita a rescatar el análisis *jurídico* de la concreción material y, sobre todo, la naturaleza precisa de los valores fundamentales que se recogen en el artículo 2 TUE; con la conclusión de que se trata de valores de carácter normativo, eficacia directa y susceptibles de control judicial por los órganos jurisdiccionales, tanto de los nacionales como del Tribunal de Justicia. Y, por otro lado, surge la duda *política* a propósito de la conveniencia y eficacia del empleo de los (contundentes) instrumentos que el artículo 7 TUE brinda a la Unión para hacer frente a déficits sistémicos en el cumplimiento de esos valores.

Un primer problema radica en la discusión sobre la legitimidad de la Unión para recurrir a tales instrumentos. A nuestro entender, con toda la prudencia que reclame su empleo y aun siendo plenamente conscientes de los múltiples efectos secundarios que acompaña su uso[131], nos parece claro que ante violaciones claramente sistémicas de valores como la democracia o el Estado de Derecho no cabe la pasividad de la Unión. Tal déficit sistémico ha de ser afrontado porque afecta, de entrada, al principio de confianza mutua sobre el que se asienta todo el proceso de integración e incluso buena parte de su Derecho[132].

Un segundo problema, una vez considerada la cuestión de la legitimidad de su uso, es que no es tarea nada sencilla determinar el momento preciso en que un Estado miembro traspasa en su progresivo deteriroro democrátivo esa

131 Cfr. Waldemar Hummer, «Nebeneffekte des Sanktionsverfahrens gegen Polen wegen dessen Rechtsstaatlichkeitsdefizit. Scheitert die vollstreckung eines 'Europäischen Haftbefehls' in Polen auf die Unabhängigkeit der Justiz?, *Europarecht*, vol. 53, 2018, pp. 653-671.

132 Coincidimos plenamente con Armin von Bogdandy en que el constitucionalismo europeo ha de trazar 'líneas rojas' para proteger sus valores fundamentales, aunque sus efectos puedan ser profundos; Armin von Bogdandy, Piotr Bogdanovic, Iris Canor, Matthias Schmidt y Maciej Taborowski, «A potential constitutionalism moment for the European rule of law — The importance of red lines», *Common Market Law Review* vol. 55, 2018, pp. 983-995; Armin von BOGDDANDY, «Tyrannei der Werte? — Probleme und Wege europäischen Schutzes nationaler Rechtsstaatlichkeit», *MPIL Research Papers Series* No. 4, 2019.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

fina línea que separa lo asumible de lo ya inaceptable. De hecho, la función última del mecanismo del artículo 7.1 TUE —y también de las decisiones judiciales a propósito de déficits sistémicos— es invitar al Estado concernido a no sobrepasar esa frontera infranqueable cuando ya se sitúa muy cerca de ella; o acaso esté empezando a traspasarla. Es, en el fondo, la situación en la que nos encontramos en la actualidad. La Comisión ha activado el artículo 7.1 frente a Polonia y el Tribunal de Justicia está preparando el terreno para su inminente pronunciamiento sobre la posible existencia de una violación sistémica de valores del artículo 2 TUE en los dos Estados concernidos[133]. Queda aún suficiente recorrido para poder revertir el rumbo fijado por los Estados concernidos y no conviene entretanto adelantarse a los acontecimientos.

Pero si finalmente hubiese que adentrarse por el campo ignoto del artículo 7.2 TUE, hay que ser plenamente conscientes de que la crisis interna de la Unión sería muy notable; tanto si se logra superar los requisitos formales exigidos para su activación (unanimidad en el Consejo Europeo), que no parece tarea sencilla, como si se crea un grupo de Estados contrarios a continuar por ese camino. Ambas opciones resultan un escenario preocupante por el desarrollo futuro de la Unión.

Con todo, el verdadero problema de fondo, que nadie queremos ni imaginar, surgiría si se traspasara de manera evidente e irreversible esa línea roja, se adoptasen por la Unión los dos mecanismos previstos en los Tratados constitutivos y, a pesar de todo, el resultado fuere infructuoso. Esperemos que esta duda quede en nueva hipótesis académica y la Comisión no tenga que desempolvar el debate doctrinal surgido a finales del siglo pasado —cuando aún no existía el artículo 50 TUE— sobre la posibilidad de expulsar de la Unión a un Estado que deje de cumplir de manera flagrante y reiterada los requisitos de entrada fijados en el artículo 49 TUE.

En todo caso, más allá de cómo evolucionen los acontecimientos no es mal momento para plantearnos muy seriamente qué Europa queremos construir. En una época de incertidumbre y perplejidad, conviene poner a la Unión ante el espejo para hacer un balance crítico y mirar hacia un futuro que va a ser muy diferente al que existía cuando se establecieron los cimientos de la actual Unión. Pero, sobre todo, conviene tener bien presente que éxitos pasados no garantizan éxitos futuros. …

133 Lo hizo de manera tentativa en asuntos como *LM,* al colocar la información suministrada por la Comisión en el marco del procedimiento del artículo como «un elemento especialmente pertinente a efectos de dicha evaluación» (apdo. 61); y lo consolidó en sus Autos sobre adopción de medidas provisionales en el marco de los recursos de incumplimiento contra Polonia (Auto de 17 de diciembre de 2018, *cit*., apdo. 82); y habrá de afrontarlo de manera directa cuando resuelva el elenco de recursos de incumplimiento contra Polonia y Hungría que ha planteado la Comisión alegando una violación sistémica de los valores recogidos en el artículo 2 TUE en conexión con los artículos 19.1 TUE y 47 de la Carta.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

***

TITLE: *The European Union as a community of values: the crisis of democracy and the rule of law, once again.*

ABSTRACT: *The liberal democracies of virtually the entire Western world are suffering a serious process of internal erosion and, in some cases, a real authoritarian drift. This democratic wear des not only affect the States. The European Union is also the preferred target of direct attacks by populist and anti-European movements. In fact, in these moments, some essential values of the integration process, such as democracy and rule of law, are being put into question in some Member States. Given that the Union is a "community of values" (Wertegemeinschaft) and that the values of Article 2 TEU possess a normative value and are actionable, the Commission have brought several infringement proceedings before the ECJ against Poland and Hungary, for the violation of those same values. Likewise, for the first time since its institution in the constitutive treaties, the mechanism of Article 7(1) TEU has been activated against Poland. We are, therefore, in uncharted territory, whose final outcome is uncertain and could represent a serious threat against the European integration process itself.*

RESUMEN: *Las democracias liberales de prácticamente todo el mundo occidental están sufriendo un serio proceso de erosión interna y, en algunos casos, una verdadera deriva autoritaria. Este desgaste democrático no solo afecta a los Estados. También la Unión Europea es diana preferida de los ataques de ataques directos de los movimientos populistas y antieuropeos. En realidad, en estos momentos valores esenciales del proceso de integración, como por ejemplo los de democracia y Estado de Derecho, se están poniendo en cuestión en algunos Estados miembros. Dado que la Unión es una 'comunidad de valores' (Wertegemeinschaft) y los valores del artículo 2 TUE gozan de carácter normativo y son justiciables, la Comisión ha interpuesto ante el Tribunal de Justicia diversos recursos por incumplimiento contra Polonia y Hungría por violación de dichos valores. Igualmente, por primera vez de su introducción en los tratados constitutivos, se ha activado contra Polonia el mecanismo del artículo 7.1 TUE. Se ha entrado así en una tierra inexplorada, cuyo resultado final es incierto y podría encarnar una seria amenaza al propio proceso de integración europeo.*

KEY WORDS: *Rule of law in the European Union, European democracy, European Unión, Community of values.*

PALABRAS CLAVE: *Estado de derecho en la Unión Europea, democracia Europea, Unión Europea, Comunidad de valores.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *15.12.2018* FECHA DE ACEPTACIÓN: *5.02.2019*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

EL FRACASO EN HUNGRÍA DEL FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL CONSTITUCIONAL: LOS ELEMENTOS INSTITUCIONALES INFORMALES COMO PRECONDICIONES Y COMO CONSECUENCIAS DE LA EFICACIA FORMAL DE LAS NORMAS JURÍDICAS

ANDRÁS JAKAB[1]
Catedrático de Derecho Constitucional y Administrativo
Universidad de Salzburgo

Sumario

I. Los elementos institucionales informales: prácticas y narrativas. II. La Constitución húngara de 2010/2011: su proceso de elaboración desde la perspectiva del fortalecimiento institucional. III. Qué hacer: manual del fortalecimiento institucional en el contexto de la Hungría contemporánea.

El pensamiento jurídico húngaro padece de una dolencia singular, que, a falta de una mejor denominación, he venido en calificar como obsesión normativa. Esto es, que la gran mayoría de los académicos, los abogados ejercientes y la sociedad en general entienden el Derecho como un mero batiburrillo normativo o eventualmente, en su caso, como un simple sistema de normas. O dicho con otras palabras, se ignoran completamente otros aspectos del funcionamiento del Ordenamiento Jurídico. Y no me refiero con ello necesariamente a la práctica judicial interpretativa (a la jurisprudencia), aunque esta también desconoce en ocasiones dichos aspectos, sino más bien al hecho de este desconocimiento afecta también a los destinatarios reales de las normas, así como a las narrativas en las que aquellas que aquellas se sustentan y, en un sentido amplio, a todo lo que abarca desde la razón de ser y la finalidad de la institución, hasta su simbolismo,

1 Versión al castellano de José Ángel Camisón Yagüe, Profesor Contratado Doctor (acreditado por la ANECA a Profesor Titular) de Derecho constitucional en la Universidad de Alicante.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el discurso público que las envuelve y las actitudes sociales hacia dicha institución[2]. La obsesión normativa que se somete a crítica en este trabajo no se refiere, sin embargo, al estricto cumplimiento de la Ley (puesto que lo que sucede en este sentido es a menudo todo lo contrario), sino más bien se pretende hacer hincapié en la ceguera consciente respecto de su práctica real y también respecto de las narrativas que afectan al funcionamiento del Ordenamiento Jurídico. Mediante el abandono de la perspectiva de la obsesión normativa, y a través de la toma en consideración de las consecuencias de dicha perspectiva, la situación actual puede abordarse de un modo mucho más claro y evidente (lo que ya constituye por sí mismo todo un logro), y en el medio plazo puede eventualmente promover una firme voluntad de cumplimiento de las normas.

Claro está que los diversos problemas existentes en la actualidad en el sistema jurídico húngaro no están provocados solo por la obsesión normativa. Sino que en realidad son, por un lado, el resultado de una serie de diversos problemas culturales generales (entre los que también figura la obsesión normativa), aunque esto solo una pequeña parte; y, por otro lado, también traen causa en ciertas decisiones tanto individuales como colectivas que han sido adoptadas por los políticos —asunto este sobre el volveré más adelante—. En cualquier caso, la ceguera ante esta problemática y el consiguiente desamparo de los juristas, pueden efectivamente explicarse en gran medida en virtud de la obsesión normativa.

Desarrollo el objeto del trabajo en tres partes; en primer lugar, discutiendo la naturaleza institucional de la Ley, centrándome para ello en los elementos informales del fortalecimiento institucional; seguidamente, en segundo lugar, paso a tratar, como ejemplo, los problemas relativos a la elaboración de la Constitución existentes durante los años 2010 y 2011. Finalmente, en tercer lugar, presento una serie de propuestas para salir de esta situación. El análisis del caso húngaro puede ser instructivo para comprender las razones que están detrás del debilitamiento que durante el último par de años están sufriendo las instituciones constitucionales de diversos Estados a lo largo y ancho del globo y, espero, puedan contribuir a encontrar el correcto tratamiento ante estos desafíos[3].

2 Las narrativas en el sentido en el que aquí se utilizan incluyen las normas no escritas de interpretación, *vid., por ejemplo,* J. Bell, *'The Importance of Institutions' in* The Method & Culture Comp. L. (M. Adams & D. Heirbaut eds., 2015) (211).

3 Vid, por ejemplo, entre la creciente literatura sobre estos nuevos desafíos, *Constitutional Democracy in Crisis?* (M. A. Graber & S. Levinson & M. Tushnet eds., 2018); T. Ginsburg & A. Z. Huq, How to Save a Constitutional Democracy (2018); T. Ginsburg & A. Z. Huq & M. Versteeg, *The Coming Demise of Liberal Constitutionalism*, 85 U. Chi. L. Rev. 239 (2018); E. Luce, The Retreat of Western Liberalism (2017); Y. Mounk, The People vs Democracy: Why Our Freedom is in Danger and How to Save It (2018); W. Sadurski, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding* (Sydney Law School Legal Studies Research Paper n.º 1, 2018), *disponible en* https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491; Regression of Democracy? (G. Erdmann & M. Kneuer eds., 2011); O. O Varol, *Stealth Authoritarianism*, 100 Iowa L. Rev. 1673 (2015); D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, 47 U.C. Davis L. Rev. 189 (2013); R. Stefan Foa & Y. Mounk, *The Danger of Deconsolidation: The Democratic Disconnect*, Journal of Democracy, July 2016, p. 5; P. Howe, *Eroding Norms and Democratic Deconsolidation*, Journal of Democracy, Oct. 2017, p. 15.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

I. LOS ELEMENTOS INSTITUCIONALES INFORMALES: PRÁCTICAS Y NARRATIVAS

Existen varias definiciones para el concepto de «institución». De entre ellas la definición que más se adecúa para el propósito de esta investigación es la que describe a las instituciones como la integración o, mejor dicho, como la interacción de los siguientes tres componentes: reglas formales, practicas reales y narrativas[4]. Los dos últimos, las prácticas y las narrativas, se configuran conjuntamente como los «elementos informales», cuando se contraponen con las normas «formales». Por su parte, estos elementos informales pueden operar instituciones (no escritas) que llegan a manifestarse incluso como más poderosas que las instituciones formales, siendo la corrupción institucionalizada un ejemplo típico de ello.

Mientras que los distintos componentes se fortalezcan mutuamente entre sí tendremos instituciones fuertes; sin embargo, en caso de discordancias entre ellos, unos y otros se debilitarán recíprocamente, conduciendo a unas instituciones débiles[5]. Hay que tener en cuenta que los elementos informales cambian más lentamente (fenómeno este al se refiere la doctrina como un ejemplo típico de «path dependence»); por otra parte, los cambios formales relevantes, en relación, por ejemplo, con el cambio de régimen, conllevarán con toda probabilidad un debilitamiento de las instituciones. Este debilitamiento exacerba la incertidumbre y la imprevisibilidad, introduciendo tanto el pensamiento a corto plazo como el incumplimiento de las normas[6]. El fortalecimiento institucional es especialmente difícil en sociedades en las que existe una fuerte división respecto de los valores, ya que las correspondientes narrativas estarán llenas de contradicciones; además, este tipo de sociedades se resistirá en mayor medida a nuevas reglas formales que aquellas otras sociedades en las que el orden de valores sea más homogéneo[7].

Desde una perspectiva institucionalista, la constitución no es meramente una suma de normas constitucionales, sino que también es una práctica concreta de los órganos constitucionales y de las narrativas que envuelven a la constitución (esta últimas pueden ser, por ejemplo, que el fin de la constitución sea la limitación del poder, o que el propósito de la constitución sea la garantía de

4 V. Lowndes & M. Roberts, Why Institutions Matter: The New Institutionalism in Political Science 46, 77 (2013): 'power is exercised through regulation, practice and storytelling.' Así, por institución no queremos significar la mera suma de las diferentes normas legales sobre una materia, dado que enfáticamente es mucho más que eso.

5 P. Sztompka, The Sociology of Social Change (1993); Piotr Sztompka, Trust: A Sociological Theory (1999); J. Elster Claus Offe & U. K. Preuss, Institutional Design in Post-Communist Societies: Rebuilding the Ship at Sea (1998).

6 Para más detalles y ejemplos vid. D. Győrffy, Trust and Crisis Management in the European Union: An Institutionalist Account of Success and Failure in Program Countries (2018).

7 E. Ostrom, Understanding Institutional Diversity 27 (2005).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los derechos fundamentales)[8]. Es típico que los juristas de todo el mundo se centren principalmente en lo primero, en los elementos formales de las instituciones: las normas; sin embargo, es un rasgo húngaro, o más bien post-socialista, considerar que constituye una máxima ignorar con orgullo los otros elementos (por los motivos que explicaremos detalladamente más adelante en el punto 2.3). Los fracasos del desarrollo institucional que se han experimentado en Hungría durante las tres últimas décadas arrojan luz sobre las desventajas que conlleva este enfoque[9]. Lo mismo puede decirse de la formación jurídica en Hungría, que se circunscribe a recitar la legislación vigente o a reproducir las construcciones doctrinales legales[10]. Esto mismo sucede también en el ámbito de la legislación, donde las narrativas relativas a «¿cuál es realmente el propósito de las políticas públicas legislativas?» son descuidadas en gran medida, sin que se lleven a cabo estudios ni ex ante ni ex post respecto de las condiciones reales, con lo que la función legislativa se reduce a la adopción formal de un acto[11].

El fortalecimiento institucional es un proceso más complejo de lo que la mayoría de juristas considera (esto es así en todos los lugares, aunque lo es más en países postsocialistas). Los juristas se concentran normalmente en los elementos formales, por ejemplo, en las normas escritas o, eventualmente, en aplicaciones significativas de dichas normas, lo que, aun siendo esencial, no es suficiente para asegurar el buen funcionamiento de las instituciones jurídicas. El fracaso de numerosas constituciones bien diseñadas puede ser explicado por la ingenuidad de la profesión jurídica[12]. Al mismo tiempo es también verdad que constituciones más

8 Las llamadas teorías institucionales (Savigny, Santi Romano, Hauriou, Schmitt, Weinberger, MacCormick) muestran un dibujo muy diverso, ya que, parcialmente se critican respectivamente entre sí. Estas usan una terminología diferente de la que se usa en este artículo para describir la naturaleza de la Ley. Para más detalles *vid.* Massimo La Torre, Law as Institution 98-121 (2010). Un principio típico de muchas de estas teorías se encuentra más allá los conceptos de ley positiva, que son incluso «instituciones» metafísicas (por ejemplo, el matrimonio), que se realizan mediante las normas positivas (este principio no tiene por qué tener necesariamente conexión con nuestras aportaciones en el presente trabajo.) Para más detalles y crítica *vid.* Bernd Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen 33-37 (1970). El objeto de este trabajo no es la historia de las teorías legales, sino la actual situación húngara, por lo que analizaremos críticamente estas teorías legales. El concepto de institución que se utiliza en el presente trabajo no provienea de ninguna de estas teorías institucionales legales (y este tampoco es un concepto doctrinal), si no más bien de la ciencia política.

9 Sobre este fenómeno en el derecho parlamentario húgaro vid., por ejemplo, P. Smuk, *'Az Országgyűlés' in* A magyar jogrendszer állapota 617(A. Jakab & G. Gajduschek eds. 2016): 'In several cases, we cannot blame the respective rules of the Standing Rules, but the [lack of] democratic and constitutional culture of the actors responsible for running the legal institutions.' Para los fallos post-soviéticos vid. D. J Galligan & M. Kurkchiyan (eds.), Law and Informal Practices: The Post-Communist Experience (2003).

10 A. Jakab, *'A magyar jogi oktatás megújításához szükséges lépések: Reformjavaslat összehasonlító áttekintésre alapozva'* 4 MJ 204 (2010) (Hung.).

11 G. Gajduschek, *'Előkészítetlenség és utólagos hatásvizsgálat hiánya' in*, *A magyar jogrendszer állapota*, *supra* nota 10., pp. 796-822.

12 En determinadas situaciones, el fortalecimiento institutcional es una misión imposible, vid. por ejemplo, la constitución transicional de la República de Sudán del Sur (2011), que era un texto bien diseñado

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sencillas pueden tener éxito, si las prácticas sociales y las narrativas reemplazan y corrigen las deficiencias de las normas formales. Hasta hace poco las Constituciones de Estados Unidos[13] y del Reino Unido[14] eran buenos ejemplos de sistemas que en los que las reglas formales incompletas se suplen mediante elementos institucionales informales. Dado que estas instituciones jurídicas están integradas por diversos componentes, no resulta infrecuente que se separen de los ideales que en su día tenían los creadores de dichas normas formales; o, dicho en otras palabras, debido a su complejidad, la legislación recurre a menudo al método de ensayo y error. Es por ello que no se puede en la práctica remontarse hasta la voluntad de un único sujeto político constituyente, sino que se deben combinar diversas visiones que, en parte, pueden ser incluso contradictorias[15]. Y aunque esto pueda ser una mala noticia para los «founding fathers» y su correspondiente concepción política de aquel momento político fundacional, estos pueden luego con razón negar su responsabilidad en el caso de que la constitución finalmente fracase.

Las instituciones son sistemas integrados por factores inmateriales creados por la mano del hombre que dan lugar a «comportamientos regulares»[16]. De entre estos factores algunos de ellos, de hecho su mayoría, no están escritos y se presuponen a partir de los relatos provenientes de la práctica real. Por ejemplo, cuando se juega al ajedrez uno no debe golpear al oponente, verter sopa hirviendo sobre sus piezas o escupir sobre el reloj, etc. Tampoco una mera descripción formal de los posibles movimientos de las piezas es suficiente para conocer a fondo el juego, ya que en el mismo hay mucho más involucrado. Debemos seguir una serie de costumbres de civilización que hacen que el juego sea en este sentido posible. Esto implica no solo un conocimiento intelectual sino también moral o, para usar un concepto con menos carga emocional, podríamos hablar de un conocimiento cultural. Las normas formales mal diseñadas pueden dar lugar a

y también trataba de considerar la realidad social local, pero que tristemente debido al ambiente de guerra civil fracasó. Aunque la Constitución contenía una normativa formal elegante, Sudán del Sur es un claro ejemplo de Estado fallido. Vid. para más detalles, Thilo Marauhn & Hatem Elliesie (eds.), *Legal transformation in Northern Africa and South Sudan* (2015).

13 La Constitución de Estados Unidos es un texto jurídico bastante imperfecto, lleno de contradicciones y lagunas, vid. para más detalles W. N. Eskridge Jr. & S. Levinson (eds.), Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies (1998).

14 En el Reino Unido algunos de los componentes informales de sus instituciones constitucionales se denominan «convenciones constitucionales». Para más referencias, *vid.* András Jakab, *European Constitutional Language* 78, 147, 200-201 (2016).

15 R. E. Goodin, *'Institutions and Their Design' in, The Theory of Institutional Design* 28 (Robert E. Goodin ed., 1996).

16 A. Greif, *Institutions and the Path to the Modern Economy: Lessons from Medieval Trade* (2006). Sobre una terminología distinta (institución como combinación de normas formales e informales), aunque en un contexto similar, vid. Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* 3 (1990). Es possible introducir un cuarto componente de las instituciones entre las normas formales y la practicas reales: las normas informales no escrita. Esto sería efectivamente más preciso, pero para los puntos que quiero tratar en este artículo no me parece necesario recurrir al mismo, que, además complicaría las explicaciones. Es por ello que, en atención a la simplicidad, este componente conceptual no ha sido utilizado aquí.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

instituciones débiles, pero, y esto es aquí lo más relevante, las carencias culturales de los servidores públicos pueden contribuir tanto como el mal diseño de las normas. Una república sin republicanos o una burocracia sin burócratas (en el sentido weberiano) simplemente no van a estar a la altura.

Los caracteres culturales cambian lentamente y no existen «procedimientos de enmienda» disponibles[17]. Existen, sin embargo, algunos ejemplos exitosos a este respecto que vale la pena señalar: más concretamente, las instituciones son capaces de dar gradualmente forma a la cultura[18]. Quizás el ejemplo más ampliamente conocido en este sentido sea la transformación que tuvo lugar en Alemania tras la II Guerra Mundial, una historia de éxito sustentada sobre la base de los siguientes elementos que se enuncian, sin ánimo de ofrecer un listado exhaustivo. (1) En primer lugar, la doctrina jurídica alemana, que tradicionalmente ha tenido un muy alto nivel, ha contribuido al establecimiento de un ordenamiento jurídico formal bien diseñado. (2) Aunque esto no es un factor decisivo (es posible diseñar un excelente modelo constitucional construido sobre el principio del «Estado del Derecho» allí donde la doctrina jurídica es relativamente débil, como evidencia el caso el de los estados escandinavos), esta matriz intelectual sin duda contribuye a la construcción del «Rechtstaat»; en segundo lugar, en lugar de entregarse a la autocompasión, aunque con un considerable retraso, los alemanes hicieron frente a sus errores y pecados del pasado a partir de la década de los sesenta. (*Vergangenheitsbewältigung*). Por supuesto que los populistas y los demagogos están siempre dispuestos a ofrecer narrativas simples, presentando excusas en lugar de la dolorosa verdad. Después de la II Guerra Mundial, sin embargo, tanto la élite de Alemania Occidental como la sociedad en general tomaron partido por la honestidad (algo que tuvo lugar tardíamente, aunque, sin embargo, fue precisamente más fácil por el envejecimiento de la generación precedente). Esta postura moral frente al pasado contribuyó a forjar una narrativa creíble respecto al Ordenamiento Jurídico (particularmente respecto de la Grundgesetz), y también respecto al nuevo régimen construido sobre la dignidad humana, la democracia y el Estado de Derecho[19]. La honestidad y la credibilidad del nuevo orden social y político incrementaron aún más la confianza social, que es esencial para que el modelo tenga éxito, dando lugar a un proceso de autofortalecimiento. Aunque hacer frente al pasado no es en este sentido un requisito indispensable para fortalecimiento institucional, sí que

17 Sobre las dificultades de la situación húngara desde otra perspectiva, *vid.* I. G. Tóth, *'Turánbánya? Értékválasztások, beidegződések és az illiberalizmusra való fogadókészség Magyarországon' in* Hegymenet 37-50 (A. Jakab & L. Urbán eds. 2017).

18 J. G. March & J. P. Olsen, Rediscovering Institutions: The organizational Basis of Politics 17 (1989). 'Not only are institutions man-made, but also men institution-made', vid. C. Offe, *'Designing Institutions in East European Transitions'* en, *Institutions and their designs*, 208 (R. E. Goodin ed. 1996).

19 Para el debate sobre el rol de la legitimidad moral en la construcción de un sistema jurídico más eficaz (como se ha visto en el ejemplo del Sistema jurídico húngaro) vid. B. Zsolt, *'Bizalom, legitimitás és jogkövetés' in* A magyar jogrendszer állapota, *supra* nota 11, pp. 837-855.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

contribuye ciertamente a su consecución. (3) La presión externa y, en gran medida, la ocupación militar del país (aunque hemos de admitir que esto por sí solo no hubiera sido suficiente) hicieron imposible cualquier vuelta violenta al autoritarismo. Si bien las antiguas ideas nazis no fueron erradicadas ya que de hecho algunos de los antiguos nazis conservaron sus altos cargos y se prestaron mutuamente colaboración como una red (un ejemplo notorio es el Ministerio de Asuntos Exteriores de Alemania Occidental hasta la década de los setenta o algunas Facultades de Derecho), los nuevos valores políticos devinieron en indiscutibles en el debate público, es decir, que no se produjo ninguna contranarrativa pública que rechazara el Estado de Derecho y la democracia. Los alemanes tenían miedo de sí mismos, de su lado oscuro, y conscientemente asumieron sus obligaciones internacionales (mientras que también trataban de pacificar a otras naciones occidentales con su buena disposición a cumplir con dichas obligaciones). La integración europea, incluido el establecimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pueden explicarse en parte debido a esta forma consciente de abordar la situación por parte de Alemania. Siguiendo el ejemplo de Ulises, quién se ató al mástil por temor a ceder a la tentación de las sirenas, los alemanes se pusieron a trabajar con gran fervor en la construcción de instituciones europeas supranacionales. (4) El éxito económico fue, en efecto, el resultado que contribuyó en gran medida a la legitimación de estos valores así como a su internacionalización por la sociedad (el éxito económico, por supuesto, que no guardaba relación con las instituciones democráticas sometidas al Estado de Derecho, consagradas en la Constitución). Daron Acemogluy ha escrito ampliamente sobre esta cuestión en su bestseller *Why Nations Fail*[20]. (5) Existía un consenso entre la élite alemana para adherirse a la democracia y al Estado de Derecho. De hecho, sin el consentimiento por el que las élites se limitan a sí mismas, las democracias liberales serían disfuncionales[21]. Este consenso se vio respaldado por la extinción física de las antiguas elites enfrentadas (incluida la exclusión parcial de los nazis de la vida pública), la presión de América, el miedo a la Unión Soviética y por haber saboreado el éxito económico.

Cuando vemos ejemplos exitosos de fortalecimiento institucional constitucional, resulta claro que ciertas formas de presión internacional juegan un papel

20 D. Acemoglu & J. A. Robinson, *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty* (2012). Para un análisis metodológicamente más complicado con unos resultados similares vid. R. Rigobon & D. Rodrik, *'Rule of Law, Democracy, Openness and Income: Estimating Interrelationships'* 2 NBER Working Paper Series (2004) www.nber.org/papers/w10750.pdf: '*[D}emocracy and the rule of law are both good for economic performance, but the latter has a much stronger impact on incomes. Openness (trade/GDP) has a negative impact on income levels and democracy, but a positive effect on rule of law. Higher income produces greater openness and better institutions, but these effects are not very strong. Rule of law and democracy tend to be mutually reinforcing*.' Sobre el efecto de las democracias liberales y su contribución al crecimiento económico vid. M. Yanovskiy & T. Ginker, *'A proposal for a more objective measure of de facto constitutional constraints'* 28 *Const. Pol. Econ.* 311 (2017).

21 J. Higley & M. Burton, Elite Foundations of Liberal Democracy (2006).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

importante por lo a que su éxito se refiere[22]. En algunos casos, como en Austria o Japón, adoptó la forma de una intervención militar directa, en otros casos, el miedo a una posible ocupación extranjera cambió la forma de ver las cosas en las élites locales (conduciéndolas hacia el consenso), como el caso de Estonia, que tenía un temor bien fundado respecto de Rusia, debido al éxito de su andadura que comenzó en los años noventa[23].

Se puede así considerar que las prácticas y narrativas corruptas y autoritarias son similares al alcoholismo: en teoría es posible para el paciente currarse por sí mismo, sin embargo, normalmente, una recuperación completa precisa no solo de la voluntad de mejorar sino también de ayuda externa[24]. Es más, una vez que el paciente parece haberse recuperado, este necesita aún de supervisión para no recaer. Esto es exactamente lo mismo que está ocurriendo en algunos de los antiguos estados socialistas quienes, después de haber entrado en la Unión Europea, ya no están sometidos a la estricta y continua supervisión que experimentaron antes su adhesión (condiciones durante la fase de preadhesión), con el resultado de que han dejado de sentir la necesidad de respetar las normas de civilización de las democracias liberales occidentales[25].

Un proceso de aprendizaje exitoso requiere de un periodo de tiempo considerable, un control constante de las capacidades necesarias y del refuerzo positivo (referido a las experiencias de los logros morales y económicos alcanzados); en el caso de Hungría, y también en el de otros antiguos estados socialistas, dichos requisitos (o, eventualmente, alguno de ellos) no se han dado. Por expresarlo de otro modo: el andamiaje se desmanteló demasiado pronto y las instituciones del Estado de Derecho, que estaban solo preparadas a medias, colapsaron parcialmente en varios de los estados postsocialistas. Esto puede verse claramente en varios de los índices que sirven para supervisar el Estado de Derecho (Bertelsmann, World Justice Project y Freedom House), que indican una lenta erosión en los países socialistas desde que tiene lugar su adhesión a la Unión Europea. Esto es bastante evidente en los casos de Hungría, Croacia y Polonia, aunque

22 M. J. Gorges, *'New Institutionalist Explanations for Institutional Change: A Note of Caution'* 21 Pol. 137 (2001).

23 Esto, sin embargo, tiene el efecto negativo de excluir a la población rusa local de la democracia de Estonia. Vid, con referencias al fondo étnico de la élite comunista antes de 1990. D. Bohle & B. Greskovits, *Capitalist Diversity on Europe's Periph*ery 99 (2012). El relativo buen desarrollo de los estados bálticos (si se compara con otros estados post-soviéticos) puede ser explicado en parte por el consenso entre la élite local, vid. M. Mendelski, *'The EU's rule of law promotion in post-Soviet Europe: what explains the divergence between Baltic States and EaP countries?'* 7 E.J. Eur.Stud. 111 (2016).

24 Sobre la necesidad de presión internacional para lograr acabar satisfactoriamente con la corrupción, vid. por ejemplo, A. Mungiu-Pippidi, *'Corruption: Diagnosis and Treatment'* 17 J. Democracy. 86 (2006). Sobre la metáfora del alcoholismo en un contexto concreto (alcoholismo fiscal) vid. G. Kopits, 'Saving Hungary's Finances: Budapest's four step-plan for fiscal alcoholics' *Wall St. J. Eur., Dec. 4,* 2008.

25 Sobre las deficiencias del mecanismo de refuerzo de la UE vid. A. Jakab & D. Kochenov (eds.), The Enforcement of EU Law and Values (2017); L. Pech & K. Lane Scheppele, *'Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU'* 19 Cambridge Yearbook of European Legal Studies 3 (2017).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

también puede entreverse en otros Estados[26]. El modelo jurídico occidental solo puede funcionar bien en el largo plazo si aquellos que operan el sistema también internalizan los propios valores occidentales. Estas condiciones culturales pueden ser establecidas, pero cautelosamente y muy despacio, de modo que, ciertamente, la mera adopción de nuevas leyes no será suficiente por sí misma. Cuando la internalización de estos valores no tiene lugar y la ciudadanía no se siente comprometida con ellos, lo que significa que consideran que no tienen nada que ganar; entonces tan pronto como decae la presión internacional, los reflejos paganos (las formas anteriores a la democracia y al Estado de Derecho) resurgen y la máscara cae: primero en el nivel (retórico) de las narrativas y las prácticas, para seguidamente continuar pronto con la destrucción de las instituciones formales[27].

Rumanía es posiblemente un contraejemplo a este respecto; en este caso las instituciones y ciertos aspectos del Estado de Derecho se han fortalecido tras la adhesión a la Unión Europea (aunque este fortalecimiento sea mínimo es relativamente significativo, tomando en consideración el declive general de la región). Sin embargo, esta mejora no se debe a una repentina iluminación de la élite rumana o su menor propensión a la corrupción, sino más bien a la cláusula de salvaguardia que el Tratado de adhesión de Rumanía contiene en referencia a un periodo posterior a su entrada en la UE[28]. Concretamente, se introduce el llamado «mecanismo de cooperación y verificación», que básicamente significa que Rumania se somete anualmente a evaluación sobre la base de una serie de criterios predefinidos y en caso de que las medidas necesarias que la propia Rumanía adopte contra la corrupción fracasen, será la Comisión Europea la que adopte «las medidas apropiadas». Aunque no se ha determinado el contenido específico de estas medidas (por ejemplo, la cancelación de ciertos pagos) y aunque en la práctica tales medidas nunca han llegado a aplicarse, lo que hace en realidad que este mecanismo sea tan efectivo no es la posibilidad de establecer sanciones formales, sino la vinculación informal de los resultados reflejados en los informes anuales por parte de ciertos estados occidentales para permitir el acceso de Rumania a la zona Schengen y también el prestigio de la Unión Europea —y en consecuencia de dichos informes anuales— a los ojos de la sociedad rumana[29]. Los informes

26 Con unas consideraciones similares vid. J. Dawson — S. Hanley, *'What's Wrong with East-Central Europe? The Fading Mirage of the «Liberal Consensus»'* 27 *J. Dem.* 20 (2016). Sobre la erosión del constitucionalismo esloveno (explicada sobre las deficiencias culturales y esperando ayuda externa, especialmente de la UE), vid. Matej Avbelj, *'The Sociology of (Slovenian) Constitutional Democracy'* 1 *HAGUE J. RULE L.* (2017). Para una visión general *vid.* M. Brusis, Illiberale Drift und Proliferation — BTI-Regionalbericht Ostmittel- und Südosteuropa (2018).

27 T. Snyder, *On Tyranny: Twenty Lessons from the Twentieth Century* 32 (2017), 'The symbols of today enable the reality of tomorrow.'

28 R. Carp, *'The Struggle for the Rule of Law in Romania as an EU Member State: The Role of the Cooperation and Verification Mechanism'* 10 *Utrecht L. Rev.* (2014), www.ssrn.com/abstract=2395170.

29 Este mecanismo también se aplica a Bulgaria (según lo establecido en su Tratado de Adhesión) pero debido al desafortunado desarrollo en Bulgaria de su política doméstica, ha resultado menos efectivo. No existe garantía de que la mejora rumana continúe, los intentos para establecer medidas anticorrupción

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

anuales son un punto de referencia para el discurso público en Rumanía; tanto sus recomendaciones como su contenido tienen un peso específico importante. Por ejemplo, cuando la élite rumana intentó relajar las normas anticorrupción en febrero de 2017, se desataron manifestaciones multitudinarias. Pero más importante que el abandono del cambio normativo propuesto fue la condena al respecto que planteó la Comisión Europea, que expresamente se remitió al mecanismo de cooperación y verificación (si bien esto fue menos espectacular y recibió una menor cobertura por parte de los medios de comunicación)[30].

II. LA CONSTITUCIÓN HÚNGARA DE 2010/2011: SU PROCESO DE ELABORACIÓN DE DESDE LA PERSPECTIVA DEL FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL

A la luz de lo indicado anteriormente, es preciso tener en cuenta cómo se pueden evaluar desde el punto de vista del fortalecimiento institucional los cambios constitucionales de los últimos años en Hungría. ¿Hasta qué punto los elementos institucionales se han reforzado mutuamente? Es decir, ¿las reglas formales, las prácticas reales y las narrativas han dado como resultado instituciones estables (resistentes y duraderas) y fuertes (capaces de determinar el comportamiento humano) o, por el contrario, se debilitan entre sí a causa de su carácter irreconciliable? ¿Las nuevas características institucionales mejoran la previsibilidad, promoviendo un pensamiento a largo plazo y la observancia de la Ley? Y en caso de que sí lo hicieran, ¿esto conlleva a la prosperidad de la nación en su dimensión social? A continuación trataré en detalle esta cuestión; pero de antemano el resumen de la respuestas que ofreceré es que lamentablemente no es así. Desafortunadamente, la elaboración de la constitución de 2012/2011 puede considerarse un fracaso por dos razones: en primer lugar, debido a la falta de coherencia entre cada uno de los elementos (reglas, prácticas y narrativas), esto hace que las instituciones sean menos estables y, por tanto, cada vez más incapaces de promover el cumplimiento de la Ley; en segundo lugar, las instituciones que se establecieron finalmente son menos adecuadas para contribuir a la prosperidad de la comunidad política.

continúan; el éxito es en este caso el resultado de una constelación afortunada en la política doméstica, (equilibrio de poderes, relaciones personales, protestas masivas, y presión externa de la Unión Europea, para más detalles *vid.* Ingi Iusmen, *'EU Leverage and Democratic Backsliding in Central and Eastern Europe: the Case of Romania'* 53 J. Common Mkt. Stud. 593 (2015); U. Sedelmeier, *'Anchoring Democracy from Above? The European Union and Democratic Backsliding in Hungary and Romania after Accession'* 52 *J. Common Mkt. Stud.* 105 (2014); U. Sedelmeier & C. Lacatus, *'Compliance with the European Union's Anti-Corruption Conditions in the 'Cooperation and Verification Mechanism': Why is Romania Better than Bulgaria?'* 28 MAXCAP Working Papers (2016).

30 J.C. Juncker, Pres. Eur. Comm`n. & Frans Timmermans First Vice-Pres., Joint Statement on the fight against corruption in Romania, (Feb. 1, 2017), www.europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-195_en.htm.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

1. El texto formal: pocos cambios — mejora parcial, empeoramiento parcial

Comparados con la gran cantidad de cambios institucionales, los cambios realizados en las reglas formales son relativamente menores, la nueva Ley Fundamental básicamente mantiene el sistema normativo y el texto de la anterior Constitución[31], con algunas mejoras en la codificación, e incluyendo también ciertos cambios sustanciales positivos como la previsión sobre limitación de la deuda. Quizás quienes llevaron a cabo la reforma se dieron cuenta de que podría haber resultado muy arriesgado comenzar a experimentar, por lo que desecharon diversas propuestas normativas como introducir un sistema semipresidencialista o un modelo parlamentario bicameral (Hungría mantiene su sistema parlamentario unicameral).

Más allá de las normas que únicamente tienen una mera relevancia simbólica, el texto estaba salpicado de excepciones ad hoc, mediante las cuales los redactores llevaron a acabo ciertos ajustes, tanto sobre las normas relativas a la organización del Estado como sobre los derechos fundamentales, con el objeto de que estas normas estuvieran orientadas en el sentido de los intereses reales o percibidos por el partido (en especial esto puede verse en las disposiciones referidas a los tribunales ordinarios, el Tribunal Constitucional o las confesiones religiosas). En ocasiones el resultado querido no fue alcanzado a la primera, por lo que las excepciones tuvieron que ser enmendadas y re-enmendadas. Estas vergonzosas repeticiones trajeron causa del hecho de que la mayoría de los expertos en Derecho constitucional dejaron, uno tras de otro, de tomar parte en el proceso de elaboración y toma de decisiones. Ello se debió a que, por un lado, sus opiniones no se tenían realmente en cuenta y, por otro lado, tuvieron que hacer frente a una situación en la que su ética profesional respecto de necesaria limitación del poder estatal estaba en conflicto con la línea que se les pidió que adoptaran.

En este contexto, todos los controles establecidos sobre aquellos que tenían que tomar las decisiones quedaron fundidos, y únicamente la presión ejercida por las Instituciones de la Unión Europea y por otros actores internacionales (principalmente los Estados Unidos y los mercados financieros internacionales) actuaron

31 De una parte, esto es favorable, como las tradiciones liberal democráticas (esp. case-law) han tenido una alta probabilidad de sobrevivir. De otra parte, sin embargo, esto es desfavorable porque lo observadores superficiales (por, ejemplo, aquellos que solo tienen en cuenta las normas legales, pero no la prácticas y narrativas reales), pueden tener la falsa impresión de que los cambios han sido menores. Para más detalles, *vid.* A. Jakab, P. Sonnevend & L. Csink, *'The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics: The Basic Law of Hungary' in*, Constitutional Crisis in the European Constitutional Area 33 (A. Von Bogdandy & P. Sonnevend eds. 2015); A. Vincze & M. Varju, *'Hungary: The New Fundamental Law'* 18 Eur. Pub. L. 437 (2012); K. Lane Scheppele, *Autocratic Legalism*, 85 U. Chi. L. Rev. 545 (2018); K. Lane Scheppele, *The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work*, 26 Governance 559 (2013); M. Bánkúti, G. Halmai & K. Lane Scheppele, *Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution,* 23 Journal of Democracy, July 2012, p. 138; M. Bogaards, *De-democratization in Hungary: diffusely defective democracy*, 25 Democratization 1 (2018); I. Pogany, *The Crisis of Democracy in East Central Europe: The 'New Constitutionalism' in Hungary*, 24 European Public Law 341, 352 (2013).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

como el único límite al ejercicio de la mayoría reforzada con capacidad de cambiar la Constitución que existió hasta 2015 (y que los partidos de gobierno recuperaron en 2018 al alcanzar la mayoría de dos tercios, necesaria para aprobar el cambio en la Constitución)[32].

Esta tendencia ya era visible en el momento del proceso de los años 2010/2011, y se hizo especialmente patente con la Quinta Reforma de la Ley Fundamental, que vino impuesta al Gobierno por Bruselas, Venecia, Estrasburgo y Luxemburgo, con la que se buscaba remediar las deficiencias constitucionales más graves que afectaban a la normativa europea. De hecho, esta circunstancia se reconocía incluso en la exposición de motivos que se adjuntaba a la Reformas donde se indicaba: «Por lo tanto, al objeto de prevenir que ciertas previsiones constitucionales puedan servir como pretexto para atacar a Hungría, el Gobierno, sin abandonar su intención original (…), propone una solución diferente.»

2. **La práctica real: la erosión gradual del Estado de Derecho**

Después del 2010, el funcionamiento real del Ordenamiento Jurídico estuvo marcado tanto por un incremento en la instrumentalización de la legislación, esto es, en el uso de la facultad legislativa como una herramienta de poder político; como por un aumento de la incertidumbre, que socavaba la seguridad jurídica[33]. (Desde la perspectiva constitucional, el modo en el que se elaboran las leyes es parte de la práctica real). A partir de entonces, el número de leyes promulgadas ha ido creciendo de forma continuada, con plazos cada vez menores por lo que a su adopción de refiere, lo que desde el punto de vista de la certeza del Derecho es un elemento desfavorable[34], y tiene, además, un impacto negativo sobre la calidad de la legislación, que requiere de frecuentes modificaciones, lo que provoca efectos especialmente adversos en la seguridad jurídica[35].

32 Las elecciones de 2018 han sido duramente criticadas por la OSCE, *vid. Statement, OSCE/ODIHR, Limited Election Observation Mission*, (Apr. 8, 2018), www.osce.org/odihr/elections/hungary/377410?download=true: *'The 8 April parliamentary elections were characterised by a pervasive overlap between state and ruling party resources, undermining contestants' ability to compete on an equal basis. Voters had a wide range of political options but intimidating and xenophobic rhetoric, media bias and opaque campaign financing constricted the space for genuine political debate, hindering voters' ability to make a fully-informed choice.'*

33 Sobre la falta de certeza jurídica *vid.* Jakab & Gajduschek, A magyar jogrendszer állapota, *supra* nota 10. Péter Tölgyessy, *'Politika mindenekelőtt: Jog és hatalom Magyarországon'* p.17; A. Szalai & A. Jakab, *'Jog mint a gazdasági fejlődés infrastruktúrája'*,p. 116; G. Gajduschek, *'Előkészítetlenség és utólagos hatásvizsgálat hiánya'* p. 796; C. I. Nagy, *'Esettanulmány a jogbiztonsággal kapcsolatos problémákról: a választottbíráskodásra vonatkozó szabályozás változásai',* p. 856.

34 Esto no es una tendencia general en el mundo *vid.* por ejemplo, The British data Michael Zander, *The Law-Making Process* 1 (2004).

35 Para las estadísticas de modificación de leyes recientemente adoptadas, vid. M. Sebők, B. Kubik & C. Molnár, *'A törvények formális minősége — egy empirikus vázlat' in*, Trendek a magyar politikában 2. A Fidesz és a többiek: pártok, mozgalmak*,* 300, 304 (Zsolt Boda & Andrea Szabó eds.2017).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La práctica real, particularmente dentro del ámbito del Derecho constitucional, se desvía cada vez más de los que se prevé en las reglas formales. Estas prácticas, sin embargo, son difíciles de precisar mediante métodos jurídicos tradicionales[36]. Las infracciones que se manifiestan en la práctica real son destructivas cuando bien alcanzan un nivel crítico, cuando estas solo puedan explicarse en referencia a una excepción implícita, o cuando la regla se cuestione en el nivel de la narrativa. Aunque puedan cometerse anualmente varios homicidios en Hungría, allí no se cuestiona la fortaleza de la protección de la vida como institución[37]. Sin embargo, si el pueblo húngaro fuera testigo de un gran número de homicidios, como sucede en Méjico o en Filipinas con el apoyo de la narrativa oficial del Gobierno, o si asistiera al asesinato rutinario de periodistas de la oposición (como es el caso de Rusia donde se han producido extraños homicidios que nunca han sido investigados), ello indicaría un debilitamiento de la institución.

Desgraciadamente, en Hungría se ha asistido a varios casos de debilitamiento de instituciones constitucionales. La siguiente es una lista que, sin ser exhaustiva, presenta una serie de ejemplos: (1) En primer lugar, aunque el Tribunal Constitucional muestra eventualmente algún signo vital cuando adopta ciertas decisiones sobre asuntos de menor entidad, resulta evidente para los juristas, y ahora también para los legos, que el Tribunal simplemente teme resolver o, en su caso, no quiere adoptar ciertos pronunciamientos que, necesariamente, deberían seguir lo indicado en la Ley Fundamental. Un ejemplo reciente y realista de lo indicado sería la aplicación de la lógica jurídica en sentido estricto respecto de la manifiesta inconstitucionalidad de la lex CEU[38], sin que pueda ser tenida por una táctica dilatoria como, por ejemplo, sí lo sería la designación de un comité de expertos que hubiera preparar un extenso informe preliminar. Aunque desde un punto de vista jurídico, no cabe objeción, sin embargo, en el nivel de la práctica real esto equivale a la destrucción institucional; minando la confianza en la independencia del Tribunal Constitucional y con razón, y desacreditando gradualmente la narrativa de la separación de poderes[39]. (2) En segundo lugar, existe un significativo número de casos, algunos de ellos denunciados por los medios de

36 La discrepancia está programada en la naturaleza del régimen; si las normas formales (y, en ciertos casos, también la retórica política) más o menos conformes con las ideas del constitucionalismo, entonces esto puede conferir legitimidad al régimen, de modo que su desaparición total parace improbable, considerando que cada vez nos encontramos más excepciones en las prácticas reales. La tensión entre los elementos formales e informales no ese este sentido un defecto, sino que desde la perspectiva de la práctica política es algo bastante lógico en este régimen.

37 OFFE, *supra* nota 8, p. 206.

38 Para un análisis empírico de la influencia del gobierno sobre el Tribunal Constitucional vid. Z. Szente, *'The Political Orientation of the Members of the Hungarian Constitutional Court between 2010 and 2014'* Const. Stud.1.1 123 (2016).

39 Sobre el último movimiento del Tribunal Constitucional, que en esta acasión constituye una clara quiebra de sus normas procesales. *vid.* G. Halmai, *'The Hungarian Constitutional Court betrays Academic Freedom and Freedom of Association'* Verfassungsblog (June 8., 2018), www.verfassungsblog.de/the-hungarian-constitutional-court-betrays-academic-freedom-and-freedom-of-association/.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

comunicación, que ponen en cuestión la aplicación de diversas prácticas materiales por lo que a la selección de la presidencia de los tribunales de justicia (que, no olvidemos, siguen jugando un significativo papel respecto del reparto de asuntos dentro de cada uno de sus respectivos órganos judiciales), en tanto que la relación personal con el Presidente de la Oficina Nacional del Poder Judicial tiene más peso en la decisión que el criterio oficial de mérito y capacidad. Esta práctica, que en la mayoría de los casos no supone una quiebra relevante de las reglas del procedimiento de selección, aunque alguna vez excepcionalmente esto sí ocurre, se produce desde que gran parte de dichas reglas se elaboraran por parte del propia Oficina Nacional del Poder Judicial, algo que infringe los principios generales que deben conducir estos procesos al no tenerlos en cuenta. Todo ello corroe dolorosamente los elementos informales sobre los que se constituye la independencia judicial[40]. (3) En tercer lugar, si bien la Ley Fundamental respalda la idea de autogobierno, en realidad se basa en la centralización completa y general del Estado, en parte a través de las leyes formales de implementación y de la re-regulación de competencias y, en parte, mediante la realización práctica de la financiación, donde la distribución de los fondos se lleva a cabo de forma discrecional y poco transparente[41]. Si bien las normas formales de lucha contra la corrupción se mantienen, los servicios anticorrupción siguen funcionando sin transparencia ni garantías. Entre tanto, se ha publicado una sucesión de informes periodísticos, que no han sido refutados, en los que se señala que la Oficina del Fiscal General, cuando se trata de formular cargos respecto de sospechas relativas presuntos delitos cometidos por personas cercanas al Gobierno, no ha adoptado ninguna medida o a demorado su actuación o, incluso, se ha conducido con una espectacular torpeza. Incluso la corrupción, en un sentido amplio, aparece eventualmente en el nivel legislativo, como ocurre en la normativa sobre apuestas o sobre venta minorista de tabacos[42]. Aunque la normativa formal establece que uno de los objetivos de la Autoridad Nacional de Medios de Infocomunicaciones y del Consejo de Medios de Comunicación es promover el pluralismo de los medios de comunicación, en el marco de la práctica real, ambos están trabajando visiblemente de forma que todo el panorama de los medios se conduzca hacia las posiciones el gobierno, en parte mediante una aplicación incompleta de las normas y, en parte,

40 M. Bencze & A. Badó, '*A magyar bírósági rendszer hatékonyságát és az ítélkezés színvonalát befolyásoló strukturális és személyi* feltételek' in, A magyar jogrendszer állapota, *supra* nota 11, p. 441, 'A bírói önigazgatás kiüresedése, a politikai befolyás lehetősége, konformitási kényszer megjelenése.'

41 I. P. Kovács, '*Modellváltás a magyar önkormányzati rendszerben' in*, A magyar jogrendszer állapota, *supra* nota 10, pp. 583-599.

42 Con documentación detallada, vid. M. Ligeti, '*Korrupció' in,* A magyar jogrendszer állapota, *supra* nota 11, pp. 727-757. Además, como narrativa, la evidente corrupción sistematizada es abiertamente defendida por algunos intelectuales próximos al gobierno en medios de comunicación amigos que se han conformado como una nueva clase capitalista. Vid. la infame entrevista con András Lánczi, Prof., Corvinus Universtity Budapest, in Magyar Idők (Dec. 21 2015), www.magyaridok.hu/belfold/lanczi-andras-viccpartok-szinvonalan-all-az-ellenzek-243952/.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

por manifiestas violaciones del ordenamiento, tal y como ha sido sentenciado por los Tribunales[43]. (6) En sexto lugar, la protección de la propiedad privada continúa formando formalmente parte del Ordenamiento Jurídico de Hungría, si bien se ha deteriorado seriamente o, al menos, se ha tornado singular en varios puntos. Así, más allá del hecho que desde 2010 hasta el día de hoy las competencias del Tribunal Constitucional permanecen incompletas —en tanto que el Tribunal no puede revisar en relación con el derecho de propiedad las leyes de naturaleza fiscal o presupuestaria—, es posible encontrar repetidos casos en los que una empresa es, primeramente, despojada por el Estado de su participación en el mercado mediante la introducción de enmiendas legislativas —que por sí mismas no pueden ser objetadas formalmente)—; dicha participación posteriormente se transmite por la vía de los hechos a personas jurídico privadas (como, por ejemplo, sucede con las leyes sobre apuestas); y, finalmente, se introducen estrictas reglas formales como el paso siguiente para proteger al nuevo titular de esa participación. De hecho, es el propio concepto de propiedad privada lo que se vuelve relativo cuando se trata de obtener una imagen clara de la verdadera situación financiera de los principales políticos. Y esto sucede no solo por las distintas opciones contractuales sino también por la vinculación de los políticos a específicas formas de propiedad privada, en las que quien esté registrado como propietario es una mera formalidad[44]. Gracias a la tragicómica forma en la que se manejas las declaraciones patrimoniales de los políticos tampoco se tiene una idea clara de la riqueza de los políticos, incluso cuando los activos están a inscritos a su nombre (si bien no hay nada nuevo en referencia en relación con este asunto, el grado y notoriedad de las discrepancias existentes entre la realidad y las declaraciones van más allá lo que había sucedido anteriormente).

Aquellos a los que corresponde adoptar las decisiones carecen por completo del sentido de responsabilidad para resistir tales tenciones, aunque esto vaya en contra de su interés a largo plazo, y de que, tal y como se indica, están desmantelando activamente la constitucionalidad, por ejemplo, del sistema de normas jurídica que limita el gobierno, mientras que al mismo tiempo respaldan formalmente las normas constitucionales, que finalmente quedan en simple palabrería[45].

Sin descender a las extensas construcciones académicas, estas situaciones pueden describir de forma exhaustiva, aunque breve, mediante los conocidos

43 G. Polyák & K. Nagy, *'A médiatörvények kontextusa, rendelkezései és gyakorlata'* 20 Jura 127 (2014), www.mediakutato.hu/cikk/2016_03_osz_tel/10_frekvenciaosztogatas.

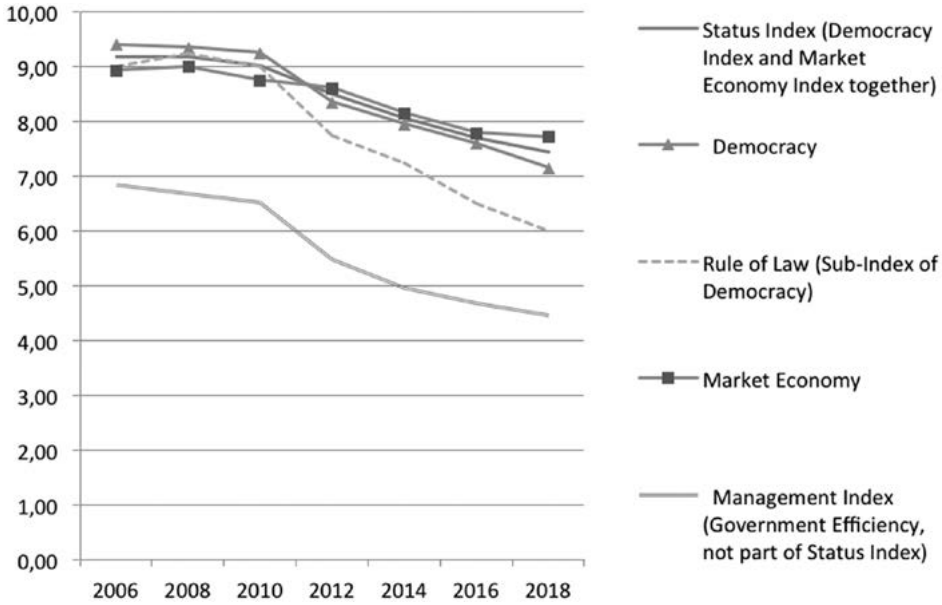
44 Sobre las entrevistas y los casos estudiados en esta material vid. Dorottya Sallai (Egerszegi) & Gerhard Schnyder, *'The Transformation of Post-Socialist Capitalism — from Developmental State to Clan State?'* (Jan.12, 2018), www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3100775.

45 Sobre este tipo de regimens constitucionales híbridos vid. para más referencias, por ejemplo, R. N. Ortega, *Conceptualizing Authoritarian Constitutionalism'* 49 Verfassung und Recht in Übersee 339 (2016); S. Levitsky & L. A. Way, *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold War* (2010); A. Bozóki & D. Hegedűs, *'An externally constrained hybrid regime: Hungary in the European Union'* 25 Democratization 1 (2018).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Gráfico n.º 1. **Índice Bertelsmann de Transformación representado en un gráfico con los datos referidos a Hungría durante el periodo 2006-2018**



índices del Estado de Derecho, que capturan varios extremos mediante un solo indicador y, lo que es más significativo, confieren la debida atención a las prácticas reales[46]. Estos índices reflejan claramente la erosión del Estado de Derecho que durante los últimos años está teniendo lugar en Hungría y respecto de la cual todo indica que dicho proceso va a continuar en el futuro. A continuación, presentaré brevemente los valores relativos al subíndice referido al Estado de Derecho contenido en el Índice de Transformación Bertelsmann. El Índice de Trasformación Bertelsmann, conocido como (índice de status) es el promedio entre el índice de la economía de mercado y el índice de democracia, que incluye

46 Sobre los detalles metodológicos mencionados y mas información sobre los índices del Estado de Derecho, *vid.* A. Jakab & V. O. Lőrincz, *'International Indices as Models for the Rule of Law Scoreboard of the European Union: Methodological Issues '*21 Max Planck Institute for Comparative Public & International law (2017), www.ssrn.com/abstract=3032501. Los distintos índice del Estado de Derecho se realizan sobre la base de distintas fuentes, entre las que están los datos (como el presupuesto del poder judicial, la oponión de expertos (de juristas constitucionales) y/o las encuestas de opinion pública (por ejemplo, la percepción judicial). Muestro aquí mi agradecimiento en la preparación de los gráficos a V. Olivér Lőrincz and N. Taletovic. El uso de estos índices no convierte la metodología doctrinal de análisis jurídico en algo obsoleto, pero en situaciones en las que existen un gran número de cambios y problemas en donde crece la discrepancia entre las normas y los hechos son especialmente útiles (en todo caso también se incluyen las opiniones de los expertos y las opiniones de la doctrina tradicional).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el Estado de Derecho según la conceptualización de Bertlsmann. Este mide cuatro elementos del Estado de Derecho, un total de diecisiete parámetros a través de cuarenta y nueve criterios que se superponen parcialmente: (1) en primer lugar, la separación de poderes; (2) en segundo lugar, la independencia judicial, (3) en tercer lugar, la persecución del abuso de poder y, (4) en cuarto lugar, los derechos fundamentales. Las cifras muestran una erosión gradual del Estado de Derecho en Hungría. Por su parte, el índice de gestión es un indicador distinto que mide la eficiencia del gobierno. Este también muestra una tendencia a la baja, es decir que la erosión del Estado de Derecho no impulsó la eficiencia.

3. Una narrativa deshonesta: ¿o por qué Hungría necesita una nueva Constitución?

En el momento en el que se redactó la Ley Fundamental se dieron diversas razones oficiales de por qué Hungría necesitaba una nueva Constitución[47]. Finalmente prevalecieron dos argumentos principales. (a) El primero señalaba que la Constitución comunista de 1949 debía ser remplazada; (b) el segundo, por su parte, argüía que una nueva Constitución marcaría el fin de dos décadas de «confusión» después del fin del socialismo en 1989/1990.

El primer argumento (a), relativo al cierre de la confusión subsiguiente a al periodo socialista carece de todo fundamento tanto formal como material: la Constitución de 1949 fue sustituida en 1989/1990 y, aparte de unas pocas frases insignificantes que podrían haberse eliminado mediante una simple enmienda constitucional, no quedaban en 2010/2011 restos socialistas en el texto. En este sentido el principal argumento formal fue que en el título de la Constitución aún se contenía una referencia al año 1949 (se titulaba Ley n.º XX de 1949).

El segundo argumento (b), referido al fin simbólico de las dos décadas anteriores (las que transcurren desde 1989/90 hasta 2010), fue, sin embargo, un argumento que los partidos del gobierno pudieron haber tomado, al menos parcialmente en serio[48]. Estas dos décadas (y en particular la segunda), fueron de hecho poco exitosas para el país: los Estados centroeuropeos vecinos alcanzaron a Hungría, que hasta entonces había sido el líder regional e, incluso, algunos la superaron en términos de ciertos indicadores económicos. A pesar de que los políticos debían haberse mirado entonces al espejo, fue más sencillo culpar a la Constitución o al adversario político de esa situación. De este modo la sociedad húngara quedó atascada y cada vez más enredada en una versión nacional de la guerra fría en la que la victoria sobre la oposición justificaba cualquier medio: la corrupción, el endeuda-

47 Narratives are 'not just of *how* we do things around here, but also *why* we do things the way we do.' *Vid* Lowndes & Roberts, *supra* nota 4, p. 64.

48 Para su simbolismo *vid.* L. Sólyom, *Das Gewand des Grundgesetzes: Zwei Verfassungsikonen — Ungarn und Deutschland* (2017).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

miento público, la baja calidad del gobierno o, incluso, su nula calidad. Se trató de un periodo problemático e infructuoso que se cerró con la nueva Constitución. Sin embargo, los problemas persistieron después de 2010/2011 e, incluso, algunos de ellos se agrandaron: la corrupción ha aumentado, se ha centralizado y está más organizada; la deuda del Estado no se ha reducido sustancialmente (aunque Hungría ha nacionalizado los fondos privados de pensiones y ha conseguido crecimiento mediante la supresión de los impuestos especiales); y la calidad de la gobernanza tampoco ha mejorado, es más, en ciertas áreas, por ejemplo en el campo de la educación pública se ha producido un deterioro espectacularmente dramático[49]. Por todo ello, la Ley Fundamental fue incapaz de convertirse en la simbólica línea divisoria que los partidos gobernantes pretendían; de hecho en su lugar ha pasado a simbolizar la erosión del Estado de Derecho y, como suele pasar en estos casos, se ha convenido en la imagen de todo este régimen (con su corrupción sistemática y sus tendencias autoritarias). En realidad, la Ley Fundamental perpetúa una visión fracasada y claramente deshonesta en ciertas materias respecto de ciertos problemas morales e intelectuales especialmente arraigados, por ejemplo, existe una clara continuidad en la negativa a divulgar los archivos secretos tras el fin del régimen socialista (Hungría continúa tratando la información del servicio secreto comunista de forma opaca) y, además, los problemas de corrupción en la contratación pública se han generalizado desde 1990.

Cuando se busca un arquetipo que describa mejor la narrativa del sistema jurídico actual, el que resulta más apropiado es el propio de la era socialista. Esta circunstancia es de lo más sorprendente, ya que la razón más importante para la adopción de la nueva Ley Fundamental fue superar la Constitución socialista (o incluso la «comunista») anterior (1949/1989). En el plano político, el actual gobierno húngaro emplea sistemáticamente una retórica política anticomunista, pero sus ideas implícitas y a veces también las explícitas sobre la ley evidencian, de hecho, significativas reminiscencias de la doctrina legal socialista. No es una mera coincidencia fortuita, sino que, más allá de esto, se trata una clara e identificable continuidad de la teoría jurídica marxista, que ha sobrevivido al cambio político y que persiste en el pensamiento jurídico de Hungría[50]. Esta llegó a convertirse en dominante de forma evidente después de 2010, habiendo sido elevada en parte al nivel de la narrativa oficial[51]. Esta continuidad no es solo un mero remanente del pasado sino que ha conllevado también el refuerzo de varias de sus características, circunstancia esta inducida en parte por la similitud entre ambos funcionamientos políticos, en particular por el estatismo y el voluntarismo y, en parte, por los elementos de la teorías socialista que perviven como residuos mentales[52].

49 I. Polónyi, *'Oktatáspolitikai kísérletek és kudarcok' in* Hegymenet, *supra* nota 17, pp. 379-400.

50 Para más detalles vid., A. Jakab and M. Hollán, *'Socialism's Legacy in Contemporary Law and Legal Scholarship: The Case of Hungary'* 2-3 Colum. J. E. Eur. L. 95 (2004).

51 *Vid.* Tölgyessy, *supra* nota 33.

52 La expresión «residuos mentales» se ha tomado prestada de Offe, *supra* nota 18, p. 210.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La doctrina jurídica oficial marxista-leninista (y particularmente la doctrina constitucional) puede resumirse brevemente en unos pocos preceptos (vid. infra)[53]. En todo caso, no afirmo que estos formen en abstracto el conjunto de la esencia de la teoría jurídica o constitucional marxista, en tanto que un jurista erudito en esta doctrina legal probablemente reconstruya sus tesis de una forma diferente; no obstante, los preceptos que a continuación se enumeran se muestran como los más relevantes para entender el legado contemporáneo de esta ideología en Hungría. Evidentemente el enfoque gubernamental respecto de la ley evita los fundamentos teóricos de este pensamiento jurídico y en tanto en cuanto surge accidentalmente alguno de sus fragmentos, es difícil vincularlos entre sí conjuntamente en una doctrina jurídica abstracta y coherente[54]. Ahora bien, algunos de los elementos de la doctrina jurídica marxista, sobre los que trato a continuación, tienden aún a resurgir. Seguidamente resumiré primero cada uno de esos preceptos para describir después cómo y en qué medida perviven en la actualidad[55].

(1) La ley es solo un impedimento de naturaleza técnica, y no es una barrera real para la política; la ley refleja la voluntad de la clase dominante — el instrumentalismo jurídico, esencialmente niega la idea del constitucionalismo.

Constituye una infame manifestación de ello el uso desenfrenado de la legislación, incluida la elaboración de una constitución, para, por un lado, ponerla al servicio de los fines concretos de las políticas del poder (ejemplos concretos son en este sentido las leyes sobre medios de comunicación, sobre el procedimiento electoral y la publicidad política en espacios públicos) y; por otro lado, otorgar beneficios económicos a un determinado grupo de interés concreto (como sucede, por ejemplo, con la legislación del juego, la venta al por menor de tabaco o diferentes leyes tributarias). Otro claro ejemplo de legislación instrumentalizada[56] es la lex CEU que es descaradamente inconstitucional (y probablemente también contraviene el Derecho de la UE), que posiblemente buscaba desviar el debate político de otros asuntos más incómodos como la corrupción, la situación de los servicios públicos de salud y el sistema educativo. El concepto instrumentalista de la Ley solo se ha transformado en el sentido de que «la clase trabajadora» ha sido sustituida por «la nación», en cuyo interés se legitiman violaciones formales

53 En referencia al uso de la teoría legal marxista en este trabajo, me refiero al socialismo normativo de origen soviético: por decirlo de otro modo, a la teoría jurídica marxista leninista. Para más detalles vid. por ejemplo., J. N. Hazard, Communists and their law (1969); W. E. Butler, *Soviet Law* (1988).

54 Sobre el «estado illiberal», vid. infra.

55 Sobre la continuación de la influencia comunista, con más referencias, *vid.* Jakab, *supra* nota 50.

56 Vid. S. Walker, *Liberal Hungarian university warns Victor Orbán could force it abroad*, The Guardian (May 15. 2018), www.theguardian.com/world/2018/may/15/central-european-university-ready-to-move-out-of-hungary; L. Sólyom, M. Lévay, Z. Szente & A. Jakab, *Amicus Curiae a Lex Ceu ügyében (*Amicus Curiae in the case of Lex CEU), (June 12 2017) www.public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/af27b40ba-3b0b821c1258109003f9b19/$FILE/II_1036_5_2017_%C3%A1ll%C3%A1sfoglal%C3%A1s.002.pdf/II_1036_5_2017_%C3%A1ll%C3%A1sfoglal%C3%A1s.pdf

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del Ordenamiento y en cuyo interés, también, se aprueban leyes que contravienen los principios del constitucionalismo occidental.

(2) De entre los distintos métodos de interpretación existentes se adoptan preferentemente aquellos enfoques de naturaleza textual, en tanto que las soluciones de tipo creativo, como la referencia a los fines generales texto normativo, conferiría a los jueces una margen de interpretación excesivo, que podría pasar por antidemocrático, dando lugar a una quiebra de la certeza jurídica. En realidad en la redacción original se daba un paso adelante en el fomento de la interpretación teleológica, algo habitual dentro de la cultura jurídica occidental y también en la húngara antes de la Segunda Guerra Mundial[57]. Sin embargo, las enmiendas Cuarta y Séptima de la Ley fundamental tenían por objeto frenar la capacidad tanto del Tribunal Constitucional como de los Tribunales ordinarios de poder reinterpretar (reescribir) las reglas jurídicas formales[58].

(3) Descartar el principio de separación de poderes, en favor de la concentración del poder, o «centralismo democrático». En el texto de la Ley Fundamental se contiene expresamente, aunque en cierta medida de forma farisea, el principio de separación de poderes que formalmente es parte de la Constitución. Sin embargo, en el marco de las prácticas reales presenciamos una evidente erosión de este principio de división del poder. Resulta complejo evidenciar estas prácticas con los métodos legales tradicionales ya que en la práctica se producen bien mediante el reclutamiento de cargo o bien a través de mecanismos informales de presión. Durante la época socialista, los tribunales constitucionales se describían como instituciones elitistas y antidemocráticas, que carecían de legitimación original y, por tanto, sin capacidad para intervenir en los procesos políticos, donde los jueces eran, además, meros burócratas. Esta visión se mantiene hoy en Hungría, incluso tras el fin del socialismo, en el marco del discurso público, en donde además se expresa una postura abiertamente hostil y sin precedentes por parte de los niveles políticos más importantes, por ejemplo, cuando se califica a la jurisprudencia constitucional como «arúspice»[59].

(4) La eficacia del Derecho internacional proviene de la soberanía estatal de la cual se deriva.

Esto es algo que se experimenta de manera cotidiana, comenzando por las declaraciones en las que se retrata a la Comisión Venecia como parte de una

57 A. Jakab, *'A bírói jogértelmezés az Alaptörvény tükrében'* 2 Jogesetek Magyarázata 86 (2011).

58 Sobre el formalismo judicial de las, aunque cada vez menos, persistentes tradiciones socialistas, vid. M. Matzak, M. Bencze Z. Kühn, *'EU Law and Central European Judges: Administrative Judiciaries in the Czech Republic, Hungary and Poland Ten Years after Accession' in* Central European Judges under European Influence (Michael Bobek ed., 2015).

59 Los cambios en las normas jurídicas relativas al Tribunal Constitucional desde 2010 pueden explicarse fundamentalmente por el objetivo de los constituyentes de separar al Tribunal de la legislación políticamente relevante. Vid. F. Gárdos-Orosz, *'Alkotmánybíróság 2010*-2015' in A magyar jogrendszer állapota, *supra* nota 10, p. 442.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

conspiración internacional liderara por el financiero judío de origen húngaro George Soros, pasando las campañas de cartelería estatal en las que se incita al odio contra los migrantes, contra Naciones Unidas y contra la Unión Europea, a la que únicamente se refieren como Bruselas. Además, en los últimos años también hemos visto una resolución parlamentaria en la que se criticaba duramente a una sentencia de Estrasburgo, a pesar de que posteriormente la sanción impuesta por dicho pronunciamiento fue efectivamente satisfecha al demandante[60]. En paralelo, esta posición respecto al Derecho internacional aparece también en ciertas decisiones del Tribunal Constitucional que prescinde totalmente de las disposiciones sobre esta materia contenidas en la Ley Fundamental[61].

Las similitudes con el antiguo régimen son evidentes y, aunque uno o dos elementos puedan tener otras fuentes, como por ejemplo el positivismo jurídico clásico o los conceptos autoritarios de la Ley[62], sin embargo, sus orígenes provienen directamente del socialismo e, incluso, si observamos más de cerca cómo esta postura se manifiesta se nos revela a menudo su fuente marxista.

La resistencia frente la revisión judicial de los actos parlamentarios, por ejemplo, es también característica del constitucionalismo británico clásico (si bien esta no pervive en la actualidad en su naturaleza original desde que en 1988 se aprobara la Human Rights Act y desde que se introdujo una jurisprudencia moderada en materia de derechos fundamentales). Se trivializa con el ejemplo británico ante la audiencia húngara, pues existen grandes diferencias entre el sistema húngaro y el sistema británico, que, al carecer de una constitución escrita permite la adopción de cualquier ley por una simple mayoría. Así todo intento por transponer el concepto británico de «political constitucionalism» fallaría, al tratarse el caso húngaro de contexto en el que existe un medio institucional diferente[63]. Además, el rechazo a la creatividad por parte de los jueces no solo era algo característico de la teoría legal marxista, sino que también de una significativa rama de la doctrina jurídica estadounidense, la orginalista, que mantiene una visión similar[64]. Sin embargo, mientras los originalistas tratan de descubrir el sentido original de ciertos términos jurídicos específicos, esto no se produce al usarse esta metodología en la práctica real

60 Parl Dec 58/2012. (VII. 10.) OGY hat.

61 El art. Q de la Ley Fundamental contiene la obligación de conformidad con la ley internacional. Sobre los intentos de neutralizar esta disposión, *vid.* AB [Constitutional Court] Dec.34/2013., XI. 22.(Hung.), sep op by Justice Béla Pokol [83]-[85]; AB [Constitutional Court] Dec 7/2014. III. 7. (Hung.), sep op by Justice Béla Pokol [113].

62 B. Pokol, *'Separation of Power and Parliamentarism in Hungary'* 37 E. Eur. Q. 67 (2003); B. Pokol, The Juristocratic State: Its Victory and the Possibilities of Taming (2017).

63 Sobre constitucionalismo político vid. R. Bellamy, Political Constitutionalism (2007). Para una revisión crítica de la recepción del concepto en Hungría. *Vid.* A. Antal, *'Politikai és jogi alkotmányosság Magyarországon'* 22 Politikatudományi Szemle 48 (2013), con más referencias.; I. Stumpf, E. Allam — alkotmányos korlátok (2014).

64 *Vid.,* por ejemplo, A. Scalia & B. A. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts* (2012).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

húngara. Un significativo número de promotores del actual gobierno, entre los que se encuentran expertos en Derecho, comenzaron sus carreras como teóricos jurídicos marxistas, y algunos de ellos continúan trabajando (entre otras cosas) con terminología marxista[65].

4. **El efecto combinado de los distintos componentes**

En 2011 Lászo Sólyom (el primer presidente del Tribunal Constitucional Húngaro entre 1990 y 1998, y también Presidente de la República entre 2005 y 2010) escribió que creía en la supervivencia de las Instituciones del constitucionalismo a través de la cultura constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a pesar de las prácticas gubernamentales y, también, de ciertas disposiciones cuestionables en la nueva Ley Fundamental[66]. Sin embargo, desafortunadamente, su visión optimista no ha llegado a convertirse en realidad. Si bien la cultura constitucional logró efectivamente atenuar algunas enmiendas groseras a leyes formales, la reforma constitucional de 2013 dejó meridanamente claro que todo lo con ello puede hacerse es simplemente retrasar el deterioro, pero no impedirlo. Desde entonces, no solo generan preocupación las prácticas gubernamentales y legislativas sino también las del propio Tribunal Constitucional (particularmente las tácticas dilatorias empleadas en ciertos casos políticamente delicados). Las instituciones existentes se han debilitado considerablemente —según los índices sobre el Estado de Derecho descritos anteriormente— y no se ha establecido ninguna nueva institución sólida que haya ocupado su puesto. Una de las principales funciones de toda institución es incrementar la predictibilidad, reforzar el cumplimiento de la ley y, por lo tanto, promover el pensamiento a largo plazo. Esto, sin embargo, contrasta con las políticas pragmáticas del poder «ad hoc», ejercidas por el actual régimen, guiadas por el corto plazo y que niegan casi completamente las consideraciones reales de la política pública. Así en diversas ocasiones el Gobierno ha violado normas formales del Ordenamiento Jurídico que debiera ejecutar. Es por ello que la práctica política real, completamente centrada en controlar el momento político se resiste a cualquier narrativa sustantiva (o, en este caso, a una fundamentación teórica)[67].

65 Csaba Varga, *'A joguralom és színeváltozásai idealizáció és ideokratikus nyomásgyakorlás között' Pázmány* Law Working Papers No. 12 (2016), www.plwp.eu/evfolyamok/2016/170-2016-12 (one of the most well-known Marxist legal theorists before 1990); Béla Pokol, Globális uralmi rend (2008) (working with the neo-Marxist theses of Michael Hardt és Antonio Negri).

66 L. Sólyom, *'Előszó: Az alkotmányos kultúra szerepe' in*, Az Alaptörvény keletkezése és gyakorlati következményei 11-14 (András Jakab 2011).

67 Los fundamentos teóricos son, por su naturaleza, fútiles en este régimen. Sobre los diversos intentos, *vid.* Zs. A. Varga, Eszményből bálvány? A joguralom dogmatikája (2015); A.RIXER (ed.), Állam és közösség: Válogatott közjogi tanulmányok Magyarország Alaptörvénye tiszteletére (2012).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III. QUÉ HACER: MANUAL DEL FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO DE LA HUNGRÍA COMTEMPORÁNEA

La mayor dificultad del fortalecimiento institucional descansa sobre el hecho de que los elementos informales no son directamente accesibles, por ejemplo, para ellos no hay procedimiento de reforma, es más, posiblemente los mismos saboteen las reformas formales. Algunos de los desafíos del fortalecimiento institucional en Hungría tienen su origen en el legado socialista, mientras que otros están determinados por rasgos provenientes de momentos anteriores a dicha era socialista.

Mientras que los elementos informales pueden eventualmente cambiarse con la ayuda de las instituciones —una estrategia que recuerda mucho al notorio intento del barón von Munchhausen—[68], el éxito del fortalecimiento institucional depende realmente de las prácticas y la narraciones apropiadas, quienes a su vez dependen las instituciones correctas[69]. La solución está un una combinación entre del deseo de restaurar y la aceptación de ayuda exterior. Es crucial para Hungría abandonar el espejismo de la soberanía y adaptarse a la civilización occidental asumiendo los compromisos que se concluyen en los momentos más solemnes de la historia de una nación, y mediante ello proporcionar una garantía de que incluso en tiempos menos solemnes su élite política no se desviará de dicho camino dando rienda suelta a sus más paganos instintos. Desafortunadamente, un escenario como este donde las élites políticas alcanzan un compromiso difícilmente tiene éxito, y generalmente es seguido por una época de gran agitación. De hecho, esto también conlleva el riego de poner al país en un camino equivocado en lugar de devolver la sobriedad a las élites: un ejemplo de ello para Hungría lo constituye el Tratado de paz del Trianon (por el que Hungría perdió dos tercios de su territorio después de la Primera Guerra Mundial y tras el cual se culpó al liberalismo de la miseria de la nación) o los conflictos que se prorrogan durante siglos e, incluso, la degradación de muchos Estados latinoamericanos (donde las crisis dan lugar a nuevas crisis en vez de a recuperar la sobriedad)[70].

1. Por desgracia no existe ninguna receta mágica para el fortalecimiento institucional; no obstante, nosotros proponemos formular una serie de

68 Para unas consideraciones similares, aunque con una terminología más optimista, *vid.* A. Alessina & P. Giuliano, *'Culture and Institutions'* 53 J. Econ. Literature 898, 928 & 938 (2015), *on two-way effects, interdependence, and mutual feedback effects.*

69 'Thus good citizens make good institutions, and good institutions are 'good' to the extent that they generate and cultivate good citizens or the 'better selves' of citizens…' Offe, *supra* nota 19, p. 200.

70 El consenso de la élite pueda desarrollarse de una forma evolutiva (por ejemplo, las política belga e italiana despúes de la II Guerra Mundial) o mediante unos acuerdos expresos de naturaleza simbólica (por ejemplo, la Bill of Rights de 1689 o los Pactos de la Moncloa de 1978. Para consultar un gran número de ejemplos, *vid.* Higley & Burton, *supra* nota 21, pp. 55-106 & 139-180.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

conclusiones al respecto que vale la pena tener en cuenta. En materia de reglas formales deberíamos aprender las lecciones de nuestro pasado más reciente y reformar la normativa constitucional y legislativa que regula las instituciones constitucionales más importantes[71]. En lugar de una recodificación integral el camino a seguir debe ser el de una serie de pequeños pasos[72]. Las grandes recodificaciones pueden tener consecuencias imprevisibles, precisamente porque las instituciones no son la suma de sus normas y porque, al mismo tiempo, este tipo de recodificación exacerba la incertidumbre, aumentando así la desconfianza en esas instituciones[73]. Por lo tanto, el éxito de las reformas institucionales depende en mucha mayor medida de la confianza y de la práctica real de los interesados, que de la calidad de cada uno de las reglas concretas (que son importantes en otro sentido)[74].

No puedo dar aquí cuenta de cada uno de esos pequeños pasos a llevar a cabo, pero sí señalaré algunos de sus principales elementos abstractos que, en su caso, requieren de soportes legislativos e, incluso, constitucionales: autonomía institucional, transparencia, gobierno basado en normas, estabilidad, meritocracia, predictibilidad, legislación no motorizada, normas más rigurosas para la preparación de las leyes, garantías de financiación constitucionales y fondos para universidades y otras instituciones educativas (con prohibición de ayudas individuales ad hoc), garantías constitucionales de la democracia interna en los partidos políticos, y transformar la financiación de las confesiones religiosas, de las fundaciones y las organización propias de la sociedad civil en una decisión que no dependa del gobierno. Entre otras medidas el reforzamiento en estas áreas, llevado a cabo mediante la adopción de las oportunas reglas formales, puede romper con las actuales prácticas. Las oportunidades que ofrecen los medios de una integración europea más estrecha también pueden jugar un papel fundamental en la construcción de garantías formales como, por ejemplo, la integración en el sistema de la fiscalía europea, que es más riguroso (cf. Ulises y las sirenas).

También debemos tener en cuenta que trasplantar de modo idéntico las soluciones regulatorias occidentales a otros países puede resultar un fracaso espectacular[75]. Esto no quiere decir que «Hungría no esté cortada por el patrón para el Estado de Derecho». Se trata de todo lo contrario: los elementos culturales, que son presupuestos para los estados occidentales basa-

71 Para más ejemplos y sugerencias en este sentido vid. Jakab & Gajduschek, *supra* nota 2.

72 Para unas conclusiones similares *vid.* A. Sajó, *'Az állam működési zavarainak társadalmi újratermelése'* 55 Közgazdasági Szemle 690, 710 (2008).

73 Sobre los peligros del activismo diseñado, *vid.* D. Stark, *'Path dependence and privatization strategies in East Central Europe'* 6 E. Eur. Pol. & Societies 17 (1992).

74 OFFE, *supra* nota 20, p. 215.

75 S. Holmes, *'Can Foreign Aid Promote the Rule of Law?'* 8 E. Eur. Const. Rev. 68 (1999).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dos en el Estado de Derecho, deben poco a poco establecerse de forma consciente, incluso si es necesario mediante la adopción de reglas formales que puedan o no existir en los modelos de Estado occidental. En otras palabras, donde falten elementos culturales necesarios las normas formales deben desviarse de aquellas que de otro modo se adoptarían, para respaldar uno u otro elemento cultural óptimo[76], debiendo en ese caso optarse por «la segunda mejor» norma. Esto es válido para el conjunto de la población donde la dependencia del poder público, particularmente del Estado, debe reducirse significativamente (por ejemplo, asegurando garantías personales y financieras concretas que promuevan la independencia respecto de los partidos políticos en los hospitales, las escuelas, las universidades y otros establecimientos sociales y culturales). Además, esto también puede aplicarse a las élites, donde aquellas actitudes que fomenten el compromiso deben ser fortalecidas (por ejemplo, mediante un sistema electoral que permita a los ciudadanos prescindir de ciertos políticos controvertidos en vez tener que optar por cambiar su voto a otro partido[77].

2. En el nivel de la práctica real, se discute frecuentemente sobre el imperativo de remover y cambiar a los altos cargos de ciertos órganos constitucionales (como el Tribunal de cuenteas, el Tribunal Constitucional, la jefatura de la Fiscalía…). Deshacerse de los «soldados del partido» más visibles del actual régimen autoritario (que también en la práctica se han venido comportando efectivamente como soldados del partido), seguramente incrementaría la credibilidad del Ordenamiento Jurídico; aunque esta medida por sí sola no resolvería los problemas existentes (de hecho, podría, incluso, exacerbarlos, dependiendo de lo aguda que sea la división entre «nosotros» y «ellos»). Lo que sí que es realmente importante es el estricto cumplimiento de las normas formales y su correspondiente fortalecimiento. Pues, en cualquier caso, las mejores garantías formales pueden fracasar allí donde los servidores públicos busquen deliberadamente incumplirlas o no hacer dada ante su quiebra. La estabilidad de las normas formales (a excepción hecha de los momentos de cambio de régimen) es también un elemento importante, de hecho, en algunos casos es aún más importante que el contenido de las propias normas[78].

76 Para un tratamiento similar sobre los elementos formales e informales de la Constitución *vid.* A. Vermeule, *'System Effects and the Constitution'* 123 Harv. L. Rev. 4 (2009).

77 Sobre los efectos ventajosos de los votos negativos y los votos plurales en los sistemas electorales, en una forma comprensible, *vid.* D21, http://www.d21.me, or in a more academic style with detail, *vid.* D. Cahan & A. Slinko, *'Electoral Competition under Best-Worst Voting Rules'* (Aug. 10 2016), https://ssrn.com/abstract=2850683; Martin Gregor, *'The Optimal Ballot Structure for Double-Member Districts'* CERGE-EI Working Paper Series 493 (Sept. 25 2013), www.ssrn.com/abstract=2347118.

78 La inversión extranjera directa en el centro y este de Europa se vincula más la estabilidad de las normas fiscales que a su contenido real, *vid.* Kelly Edmiston, Shannon Mudd & Neven Valev, *'Tax Structures and FDI: The Deterrent Effects of Complexity and Uncertainty'* 24 Inst. for Fiscal Stud. 341 (2003).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

3. Finalmente, quizás el más importante prerrequisito es encontrar una narrativa honesta y creíble para el sistema judicial que sea aceptable para toda la sociedad en su conjunto. La forma en la que se percibe y se habla del sistema jurídico por parte de la sociedad húngara es muy contradictoria, y ello no es solo el producto de unos pocos años del pasado. En palabras de Györdy Gajduscek: a pesar de que los ciudadanos no confíen en el Estado o en la Ley, sin embargo, recurrirán a ambos para solucionar sus problemas. Demandarán una normativa extremadamente detallada y con duras sanciones para cualquiera que incumpla las leyes; pero si se trata de aplicarse la ley a uno mismo entonces burlarán de buena gana las normas y esperarán un tratamiento equitativo. Todo ello va aparejado a una cultura social de excepcional pesimismo, cinismo y anomía. Lo que realmente se echa en falta es un sistema de valores coherente que sea compartido por la mayoría de los ciudadanos, incluso aunque este nazca de los elementos más básicos de la ley (el papel de los derechos y deberes fundamentales, la presunción de inocencia). De hecho, los sujetos a menudo profesan valores que se encuentran en situación disonante unos con otros. Por ejemplo, los integrantes de la sociedad estarán de acuerdo en que la sociedad es injusta, aunque no estén dispuestos a hacer nada para cambiarla. Casi todos los individuos creen en su fuero interno que ellos cumplen más y mejor que cualquier otro con las normas morales y jurídicas[79].

La estructura de la sociedad se aglutina mediante ciertos valores y prohibiciones que no suelen ser directamente cuestionadas, aunque sí puedan ser moderadamente reinterpretadas: desde una perspectiva antropológica estos son los tabús. En los tiempos de la Edad Media era la Cristiandad quien desempeñaba este papel y los herejes pagaron un alto precio. En Europa occidental desde la II Guerra Mundial y tras la caída del socialismo en todo el continente, este marco de integración se ha construido a partir de los tabús seculares del constitucionalismo. El siglo XX puede leerse como la historia de la experimentación y la caída de distintos marcos de integración como nacionalismo o el socialismo. Hoy en día, la democracia y la protección de los derechos fundamentales (razones principales por las que se estableció el Consejo de Europa en 1949) parecen ser las únicas narrativas racionales para organizar la sociedad. No ha surgido ninguna otra adecuada a pesar de que dicha narrativa ha sido claramente perturbada y ha experimentado diversas crisis. Sin embargo, ello únicamente ha servido para poner de manifiesto lo extremadamente diversas que son las fuentes de frustración y descontento. En los últimos tiempos el gobierno ha invocado la soberanía como argumento para justificar casos de corrupción y para rechazar sin más examen

79 G. Gajduschek, '*Jogtudat és értékvilág — mint a magyar jogrendszer környezete*' *in*, A magyar jogrendszer állapota, *supra* nota 10.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cualquier crítica externa (tanto de la Unión Europea como internacional) que tenga que ver con la violación de los derechos fundamentales. Estas referencias al pueblo y/o a la soberanía son una simple herramienta retórica en manos del gobierno para justificar su propia corrupción y sus violaciones de la ley. Por consiguiente, la noción de soberanía debería ser redefinida por una nueva narrativa o, alternativamente, las referencias a la misma deberían evitarse en la medida de lo posible[80].

El experimento húngaro del Estado iliberal solo podría sostenerse a largo plazo en tanto que la gran narrativa del proceso de integración europeo se resquebrajara, bien formalmente bien en el nivel de sus prácticas reales. Afortunadamente, a pesar de los desafíos este no parece un escenario muy realista, aunque el futuro éxito o no de la reconstrucción del sistema político húngaro depende en gran medida de si Hungría es capaz de llevar a cabo las tareas de fortalecimiento institucional necesarias. Esto no solo implica elevar la narrativa de la democracia y del Estado de Derecho (incluida la protección de los derechos fundamentales) al nivel de tabú[81], sino también asegurar los pilares morales del Ordenamiento Jurídico. No podemos esperar que los ciudadanos consideren que se puede confiar en los valores constitucionales seculares y los profesen por sí mismos en tanto en cuanto sus anteriores violaciones quedan sin culpables y sin sanción[82].

El problema crucial del fortalecimiento institucional en el sistema constitucional del 89/90 (más allá de la corrupción), radicaba en la cuestión de la justicia y trato con el pasado (por, ejemplo con la narrativa) ya que ambos fueron escondidos bajo la alfombra mediante una peculiar interpretación de las normas formales[83].

80 A. Jakab, *'Neutralising the Sovereignty Question: Compromise Strategies in Constitutional Argumentations about the Concept of Sovereignty before European Integration and since'* 2 Eur. Const. L. Rev. 375 (2006).

81 *Cf*. denunciando los valores liberales, especialmente la protección de los derechos fundamentales vid., por ejemplo, V. Orbán, PM of Hung., Speech at the 25th Bálványos Summer Free & Student Camp, (July 30. 2014), www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp; V. Orbán, PM of Hung., Speech at the 14th Kötcse civil picnic (Sept. 17. 2015), www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/viktor-orban-s-speech-at-the-14th-kotcse-civil-picnic.

82 De acuerdo con lo que dicen los estudios empíricos el pago de impuestos es mayor cuando el régimen es moralmente aceptable, vid. L. Feld & B. Frey, *'Tax Compliance as a Result of a Psychological Tax Contract: The Role of Incentives and Responsive Regulation'* 29 L. & Pol`y 102 (2007); Valerie Braithwaite, Defiance in Taxation and Governance: Resisting and Dismissing Authority in a Democracy (2009). Respecto de la cuestión de que al final del comunismo las élites tuvieran mayor posibilidad de adquirir más riqueza mediante fórmulas que eran consideradas como inmorales por la gran mayoría de la población, (aunque estas no tuvieran prevista una sanción jurídica) se dio como resultado una pérdida de confianza en el Estado de Derecho. *Vid.* G. Gajduschek, R. Lenni Kellene: Tények és elemzések a közigazgatás ellenőrzési és bírságolási tevékenységéről 220-237 (2008) (Hung.). *Vid.* también G. Gajduschek, *'Measuring Cross-Sectorial Law Enforcement Capacity of Regulatory Agencies in Hungary'* 11 Transylvanian Rev. Admin. Sci. 108, 122 (2015): 'In the end, those following rules may be considered as 'losers', and breaking norms may become a norm itself.'

83 Según G. Halmai, *'Rise and fall of constitutionalism in Hungary' in*, Constitutional. Acceleration within European Union and Beyond 220-223 (P. Blokker ed., 1st ed. 2017), las principales razones del fracaso de la democracia liberal en Hungría son: la falta de una cultura de los derechos fundamentales y de la

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Allí donde colisionan claramente las expectativas legales y las morales —como ocurrió en los tiempos del socialismo y también, en cierto modo, durante la transición del socialismo al Estado de Derecho en 1989/90 e, incluso, también tras ella— tanto las normas morales como las legales se debilitan, lo que conlleva a cierto grado de atonía[84]. Para decirlo de un modo más provocador y comprensible: la sociedad húngara está en una crisis moral[85]. En este sentido es especialmente pertinente indicar que la cuestión de los archivos de los servicios secretos de los tiempos del socialismo tiene que ser abordada[86] y también que los funcionarios corruptos rindan cuentas; de este modo se podrá reconstruir la confianza pública en las instituciones constitucionales y en el Ordenamiento Jurídico subyacente. Debemos además expresar conscientemente en el discurso político las expectativas morales respecto de los integrantes de la sociedad y de las figuras públicamente relevantes[87], es por ello que debemos posicionarnos en contra de ciertos comentaristas políticos sabelotodo que aparecen en los medios de comunicación ofreciendo una interpretación de las violaciones de las normas por parte de los políticos como si de un éxito se tratara en el marco de la «lógica de la política». No solo son destructivos para las instituciones, sino que además reflejan la falta de conocimiento científico sobre cómo funcionan las instituciones.

Para tener éxito es importante dotar a las nuevas generaciones de juristas con el necesario aparataje teórico[88]. La Ley no es solo una suma de reglas que tienen que aprenderse de memoria. Actualmente, los estudiantes de Derecho que aprueban los exámenes finales tienen un conocimiento preciso del procedimiento administrativo. Sin embargo, cuando se les pregunta por qué un país que se basa en el Estado de Derecho posee un modelo superior o, qué sentido tiene la demo-

tradiciones democráticas liberales, una cultura de victimización en la narrativa nacional, la falta de éxitos económicos, la pérdida de un constitucionalismo cívico o participativo (y con demasiado énfasis en las soluciones judiciales), y un sistema electoral no proporcional.

84 La sociedad húngara no solo se caracteriza por un bajo nivel de confianza, sino también por su anomía: incluso aunque las expectativas normativas sean claras, en el caso de los propios intereses, el pueblo fácilmente desafía estas expectativas (más frecuentemente de lo que es común si lo comparamos internacionalmente). *Vid.* I. G. Tóth, *'A társadalmi kohézió elemei: bizalom, normakövetés, igazságosság és felelősségérzet — lennének…' in*, Társadalmi riport 2010 (T. Kolosi & I. G. Tóth eds. 2010).

85 Con la expresión más precisa sociológicamente: «amoral», vid. E. C. banfield, *The Moral Basis of a Backward Society* (1958), la descripción clásica de la situación en el sur de Italia («familismo amoral»). En el trabajo de Banflied este concepto hace referencia a la imposibilidad de una acción colectiva en favor del interés público, la irrelevancia de cualquier fin más allá de las ventajas materiales para la familia nuclear, la falta de confianza social, el nepotismo, la envidia y la suspicacia. *Vid.* también la actitud general respecto de la corrupción no solo es más indulgente que la media europea sino también que la media de los Estados vecinos de Hungría. Special Eurobarometer 470. Corruption (2017).

86 Sobre la todavía no resulta naturaleza de esta cuestión, *vid.,* por ejemplo, L. varga, Világ besúgói, egyesüljetek! (2006); K. ungváry, A szembenézés hiánya (2017).

87 *Vid.* S. Bowles & H. Gintis, *A Cooperative Species: Human Reciprocity and Its Evolution* (2011) sobre el análisis de juego teórico que muestra que el bajo nivel del altruismo y la falta de instituciones que fomenten el altruismo conducen a comunidades más débiles en situaciones conflictivas.

88 Snyder, *supra* nota 27, p. 27: 'eternal vigilance is the price of liberty'.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cracia, algunos contestarán con un tópico (quizá formulado en términos legales), si bien la mayoría no serán capaces de dar una respuesta sólida a estas preguntas.[89] Si estos estudiantes están llamados a ser los operadores jurídicos del futuro difícilmente podrán liderar así el camino para prevenir la erosión de las instituciones. Y ello es así porque no comprenden qué es lo que en el fondo se defiende y se protege más allá del ámbito de las normas formales[90]. Las instituciones aún hoy deben ser continuamente alimentadas y protegidas cada día, de otro modo irán pereciendo paulatinamente[91]. Los juristas deben estar constantemente atentos a ello y no pueden darse simplemente por satisfechos pensando qué «que en su trabajo solo deben interesarse por las reglas formales»[92].

Las malas noticias son que de entre los tres principales elementos de las instituciones el más sencillo de cambiar es el de las reglas formales, aunque esto precisa también de una acción política como es la legislación. Desafortunadamente, es bastante difícil tener esperanza en que las élites políticas lleven a cabo este tipo de acción en tanto que actualmente se benefician de la situación existente, donde la interacción entre instituciones débiles, incumplimiento de las normas y la desconfianza son mutuamente disruptivas[93].

***

Esta aproximación institucionalista de carácter general ofrece dos conclusiones:

1. La experiencia histórica muestra que más allá de una honesta determinación, una reforma institucional radical de todo el sistema jurídico legal solo puede tener éxito si existe presión internacional que, lamentablemente, en este caso ha disminuido desde la entrada de Hungría en la Unión Europea. En otras palabras, el fortalecimiento institucional debe ir de la mano de las obligaciones tanto de la Unión Europea como internacionales, que han sido adoptadas en los momentos políticos más solemnes, a fin de garantizar que la comunidad política no pueda entrar posteriormente en un modo autodestructivo.

89 Z. Fleck et al., Technika vagy érték a jogállam? A jogállami értékek átadása és az előítéletek csökkentése a jogászok és a rendőrtisztek képzésében (2012).

90 Para una visión negativa de los juristas como cumplidores de órdenes y ejecutores de las mismas, *vid.* Snyder, *supra* nota 28, p. 41.

91 Lowndes & Roberts, *supra* nota 5, p. 171.

92 Extrañamente, en las normas escritas sobre educación jurídica, nosotros ya tenemos recogido este requisito, *vid.* Ministerial reg 18/2016. (VIII. 5.) EMMI, pt 7.1.1.c. En la realidad, sin embargo, esto raramente ocurre. Vemos así de nuevo como la elaboración de reglas formales es insuficiente, pero los legisladores, que permanecen en confortable ceguera, consideran que el trabajo ha sido hecho. La norma sobre la superación de la fijación de normas se convirtió en una víctima de la fijación de reglas en sí misma. Qué irónico.

93 Sobre la relación entre la confianza social y las instituciones vid., por ejemplo, B. Rothstein & E. M. Uslaner, *'All for All: Equality, Corruption, and Social Trust'* 58 World Pol. 41(2005).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2. Es preciso tener en cuenta y de forma consciente aquellos elementos que están más allá de las reglas formales —como son las prácticas reales y las narrativas— tanto en el ámbito de la legislación, como en de la aplicación del Derecho o en el de la formación jurídica; ello dará como resultado un fortalecimiento paulatino de los elementos culturales sustantivos necesarios para el Estado de Derecho y la democracia. Esto requiere, sin embargo, de una acción política, más concretamente del ajuste de las reglas formales. En tanto que ello no forme parte del interés de los legisladores a quienes esta tarea incumbe, será poco probable superar el punto muerto en que nos encontramos.

***

TITLE: *The failure of constitutional institution-building in Hungary. Informal institutional elements as both preconditions and consequences of effective formal legal rules*

ABSTRACT: *Institutions are made up of the interplay of three components: (1) formal rules, (2) actual practices and (3) narratives (the two latter ones are referred to jointly as informal institutional elements). However, lawyers in post-socialist countries do not see law through institutionalist lenses, but often nurture a false and simplistic idea of the law: they consider it to be the sum of rules, often disregarding the actual practices of the rules' addressees and narratives attached to the law (encompassing everything from the raison d'etre and goal of the institution, its symbolism, the public discourse surrounding it, and social attitudes towards the institution). This restricted view makes Hungarian lawyers blind and to a certain extent also defenceless against recent authoritarian tendencies. Institution-building has been a moderately successful feat in Hungary. To put it more pessimistically, it has partially failed since the end of socialism, in particular when it comes to actual practices and narratives. In the Hungarian context, consideration of the problems of institution-building suggests two general conclusions: on the one hand, the lack of unison among the individual elements (rules, practices, narratives) renders institutions less stable and consequently less capable of inducing compliance with the law; on the other, the institutions that have been established have failed to deliver prosperity to the political community. This paper describes the constitution-making of 2010/11 from the perspective of institution-building. This institutionalist view of the law yields two main specific findings: (1) Historical experience shows that besides honest determination, the radical institutional overhaul of a complete legal system can only be successful in the presence of external pressure, the effect of which has unfortunately decreased with Hungary's accession to the EU. That is, institution-building should go hand-in-hand with effective international and EU obligations undertaken in more sober political moments to guarantee that the political community will not later enter into a self-destructive mode. (2) Taking elements beyond mere rules more consciously into account, such as actual practices and narratives in the realm of legislation, the application of the law and legal training would ideally result in the gradual reinforcement of substantive cultural elements. This, however, requires political action, more precisely the adjustment of formal rules. Since this is not in the interest of the incumbent decision-makers, overcoming the impasse seems unlikely for the time being.*

RESUMEN: *Las instituciones se elaboran como la interacción, de los siguientes tres componentes: reglas formales, practicas reales y narrativas (los dos últimos, las prácticas y las narrativas, se configuran conjuntamente como los «elementos informales»). Sin embargo, los juristas en los estados postsocialistas no ven la ley a través de la lente institucional, y a menudo alimentan una idea falsa y simplista de la ley: en tanto que la consideran como la suma de reglas, normalmente disociadas de su práctica real, de las normas y de las narrativas adjuntas (acompasando todo desde la razón de ser y la finalidad de la institución, su simbolismo, el discurso público que las rodea y las actitudes sociales respecto de la institución). Esta visión restrictiva hace a los juristas húngaros ciegos y en ciertas situaciones los deja indefensos ante las actuales tendencias totalitarias. El*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

fortalecimiento institucional ha alcanzado un logro moderado en Hungría. Por decirlo de forma más pesimista, ha fallado parcialmente desde el fin del socialismo, particularmente en relación con las actuales prácticas y narrativas. En el contexto húngaro, las consideraciones sobre los problemas del fortalecimiento institucional sugieren dos conclusiones generales: de una parte, la falta de coherencia entre los elementos individuales (normas, prácticas y narrativas) conduce a unas instituciones menos estables y consecuentemente menos capaces de inducir a la observancia del Derecho; de otra parte, las instituciones que se han establecido han fallado en la tarea de brindar prosperidad a la comunidad política. Este trabajo describe la elaboración de la Constitución del 2010/2011 desde la perspectiva del fortalecimiento institucional. Esta aproximación institucionalista de carácter general ofrece dos conclusiones: (1) La experiencia histórica muestra que, más allá de una honesta determinación, una reforma institucional radical de todo el sistema jurídico legal solo puede tener éxito si existe presión internacional que, lamentablemente en este caso, ha disminuido desde la entrada Hungría en la Unión Europea. Esto es, el fortalecimiento institucional debe ir de la mano de las obligaciones tanto de la Unión Europea como internacionales, que han sido adoptadas en los momentos políticos más solemnes, a fin de garantizar que la comunidad política no pueda entrar posteriormente en un modo autodestructivo. (2) Es preciso tener en cuenta y de forma consciente aquellos elementos que están más allá de las reglas formales —como son las prácticas reales y las narrativas— tanto en el ámbito de la legislación, como en de la aplicación del Derecho o en el de la formación jurídica, ello dará como resultado un fortalecimiento paulatino de los elementos culturales sustantivos necesarios para el Estado de Derecho y la democracia. Esto requiere, sin embargo, de una acción política, más concretamente del ajuste de las reglas formales. En tanto que esto no forme parte del interés de los legisladores a quienes esta tarea incumbe, será poco probable superar el punto muerto en que nos encontramos.

KEY WORDS: *Hungary, Rule of Law, institution-building.*

PALABRAS CLAVE: *Hungría, Estado de Derecho, fortalecimiento institucional.*

FECHA RECEPCIÓN: *30.11.2018* FECHA ACEPTACIÓN: *05.02.2019*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

¿PROGRESIÓN O REGRESIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA PENAL ESPAÑOLA? *IRRUPCIÓN DEL POPULISMO JUDICIAL Y DEL DERECHO PENAL DE AUTOR*

LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS
Catedrático emérito de Derecho penal
Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO

I. Introducción. II. Errática constitucionalización de la Administración de Justicia. III. Vicios sobrevenidos. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Ha pasado un siglo y casi cinco décadas desde que se produjo la que algunos llamamos la «primera revolución de la Justicia»[1], resultante de «La Gloriosa» revolución de 1868, cuyo fruto principal fue una profunda remodelación de la Administración de Justicia, mediante la Ley provisional del Poder Judicial de 1870, vigente con diversas modificaciones hasta la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 de 5 de julio —LOPJ— que aplicó de modo muy imperfecto las previsiones al respecto de la Constitución de 1978 —CE—. Por otra parte, la vigente Ley de enjuiciamiento criminal de 1882, seguidora de la Provisional de 1972, sigue vigente tras numerosas reformas, sin haber perdido el

1 Así lo declara con acierto A. NIETO (*El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Trotta, Madrid 2010, pp. 164 y ss.), resumiendo su tesis (p. 164) en el siguiente párrafo, al que se adiciona el subrayado: «El sistema judicial español responde a un modelo original del liberalismo democrático consolidado por la revolución de 1868, que Primo de Rivera intentó sin éxito rectificar y que se mantuvo durante la segunda República y el franquismo; pero que la Constitución de 1978 sustituyó, sin confesarlo, por otro pretendidamente más moderno y más democrático, *que día a día se está desnaturalizando progresivamente.* El resultado de esta confusión, de esta rectificación vertiginosa, nunca justificada y ni siquiera explicitada, *ha sido un modelo, el actual, literalmente desquiciado y traducido en un gobierno judicial exacerbado*». Del mismo autor puede también verse la obra anterior *El desgobierno judicial*, Trotta/Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid 2005, pp. 26-27.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

carácter inquisitivo de la fase de instrucción[2] ni superado otros muchos arcaísmos, a pesar de existir dos propuestas de una nueva Ley de enjuiciamiento penal que, por estar ambas inspiradas en los mismos y modernos principios[3], son perfectamente consolidables.

Este artículo pretende hacer un reportaje, desde la ciencia y la experiencia[4], primero de las adaptaciones a la CE pendientes en la normativa y praxis del orden jurisdiccional penal y después, de los «vicios sobrevenidos» que han alejado dicha praxis del espíritu y de la letra de la Carta magna, centrando la atención en el fenómeno en el llamado «populismo judicial», encubierto mediante motivaciones incorrectas que antes se llamaban «sofismas» y ahora «sesgos cognitivos», defraudando la exigencia constitucional de tener como única referencia la ley (art. 117.1 CE) y no lo que digan los medios de comunicación, que generalmente supone violentar los principios constitucionales de legalidad penal y procesal (arts. 24 y 25 CE).

Se trata pues de hacer una «foto», tanto de los progresos pendientes para modernizar —constitucionalizar— la Administración de la Justicia penal española, como de denunciar los regresos acaecidos en el último tramo de las cuatro décadas de vida de la CE, cuya superación requeriría incluso su propia reforma. La foto no puede captar todas las cuestiones mejorables ni afinar hasta el límite su tratamiento, pues tal propósito exigiría una amplia monografía si no una enciclopedia, pero las referencias bibliográficas permitirán al lector ampliar la información sobre aquellos aspectos en los que desee profundizar.

El contenido de este trabajo está anunciado en el precedente sumario y en los demás epígrafes y subepígrafes del texto, así como en la conclusiones, ofreciendo en cada cuestión soluciones de *lege data vel ferenda*, propuestas obviamente más opinables que la existencia en sí y planteamiento de los problemas que pretenden resolver. Los referentes concretos de la CE para emitir los subsiguientes juicios son los principios y mandatos contenidos en sus siguientes preceptos: 1.1, 9.3, 10, 14, 15, 17, 18, 20, 24, 25, 53, 117, 120, 121, 126 y 127.1, sin perjuicio de hacer *obiter dicta* referencia a algunos otros.

2 Luego se vuelve sobre este tema, pero se resume recordando que rigiendo el principio acusatorio en el periodo intermedio y en la fase del juicio oral del proceso penal, aun rige el principio inquisitivo en la fase de instrucción (art. 306 y concordantes LECr: instruye el juez bajo una más o menos teórica vigilancia del Ministerio fiscal), cuando en todos los países es el Fiscal quien instruye, bajo la vigilancia de un Juez de garantías.

3 El Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal del entonces Ministro de Justicia Sr. Caamaño, diciembre 2014, y la Propuesta de Código procesal penal de la comisión nombrada por el también exministro Sr. Ruiz Gallardón, febrero 2013, comisión de la que formó parte el autor de este trabajo.

4 Las reflexiones vertidas en estas páginas provienen de un autor ya jubilado como Catedrático de Derecho penal y en ejercicio de la abogacía en el ámbito del Derecho penal económico o, si se prefiere, de la empresa o de los negocios, durante casi cincuenta años, que además ha sido Diputado primero y Vicedecano después en la Junta de Gobierno del Colegio de abogados de Madrid, durante muchos años y con tres Decanos distintos, circunstancias que, junto a otras experiencias que no son del caso, le confieren legitimación para efectuar estas reflexiones que, por otra parte, no son nuevas en su actividad como publicista.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II. ERRÁTICA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En la primera nota a pie de página de este trabajo se reproduce la declaración de A. Nieto en la que afirma que el sistema de Administración de justicia, instaurado en España a raíz de la Revolución de 1868, la Constitución de 1978 lo «sustituyó, sin confesarlo, por otro pretendidamente más moderno y más democrático, que día a día se está desnaturalizando progresivamente. El resultado de esta confusión, de esta rectificación vertiginosa, nunca justificada y ni siquiera explicitada, ha sido un modelo, el actual, literalmente desquiciado y traducido en un gobierno judicial exacerbado». Se trata pues de pormenorizar «los desquiciamientos» de este modelo, que no se ajusta a la CE al no haber sido primero diseñado conforme a sus pautas ni, en consecuencia, después adecuadamente plasmado en la legislación orgánica, sustantiva y procesal, incumpliendo el sabio consejo de Erasmo De Rotterdam cuando decía[5]: «Las mejores leyes bajo el mejor de los príncipes son el factor principal de la felicidad de la ciudad o del reino. El Estado es más que nunca feliz cuando todos prestan obediencia al príncipe y el propio príncipe obedece a las leyes, y *las leyes responden al ideal de la equidad y de la honestidad, y no tienden sino a procurar la mejoría del bien público»*, o en palabras más antiguas en la definición de ley de Tomás de Aquino, unas leyes que sean *rationis ordenatio ad bonum communem*, lo que exige una pausada y concienzuda elaboración de las leyes al estilo de los legisladores españoles del último tercio del siglo XIX o del legislador alemán al reformar la parte general del Código penal tras la segunda guerra mundial, aludido como ejemplo *ut infra*[6].

Se comienza este análisis considerando algunos aspectos del órgano de gobierno del poder judicial, para seguir criticando las insuficiencias relativas a los operadores jurisdiccionales (jueces, fiscales, abogados, policía judicial) y finalizar reclamando la urgente necesidad de una nueva ley de enjuiciamiento penal, tratando además incidentalmente algunos aspectos de la legislación penal sustantiva.

1. **El Consejo General del Poder Judicial**[7]

El gobierno del Poder judicial tiene su regulación básica en la CE, cuyo artículo 122.3 declara la composición de su órgano de gobierno, es decir, del Consejo

5 En *Educación del príncipe cristiano*, Ediciones Orbis, Barcelona 1964, p. 83.

6 Epígrafe 5-A de este apartado, con nota a pie de página circunstanciando el artículo al respecto de A. Beristain.

7 O. Alzaga Villamil, *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Marcial Pons, Madrid 2016, pp. 559 y ss. L.M. Diez-Picazo Giménez, «Artículo 122», *Comentario a la Constitución española*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 1719 y ss. P. Lucas Murillo de la Cueva, «Artículo

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

—CGPJ—, y el modo de elección de sus veinte vocales, de los cuales doce han de ser jueces o magistrados en activo. La LOPJ, tras la modificación introducida por la LO 4/2013 de 28 de junio, implementa esa regulación de la organización y funcionamiento de este órgano en sus artículos 558 a 584 bis.

Se le ha reprochado al CGPJ, entre otras cosas, su corporativismo y el excesivo peso de las asociaciones de jueces en la elección de los vocales y en la promoción a los altos puestos de la carrera judicial, con patentes conexiones de dichas asociaciones con los partidos políticos dado el perfil ideológico de aquéllas, llegando a calificar su naturaleza de «régimen de gobierno anarcosindicalista». Es tan cierto que los jueces y magistrados son los principales sujetos de la Administración de Justicia y, en definitiva, del Poder judicial, como que su actividad sería imposible sin la cooperación necesaria de fiscales, abogados, letrados de la administración de justicia y otros coadyuvantes en su función de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» y, partiendo de estas premisas debe concluirse que el CGPJ tiene un carácter excesivamente «curial», cuando su perfil debería ser más «forense», dando más presencia a los mencionados cooperadores necesarios, ajenos a la *maiestas* de una curia o tribunal y, en cambio, necesariamente implicados en un colectivo más cooperativo, cual es el caso del «foro», que era una plaza donde se trataban los asuntos públicos y el pretor impartía justicia. Esta reconfiguración acercaría más a la realidad el deseo constitucional de que la Justicia emane del «pueblo», acercamiento que se produciría con los cambios que se proponen, especialmente mediante el incremento de la presencia de abogados como vocales, operadores jurídicos que son los más cercanos a los ciudadanos.

Para efectuar esta transformación en primer lugar se debería reducir el número de vocalías reservadas a jueces o magistrados, para que este órgano supremo del Poder judicial represente en términos más proporcionales a los demás actores del servicio público, perdiendo la mayoría de doce vocales sobre veinte que hoy ostentan los jueces, a favor de fiscales, abogados, abogados del Estado, letrados de la Administración de Justicia y algún otro colectivo, frenando de paso su deriva corporativista. Especial mención merecen los abogados, que son sin duda los que mejor conocen el óptimo y el peor funcionamiento de los juzgados y tribunales, tal y como constatan de inmediato los jueces y fiscales que piden la excedencia y comienzan a ejercer como abogados, cuando confiesan que hasta ese momento no eran conscientes de los defectos de organización y deficiente funcionamiento de la Administración de Justicia. Esta reconfiguración de los miembros del CGPJ lo acercaría a los órganos análogos del entorno, tales como el

122», *Comentario mínimo a la Constitución española*, Crítica, Barcelona 2018, pp. 469 y ss. E. Arnaldo Alcubilla, «Una visión dinámica del Poder Judicial», *Administraciones Públicas y Constitución*, INAP. Madrid, 1998, pp. 719-733. «El Consejo General del Poder Judicial como órgano constitucional», en VV.AA. *Jornadas Internacionales sobre el Consejo de la Magistratura*, Ministerio de Justicia de la Nación Argentina, Buenos Aires, 1999.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Consejo Superior de la Magistratura italiano[8] y el Consejo Superior de la Magistratura francés[9].

Otro punto relevante en este capítulo, también vinculado al carácter corporativista del actual Consejo, es el ya mencionado excesivo papel que juegan las asociaciones de jueces y magistrados en la elección de los candidatos a participar en el órgano supremo de gobierno del Poder judicial, cuestión que tiene dos aspectos conexos y revisables: la prohibición de jueces y fiscales de pertenecer a partidos políticos (art. 127-1 CE) y la participación de estas asociaciones (las tres principales con un fondo ideológico político) en la citada elección de candidatos a vocales (art. 574.1 LOPJ). Respecto al primer aspecto parece aconsejable suprimir tal prohibición, en primer lugar porque la pretendida neutralidad resulta traicionada por la existencia de las mencionadas asociaciones de inspiración ideológico política, y en segundo término porque, a los efectos de la posible abstención/recusación en asuntos que impliquen a partidos políticos, la no pertenencia se ha demostrado que no es razón suficiente para desestimar que exista una vinculación de hecho, que afecte a una sospecha suficiente de apariencia de parcialidad[10]. Y en cuanto al segundo punto, se debería suprimir el aval de la asociación para ser candidato sustituyéndolo por avales individuales, para que hubiera total igualdad entre asociados y no asociados a la hora de optar a esos cargos.

Si con la solución propuesta se resolvería el problema de proporcionalidad en la composición del CGPJ, respecto a las diversas clases de sujetos activos que conforman el ejercicio del Poder judicial, queda pendiente el relativo al modo de elección de los miembros de cada uno de los sectores profesionales de los que provengan los futuros vocales y, superando los regímenes en uso hasta el presente respecto a la elección de jueces, se propone la fórmula de la elección en votación directa en cada colectivo, teniendo voto pasivo los que hayan sido avalados en su presentación por un número apropiado de compañeros. El corporativismo que pudiera desprenderse de este procedimiento resultaría neutralizado con la pérdida de la mayoría en el Consejo de jueces y magistrados. Sobre el procedimiento de elección de los restantes miembros no jueces, principalmente abogados, no se hace aquí pronunciamiento alguno, dada la generalidad de este análisis, pero en

8 El Consejo está formado por veintisiete miembros: tres son miembros de derecho (el Presidente de la República y el Primer Presidente y el Procurador General del Tribunal de Casación), ocho son elegidos por el Parlamento entre abogados y académicos, y los dieciséis son jueces y fiscales elegidos por sus colegas.

9 El Consejo Superior de la Magistratura actúa a través de dos Salas, una competente sobre los jueces (*magistrats du siège*) y otra sobre los fiscales (*magistrats du parquet*). En ambos casos, está presidido por el Presidente de la República y el ministro de Justicia es vicepresidente. El resto de su composición es la siguiente: la sala competente sobre los jueces (5 jueces, 1 fiscal, 1 consejero de Estado elegido por el propio pleno del Consejo de Estado y 3 personalidades designadas por el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado, que Estas no pueden ser ni parlamentarios ni miembros del poder judicial); y la sala competente sobre los fiscales (5 fiscales, 1 juez, 1 consejero de Estado elegido por el pleno del Consejo de Estado y 3 personalidades elegidas como en el caso anterior).

10 Por cierto, las experiencias de recusación habidas y no habidas en la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional parece que han tenido sesgos contrarios a uno de los sectores ideológicos.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el caso de estos últimos parece lo lógico que el Consejo General de la Abogacía fuera el cauce para su elección.

2. **Pendiente reorganización del orden jurisdiccional penal**

a) *La estructura orgánica*

Desde que se estructuró la Administración de justicia en España, mediante la Ley orgánica provisional del poder judicial en 1870, se han producido profundos cambios sociales, económicos y políticos, cambios que exigen una también profunda revisión de la Justicia en general y de la penal en particular, hasta ahora sólo parcialmente atendida, estando pendiente por ejemplo la actualización de su organización territorial y funcional, superando la unidad territorial del partido judicial por la de la provincia y los órganos individuales por los tribunales de instancia[11], reorganización funcional que incluya además al juez de garantías durante la instrucción y el de la acusación al finalizar la misma, al encargar dicha instrucción al Ministerio fiscal.

No es este el lugar adecuado para pormenorizar todos los contenidos de la segunda revolución de la Administración de Justicia en general y de la penal en particular, pero sí interesa insistir en que sería deseable que se coordinaran las tres áreas: la orgánica, la sustantiva y la procesal. La orgánica, es decir, la distribución de competencias para enjuiciar los delitos graves, menos graves y leves, así como para vigilar judicialmente la instrucción y la procedencia de juicio o sobreseimiento; la sustantiva, revisando los contenidos del CP y de las leyes penales especiales, para resolver con criterios claros las fronteras entre los ámbitos penal y administrativo-sancionador[12], la opción entre los principios de codificación o de especialidad[13], así como el tratamiento de las prejudicialidades derivadas de la

11 Así figura en la Propuesta de texto articulado de una nueva LOPJ elaborada por la Comisión nombrada al efecto por el Consejo de Ministros y que fue presentada el 25 de febrero de 2013 por el entonces Ministro de Justicia Ruiz-Gallardón, así como en otras propuestas y estudios anteriores del CGPJ.

12 El Estado es uno y su facultad sancionadora se diversifica en dos ámbitos: el administrativo (a nivel estatal, autonómico, provincial, municipal e institucional: regímenes disciplinarios de universidades, colegios profesionales, etc.) y el jurisdiccional penal, solapándose en ocasiones ambos ámbitos, con supuestos de clara presencia del vetado *bis in ídem* sancionador, regulado por la doctrina del TC que, tras un criterio estricto de total incompatibilidad entre las sanciones administrativas y las posteriores penales relativas a unos mismos hechos (S 177/1999 de 11 de octubre), a partir de la S 2/2003 de 16 de enero se consideró que prevalecía la penal si el procedimiento administrativo sancionador previo no se había suspendido, incumpliendo tal deber por mor de la prejudicialidad penal.

13 En ocasiones, como ocurre con los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social (arts. 305 y ss CP), la delimitación de injustos administrativos y civiles es clara, al depender de la cuantía de lo defraudado, pero no ocurre lo mismo en otros supuestos. Como los tipos penales que sancionan hechos también castigados en el ámbito sancionador administrativo, vienen a sobreproteger esos bienes jurídicos definidos y ya primariamente protegidos por dichas normas, el legislador se encuentra en la disyuntiva de incluir esos delitos en el Código penal o de incluirlos en leyes penales especiales generalmente incorporadas al cuerpo legal

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

presencia en los tipos penales, particularmente en los que conforman el Derecho penal económico, de los negocios o de la empresa, de elementos jurídico normativos pertenecientes a otros sectores del ordenamiento jurídico, llegando en numerosas ocasiones a conformar auténticos tipos penales en blanco[14]; y la procesal, elaborando la nueva Ley procesal penal conforme a los nuevos principios.

b) *La Sala de lo penal y los juzgados centrales*

Otro aspecto organizativo relevante es si, una vez superado el terrorismo de ETA, debe mantenerse o suprimirse la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional y lo conexos juzgados centrales de instrucción, de lo penal, de menores y penitenciario. Los actuales ámbitos de competencia, particularmente los relativos a la extensión de la jurisdicción española a hechos acaecidos en el extranjero[15], terrorismo y criminalidad organizada, y causas por ciertos delitos económicos cometidos en el ámbito de más de una audiencia provincial y de trascendencia nacional[16],

regulador de la correspondiente materia. En España se viene siguiendo la opción «codificadora», mientras que en otros países —Francia e Italia, p.e.— se opta con más frecuencia por el principio de «especialidad», que facilita que el catalogo de delitos y penas se coordine con mayor precisión con el de las infracciones y sanciones administrativas sobre las mimas realidades (propiedad intelectual o industrial, medio ambiente, urbanismo, etc). En España excepcionalmente se ha seguido esta técnica de la ley especial en los delitos electorales (L 209/1964, de 24 de diciembre, penal y procesal de navegación aérea —arts. 13 y ss.—; LO 5/1985, de 19 de junio de Régimen electoral General —arts. 135 y ss.—, y en la LO 12/1995, de 12 de diciembre de Represión del contrabando, pues aunque formalmente siga vigente la Ley de Régimen jurídico de control de cambios de 1978, las SSTJUE de 23 de febrero y 14 de diciembre de 1995, resolviendo sendas cuestiones prejudiciales comunitarias, la derogaron materialmente al considerarla contraria al principio de libre circulación de capitales, y en la práctica se vino a controlar el tráfico delictivo a través del nuevo delito de blanqueo de capitales, arts. 301 y ss CP); hasta la promulgación del CP vigente en 1995, existieron otras leyes penales especiales como la de Caza, Pesca fluvial, Pesca con explosivos y Protección de pájaros insectívoros, pero el legislador optó por el principio de codificación al promulgar el nuevo CP, si bien nunca prevaleció en España el principio de especialidad frente al de codificación, pues la leyes penales especiales fueron siempre excepciones.

14 Esta modalidad de configuración de los tipos penales ha sido aceptada por el TC, como compatible con el principio de legalidad de lo delitos, siempre que no se abuse de esta técnica y que la conducta nuclear esté descrita en el tipo penal, así como la inadmisión de un segundo reenvío desde la norma extrapenal implicada en el tipo (SSTC 109/2007 de 7 de febrero, 181/2008 de 22 de diciembre y 104/2009 de 4 de mayo, entre otras). Son ejemplos paradigmáticos de leyes penales en blanco, entre otros muchos, los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social (arts. 305 y ss CP) y los delitos contra el urbanismo, el patrimonio histórico y artístico, el medio ambiente y los recursos naturales (arts. 318 y ss CP), en los que resulta imposible determinar la tipicidad de la conducta sin acudir a los dispuesto en la leyes y reglamentos administrativos reguladores de ese sector.

15 Art. 23 LOPJ, aplicación de los principios de personalidad activa —delitos cometidos por españoles en el extranjero—, de protección de intereses españoles y de la justicia universal, que excepcionan el básico de la territorialidad —delitos cometidos en territorio español— para determinar lo límites espaciales de la jurisdicción penal española. En otros países es competente el juzgado o tribunal ante el que se plantee la pretensión acusatoria y, en relación con las extradiciones activas o pasivas, también el órgano ante el que se solicite —la activa— o al que corresponda en función del lugar en que se practique la detención del reclamado.

16 En la actualidad otorgan competencia a la Sala de lo penal de la Audiencia nacional, en los delitos de esta naturaleza que, inicial —sin cuestión de competencia— o finalmente —resolviendo dicha cuestión la

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

podrían ser asumidas por una o varias Secciones de la Audiencia provincial de Madrid, si se estimara que no puede asignarse la competencia a otra audiencia, aplicando las normas generales de competencia previstas en la LECr[17], o si así lo aconsejara excepcionalmente alguna circunstancia que afectase a la tutela judicial efectiva. El carácter excepcional de la existencia de una Sala de lo penal en la Audiencia Nacional, que fue una remodelación democrática del antiguo Tribunal de Orden público y que realizó una labor encomiable e incluso heroica en la lucha contra el terrorismo de ETA, aconsejaría normalizar la organización jurisdiccional penal, eliminando esta excepción que ha evolucionado por derroteros no muy acordes con los derechos fundamentales de los justiciables, particularmente del de defensa y del derecho a la libertad durante el proceso[18].

c) *El tribunal del jurado*[19]

El artículo 125 CE consagró dos instituciones tan innecesarias como disfuncionales para el buen funcionamiento de la Administración de la Justicia penal: la acción popular y el tribunal de jurados. De la primera se trata *ut infra*, pero de la segunda corresponde hacerlo ahora por su carácter orgánico procesal. El tribunal del jurado se reguló tarde y mal por la LO 1/1995 de 22 de mayo, tarde porque se hice casi diecisiete años después de la entrada en vigor de la CE, y mal porque en vez de optar por el escabinado, tribunal formado por jueces profesionales y legos, como acaeció en la jurisdicción militar (LO 4/1987 de 15 de julio, de la Competencia y organización de la Jurisdicción Militar, arts. 36, 39, 46 y 49) y que es además el modelo continental de los tribunales jurados, se opto por el modelo anglosajón, ampliando además en exceso su competencia a un alto número de delitos y, para colmo, algunos de muy escasa gravedad como el allanamiento de morada o la omisión de socorro,

Sala 2.ª del TS— la acepte dicho órgano, en virtud de lo dispuesto en el artículo 65-1.º-c LOPJ, pero el artículo 18 LECr prevé la asignación a una sola audiencia provincial de toda la causa, acumulando los delitos conexos cometidos en el ámbito de otra audiencia, conforme a los criterios que señala.

17 Ver nota precedente y lo dispuesto en el art. 14 LECr.

18 Si, como es previsible y tal como se señala en la nota 47, el pleno del TC declara próximamente la procedencia de indemnizar a todos los que hayan padecido prisión preventiva, seguida de absolución o sobreseimiento, sin las actuales restricciones a los supuestos de «inexistencia del hecho» (art. 2941 LOPJ), estos excesos inquisitivos serán corregidos por las exigencias del Ministerio de Hacienda, hasta el punto de que se podrían reclamar el importe de la indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado Juez, al fiscal y juez —o sala— que, indebidamente, hubieran acordado o mantenido la prisión preventiva, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 36 de la L 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen jurídico del sector público.

19 Sobre esta materia puede verse J.M. Serrano Alberca, «Artículo 125», *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid 1981, pp. 125 y ss., con una exposición histórica y comparada muy completa. O. Alzaga Villamil, ob. cit., pp. 569-570. E. Arnaldo Alcubilla, «Artículo 125», *Comentario mínimo…*cit. pp. 480-484, y «Algunas notas sobre el Jurado. En defensa del escabinado». *Revista de Derecho Político*, n.º 47 (2000), pp. 111-126

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y además sin introducir las prudentes cláusulas obrantes en la legislación portuguesa[20]: dejar a la opción de la partes acudir el tribunal de jurado y, de optar por el mismo, elegir el simple —puro— o el mixto —escabinado—, además de reservar esta opción sólo para los delitos graves. Si no se reforma el artículo 125 CE, sí tendría que someterse la regulación de Tribunal del Jurado a una profunda revisión inspirándose en el modelo portugués, pues en la actualidad los juicios con tribunal de jurado son largos y costosos (dietas, gastos de hotel, muchas sesiones previas y de desarrollo de la vista, etc.), agravando la falta de medios y las dilaciones de la Justicia penal, y resultando además estos tribunales mucho más azarosos e inseguros que los ordinarios.

3. **Los operadores jurisdiccionales**

Ya Alonso Martínez, al finalizar la exposición de motivos de la LECr, le decía al Rey refiriéndose a la Administración de Justicia del orden penal: «…que no es posible, Señor, montar una máquina delicada y hacerla funcionar con éxito, sino contando con el asentimiento, el entusiasmo, la fe y el patriotismo de los que han de manejarla». Tratemos pues a continuación aspectos esenciales atinentes a los jueces y los demás operadores jurisdiccionales, constatando deficiencias y proponiendo soluciones.

a) *Jueces*

En España hacen falta más jueces[21], que además se dediquen exclusivamente a juzgar y a hacer juzgar lo juzgado (art. 117 CE), salvo su ocasional colaboración en las Juntas electorales, abandonando los registros y los matrimonios civiles, la instrucción de las causas y, en fin, que estén más racionalmente organizados, superando la demarcación y planta decimonónica para pasar a la circunscripción provincial con tribunales de instancia.

Por otra parte, la especialización en órdenes y subórdenes jurisdiccionales es una demanda creciente que, en el orden penal, se echa en falta en la instrucción y enjuiciamiento de los llamados delitos económicos, empresariales o de los negocios

20 La LO de 6 de diciembre de 1977 opto por el jurado escabinado, pero la Ley Figueiredo de 1983, aprobando el Código del proceso penal, estableció la vigencia de los dos tipos de tribunal de jurado: el simple —legos— y el mixto —escabinado—, pudiendo optar por cualquiera de los dos tras elegir esta vía de enjuiciamiento, y si inicialmente se opta por el jurado sin más o por el de legos, se puede luego concretar la preferencia por el mixto.

21 Según datos de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia, en España hay 12 jueces por cada 100.000 habitantes, cuando la media europea es de 21. Téngase en cuenta además que en España los jueces de instrucción sólo enjuician los delitos menores —antes faltas— y una minoría no tiene funciones jurisdiccionales por estar destinados en los Registros civiles o autorizando matrimonios.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que, además de conocimientos contables y empresariales, se precisan suficientes nociones de las ramas del derecho extrapenales implícitas en los tipos delictivos de esta naturaleza, especialmente de índole administrativa, tributaria y mercantil. Esta demanda se alimenta de la imposibilidad de hacer justicia sin tener *divinarum atque humanarum rerum notitia*, siguiendo el sabio adagio romano que exige conocer la realidad sobre la que se van a aplicar la normas jurídicas, haciendo además real y efectiva la presunción *iura novit curia*.

También se echa en falta, comparando la Administración de Justicia con otros servicios públicos, un mayor respeto a los justiciables y demás partícipes en la actividad judicial (abogados, peritos, testigos…), a la hora de organizar las agendas de las actuaciones jurisdiccionales, para evitar, además de las esperas, los desplazamientos inútiles comunicando las suspensiones con suficiente antelación. Y, en fin, la eliminación de la figura del juez instructor evitará los casos, hoy existentes, de algunos enjuiciantes a los que les imprimió carácter haber sido jueces de instrucción, impidiéndoles tal estigma ser del todo imparciales en su función de juzgar.

A lo expuesto se sumaría, en un examen más exhaustivo de la judicatura, la problemática de la selección y formación permanente de los jueces, la dotación de medios, el control de su rendimiento y los criterios y procesos de ascenso y provisión de cargos de gobierno, y otras cuestiones que no pueden plantearse y resolverse en los parámetros de este trabajo. Sí tiene en cambio cabida el problema del llamado «populismo judicial», que se trata *ut infra* con más detenimiento.

b) *Fiscales*

Tanto los jueces como los fiscales tienen como filtro de calidad unas oposiciones tradicionales, basadas principalmente en la memorización de una serie de temas, básicamente centrado en Derecho constitucional, civil, penal, procesal civil, procesal penal, y con menos contenidos mercantil, administrativo y laboral, seguidas de una estancia en la Escuela judicial y de prácticas. No es el momento, como se ha dicho ya, de cuestionar el sistema de selección, pero sí el de apuntar para el futuro una solución parecida a la alemana, estableciendo un sistema de selección idéntico y conjunto para jueces, fiscales, abogados y otras profesiones jurídicas, sistema que garantizaría *ex radice* la igualdad de armas procesal y sobre todo la dignidad y calidad del abogado, muy necesarias ambas para un adecuado funcionamiento de la Justicia.

Ya es un tópico, que el paso del tiempo está convirtiendo en utópico o al menos en ucrónico, que los fiscales deben asumir la instrucción de las causas penales, bajo la vigilancia de un juez de garantías, extendiendo por fin el principio acusatorio también a esta primera fase procesal, y cumpliendo, aunque sea después de más de un siglo, el deseo del ya citado Alonso Martínez que

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

clamaba casi al final de la exposición de motivos de la LECr: «Y suponiendo que algún día el legislador, echándose en brazos de la lógica, llegase hasta este último límite el sistema acusatorio…». Que los fiscales instruyan con independencia funcional pero con criterios uniformes, superando la situación actual en la que o instruyen al alimón el juez y el fiscal frente al abogado o, en las macrocausas, se limitan ambos a tramitar lo que la OCU, la UDEF o la UDYCO les dictan, tal cambio será sin duda una conquista al someter la vigilancia de la instrucción a un juez imparcial, sin los intereses investigadores que actualmente, en mayor o menor medida, vician irremediablemente su imparcialidad[22].

Esta extensión del principio acusatorio a la instrucción exige una reforma del Estatuto del Ministerio fiscal para que, además de regular otras materias como el reconocimiento del principio de oportunidad, disponga que el fiscal instructor no pueda recibir órdenes de la superioridad para dejar de instruir o perseguir, y sí en cambio para iniciar o proseguir una instrucción, solucionando así los problemas que el principio de jerarquía pudiera plantear como obstáculo a este cambio. También parece razonable que, sin dejar de depender el nombramiento del Gobierno el Fiscal General del Estado, la persona que lo encarne resulte elegida con el mayor consenso posible, incluyendo este requisito en la regulación legal de la su elección.

c) *Abogados*

Los abogados están calificados por la LOPJ (rótulo del Libro VII) de «cooperadores» de la Administración Justicia, pero omitiendo el adjetivo de «necesarios», especialmente en el ámbito del orden jurisdiccional penal. En contraste con los jueces y fiscales, que además de merecer una mención constitucional (arts. 117 y 124) tienen su estatuto regulado por ley, los abogados carecen de tales honores, pues el Estatuto General de la Abogacía Española sólo tiene el rango de Real Decreto, diferencia formal que tiene además consecuencias jurídicas en relación con el régimen disciplinario, cuyas infracciones y sanciones de naturaleza administrativa, reguladas por una disposición inferior al rango de ley, incumple el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 CE, aunque de momento se venga eludiendo en los Tribunales la nulidad de tal régimen disciplinario, mediante el eufemismo de considerar que tiene «cobertura legal», aunque incumpla la reserva de ley. En este sentido sería necesario regular la profesión de la abogacía mediante una ley, bien circunscrita a tal ámbito, bien dentro del

22 En teoría es defendible la tesis de que siga instruyendo el Juez, pero en la experiencia del jurista de «a pie de obra» es la contraria. En defensa de la tesis teórica puede verse el reciente y documentado artículo de J-L. Gómez Colomer, «La fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?», en ESTA REVISTA, n.º 41, 1.º semestre 1018, pp. 157 y ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

más amplio de la regulación del derecho fundamental de defensa (aun cuando este último aspecto, exigente del rango de ley orgánica, podría regularse en la nueva Ley de enjuiciamiento penal), y en el marco de esta nueva regulación legal, que el Consejo General de la Abogacía Española reelabore el Estatuto general de la Abogacía española, que servirá de pauta a los ochenta y tres colegios para que actualicen sus estatutos.

Otro aspecto pendiente de mejora de los abogados españoles es su previo control de calidad y cantidad, pues aun cuando el actual mecanismo de acceso a la Abogacía esté siendo mejor que su contrario, especialmente en el tramo de prácticas en despachos, está lejos de lograr que la abogacía española se sitúe en los parámetros de calidad y cantidad de otros países europeos, en cuanto a la cantidad, por el exceso de abogados que genera litigiosidad[23], circunstancia que se agrava al concurrir con el déficit de jueces y magistrados cuyo número debería duplicarse. Tanto para un efectivo control de la calidad como de la cantidad de los abogados, el nuevo sistema de selección tendría que aproximarse al procedimiento aplicado para los médicos —el MIR—, situando el examen en el orto del proceso y no en su final, y limitando el número de los que podrán superarlo, posponiendo y reservando el master a los graduados que aprueben dicho examen, aun cuando tal reducción merme el negocio de los centros docentes.

Y, en fin, en tanto se logra que sustituyan a la actual nuevas generaciones de abogados, más selectas y menos numerosas, el CGAE y los ochenta y tres colegios de abogados deberían planificar y ejecutar una campaña de rearme moral de la abogacía, inculcando los valores éticos contenidos en los dos Códigos deontológicos vigentes, particularmente que el «deber fundamental» del abogado, «como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la abogacía se halla vinculada». Esta escala de prelación de intereses exige que primero estén los de la Justicia, luego los de los clientes y, finalmente, los del abogado, escala de valores que veta tanto el planteamiento de pretensiones insostenibles a través de demandas, querellas, denuncias o recursos, como acuerdos o transacciones que perjudiquen al cliente y beneficien a los abogados, así como cualquier actuación que traicione esta jerarquía de intereses.

23 Así lo confirman las estadísticas, pues la necesidad de «sostenibilidad» y «lucro» de los despachos estimula la presentación de demandas y querellas, aun cuando las pretensiones sean insostenibles, si bien en la etiología de la litigiosidad hay muchas variables, incluido el grado de desarrollo económico: V. Rosales, «Demanda y oferta de Justicia civil en España», *Papeles de Economía española,* n.º 151, 2017, pp. 102 y ss. En CEPEJ, *European judicial systems. Efficiency and quality of justice, 2018 Edition (2016 data),* figura España con 11,5 jueces y 305,3 abogados por cada 100.000 habitantes, frente a 24,2 jueces y 200 abogados en Alemania; respecto al número de abogados en relación con la población, sólo supera a España, por este orden, Luxemburgo —403,1—, Grecia —390,3— e Italia —378,4—.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

d) *Policía judicial*

No existe en España una auténtica policía judicial dependiente en exclusiva de los jueces y fiscales[24], pues o bien es mixta no sólo en el sentido de su doble dependencia, orgánica del Ministerio del interior y, teóricamente, funcional de los mencionados titulares de la Administración de Justicia, sino también en cuanto que cumplen coetáneamente actividades gubernativas y judiciales, que en ocasiones confunden interesadamente. Especial mención merecen, como ya se ha aludido, las unidades policiales especializadas (UDYCO, UDEF y UCO) que gozan de una casi total autonomía hasta constituirse en «poderes fácticos», tomando iniciativas de investigación y de adopción de medidas cautelares como detenciones policiales, en procedimientos ya judicializados, hasta el extremo de terminar siendo el verdadero órgano instructor, calificando jurídico penalmente los hechos y proponiendo medidas de investigación, limitándose el Ministerio fiscal y el juez de instrucción a ser meros tramitadores de tales iniciativas que, al estar muy frecuentemente fundadas en meras sospechas y carecer de base probatoria, terminan en sentencias con numerosas absoluciones (p.e. en el Caso Malaya, de 95 acusados 50 absueltos en instancia y 6 mas en casación: casi el 60 % de absoluciones), resultados que generan graves daños morales y materiales a los sometidos injustamente a la «pena de banquillo» dada la publicidad del proceso, tanto en instrucción (conculcando los artículos 301 y 302 LECr y en algunos de los casos el 17 CE por la prisión preventiva indebida y no indemnizada luego como error judicial) como durante largos y mediáticos actos del juicio oral. Además de estos daños y perjuicios a los sucesivamente investigados, encausados y acusados, estas patologías generan una «malversación de caudales públicos», en el sentido etimológico del término, por el trabajo inútil de un alto número de funcionarios, incrementando además la «normal anormalidad» del funcionamiento de la Administración de Justicia.

e) *Otros colaboradores de la Justicia penal*

Las causas penales, especialmente en el ámbito del llamado Derecho penal económico, de la empresa o de los negocios entendido en un sentido amplio (delitos socioeconómicos, urbanísticos, medioambientales, de corrupción, etc.), requieren para su instrucción y enjuiciamiento, por una parte, la resolución de cuestiones prejudiciales ajenas al Derecho penal, y por otra el esclarecimiento de hechos que exigen un conocimiento de arte o ciencia ajena al derecho (periciales contables,

24 J.M. Serrano Alberca, «Artículo 126», *Comentarios*…cit., pp. 1859-1860. O. Alzaga Villamil, ob. cit., p. 571. P. Lloria Garcia, «Artículo 126», *Comentario mínimo…,* cit., pp. 485-488. V. Moreno Catena, «Artículo 126», *Comentarios a la Constitución española*, T. II, Tirant lo Blanc, Valencia 2018, pp. 1765 y ss. L. Rodríguez Ramos, «Cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado (Hacia una policía judicial y una instrucción eficientes)», *En pro de la regeneración política de España*, Aranzadi 2015, pp. 611 y ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

informáticas, alimentarias, ambientales…). Respecto a la primera cuestión, al margen de la posible reimplantación de las cuestiones prejudiciales absolutas —suspensivas y devolutivas—[25], deberían admitirse en el proceso penal los dictámenes del *amicus curiae*[26], que no son otra cosa que informes periciales sobre temas jurídicos que, como instrumentos que suplan los supuestos en los que *iura non novit curia* (delitos tributarios, urbanísticos, contra la propiedad industrial, etc.), como informes periciales, hoy se introducen en los procedimientos cual si de ciencia o arte ajena al derecho se tratase[27]. Y respecto al segundo tema, relativo a los informes periciales propiamente dichos, salvo el caso de los médicos forenses y otros cuerpos nacionales de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia[28], los juzgados y tribunales suelen acudir para peritajes judiciales a personal de la policía judicial o a peritos externos, cuyos informes —p.e. los informáticos— suelen dilatar la instrucción porque la acumulación de trabajo genera largas listas de espera.

5. **El proceso penal y otras cuestiones**

a) *Necesidad de una nueva ley*

La vigente LECr de 1882, ampliación de la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, de Montero Ríos y firmada por Amadeo I, y parcheada reiteradamente mediante reformas y otras leyes complementarias, es obvio que requiere ser sustituida por una nueva Ley procesal penal, trabajo para el que sería funcional, como ya se ha dicho, refundir los dos borradores elaborados en los mandatos de los Ministros de Justicia Caamaño y Ruiz-Gallardón[29], al estar inspirados ambos trabajos en los mismos principios. Para evitar los tradicionales defectos del impaciente prelegislador español, dicha fusión de borradores debería someterse a información pública de académicos y prácticos del Derecho procesal penal, antes de convertirla en anteproyecto de ley, llegando incluso a la solución final del llamado «Proyecto alternativo» elaborado por académicos en Alemania,

25 El artículo 9 LOPJ determina que cada orden jurisdiccional es competente para resolver las pretensiones que afecten al sector del ordenamiento jurídico que le corresponda. El artículo 10 señala la preferencia del orden jurisdiccional penal para resolver cuestiones prejudiciales que surjan en las causas que le correspondan, al tiempo que fija la preferencia de este orden jurisdiccional si entra en conflicto con otro en el que se tenga que resolver un contencioso sobre los mismos hechos, pero en una interpretación discutible se ha llegado a una opción mayoritaria que considera erradicadas las cuestiones prejudiciales absolutas o, lo que es lo mismo, suspensivas y devolutivas, en el proceso penal, tema sobre el que se vuelve *ut infra* epígrafe 5.C.bc).

26 El *amicus curiae* es una institución vigente en algunos tribunales internacionales, que ilustran al órgano enjuiciante sobre cuestiones jurídicas difíciles, evidenciando que el adagio *iura novit curia* tiene límites.

27 M. Marchena Gómez, «De peritos, cuasiperitos y pseudoperitos», *Poder Judicial,* n.º 39 (1995), pp. 233-252.

28 Arts. 470 y ss LOPJ: Facultativos y Técnicos especialistas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias forenses, y de Gestión procesal y administrativa, etc.

29 Ver nota 3.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tras una larga y minuciosa tramitación del proyecto de reforma de la parte general del Código penal, que el Partido liberal convirtió en enmienda para enriquecer el debate en la tramitación parlamentaria[30].

Obviamente la nueva ley ritual penal mantendría los principios de los dos borradores aludidos, otorgando la instrucción al Ministerio fiscal bajo el control de un juez de vigilancia durante la instrucción y otro de la acusación finalizado el sumario[31], restringiendo adecuadamente la imposición de medidas cautelares personales y reales y de las de investigación, especialmente las que afecten a derechos fundamentales y particularmente las de detención y prisión provisional, limitación de los supuestos y de la duración del secreto interno y, mediante disposiciones adicionales, reformando la LOPJ en lo atinente a la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado Juez, sobre todo en lo que afecta al error judicial como supuesto del normal funcionamiento de la Justicia y al específico de prisión preventiva seguida de sobreseimiento o absolución. Pero sobre estos particulares se trata en el siguiente epígrafe.

b) *Las reformas orgánicas como presupuesto: efectiva vigencia del principio acusatorio*

La nueva ley de enjuiciamiento penal obviamente ha de partir de la coetánea o previa realización de las reformas orgánicas mencionadas, y así poder superar la inercia inquisitiva de la instrucción en el orden penal español por las razones ya apuntadas por Alonso Martínez, como solución transitoria para suavizar el cambio que suponía la implantación del principio acusatorio en el periodo intermedio y en el plenario.

Esta erradicación de tales praxis inquisitivas exige, además de las reformas legislativas, un cambio de actitud en algunos jueces y magistrados, superando los excesos de confianza en las pretensiones del Ministerio fiscal, viviendo el reconocimiento de una real y efectiva igualdad de armas respecto a las defensas, exigiendo efectivos indicios racionales de criminalidad para iniciar diligencias penales contra algún ciudadano y que tales indicios estén muy reforzados a la hora de aplicar las medidas cautelares que, en su real y material naturaleza jurídica, son auténticas penas anticipadas, en especial cuando de la prisión preventiva se trata, pero también en los demás casos dado su carácter aflictivo.

30 Sobre el ejemplar proceso de reforma del Código penal alemán puede verse: A. Beristáin, «La reforma del Código penal alemán», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1969, Tomo 22, 2, pp. 371 y ss.

Este proceso contrasta con la «alegría» del legislador español en sus reformas.

31 En la versión de la Propuesta de Código procesal penal se unifica la figura del juez de garantías y de la acusación. En el Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal, en cambio, se diversifican ambas figuras. Una solución sincrética sería que el juez de garantías ejerciera también como juez de la acusación, pero exigiendo el juez de garantías el que actuara como juez de acusación fuera distinto del que, en ese procedimiento, lo hubiera sido durante la instrucción.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

c) *Derechos de la defensa efectivos*[32]

La erradicación de las inercias inquisitivas redundará, sin duda, en un reforzamiento de los derechos de defensa, siempre y cuando se complemente tal erradicación con nuevas reformas a las que se hace referencia en este apartado.

a) El secreto sumarial

El secreto externo e interno de las actuaciones en la fase de instrucción (arts. 301 y 302 LECr) no es en la actualidad ni real ni efectivo. Actuaciones sumariales, incluidas grabaciones de declaraciones de investigados y documentos de la causa declarados incluso secreto interno sólo accesibles al juez y al fiscal, así como conversaciones telefónicas mantenidas entre el imputado y su defensor que, para colmo, nada tienen que ver con esa causa, se publican en los medios de comunicación con total impunidad, atentando contra muy diversos derechos fundamentales de los investigados: presunción de inocencia, defensa, honor, propia imagen y tutela judicial efectiva.

Estos atentados tan graves contra los derechos fundamentales de ciudadanos justiciables, en la mayoría de los casos constitutivos de delito al haber sido quebrantados secretos por funcionarios (policías, fiscales o funcionarios de juzgados de instrucción) que las filtran a los medios para reforzar sus pretensiones, resultan impunes por obra y gracia del secreto de las fuentes que ampara constitucionalmente a los periodistas y que es ilimitado, absoluto, al no estar regulado por ley en contra de lo dispuesto en la CE (art. 20.1 d). La única solución eficaz a este problema tan grave es, mal que les pese a los periodistas, que se tipifique expresamente la divulgación en los medios de comunicación de información procedente de actuaciones judiciales, como delito contra la Administración de Justicia. No se trata de «matar al mensajero» sino más bien de «matar» al que lesiona tan graves derechos fundamentales, pues si el que quebranta el secreto es quien entrega «la pistola» al periodista, es el periodista quien «la dispara». No se trata pues de limitar el ámbito del secreto de las fuentes del periodista, sino de tipificar como delito la publicación o divulgación del secreto quebrantado por esa fuente, que por cierto es un secreto aun no regulado legalmente a pesar el mandato constitucional en tal sentido[33].

Con esta criminalización de la divulgación de secretos sumariales se seguiría la senda de países más civilizados en este aspecto, tales como

32 L. Rodríguez Ramos, «¿Inferioridad de armas de la defensa en el proceso penal? (Especial referencia al derecho a la prueba)», *Teoria&Derecho,* Tirant lo Banc, diciembre 2010. «¿Hacia el ocaso del derecho de defensa?» I y II, *Abogados*, Consejo General de la Abogacía Española, septiembre y noviembre de 2016.

33 Art. 20.1-d) CE.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Alemania, Francia, Suiza o Portugal[34], y se evitaría el aluvión de filtraciones a los medios de comunicación de la policía judicial, de los abogados, de las fiscalías y de juzgados y tribunales de actuaciones teóricamente secretas, en ocasiones también sometidas al secreto interno, filtraciones dirigidas a la creación o el incremento de un «ambiente» en la opinión pública, para reforzar como se ha dicho sus pretensiones intraprocesales, contando que tal «ambiente» influirá en el órgano jurisdiccional para propiciar el éxito de las mismas.

b) Castigo de la querulancia y de la litigiosidad temeraria

Como ya se ha manifestado, en España existe una alta litigiosidad penal por abundantes denuncias, querellas y recursos con pretensiones insostenibles, que generan un alto gasto público y privado *ad maiorem advocatorum lucrum*, si bien tampoco falta temeridad en no pocos procedimientos iniciados e impulsados por el Ministerio fiscal, especialmente siguiendo pautas de la policía pseudojudicial en los términos ya comentados. Obviamente esta actividad inútil del orden jurisdiccional penal, además de la citada malversación de fondos que supone en el sentido etimológico de la palabra, contribuye a la existencia de dilaciones y al sometimiento de muchos ciudadanos a ser sujetos pasivos de aflicciones como imputados e incluso acusado en un procedimiento penal, que carece de fundamento por ausencia de indicios racionales de criminalidad que justifique su inicio.

— La condena en costas y responsabilidad patrimonial efectiva del Estado Juez

Al margen del ya referido «control de natalidad» en la abogacía, el mejor remedio para erradicar este exceso de litigiosidad sería, por una parte, implantar en la nueva Ley de enjuiciamiento penal el criterio del «vencimiento» para la condena en costas, del modo que está regulado en la vigente LEC[35], y por otra, implantar la responsabilidad

34 El TEDH ha confirmado la procedencia de sanciones a periodistas que publicaron información sometida al secreto de la instrucción. En el Caso Giesbert y otros v. Francia —S de 1 de junio de 2017—, la divulgación del secreto se produjo terminada ya la instrucción, pero antes de ser conocida por el tribunal enjuiciante. En el mismo sentido de protección del secreto de la instrucción frente a la libertad de información, por afectar a la presunción de inocencia junto a otros bienes jurídicos, la S de 29 de marzo de 2016, Caso Bedat v. Suiza, se había pronunciado un año antes en el mismo sentido.

35 En la LECr —art. 240— sólo se condena a la acusación particular y, aunque no lo diga la letra de la ley, también se ha condenado a la popular, si concurre «temeridad» o «mala fe». En cambio, en el ámbito de la LEC —art. 394.1— rige el principio del «vencimiento»: el que pierde el pleito paga las costas, con la excepción de que existieran en la pretensión del perdedor «serias dudas de hecho o de derecho». Debería implantarse en el procedimiento penal este criterio matizado del vencimiento, para evitar la querulancia temeraria, en cambio sería más justo implantar también esta modalidad en el régimen de costas del recurso de casación penal, pero en el sentido contrario, es decir, excepcionando la condena en costas si concurrieran «serias dudas de hecho o de derecho» en la pretensión del perdedor, pues ahora —art. 901 LECr— la vigencia

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

patrimonial del Estado juez por error judicial, en los supuestos de sobreseimiento o sentencia absolutoria, al menos como regla general, y sin duda el Ministerio de Hacienda exigirá a la Fiscalía General del Estado que dé órdenes precisas a los fiscales de no caer en la temeridad, cuando la cuantía de las indemnizaciones en tal concepto supongan una carga importante para los presupuestos generales, carga evitable atemperando prudentemente el exceso de celo acusatorio de algunos fiscales[36]. En este sentido es esperanzadora la noticia reciente de declaración próxima de inconstitucionalidad de la norma de la LOPJ que exige como requisito, para la indemnización de la prisión preventiva impuesta al absuelto o sobreseído, la «inexistencia del hecho»[37]. En este mismo ámbito hay que recordar que el artículo 121 CE diferencia el error del funcionamiento anormal, configurándolo en consecuencia como un modo incluido en el «normal funcionamiento», tesis que no ha seguido la jurisprudencia[38]. Y, en fin, la generalización de esta responsabilidad patrimonial del Estado Juez a todos los absueltos o sobreseídos, como regla general, y la «civilización» —LEC— de la condena en costas de la acusación particular y de la popular (criterio del vencimiento moderado) acercaría la legislación y praxis jurisprudencial española a la europea, concretamente a la alemana[39], impidiendo la actual querulancia o, si se prefiere, querulomanía derivada de la temeridad impune.

— Descriminalización primaria

La segunda revolución de la Administración de Justicia, en lo atinente al orden jurisdiccional penal, no puede eludir un replanteamiento profundo de la normativa punitiva sustantiva, pues el principio de legalidad de los delitos (art. 25 CE), interpretado por el TC, impone

del principio de vencimiento es absoluta, sin esta excepción, exacerbación que lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a los recursos (art. 24 CE), por la inhibición del justiciable ante la posible condena en costas, a pesar de ser razonable el recurso en ese *in dubio.*

36 Como resumen de la bibliografía sobre el tema, y en particular de las publicaciones del autor de este trabajo sobre a misma materia, véase «Apariencia y realidad en la responsabilidad patrimonial del Estado Juez (Limitada vigencia del artículo 121 CE)», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 38, 2.º semestre de 2016, pp. 411-431.

37 Art. 294.1 LOPJ. El Pleno del TC se ha planteado una autocuestión de inconstitucionalidad de dicho artículo, a raíz de un recurso de amparo.

38 Ver la nota 35 (la cita incluye la incorrecta jurisprudencia del TS que configura el «error» como una modalidad de «anormal funcionamiento», en vez de cómo una alternativa) y además J.M. Serrano Alberca, «Artículo 121», *Comentarios a la Constitución,* Civitas, Madrid 1985, pp. 1736 y 1737. O. Alzaga Villamil, ob. cit., pp. 557-558. E. Cobreros Mendazona, «Artículo 121», *Comentarios a la Constitución española*, T. II, Tirant lo Blanc, Valencia 2018, pp. 1705 y ss. L. Martín Rebollo, «Artículo 121», *Comentario mínimo…* cit., pp. 465-468.

39 El §§ 467 y 467a de la Ley procesal penal alemana —StPO— hace recaer «las costas del proceso y los gastos necesarios del imputado sobre el Estado», padecidos por los absueltos o sobreseídos. También, en la Ley sobre indemnizaciones por medidas de persecución penal —StrEG— de 8 de marzo de 1971.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tácitamente la vigencia del principio *in dubio libertas* y, en consecuencia, la configuración de las leyes penales como *ultima ratio*[40], y aun cuando este trabajo se centre en los aspectos orgánicos y procesales, es necesaria una escueta referencia a esta cuestión relativa al futuro del CP y a las escasas leyes penales especiales vigentes.

En primer lugar tendría que plantearse el legislador, por supuesto precedido de trabajos de investigación teóricos y prácticos contando con el Derecho comparado, cuál debería ser el sistema normativo sancionador coordinando los ámbitos penal y administrativo, tanto en la fase de elaboración normativa, como la de su aplicación y correspon diente control jurisdiccional.

Cumplida esta premisa tendría que revisarse el catálogo de delitos, con especial empeño en diferenciar con precisión los límites de los injustos civiles y administrativos, cuando se estima necesario complementar su propio sistema de responsabilidad mediante la creación de tipos penales que sobreprotejan esos bienes jurídicos, ya definidos y defendidos extrapenalmente. Para un mejor logro del necesario requisito de marcar claros límites entre los injustos penales y los no penales que se sobreprotegen, habría que replantearse hasta que punto es funcional seguir el «principio de codificación», en detrimento del de «especialidad», es decir, si no sería en no pocos casos más funcional seguir la técnica de incluir los delitos en la ley que regule la correspondiente realidad socioeconómica, al uso italiano y francés, logrando así una mejor sistematización y mayor claridad a la hora de lograr esa diferenciación entre los injustos[41]; una solución intermedia entre ambos principios sería la de vincular las reformas de los delitos de esa naturaleza, a la de las leyes ajenas al orden penal, incluyéndose en el mismo proyecto de reforma de esa legislación básica disposiciones adicionales con las reformas de los correspondientes tipos penales.

Por otra parte, desde su entrada en vigor el CP de 1995 en más de treinta ocasiones ha sido reformado y a veces contrarreformado, reformas generalmente poco contrastadas y con una tendencia a exasperar las penas atendiendo, primero el Gobierno y luego el legislador, a criterios «populistas», generando numerosas desproporciones tanto en un planteamiento sistemático como en el análisis de tipos concretos. Una muestra evidente de la precipitación legislativa, la exasperación de las penas y la falta de respeto a la sistemática del CP, ha acompañado la

40 Hoy con Freciencia *Prima ratio*, como se reitera UT inPra,

41 Los elementos jurídicos normativos de los tipos delictivos y los tipos penales en blanco remiten a otros sectores del ordenamiento jurídico. Por otra parte, la jurisdicción es única aun cuando se diversifique en diversos ordenes —civil, penal, contencioso-administrativo y social, art. 9 LOPJ—, tienen que decir lo mismo sobre los mismos hechos.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

introducción en el código de la prisión perpetua revisable que, siendo en sí una pieza necesaria del sistema una vez abolida la pena de muerte (que de haberse introducido en el CP en 1978 se hubiera evitado las precipitadas excarcelaciones de etarras y la aberrante Doctrina Parot que pretendió torpemente evitarlas), no tiene sentido tanto la progresión en grado y los posibles permisos de los condenados a dicha pena antes de su reconversión en pena privativa de libertad temporal, como su convivencia con penas temporales tan largas como las prisiones de treinta o cuarenta años, que tendrían que haberse derogado al tiempo que se introducía en el catálogo de penas la perpetua revisable como la pretendidamente más grave, pues puede terminar siendo más beneficiosa para el reo esta prisión perpetua que la aludidas penas largas pero temporales también privativas de libertad.

Y, en fin, reinstaurar el principio de *ultima ratio* que corresponde al Derecho penal, para que deje de ser la *prima ratio* en la actividad legislativa ante la necesidad de solucionar conflictos sociales, evitando el fácil recurso de «huir hacia el Derecho penal» para fingir rotundidad en la resolución de los problemas, olvidando que no pocas veces, en aseveración que se le atribuye a Welzel, el Derecho penal «tiene guantes de madera» y conflicto que intenta «acariciar» lo exaspera en vez de solucionarlo.

— Erradicación de la criminalización secundaria: las prejudicialidades en el orden jurisdiccional penal

Pero no basta con que el legislador proceda a descriminalizar conductas para que el ciudadano tenga la seguridad jurídica de no ser imputados a consecuencia de hechos que resulten impunes, tras la instrucción o el enjuiciamiento, pues a la existencia de tipos penales claros y estrictos debe seguir la actitud de abogados, fiscales y jueces que eviten impulsar procedimientos penales sin fundamento, fomentando lo que se denomina «criminalización secundaria», que es la operada en el ámbito de la aplicación de las leyes penales traicionando el principio de legalidad de los delitos.

Todo lo manifestado relativo a los instrumentos neutralizadores de la litigiosidad temeraria —querulancia o querulomanía— incidiría en la evitación de este fenómeno, pero hay un factor más a tener en cuenta que es la problemática ya citada de las llamadas «cuestiones prejudiciales», fenómeno agravado, en primer lugar, por la expansión del Derecho penal especialmente el adjetivado económico, empresarial o de los negocios, que en aparente paradoja ha convertido al Código penal en una «realidad invadida» como réplica a su actividad «invasora» de otros sectores del ordenamiento jurídico, en cuanto que los tipos penales resultan conformados con «elementos jurídico normativos» procedentes de los órdenes civil, mercantil,

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

administrativo, laboral, etc., hasta el extremo de adoptar la figura de los «tipos o leyes en blanco», que son aquellas que se remiten expresa o tácitamente a normas no penales para configurar el ámbito de la conducta típica.

Pero existe un segundo factor que ha venido a complicar la resolución de estas cuestiones prejudiciales, y es la promulgación y posterior interpretación del artículo 10 LOPJ que se refiere a esta materia, siendo casi unánime la doctrina jurisprudencial de que la precepto ha derogada las llamadas cuestiones prejudiciales «absolutas» —art. 4 LECr— o, lo que es lo mismo, «suspensivas y devolutivas», convirtiendo todas ellas en «incidentales» o «no suspensivas», lo que significa que tales cuestiones no paralizarán el procedimiento penal aun cuando tengan por objeto los mismos hechos que los procesos de otros órdenes jurisdiccionales, habiendo resuelto la posible discrepancia de una y otra resolución, dando preferencia final a la sentencia dictada por el orden jurisdiccional que le era propio (art. 9 LOPJ), permitiendo desde la reforma de la LECr de 2015 la revisión de la sentencia penal en el recurso extraordinario del mismo nombre[42] para dar solución a las exigencias de la unidad de jurisdicción.

Pues bien, para la evitación de estos posibles errores judiciales del orden jurisdiccional penal, al aplicar leyes ajenas a su jurisdicción, caben diversas soluciones alternativas o acumulativas entre las que se pueden incluir las siguientes: generalizar las leyes penales especiales incluidas en las leyes reguladoras de las materias extrapenales y en todo caso que las leyes penales sean claras y taxativas, creación de órganos jurisdiccionales especializados en Derecho penal económico, rehabilitación de las cuestiones prejudiciales suspensivas y devolutivas, superación del principio inquisitivo atribuyendo la función instructora al Ministerio con la consiguiente unificación de criterios, generalización de la condena en costas y, en fin, ampliación de la responsabilidad patrimonial del Estado Juez por error judicial.

— Una razonable jerarquía de fuentes

Un fiscal y ahora magistrado de la Sala 2.ª TS cuenta como anécdota la experiencia que le trasladó un veterano fiscal nada más superar la oposición: «En el Derecho procesal penal la primera fuente es la costumbre, la segunda la jurisprudencia y, en tercer lugar, la ley siempre que no se oponga a la costumbre y a la jurisprudencia», es decir, una perfecta inversión de la jerarquía de fuentes declarada en el Titulo preliminar del CC. Se trata de una caricatura que, por lo tanto, tiene *fundamentum in re* aun cuando se exageren los rasgos, y esta es la

42 Art. 954.1-c) LECr, tras la reforma introducida por la L 41/2015 de 5 de octubre.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

experiencia de los abogados cuando tienen que plantear una pretensión no rutinaria ante un órgano jurisdiccional, pues lo prudente es acudir al oficial y preguntarle: «¿Cuál es la costumbre de este juzgado en lo atinente a…?».

Paradigma de esta realidad, aun cuando en este caso se trate de una costumbre generalizada, es la declaración de los acusados como primer medio de prueba en los actos de juicio oral, cuando tal costumbre inveterada no figura en la LECr, y no es otra cosa que una inercia inquisitiva de cuando la confesión era la prueba reina. En las dos propuestas de nueva Ley procesal penal tal «prueba» se articula como la última a practicar en el acto del juicio oral, sólo si la pide la defensa del acusado, único diseño acorde con los derechos fundamentales de defensa y a la presunción de inocencia[43].

Es pues deseable que la futura Ley de enjuiciamiento penal regule estos y todos los demás aspectos procesales, sin dejar que la costumbre supla lagunas esenciales por afectar a derechos fundamentales de los justiciables. Al margen de esta exigencia al legislador, lo cierto es que, si en el futuro es el Ministerio fiscal asume las funciones intructorias, la unidad de criterio en todo el territorio nacional evitará la actual fragmentación de «costumbres», al menos en esta primera fase procesal, dado el principio de unidad de criterio que preside el funcionamiento de la Fiscalía[44], mediante consultas, instrucciones y circulares.

— Y finalmente una reforma constitucional del tiempo máximo de detención

Por último, y para homologar la vigente CE con casi todas las constituciones históricas que se han pronunciado sobre el particular (salvo la de 1931 y el Fuero de los Españoles, que son los únicos precedentes del artículo 17.2 CE en la fijación del tope máximo de la detención policial en las setenta y dos horas), reducir dicho tope a veinticuatro horas[45], y que es también la duración más frecuente en el Derecho comparado, salvo algún supuesto como el italiano que se extiende hasta las cuarenta y ocho horas. Precisamente esta constante histórica del siglo XIX es la que explica que el artículo 496 LECr, que no se ha modificado desde el nacimiento de la ley en 1882, siga obligando a los particulares, autoridades o agentes de la policía judicial que detuvieren a una persona, a «ponerla en libertad o entregarla al juez más

43 Arts. 567 y ss del Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal del entonces, Ministro de Justicia Sr. Caamaño, diciembre 2014, y la Propuesta de Código procesal penal de la comisión nombrada por el también exministro Sr. Ruiz Gallardón, febrero 2013, comisión de la que formó parte el autor de este trabajo.

44 Art. 2 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

45 Constituciones de 1812 —art. 290—, de 1869 —art. 3—, de 1876 —art. 4— y de 1931 —art. 29—. No se han pronunciado sobre el plazo las de 1837 y 1845.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

próximo al lugar en el que hubiera hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma».

III. VICIOS SOBREVENIDOS

Con posterioridad a la entrada en vigor de la CE, y al margen de lo incumplido por la legislación y jurisprudencia a partir de ese momento, han sobrevenido diversos «vicios» en las resoluciones judiciales contrarios a las normas constitucionales, «vicios» que han nacido de la patología social definida en el concepto, más o menos indeterminado, que expresa el término complejo «populismo judicial», realidad que genera errores lógicos en dichas resoluciones, que modernamente se denominan «sesgos cognitivos» y desde los tiempos de los filósofos griegos «sofismas», si bien los sesgos cognitivos tienen una vertiente también psicológica y, cuando se predican de los autos y sentencias, además se aglutinan elementos deontológicos e incluso jurídicos procesales y constitucionales.

Hay que aclarar, *a limine*, que no es necesaria ni exclusiva la relación entre el populismo y los sesgos cognitivos o sofismas en las resoluciones judiciales que los padecen, pues tales vicios pueden devenir de la ignorancia o de la negligencia y no de un propósito de dar cobertura al populismos escondido tras un auto o sentencia, aun cuando todos estos supuestos merezcan reproche.

Y, en fin, la necesidad constitucional de ajustar a la ley las resoluciones judiciales y de motivarlas adecuadamente, conforme a la lógica jurídica, deviene no sólo de la referencia expresa a la motivación de las sentencias del artículo 120.3 CE, sino también y sobre todo de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 complementado por el 9.2 y 3 (efectividad y realidad de la vigencia de los derechos fundamentales e interdicción de la arbitrariedad), concretamente de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, del derecho de defensa y del derecho a los recursos y a un proceso con todas las garantías obviando la arbitrariedad[46]. La ausencia de motivación o la motivación errada pueden ser instrumentos para encubrir la arbitrariedad que, de modo consciente o inconsciente[47], puede derivarse del propósito de dictar una resolución más dirigida *ad plausum populi* que al estricto cumplimiento de la legalidad.

46 J.M. Serrano Alberca, «Articulo 24.1» y «Artículo 24.2», *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid 1985, pp. 453 y ss. A. González Alonso, «Artículo 24.1», y A.M. Ovejero Puente, «Artículo 24.2», *Comentario a la Constitución española*, T. I, Tirant lo Blanc, Valencia 2028, pp531 y ss.

47 Sobe esta materia pueden verse dos antiguos artículos del autor de estas páginas: «La verdad y las verdades en el proceso penal: ¿hacia una justicia «dependiente» de los medios de comunición?», *La Ley*, n.º 5, 2002, pp. 1506-1512. «Justicia penal y medios de comunicación», *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Vol. 2, 2004, pp. 1415-1432.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Tras denunciar la «jivarización del recurso de amparo» y analizar brevemente el concepto de populismo judicial, se aludirá a tres resoluciones judiciales, algunas ya censuradas por el TEDH y otras pendientes de la censura del TC, respecto a los cuales se irán describiendo algunos «sesgos cognitivos», dichos ejemplos son: la Doctrina Parot, el Caso Falciani y el Caso de La Manada, pero *ab intio* hay que aclarar que, al menos en los dos primeros supuestos tomados como muestra, aun cuando coincidan con el *plausus populi* en sus conclusiones, late tras ellas el sano ánimo de «justicia material» que suele acompañar a las resoluciones judiciales y, al menos en tales casos concretos de la Sala 2.ª del TS, no se evidencia una segunda intención populista, sino más bien la pura coincidencia y aplicación del principio de «conservación de las resoluciones judiciales», pues se trata de un tribunal que, por ser la cúspide de la pirámide del orden jurisdiccional penal, tiene una acreditada independencia y sus miembros un nivel jurídico indubitado.

1. La «jivarización» del recurso de amparo

El recurso de amparo previsto en la CE (art. 161.1-b), como competencia del TC, es una respuesta a la «violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de la Constitución», pero «en los casos y formas que la ley establezca». La LO 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, ha sido sucesivamente modificada por las leyes orgánicas 6/1998, 7/1999, 1/2000, 12/2015 y, por lo que afecta al recurso de amparo, por la 6/2007 de 24 de mayo que redujo notablemente el carácter del TC como tribunal de amparo, mutándose prevalentemente dicho recurso en una modalidad más de declaración de inconstitucionalidad.

Esta regresión, en el sometimiento de la Administración de Justicia a la Constitución, vino motivada por la acumulación de demandas de amparo en tramitación, aun cuando cada vez se fuera estrechando más el trámite de admisión, acumulación vinculada tanto a la denunciada querulancia temeraria como al anormal, aconstitucional o anticonstitucional funcionamiento de los juzgados y tribunales, dando la impresión de que el TC «tiraba la toalla» al no considerarse responsable de la profunda reforma que la Justicia española necesitaba.

La reforma de los artículos 41 y siguientes de la ley del Tribunal Constitucional, introduciendo el concepto indeterminado de la «especial trascendencia constitucional» (art. 50.1-b) y el acuerdo de «la inadmisión mediante providencia, contra la cual no cabrá recurso alguno» (art. 50.4) han reducido enormemente el amparo real y efectivo que venía ofreciendo el TC, realidad sobrevenida tras casi tres décadas en la entrada en vigor de la Constitución y que debe destacarse como regresión, justificada o no, en la vigencia efectiva y real de los derechos y libertades vinculados a la Administración de Justicia.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2. **El llamado «populismo judicial»**

El concepto de «populismo» es indeterminado, aun cuando existe ya abundante literatura sobre la materia[48], pero en definitiva viene a significar un fenómeno sociopolítico consistente en escuchar y alimentar las expectativas de una amplísima mayoría social poco crítica, generalmente sensibilizada en pro o en contra de determinadas conductas, que aplauden o censuran actuaciones públicas en función de ese estado de opinión, al margen tanto de la realidad o falsedad de los hechos y de sus circunstancias, cuanto de la viabilidad jurídica o económica que tales realidades puedan merecer. En definitiva, y como se viene resumiendo en una frase, consiste en «ofrecer soluciones simples para problemas complejos».

En el presente contexto se predica este término —populismo— de ciertas resoluciones judiciales —autos y sentencias— que, contaminadas por ese «clamor» de la opinión pública, se dictan en el sentido esperado por ese ambiente popular, conculcando los deberes impuesto por la lógica jurídica —procesal y sustantiva—, por la psicología cognitiva y por la normas deontológicas —éticas— del o de los operadores jurídicos directos —jueces— o indirectos —partes procesales con sus escritos formulando la pretensión atendida—. Recuérdese en este nuevo apartado lo ya manifestado respecto al secreto de la instrucción *ut supra*, concretamente en lo atinente a las «filtraciones interesadas» de los operadores jurisdiccionales, y de modo particular de las procedentes de la policía judicial (UDYCO, UDEF o UCO).

Como ejemplos ilustrativos pueden tenerse en cuenta lo acaecido respecto a las sentencias dictadas en los conocidos como «La Manada» o en las operaciones policiales, luego judicializadas, tales como las denominadas «Malaya», «Ballena Blanca», «Gürtel», «Lezo», «Pokemón», «Púnica», «Enredadera», «Taula», etc. y de un modo más genérico no pocos autos y sentencias en materia de violencia de género.

a) *Las resoluciones judiciales*

Parta tratar esta materia hay que partir del veto a la arbitrariedad en las resoluciones judiciales, prohibición que impone una correcta motivación —fundamentación— de todos los autos y sentencias, sometiendo sus argumentaciones a la lógica jurídica, para que el «fallo» o conclusión sea conforme a Derecho, es decir, fiel cumplidora de la correcta aplicación de las normas procesales y sustantivas concurrentes, lo que supone racionalidad en la argumentación y congruencia de la

48 Como muestra: G. Ariño Ortiz, *Populismo y democracia: La izquierda populista en España,* Vol. 1 y 2, Paperback, 2016 y 1017. J.L. Villacañas Berlanga, *Populismo,* La Huerta Grande, 2015. J.M. Lasalle, *Contra el populismo*, Debate, 2017. G. Alvarez, *El engaño populista. Por qué se arruinan nuestros países y como rescatarlos*, Planeta, 2016.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

misma con la conclusión a la que llega la parte resolutiva o conclusiva del auto o sentencia. La lógica jurídica es obviamente más exigente que la lógica sin adjetivar —lógica general—, pues a las reglas comunes al arte de razonar se suman las derivadas de las normas procesales y sustantivas previstas en la Constitución, las leyes ordinarias y la jurisprudencia correspondiente, tanto de los tribunales nacionales como de los internacionales (art. 10.2 CE).

Cuando la argumentación no es correcta o completa —incorrecta por acción u omisión— o la conclusión carece de congruencia con dicha argumentación —conclusión infundada—, el requisito de la motivación racional no se cumple y procede la impugnación y revocación de la resolución, seguidas del dictado de otra nueva que enmiende el error cometido. Estos errores judiciales, al ser remediables en principio mediante recursos ordinarios o extraordinarios, no pueden equipararse al propiamente denominado como tal en los artículos 121 CE y 292 y ss LOPJ, errores judiciales que, por cierto, han sido pervertidos y reducidos «ilógicamente» (con perversa argumentación) a la mínima expresión en su configuración jurisprudencial, dejando indefensos a multitud de perjudicados por el normal funcionamiento de la justicia (errar, equivocarse es de sabios, es normal)[49].

Pues bien, en esta parte final del trabajo se pretende denunciar los errores comisivos y omisivos que afectan a las resoluciones judiciales, tanto desde un punto de vista filosófico —lógico—, como psicológico —juicios heurísticos y sesgos cognitivos—[50], y ético —vicios y virtudes subyacentes—, si bien de un modo enunciativo por requerir su análisis al menos una monografía. Tales errores judiciales pueden estar inducidos por escritos o alegaciones orales de la parte contraria, por lo que son también censurables como actos preparatorios de las posteriores argumentaciones viciadas de los juzgadores.

Para esta fusión de los aspectos lógico-filosóficos, psicológicos y éticos de los errores en la argumentación judicial, habría que partir de Aristóteles[51], por ser el más representativo de los primeros filósofos en el tratamiento de la lógica y de la ética, para llegar a KAHNEMAN[52] por serlo a su vez de los psicólogos que más han avanzado en la detección y definición de los llamados «sesgos cognitivos» —excesos intuitivos generadores de error— que son desviaciones de la auténtica «heurística» —arte de investigar— pervertida en el arte de «inventar» en el mal sentido de la palabra, como sinónimo de «sofisma», en su acepción de argumentación falaz por aparentar un razonamiento verdadero en sus premisas o en su conclusión. Y de modo inevitable, al analizar el sustrato psicológico —combinación

49 Ver apartado II.5.C.ba y notas correspondientes.

50 No se agota toda la dimensión psicológica de estos comportamientos, dado el objeto formal de este trabajo, aun cuando la psicología profunda y el psicoanálisis podrían aportar las últimas causas de estos errores.

51 *Tratados de lógica (El Organón),* Ed. Purrua, Ciudad de México, 1993.

52 Baste con la referencia a su obra *Pensar rápido, pensar despacio*, Ed. Debate, Barcelona 2012. Y como refencias de su progresiva implantación en la ciencia y praxis jurídica: A. Muñoz Aranguren, «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones judiciales: el factor humano. Una aproximación»,

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de razones y emociones— de los errores argumentales, resultarán afectadas facetas éticas, pues al tener que ver dichos errores con pasiones e intereses humanos, unos «buenos» —virtuosos— y otros «malos» —viciosos—, resultará clarificador este complemento para el pronóstico, diagnóstico y tratamiento de las falacias en las argumentaciones forenses.

b) *La ley como única referencia*

El artículo 117.1 CE exige a los jueces y magistrados que sólo se sometan a la ley, en el cumplimiento de su función de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgados». Ello significa que deben ser independientes e imparciales, obligados a abstenerse (o ser recusados) si incurren en algunas de las causas descritas en las leyes[53], al margen de que existan además otros preceptos que garantizan esa independencia e imparcialidad[54]. En el orden jurisdiccional penal concurren los límites de la interpretación de la ley punitiva que, por imperativo del principio de legalidad de los delitos y de las penas (arts. 9.3 y 25 CE, y 1 a 4 CP), debe ser estricta dentro de la literalidad del precepto penal y, en la duda, aplicar los principios *in dubio pro reo, in dubio libertas, favorabilia sunt amplianda odiosa sunt restringenda.*

En este contexto es evidente que los juzgados y tribunales, al juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, tienen que esforzarse por no dejarse llevar, de modo consciente o inconsciente, por presiones externas o internas (aun cuando sea difícil, pero no imposible, que el juez «sea independiente de sí mismo»: convicciones, circunstancias sociales y económicas, etc.), ajustándose estricta y exclusivamente a la ley, al margen de la opinión pública o publicada, de la popularidad o impopularidad de su futura resolución, sin caer en consecuencia en perversiones como la contenida en el aforismo *in dubio contra opulentibus*[55].

c) *Correcto significado del criterio interpretativo «de la realidad social»*

El artículo 3.1 CC dispone: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y

53 Artículos 52 a 71 LECr y 217 y 228 LOPJ.

54 En la LOPJ, desde las causas de nulidad de las resoluciones judiciales (art. 238-2.º), hasta las faltas disciplinarias mu graves y graves (arts. 417-6 y 418-2), pasando por las incompatibilidades y prohibiciones (arts. 389 a 397), *In Dret,* Barcelona, abril 2011; y «Los sesgos cognitivos y el Derecho: el influjo de lo irracional, *Notario del sigo XXI,* n.º 83, enero-febrero 2019. P.I. De Larosa Rodriguez y V.D. Sandoval Navarro, «Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la psicología jurídica a los procesos penales de corte acusatorio», *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 10, enero-junio 2016, pp. 141-164.

55 Sobre el contenido de este aforismo puede verse en: «¿In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus? (comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero sobre la prueba ilícita)», La Ley, 2017, n.º 8974.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». La referencia a «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» podría interpretase en el sentido de forzar la letra de la ley para remediar algunos problemas sociales no contemplados en ella, y en tal sentido debe interpretarse correctamente la alusión a la analogía en el artículo 4 CC como fuente del Derecho, que además de la interdicción dimanante de los preceptos que consagran el principio de legalidad de los delitos de y de las penas antes reseñados, el mismo artículo 4 CC, en su apartado 2, también lo impide al disponer que «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Es pues inviable y contrario a los mencionados principios de legalidad y criterios interpretativos conexos, acudir por ejemplo a la aplicación del Derecho natural, en sustitución del positivo o de lagunas en el mismo, o a recursos como el ya caducado «uso alternativo del Derecho»[56], aun cuando sea con intenciones de justicia material.

d) *Retorno al Derecho penal y procesal de autor*

La degeneración lógico jurídica de las resoluciones y actuaciones judiciales luego analizada, inducida por el protagonismo instructor de las unidades de la policía judicial generador de los llamados «informes de inteligencia»[57], sumados a las presiones mediáticas y populistas, sobre todo en las llamadas «macrocausas» ha «resucitado» el teóricamente desterrado «Derecho penal de autor», antítesis del constitucional y también en gran parte vigente «Derecho penal del hecho», pues no se juzga a una persona por su perfil criminal sino por actos —acciones u omisiones— concretos tipificados como delitos en la leyes penales.

El denominado Derecho penal de autor se remonta al siglo XIX, a la llamada Escuela positiva italiana[58] de la que fueron los principales representantes Lombroso, Garófalo y Ferri, y que propiciaron un Derecho penal preventivo, dirigido a evitar que, personas con un «perfil de delincuente» por incurrir en alguno de

56 Como muestra: M. De Lourdes Souza, «Del uso alternativo del Derecho al garantismo: una evolución paradógica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1998, pp. 233y ss.

57 Se trata informes policiales que no se limitan a enumerar hechos o declaraciones de detenidos (no son un atestado), sino que se emiten opiniones y conclusiones fundadas en sospechas e incluso se procede a efectuar calificaciones jurídicas, a proponer diligencias de investigación y medidas cautelares personales, etc. etc. En ocasiones se llama a sus autores a declarar en el acto del juicio oral, configurando dichos informes como una especie de pseudopericia. Con demasiada frecuencia las conclusiones o hipótesis de imputación no están probadas y terminan mereciendo la absolución en sentencia de los imputados.

58 L. Jiménez De Asua, *Tratado de Derecho penal,* T. II, Losada, Buenos Aires 1950, pp. 60 y ss.; y *El nuevo Derecho penal,* Ed. Paez, Madrid 1929, especialmente pp. 101 y ss, en las que aboga por un «Derecho penal del porvenir» que conciliaría el Código penal —represivo, con penas basadas en la culpabilidad— y la que luego fue la Ley de Vagos y Maleantes (de Peligrosidad y rehabilitación social en tiempos de Franco), preventiva, con medidas de seguridad predelictuales, incompatible con la CE y el Derecho penal vigente.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los supuestos de la llamada «peligrosidad social o criminal», llegaran a delinquir, utilizando como instrumento de tal prevención las llamadas «medidas se seguridad predelictuales». Este Derecho penal «precriminal» tuvo su repercusión en la legislación española, primero en la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 y después La ley de peligrosidad y rehabilitación social 16/1970 de 4 de agosto, derogada con la llegada de la democracia, considerando inconstitucional que se impusieran medidas de seguridad predilictuales, cuya naturaleza material era idéntica a la de algunas penas, derogación impuesta por el principio de legalidad punitiva (art. 25 CE).

Pero el Derecho penal de autor tuvo también un nuevo impulso con la llamada Escuela de Kiel, en tiempos del III Reich, y con Carl Schmitt[59] y su teoría del «orden concreto». Esta escuela, también denominada «fenomenológica, intuitiva o irracional», apoyando «el buen derecho de la revolución alemana», rechazaba las concepciones jurídicas liberales, el normativismo y el Estado burgués de Derecho, incluyendo el principio de legalidad de los delitos y de las penas, y criminalizando a personas con ciertos perfiles más que a hechos.

Pues bien, la confluencia del populismo judicial con el protagonismo policial en la instrucción usurpando las competencias del Ministerio fiscal y del juez instructor, potenciados por las filtraciones a los medios de comunicación sin respetar el secreto del sumario ni la verdad en su integridad, especialmente en las llamadas macrocausas, ha provocado una peligrosísima deriva hacia el Derecho penal de autor, tanto en el ámbito procesal como en el sustantivo, quebrantando los principios de legalidad procedimental —prueba— y sustantivo —delitos—.

En el ámbito procesal este Derecho penal de autor consiste en intentar sustituir la falta de prueba, relativa a los hechos objeto de imputación/acusación, por dibujar un perfil de delincuente del investigado/acusado, aludiendo a otros hechos anteriores, coetáneos o posteriores que o bien están tergiversados, o estando probados no son delictivos, o siéndolos ya han sido juzgados o prescritos. Estos fraudes procesales, conculcadores del derecho a la presunción de inocencia, se instrumentalizan a través de los llamados «informes de inteligencia» que elaboran las unidades policiales que se aportan a la instrucción, se suelen utilizar para la adopción de medidas cautelares reales e incluso personales —prisión, incluso—, luego se reiteran al responder a las preguntas de las partes en el acto del juicio oral y, finalmente, los acusadores en sus informes intentan utilizar el contenido de tales pseudopruebas como fundamento de sus pretensiones condenatorias. En ocasiones, estos fraudes procesales llegan incluso a inducir a error al órgano enjuiciante, condenando a quienes no deberían ser condenado, pero la mayoría de las veces el tribunal no incurre en el error, a pesar de que se haya intentado lo contrario por las acusaciones utilizando sesgos cognitivos, sofismas,

59 L. Jiménez De Asua, *Ob. cit,* pp. 188-189. C. Jiménez Segado, «Carl Schmitt y las ideas penales de la Escuela de Kiel», *Anuario de Derecho penal y de Ciencias penales,* LXII, 2009, pp. 451 y ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

luego mencionados, y esto fue lo que ocurrió por ejemplo en el Caso Malaya, que de noventa y cinco acusados fueron absueltos cincuenta en la instancia y, en casación, se sumaron seis absoluciones más.

La incidencia de esta emergencia del Derecho penal de autor en el ámbito la interpretación y aplicación de las normas penales sustantivas, tanto de la parte general como de la parte especial del CP, tiene que ver con la interpretación extensiva de los tipos penales y restrictiva de las circunstancias atenuantes y de preceptos favorables al acusado, incluso en la tesitura de ejecutar o no ejecutar la pena en supuestos de condena (Caso de La Pantoja). Concretando estas consecuencias en los casos que se han anunciado como muestra, en el primero de ellos, la Doctrina Parot[60], se configuró un marco interpretativo de la duración efectiva de las penas privativas de libertad, impuesta por graves delitos de atentando con resultado de muertes, computando el plazo efectivo de cumplimiento de un modo distinto a como se venía haciendo para los hechos análogos cometidos con anterioridad al CP de 1995; el problema arranca de la imprevisión del legislador de la transición que, tras la abolición de la pena de muerte *ope Constitutionis* (art. 15), no introdujo de inmediato otra pena máxima que tendría que haber sido una prisión permanente revisable menos absurda que la actual[61], convirtiéndose en la pena más grave la de prisión —reclusión mayor— de 20 años y un día a 30 años, que por obra y gracia de la llamada «redención de penas por el trabajo» se reducía en la realidad a 20, lo que permitió que Parot, y luego otros etarras, pidieran la extinción de su pena al cumplirse dicho plazo, denegándosele la extinción mutando el criterio interpretativo *contra reo* del art. 70-2.ª CP de 1973 alegando que, cuando los hechos hubieran acaecido antes de la entrada en vigor del CP de 1995 que preveía en estos casos extenderse hasta los 25 o 30 años de prisión efectiva[62], había que llegar a la misma conclusión al estimar que la aplicación del límite al concurso real de delitos (suma de las penas de cada delito concurrente hasta el límite del triplo de la pena correspondiente al delito más grave, y

60 El problema empezó en la Sección 1.ª de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, cuando el auto de 26 de abril de 2005 cambio la interpretación de los límites de la duración de las condenas por penas privativas libertad, en supuestos de concursos reales en atentados terroristas con resultado muerte (art. 70-2.ª CP 1973), auto que sometido a recurso de casación fue parcialmente confirmado con tres votos particulares por S 97/2006 de 28 de febrero y posteriormente el TC, S 57/2008 de 28 de mayo, confirmó la doctrina, que fue rechazada en primera instancia por la Sec. 3.ª TEDH en S de 10 de julio de 2012 y, tras recurrir España, por la S de 21 de octubre de 2013 de la Gran Sala.

61 La configuración de la prisión perpetua revisable en la reforma de 2015 del CP (arts. 36 y 92), es incongruente, en primer lugar, con la coexistencia de penas privativas de libertad de hasta 30 o 40 años (art.76 CP) en principio más gravosas para el reo que la propia prisión permanente, y en segundo término al fijar el plazo de revisión de la perpetuidad en 25 años (en Finlandia es a los 8, en Alemania a los 15 y en otros países a los 18), pero permitiendo que con anterioridad que el penado pueda gozar de permisos transcurridos 12 u 8 años, según la naturaleza de los delitos cometidos (art. 36 CP), e incluso ser clasificado en el tercer grado a partir del cumplimiento de los 20 o 15 años, dándose la paradoja de que el condenado a prisión permanente goce de libertad antes de convertirse en temporal la pena perpetua, es de suponer que con gran consternación de la sociedad y, sobre todo, de las víctimas de los precedentes delitos.

62 Arts. 74 y 76 CP 1995.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que en ningún caso supere los 30 años —20 reales—, art. 70-2.ª CP 1973) no operaba sobre el resultado matemático de tal modulación de las penas de los recursos reales o materiales de delitos, sino sobre cada uno de los delitos concurrentes. Tal doctrina, formulada con numerosos votos particulares tanto en el TS como en el TC, finalmente fue considerada por la Gran Sala del TEDH, en la S de 21 de octubre de 2013, contraria a lo dispuesto en los artículos 7 y 5.1 CEDH, por conculcar tanto el principio de legalidad de las penas como del derecho a la libertad. Sin duda la finalmente invalidada Doctrina Parot vió la luz por razones de justicia material, para evitar además un justificado *escandalus populi* y, en fin, para encubrir la torpeza del legislador penal desde 1978 hasta 1995, al no haber introducido una nueva pena máxima en el CP que sustituyera a la abolida pena de muerte.

Pues bien, esta bien intencionada argumentación de los tribunales españoles, sofística o cayendo en sesgo cognitivo al traicionar la lógica material y la formal mediante una interpretación extensiva o analógica, palmariamente contraria al principio de legalidad de la pena y al derecho fundamental a la libertad personal, constituye lo que se ha denominado un «sesgo de anclaje», en el sentido de verse avocados los tribunales a evitar una injusticia material muy grave, que va a provocar un ruidoso *escandalus populi*, especialmente entre las víctimas, llegando intuitivamente a la conclusión a la que debería ajustarse la argumentación a esa conclusión y no a la inversa.

Otro ejemplo es el Caso Falciani, si bien se trata bien de la STS 116/2017 de 23 de febrero relativa a un delito fiscal cuya prueba emanaba de la famosa «Lista Falciani»[63], cuya licitud como prueba se cuestionaba al haberse obtenido violentando el derecho fundamental a la intimidad, pero en contra de los precedentes criterios se consideró que la consecución de dicha lista —prueba de cargo— no había violentado dicho derecho fundamental por no tener como intención la posterior denuncia y, sobre todo, no ser funcionario público el infractor. Tal resolución, sin duda fundada en la justicia material de castigar como se merecía unos delitos fiscales que «clamaban al cielo», en concurso con el *escandalus populi* que supondría su absolución, provocó que de nuevo se quebrantara la lógica formal y la material o jurídica, incurriendo en otro «sesgo cognitivo de anclaje» en una conclusión predeterminada, pues la ilicitud de la prueba por quebrantamiento de derechos fundamentales, regulada en anteriores sentencias y sobre todo en el artículo 11.1 LOPJ[64], que no recoge esas «excepciones», supone «distinguir donde la ley no distingue», distinción contraria a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías. Este caso está *sub iudice* en un recurso de amparo ante el TC, cuya competencia a avocado para sí su Pleno.

63 Sobre esta sentencia puede verse: L. Rodriguez Ramos, «*In dubio pro reo aut in dubio contra opulentibus?* (Comentario a la STS 116/2017 de 23 de febrero sobre la prueba ilícita)», *Diario La Ley*, n.º 8974, 2017.

64 «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Y finalmente el Caso de La Manada, pendiente de recurso de casación, cuyas sentencias precedentes fueron condenatorias, la primera por abusos sexuales con un voto particular partidario de la absolución y la segunda por el mismo concepto con un voto particular favorable a la calificación como agresión —violación—. La reacción de la sociedad feminista fue tumultuosa y agresiva contra el tribunal de instancia, sin haber analizado las sentencias ni tener cultura jurídico penal, salvo algunas manifestaciones muy desafortunadas al respecto de «ilustrados». El asunto está *sub iudice* y se verá lo que ocurre, pero en principio cabe sospechar que la independencia e imparcialidad de los juzgadores estuvieron perturbadas y, consciente o inconscientemente, pudieron doblegarse en todo o parte a dicha perturbación. Este último ejemplo se trae a colación como expresión de lo que podría ser un caso paradigmático de justicia populista.

2. Los consiguientes «sesgos cognitivos» en la pseudomotivación de las resoluciones

Una sentencia, un auto o un escrito de las partes planteando pretensiones ante un órgano jurisdiccional, declararán o pretenderán una conclusión injusta si incurren en esenciales errores argumentales, errores que pueden recaer bien en la antecedente declaración fáctica, bien en la fundamentación jurídica continente de las segundas premisas de la conclusión, bien en fin en la conclusión incongruente con dichas premisas. Además, tales soportes generarán un juicio de desvalor en los tres frentes concurrentes afectados por esa ilegalidad e injusticia, que son: el lógico, el psicológico y el ético, a modo de tres vertientes o caras de un tetraedro, asentadas en la base de su injusticia, base sobre la que reposan las tres caras configuradas por cada una de las infracciones que se suma a la básica resolución judicial injusta.

No hay espacio en este artículo para desarrollar este aspecto tan relevante, sobre el que el autor de estas líneas está preparando una monografía. La ausencia de motivación en las resoluciones judiciales, la motivación viciada por errores y, en fin, los escritos de las partes con pretensiones que sean actos preparatorios de provocación de tales irregularidades, además de vicios lógicos constituyen también vicios deontológicos imputables a jueces, fiscales o abogados[65], que deben evitarse y, si se actualizan, remediarse mediante los oportunos recursos o, en

65 1. Respecto a los jueces y magistrados lo que existe al respecto es: Texto final acordado en la sesión celebrada el día 16 de diciembre de 2016, por el Grupo de Trabajo para la elaboración de un Código ético para la Carrera Judicial, titulado «Principios de ética judicial», y artículos 414 a 427 LOPJ reguladores de su régimen disciplinario. 2. En cuanto a los fiscales: Promesa de un futuro Código ético del Ministerio fiscal y como adelanto el «Código ético» de M.P. Alvarez Menéndez, y artículos 60 a 70 EOMF, reguladores de su régimen disciplinario. 3. Y en lo atinente a los abogados: Los Códigos Deontológicos de la Abogacía Española y de los abogados de la Unión Europea) y artículos 83 a 93 EGAE reguladores de su Régimen disciplinario.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

último término, exigiendo al Estado Juez la correspondiente responsabilidad patrimonial por error judicial o anormal funcionamiento y, en su caso, la responsabilidad penal y/o disciplinaria aplicable a jueces y fiscales; si los infractores fueran los abogados, la codena en costas por temeridad y/o mala fe e igualmente la responsabilidad disciplinaria, penal y/o civil.

IV. CONCLUSIONES

Resumiendo todo lo expuesto, se emiten las siguientes conclusiones:

La revolución de 1868, que generó la primera reforma radical de la Administración de Justicia española ajustándola a los principios liberales, lo fue en el contexto social de un país agrícola, rural, escasamente industrializado, con un alto porcentaje de analfabetos, lentos medios de comunicación, etc. etc. A pesar del cambio social y económico de España, así como del marco jurídico-político al promulgarse en 1978 la CE vigente, la Administración de Justicia sigue hundiendo sus raíces en la mencionada primera revolución, estando pendientes profundas reformas orgánicas, procesales y procedimentales también en el orden jurisdiccional penal.

El CGPJ requiere reformas relativas a su composición, privando a los jueces y magistrados de tener la mayoría de las vocalías, para reconvertir su carácter «curial» en «forense», incorporando a los «cooperadores necesarios de la Justicia», especialmente a abogados, superando así su actual corporativismo. También debería derogarse la prohibición a jueces y fiscales de pertenecer a partidos políticos, suprimir la intervención de las asociaciones en la presentación de candidatos a las vocalías y despolitizar todo lo posible esos procedimientos de elección.

Se impone la urgente revisión de la actual estructura territorial de la Administración de Justicia, superando la circunscripción decimonónica del partido judicial, reforzando la estructura provincial, generalizando los órganos colectivos y fomentando la especialización en los diversos sectores jurídicos. También sería el momento de reconsiderar la necesidad de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, que no es bien comprendida en el extranjero. Y, en fin, revisar la Ley del tribunal del jurado, limitando su competencia en términos análogos a como lo han hecho los portugueses, si no se expulsa de la Constitución tal institución.

La segunda revolución de la Justicia en general y de la penal en particular ha de extenderse al régimen jurídico de sus operadores. Comenzando por duplicar el número de jueces y por liberarles de las tareas que no consistan en «juzgar y ejecutar lo juzgado» (instruir no es juzgar). En cuanto a los fiscales, atribuirles la competencia de instruir, con las modificaciones consiguientes en su Estatuto orgánico. Los abogados requieren un control de natalidad para reducir su número excesivo, generador de litigiosidad y querulancia, que garantizar su calidad y dignidad forense. La policía judicial tiene que perder su independencia y su carácter de «poder fáctico», sometiéndose a la dirección e instrucciones sobre

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

todo del Ministerio fiscal, pero también de jueces y tribunales, regulando los llamados «informes de inteligencia». Y, en fin, los demás colaboradores de la Justicia, particularmente los peritos y los posibles *amici curiae*, institucionales o profesionales libres, han de implementarse en la medida de las necesidades, para evitar las actuales dilaciones en la instrucción de ciertos delitos.

Urge igualmente una nueva Ley de enjuiciamiento penal, que podría tener como punto de partida la consolidación de los dos borradores existentes, en la que se revisen los procedimientos, se implante en la instrucción el principio acusatorio y se introduzca tanto el juez de garantías como el de la acusación. También tendrá que hacer efectivos algunos derechos relativos al fundamental de defensa: efectivo secreto de la instrucción tipificando penalmente la divulgación de información sometida a tal secreto quebrantado y filtrada la información por algún operador jurídico, y neutralización de la litigiosidad (querulancia o querulomanía) por temeridad o mala fe «civilizando» —LEC— la condena en costas y haciendo efectiva la responsabilidad patrimonial que frene a ciertos fiscales.

También debe acometerse una revisión del catálogo de delitos, buscando posibles descriminalizaciones primarias, marcando con claridad las fronteras entre los injustos penales y los no penales en materias cuya regulación básica se encuentre en otros órdenes normativos, calibrando si debe optarse por la técnica de la ley especial o por la de la codificación. Igualmente interesa que la criminalización secundaria, la acaecida en el ámbito de la jurisdicción, no traspase los límites de la ley, replanteándose la procedencia de las cuestiones prejudiciales suspensivas y devolutivas y/o de los informes periciales jurídicos o dictámenes *amicorum curiae*.

Deben, en fin, en la nueva Ley de enjuiciamiento penal unificarse los criterios hoy no unificados, bien con rango legal, bien garantizando un procedimiento para que exista la seguridad jurídica derivada de tal unidad, mediante circulares o instrucciones en el ámbito de la Fiscalía y la jurisprudencia en el jurisdiccional. Y también es pertinente la revisión del artículo 17 CE, reduciendo a 24 horas la duración máxima de la detención policial, superando la inercia de la CE de 1931 y del Fuero de los Españoles, extrañamente coincidentes en este punto, en contra de la tradición constitucional del XIX.

Y en cuanto a los vicios sobrevenidos tras la entrada en vigor de la CE, tendría que volverse a cuestionar las funciones de amparo del TC para intentar ampliar su eficacia, declarar la guerra al populismo judicial restableciendo la ley como única referencia de sus resoluciones y vacunar también a los órganos judiciales, a las Fiscalías y a la Policía judicial frente a los repuntes del derecho penal de autor, tanto en el ámbito procesal como en el sustantivo.

***

TITLE: *Constitutional Progression or regression of the spanish criminal justice*

ABSTRACT: *The article analyzes the configuration given by the Spanish Constitution (1978) to the justice administration and the specialties of the criminal jurisdiction, pointing the unsatisfactory aspects of*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

the constitutional model. Following, the author highlights the real evolution of both the general and the criminal justice administration activity since the Constitution was enacted, reality which has become unrespectful with the Constitution´s principles and regulations. Finally, the document propose for both general and criminal justice administration "de lege data et ferenda" solutions to drive the Spanish judicial administration to an adaptation to current time needs, evolving from the results of the first revolution of justice administration (Gloriosa in 1868) to a second and highly needed revolution.

RESUMEN: *Este artículo analiza, en primer lugar, los aspectos de la legislación y de la praxis de la organización y funcionamiento de la Administración de Justicia en general y, de modo especial, en lo atinente al orden jurisdiccional penal, derivados de la configuración dada por la Constitución de 1978; y, a continuación, destaca las realidades sobrevenidas con posterioridad a dicha fecha, igualmente contrarias a los principios o preceptos constitucionales. Desde lo anterior, el autor propone en ambos ámbitos (general y penal) soluciones "de lege data et ferenda" de avance hacia la "Segunda revolución de la Justicia española", tan pendiente como urgente, pues al haber acaecido la primera por obra y gracia de la Revolución "Gloriosa" de 1868, la España actual, muy distinta de la de hace más de siglo y medio, precisa de una Administración de Justicia acorde con los tiempos.*

KEY WORDS: *Justice administration. Judge. Prosecutor. Lawyer. Criminal procedure. Accusatory principle. Judicial costs. Pecuniary responsibility of the State. Cognitive biases. Judicialpopulism*

PALABRAS CLAVE: *Gobierno del Poder Judicial. Juez. Fiscal. Abogado. Policía judicial. Ley de enjuiciamiento criminal. Ley de enjuiciamiento penal. Principio acusatorio. Costas judiciales. Responsabilidad patrimonial del Estado Juez. Sesgos cognitivos. Macrocausas. Populismo judicial.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *01.01.2019* FECHA DE ACEPTACIÓN: *05.02.2019*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

EL FUTURO DE LAS PROVINCIAS Y LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES ANTE UNA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN TERRITORIAL[1]

JAVIER TAJADURA TEJADA
Catedrático (A) de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco

SUMARIO

I. Un escenario de crisis económica y de corrupción política: las Diputaciones provinciales en el debate político. II. Un breve repaso histórico: origen y evolución del régimen provincial. III. Un examen del marco constitucional vigente: los artículos 137 y 141 CE y su desarrollo legislativo. IV. Diputaciones provinciales y minifundismo municipal. V. Conclusiones: la supresión de las Diputaciones en el marco de una reforma de la Constitución territorial.

I. UN ESCENARIO DE CRISIS ECONÓMICA Y DE CORRUPCIÓN POLÍTICA: LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN EL DEBATE POLÍTICO

Durante los últimos años, y en el contexto de la profunda crisis económica y social que atraviesa España desde 2008, han emergido numerosos casos de corrupción política. Los escándalos relacionados con la corrupción han erosionado profundamente la confianza de los ciudadanos en nuestro sistema institucional, y explican el triunfo —por primera vez en nuestra reciente historia democrática— de una moción de censura. Nos encontramos así en un escenario en el que convergen dos factores: por un lado, una crisis económica que ha obligado a los poderes públicos a disminuir el gasto; y, por otro, el conocimiento por parte de la opinión pública de la existencia de extensas redes clientelares que se traducen en numerosos casos de

1 Este trabajo se inscribe en las tareas del proyecto de investigación HAR2017-84032-P y del grupo IT615-13, respectivamente financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad-Agencia Estatal de Investigación/FEDER, Unión Europea, y por el Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nepotismo, y despilfarro de recursos públicos. Nada de extraño tiene que, en un escenario tal y ante los escándalos de corrupción que han afectado a numerosas Diputaciones provinciales (Valencia, Castellón, Orense, y otras muchas), se haya generado un amplio debate sobre las mismas. Ahora bien, el debate no ha generado apenas propuestas reformistas tendentes a corregir los evidentes defectos de funcionamiento que estas instituciones presentan, sino que se ha centrado, fundamentalmente, en una controversia sobre la conveniencia o no de proceder a la supresión de las Diputaciones.

Los argumentos de los abolicionistas son, en muchos casos, de índole económica: su supresión supondría un ahorro considerable mientras que su mantenimiento genera un coste excesivo, desproporcionado y que, en cuanto gasto corriente, no se traduce en servicios concretos para los ciudadanos. Se alega también el carácter indefinido de sus competencias: estas realmente se reducen a una, prestar asistencia a los municipios que agrupa la provincia, pero realmente se dedican a las cuestiones más diversas desde impulsar un aeropuerto hasta organizar ferias. Esto genera duplicidades políticamente disfuncionales y económicamente costosas. En tercer lugar, un argumento recurrente es la falta de legitimación democrática directa de la corporación. Esta no rinde cuentas a los ciudadanos, tiene un funcionamiento opaco y una política de contratación de personal que por su discrecionalidad facilita el surgimiento de redes clientelares. En definitiva, la Diputación provincial —concluyen sus detractores— es una institución que presenta graves carencias desde la perspectiva del Estado de Derecho y de la democracia: desde la óptica del principio democrático, es un órgano que maneja un presupuesto considerable sin rendir cuentas directamente a los ciudadanos; y desde la óptica del Estado de Derecho, es un órgano que actúa con una extrema discrecionalidad en el manejo de los fondos públicos y en su política de contratación de personal.

Frente a todas estas críticas, los defensores del sistema provincial sostienen que las Diputaciones son corporaciones locales imprescindibles para dotar de servicios a los pequeños municipios y contribuir a la vertebración territorial. La solidez de este argumento explica que, aun quienes promueven su supresión, plantean la creación de algún tipo de sustituto a la provincia como agrupación de municipios. Como ha escrito uno de los más lúcidos estudiosos del tema, M. Zafra, «lo importante no es el nombre sino la función» que cumplen[2]. La extremada fragmentación de nuestro mapa municipal determina que la inmensa mayoría de municipios requiera que se les preste asistencia técnica y financiera para poder prestar adecuadamente los servicios locales. Ahora bien, admitida la necesidad de esa función cabe cuestionarse su atribución a la Diputación provincial. Otras fórmulas diferentes de intermunicipalidad (mancomunidades,

2 Zafra, M.: «La provincia: lo importante no es el nombre, lo importante es la función. Intermunicipalidad en el Estado Autonómico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 27, 2012.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

consorcios) permitirían también a los pequeños municipios prestar conjuntamente los servicios públicos locales. Y en todo caso, las CCAA (no solo las uniprovinciales) ya ejercen también diversas funciones de asistencia a los municipios.

Este último apunte pone de manifiesto que, desde la perspectiva de la Constitución territorial, a todo lo anterior hay que añadir un dato: la Diputación provincial se insertaba en la arquitectura institucional de un Estado políticamente centralizado y, en consecuencia, el muy avanzado grado de descentralización política que ha supuesto la creación del Estado Autonómico, con el surgimiento de un nuevo nivel de gobierno (el autonómico o regional) obliga a plantearse la posición o encaje de las Diputaciones en el nuevo Estado. De hecho, la creación de cinco CCAA uniprovinciales supuso la desaparición de la Diputación en ellas y la consiguiente asunción de las competencias provinciales por las nuevas administraciones autonómicas.

Estos han sido los principales argumentos que se han esgrimido en el debate político que sobre el futuro de las Diputaciones[3] se abrió en 2011 en la campaña para las elecciones generales de ese mismo año[4].

El programa electoral del PSOE incluía entonces la siguiente reflexión «la transformación de las Diputaciones Provinciales en Consejos de Alcaldes permitirá la delimitación de sus competencias, la simplificación de su estructura y la reducción significativa de la representación política, garantizando los puestos de trabajo de los funcionarios y el personal de las actuales Diputaciones». El candidato socialista, A. Pérez Rubalcaba, sostenía que el ahorro anual de esa medida supondría mil millones de euros. En 2015 el PSOE matizó su propuesta: «modernizar las Diputaciones Provinciales reformulando su papel como espacio de encuentro entre los ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes y dotándolas de competencias prestadoras de servicios que supongan una mejora de eficacia y eficiencia respecto a los mismos servicios prestados por los municipios»[5].

El PP es partidario del status quo y defiende mantener y potenciar las actuales Diputaciones. Ha sido el único el único partido que defendió en su programa electoral (2015) no solo el mantenimiento de las Diputaciones sino su fortalecimiento: «seguir potenciando su papel imprescindible en la coordinación para la prestación integral y adecuada de los servicios públicos de los Ayuntamientos y en el fomento del desarrollo económico y social de los municipios españoles».

Los nuevos partidos, Ciudadanos y Podemos, son claramente contrarios al mantenimiento de las Diputaciones. Ciudadanos vincula la supresión de las

3 Las 38 de régimen común. Se excluyen, por su régimen singular, las tres Diputaciones Forales vascas, los siete cabildos insulares de las Islas Canarias y los 4 consejos insulares de las Islas Baleares.

4 Sanchez Navaro, A.: «Las propuestas de reforma del régimen local en los programas electorales de los partidos políticos», Cosculluela, L., y Medina, L.: *Crisis económica y reforma del régimen local,* Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2012, pp. 75-97.

5 El PSOE en Andalucía se opuso y ha defendido siempre las Diputaciones. En los últimos años se han aprobado muchas declaraciones «en defensa» de las diputaciones con el apoyo conjunto del PP y del PSOE.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Diputaciones a una reorganización del mapa local que ponga fin al minifundismo municipal (mediante fusiones de municipios). Así en su programa de 2015 proponía «suprimir las Diputaciones provinciales y fusionar municipios para que puedan prestar servicios de forma más eficaz y sostenible». En el programa electoral de Podemos figuraba la siguiente propuesta: «Progresiva asunción de las competencias y recursos de las Diputaciones provinciales hasta su supresión constitucional y la coordinación autonómica de las actuales funciones de las Diputaciones provinciales»[6].

Conviene subrayar que las Diputaciones provinciales podrían haber sido suprimidas si en 2016 el Partido Popular y Podemos no hubieran logrado frustrar la formación de un Gobierno del PSOE y Ciudadanos que en su acuerdo programático «para un gobierno reformista y de progreso» suscrito a finales de febrero de 2016 incluía la siguiente propuesta: «supresión de las Diputaciones Provinciales de régimen común y creación de Consejos Provinciales de Alcaldes para la atención al funcionamiento y la prestación de servicios a los municipios de menos de veinte mil habitantes de la provincia respectiva».

Podemos —y sus grupos afines— defienden la supresión de las Diputaciones para que sean las CC. AA. las que decidan qué tipo de entidad supramunicipal consideran más adecuado. Esta es la posición que siempre han defendido los nacionalistas catalanes partidarios de sustituir las cuatro diputaciones actuales por siete veguerías (división territorial de Cataluña anterior al siglo XVIII).

Expuestas así las diferentes posiciones que sobre el futuro de las Diputaciones defienden los principales partidos políticos del arco parlamentario español, en este epígrafe introductorio hay que subrayar la importancia —para la correcta comprensión de este debate— de un dato ya apuntado: la extremada fragmentación de nuestro mapa municipal. En España no solo falta un análisis profundo y riguroso de la planta municipal óptima, o, por lo menos deseable, sino que no hay ninguna voluntad política de afrontar una remodelación de nuestra planta municipal que suponga una reducción significativa del número de ayuntamientos. A falta de ello, la solución se ha encontrado en las numerosas formas de intermunicipalidad existentes. Y subrayo el dato porque, en definitiva y como veremos en el apartado cuarto de este trabajo, este minifundismo local ha sido la causa que, históricamente —y en buena medida hasta hoy según sus defensores—, ha determinado y justificado la creación y el mantenimiento de las Diputaciones.

6 Posición que precisó en la propuesta que formuló al PSOE en 2016 «Bases políticas para un Gobierno estable y con garantías» (punto 5. 2. 6): «La división provincial actual es disfuncional y deudora de una concepción centralista del Estado. Por ello, sería necesario suprimir las Diputaciones provinciales, a excepción de las Diputaciones Forales en tanto que forman parte del diseño institucional propio de los territorios vascos y son órganos de elección directa. En este sentido, se propone el traspaso de las competencias de las Diputaciones a las autonomías que tendrán capacidad de decidir cuáles son los organismos territoriales intermedios más adecuados para el desarrollo de la coordinación institucional con los entes municipales».

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En todo caso, este debate que como acabamos de ver se ha intensificado a partir de 2011 es tan antiguo como las Diputaciones mismas. «La controversia sobre las Diputaciones no es una novedad. En unos momentos más, en otros menos —escribe Sánchez Morón— siempre la ha acompañado desde su nacimiento»[7]. Y es que, efectivamente, como ha subrayado Fernández Farreres, «la provincia está marcada por una profunda 'duda existencial'»[8].

Por otro lado, un debate similar se ha planteado también en Italia[9] y en Francia[10]. En ambos países y dejando a un lado las profundas diferencias existentes en cuanto a los principios que informan su organización territorial, la existencia de un cuarto nivel o escalón de gobierno en la estructura político-administrativa del Estado ha sido también puesta en cuestión.

Para una cabal comprensión del tema resulta conveniente realizar primero un breve repaso histórico para recordar el origen y evolución del régimen provincial (2) y exponer después el marco constitucional vigente (3). Con esas premisas examinaremos el principal —sino único— argumento que podría justificar el mantenimiento de las Diputaciones provinciales: el minifundismo municipal, y lo confrontaremos con la praxis de los últimos años (4).

II. UN BREVE REPASO HISTÓRICO: ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN PROVINCIAL

Uno de los problemas jurídico-políticos más singular y por de ello de difícil solución de cuantos tuvo que abordar el moderno estado constitucional liberal fue —y en cierto sentido continúa siéndolo en España— el de la organización y vertebración territorial del nuevo Estado[11].

El problema territorial comprendía (y comprende) tres cuestiones. En primer lugar, la división del territorio para hacer posible la mejor administración de

7 Sánchez Morón, M.: «¿Deben suprimirse las diputaciones provinciales?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* n.º 65, enero, 2017.

8 Fernandez Farreres, G.: «Qué hacer con las diputaciones provinciales. Presupuestos y límites constitucionales para su reforma», Parejo, L. (dir.): *El futuro de la Administración Local y el papel de los Gobiernos locales intermedios*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2017, p. 55.

9 En el referéndum celebrado en Italia en diciembre de 2016, la supresión de la mención de la provincia en la Constitución era una de las reformas sometidas a la decisión popular. Vandelli, L.: «Italia en la vorágine de las reformas: de las ciudades metropolitanas al Senado de las Autonomías», *Anuario de Gobierno Local*, n.º 1, 2013. Zinzi, G.: «El destino de las entidades provinciales italianas en las manos de una política de gobierno contradictoria», *RGDA*, n.º 37, 2014.

10 En el marco de las reformas territoriales emprendidas bajo la presidencia Hollande, la supresión de los Departamentos se planteaba como un objetivo a alcanzar en 2020. Tajadura, J.: «Las reformas del modelo de descentralización territorial de Francia: la necesaria simplificación del 'milhojas territorial'», *RVAP,* n.º 108, 2017, pp. 181-224.

11 Por lo que se refiere a nuestro país, resulta imprescindible Muñoz Machado, S.: *El problema de la vertebración del Estado en España (del siglo* xviii *al siglo* xxi*)*, Iustel, Madrid, 2006.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sus habitantes. División que puede hacerse con criterios de racionalidad económica y administrativa o en virtud de planteamientos historicistas. En segundo lugar, los distintos niveles de la estructura y organización de la Administración Pública. Y, finalmente, La representatividad política de los órganos de gestión y gobierno de la Administración local, es decir, de los llamados entes intermedios (entre el municipio y el Estado). Estas tres cuestiones están estrechamente vinculadas a los principios y valores que dan sentido y fundamentan los objetivos del Estado liberal: la igualdad jurídica y política de todos los ciudadanos, la garantía de que la administración (central, intermedia o municipal) presta los mismos servicios a los ciudadanos con independencia de donde residan[12].

La existencia de un nivel intermedio de administración entre el Estado y el municipio —es algo que los juristas y políticos que construyeron el Estado Liberal (unitario y centralizado) en Francia, España u otros Estados europeos— no pusieron en cuestión[13].

Las Diputaciones Provinciales fueron una creación de nuestro primer constituyente. Su concreta respuesta a la cuestión de los poderes intermedios. Las Cortes de Cádiz se propusieron llevar a cabo una profunda reorganización de la administración territorial del Estado[14].

De la Quadra-Salcedo ha subrayado como, en ese proyecto, el ámbito local revistió una importancia fundamental. Así el artículo 310 de la venerable constitución gaditana dispuso que se pusieran ayuntamientos en los pueblos que no los tuvieran y conviniese que los hubiera, añadiendo que no podrá dejar de haber ayuntamiento «en los que por sí o con su comarca lleguen a 1.000 almas». Esta cifra marcó el mínimo obligatorio para que hubiera ayuntamientos, pero no excluía que los hubiera, aunque no se alcanzase esa cifra. La obligación de establecer ayuntamientos se vincula con la idea de democracia constitucional, es decir, con el propósito de acabar con las situaciones de dependencia señorial o patrimonial de quienes no vivían en ciudades o villas. «Establecer Ayuntamientos en los pueblos que no los tuvieran, la mayoría entonces, —escribe De la Quadra-Salcedo— era otorgar un status efectivo de ciudadanía, con instituciones representativas y electivas, que hacían real y operativa la condición de ciudadanos reconocida formalmente en la norma constitucional a todos los españoles»[15].

12 Jorda Fernandez, A.: «Diputaciones provinciales y órganos intermedios locales: perspectiva histórica», *Diputaciones provinciales. Historia, actualidad, futuro. Fundación Democracia y Gobierno Local,* Barcelona, 2018, p. 178.

13 Ese escalón ya existía en el Antiguo Régimen, pero era caótico. Era necesario racionalizarlo y uniformizarlo. Esas serían las intenciones de los franceses al crear los departamentos o de los españoles al crear las provincias.

14 Lo había intentado ya José Bonaparte quien mediante el Decreto de 17 de abril de 1810 —de modo similar a lo acontecido en Francia— creó 38 prefecturas y 11 subprefecturas o distritos como división de la Administración periférica del Estado.

15 De La Quadra-Salcedo, T.: «El debate sobre las diputaciones en un escenario de reforma constitucional del Título VIII», *DA*, n.º 3, 2016.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En este contexto, la Constitución de Cádiz de 1812 dispuso en su art. 325 que «en cada Provincia habrá Diputación, llamada provincial, para promover su prosperidad»[16]. La previsión se hizo realidad en 1833 cuando se dividió España en 49 provincias, conformando un mapa político-administrativo prácticamente inalterado hasta hoy[17]. En todo caso, es preciso subrayar que —en su concepción original— las Diputaciones surgieron como instituciones de corte liberal por oposición a las divisiones territoriales del Antiguo Régimen. El modelo respondía a la filosofía propia del Estado liberal: un modelo uniforme de administración territorial que sirviera para asegurar la igualdad de derechos y la prosperidad de las provincias. En ese sentido su antecedente serían los departamentos franceses creados por la Revolución para reemplazar a las antiguas provincias del Antiguo Régimen[18]. La división provincial y la creación de las Diputaciones fueron recibidas con recelo en los territorios de la Antigua Corona de Aragón y también en el País Vasco, ideológicamente contrarios a los principios políticos y axiológicos del liberalismo centralizador. Por el contrario, en los territorios del antiguo Reino de Castilla, no plantearon problema alguno[19].

La evolución de la provincia desde su surgimiento en 1812 hasta su recepción en la Constitución de 1978 está vinculada a la convulsa historia política de nuestro país. A lo largo de la mayor parte del siglo XIX las Diputaciones fueron corporaciones de notables, representativas de los Ayuntamientos —elegidos por sufragio censitario— con funciones meramente deliberativas y presididas por un jefe político o Gobernador Civil —con poderes ejecutivos— nombrado por el Gobierno central[20]. En la práctica, las Diputaciones no se concibieron como administraciones prestadoras de servicios públicos ni tampoco como instituciones de fomento del desarrollo de la provincia[21]. Funcionaron como instituciones de naturaleza política mediante las que el gobierno central

16 Fernandez Rodriguez, T.R.: «El gobierno interior de las provincias y de los pueblos en la Constitución de 1812», *El Gobierno local,* Iustel, Madrid, 2010, pp. 115 y ss.

17 La única modificación se produjo con la partición de la provincia de Canarias en dos: Tenerife y Gran Canaria.

18 El paralelismo puede prolongarse hasta la actualidad. Hoy en Francia, se plantea también su supresión. Tajadura, J.: «Las reformas del modelo de descentralización territorial de Francia…», ob. cit., pp. 220-221.

19 Lalinde Abadia, J.: «El orto de la provincia constitucional en España», Gomez-Ferrer, R. (dir.), *La provincia en el sistema constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 508 y ss.

20 Desde sus inicios, las Diputaciones contaban con dos órganos de gobierno: la Presidencia y el Pleno de la Corporación. La presidencia fue desempeñada desde 1813 hasta 1849 por el Jefe Político de la provincia y desde entonces por el Gobernador Civil como presidente nato. El órgano decisorio fue siempre el Pleno. Junto a estos órganos, en 1925 se crearon las Comisiones Provinciales Permanentes con la función de preparar los expedientes y acuerdos a resolver por el Pleno. En 1945, se crearon las Comisiones de Gobierno como órganos de asesoramiento del presidente.

21 Lo habrían sido de haberse aplicado la Instrucción para el gobierno económico y político de las provincias de 23 de junio de 1823 —que tuvo muy escasa vigencia o las pretensiones de Javier de Burgos reflejadas en las Instrucciones anexas al Real Decreto de 30 de noviembre de 1833. Jorda Fernandez, A.: «Diputaciones provinciales y órganos intermedios locales…», ob. cit., p. 179.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

se aseguraba el control económico y político de los municipios. «Las Diputaciones y el Gobernador Civil a su frente se convirtieron pronto en pieza esencial de la maquinaria caciquil de la época, fuente de prebendas y de favores en el reparto de los presupuestos públicos»[22]. Ahora bien, a pesar de ello, su creación y consolidación produjeron un efecto extraordinariamente positivo: el desarrollo de una red de ciudades capitales de provincia que articularon y vertebraron el territorio de estas.

La Ley provincial de 1870 —bajo la Constitución de 1869— intentó restituirles su carácter primigenio, y le atribuyó —por primera vez— el carácter de entidad local, asignándoles una serie de competencias propias: construcción y mantenimiento de carreteras secundarias y otras obras públicas provinciales, creación y sostenimiento de establecimientos de beneficencia —que posteriormente configurarían la red provincial de hospitales públicos, y mantenimiento de centros de educación secundaria. Pero, a pesar de ello, durante todo el régimen canovista, —bajo la cobertura de la Constitución de 1876— las diputaciones continuaron desempeñando sobre todo la función de control político de los ayuntamientos al servicio del caciquismo[23].

Esta situación se mantuvo hasta la aprobación del Estatuto Provincial de 20 de marzo de 1925 que, con la retórica propia del lenguaje jurídico de la época, sintetizó así —en su Exposición de Motivos— el primer siglo de vida de la institución: «Fruto del legislador, nacieron con detrimento de una cuasi milenaria división en reinos que vivificó gran parte de la historia de España. Sin duda por esto, no les faltaron detractores desde los primeros tiempos (…) Y bien pronto hubieron de unirse a las diatribas sugeridas por su origen, las inspiradas en la labor de sus órganos rectores. Las Diputaciones, en efecto, salvo honrosas excepciones, forzadas a vivir en penuria económicamente lamentable, solo abordaron con amplitud la tarea política: esclavos de ella, trocáronse de tutores en verdugos de la vida municipal, sirvieron de refugio a desaforadas pasiones oligárquicas y diseminaron la gangrena del caciquismo en los más apartados rincones y lugares del país. No es de extrañar, por tanto, que en torno a las Diputaciones se haya tejido en muchas provincias una atmósfera mefítica vigorosamente pasional y hostil». El Estatuto tuvo escasa vigencia, pero marcó el rumbo de lo que sería la provincia en el futuro. La principal labor de las Diputaciones es, desde entonces, el apoyo y asistencia a los municipios en el ejercicio de sus funciones y en la prestación de los servicios públicos[24]. Por otro lado, hasta 1925 los diputados eran elegidos por sufragio directo —lo cual debe entenderse en el contexto del fraude que caracterizó al régimen de la Restauración— siendo incompatible el acta de

22 Sánchez Morón, M.: «¿Deben suprimirse las diputaciones provinciales?…», ob. cit.

23 Jorda Fernandez, A.: «Diputaciones provinciales y órganos intermedios locales…», ob. cit., p. 184.

24 El Estatuto reconoce que no hay diferencia sustancial entre las competencias municipales y las provinciales.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

diputado con la de concejal. A partir de entonces, los diputados serán los concejales designados por los ayuntamientos.

La dictadura franquista truncó este desarrollo. El modelo de organización territorial establecido se basó en unos ayuntamientos y diputaciones donde el gobierno nombraba a sus alcaldes o presidentes. Las corporaciones locales franquistas —en coherencia con la lógica y naturaleza autocráticas del régimen en el que se insertaban— fueron instituciones no democráticas, carentes de autonomía, con escasas competencias y recursos, y sometidas a la tutela permanente de sus actos por parte del Estado. Se mantuvo la circunscripción provincial, pero se potenció la Administración periférica del Estado en las provincias (Delegaciones ministeriales provinciales y Comisiones Provinciales de Servicios Técnicos). Las Diputaciones mantuvieron sus funciones tradicionales (carreteras, hospitales, algunos servicios sociales, etc.). Lejos de fortalecerse como Administración Local se acentuó su vertiente política, bajo el control de los cuadros del Movimiento Nacional[25].

Llegados a ese punto, la transición política a la democracia y la apertura de un sistema de descentralización territorial del poder podría haber supuesto el fin de las Diputaciones provinciales. «En el momento de la redacción de la Constitución —destacó García de Enterría— podría y, más firmemente, debería, sin duda alguna, haberse planteado la magna cuestión de la posición de la provincia, y aun de su misma subsistencia, dentro del esquema territorial que la Constitución quería establecer»[26]. Sin embargo, lo cierto es que tal cuestión no llegó a plantearse seriamente. Y que, finalmente, la Constitución asumió y garantizó la existencia de las provincias. Dos son las razones fundamentales que explican el destacado lugar que la provincia ocupa en la Constitución de 1978.

La primera, la presencia en las Cortes constituyentes y en el Gobierno —empezando por el propio presidente, Adolfo Suarez— de dirigentes políticos que habían tenido vinculaciones fuertes y estrechas con las instituciones provinciales (Fernando Abril, Rodolfo Martín Villa, entre otros muchos). La existencia de un intenso vinculo afectivo o sentimental entre algunos de los principales protagonistas y artífices de la Transición y las diputaciones provinciales por el lugar que estas ocuparon en sus propias trayectorias políticas, ejerció una gran influencia a favor de la consolidación del régimen provincial. A este factor emocional hay que sumar también el peso de la tradición. Como hemos visto, el mapa provincial estaba firmemente consolidado. A este respecto, baste recordar el muy significativo testimonio de uno de los ponentes constitucionales, el profesor Solé Tura, quien imputó directamente a Suarez y a su partido la consolidación del hecho provincial. La Unión de Centro Democrático —advirtió Solé Tura— tenía

25 Orduña Prada, E.: «Diputaciones provinciales y Estado franquista (1939-1975)», Chamocho, M. A. (dir.), *Modelos históricos de Diputaciones Provinciales*, Diputación de Jaén, Jaén, 2013, pp. 380 y ss.

26 Garcia De Enterría, E.: «La provincia en la Constitución», Gomez Ferrer, R. (dir.), *La provincia en el sistema constitucional* …, ob. cit., p. 5.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

un miedo atávico a «la ruptura de las viejas provincias —que eran su terreno específico»[27].

La segunda razón que explica la supervivencia de la provincia es que el Título VIII no generalizó la creación de las CCAA, sino que, como es sabido se limitó a recoger un sistema abierto (principio dispositivo). Por un lado, la hipótesis de que determinados territorios no accedieran a la autonomía no podía ser excluida por lo que la Diputación provincial podría ser la única institución supra municipal existente en todo el territorio nacional[28]. Y, por otro, en virtud del art. 143, el proceso autonómico iba a pilotar sobre las propias provincias. Fue a estas a las que se les reconoció el ejercicio del derecho a la autonomía previsto en el artículo 2 CE[29]. Fue, en definitiva, la asunción del modelo territorial de la Constitución de 1931 lo que evitó la desaparición de las Diputaciones[30]. Fácilmente se comprende que con la generalización del mapa autonómico en los primeros ochenta esta segunda justificación dejó de tener sentido[31].

García de Enterría advirtió que fueron estas consideraciones las que explican el mantenimiento de las provincias, reforzadas al ser consideradas distritos electorales para las elecciones a Cortes y al establecerse reserva de ley orgánica para la alteración de sus límites territoriales[32]. En todo caso, las fuerzas políticas nacionalistas —por razones históricas— y el PSOE que recelaba del pasado reaccionario y

27 «En los últimos días —recuerda el Ponente constitucional Solé-Turá— o casi diría en los últimos minutos, UCD presentó un texto que decía que sí que habría autonomías, pero que la estructura del poder sería la misma: un gobierno central y las provincias que eran las que ya existían. AP se puso a favor de este texto y la cúpula socialista tuvo sus más y sus menos, pero en el grupo comunista estábamos cabreados con todo el mundo; especialmente yo, que pensaba que se había venido abajo el grandísimo momento para conseguir un país de tipo federal, con diversas autonomías que participasen en la gobernabilidad general del país, como en el caso alemán, con su propio Senado». SOMOANO, J.: *¿Qué ha pasado con la Constitución? 25 aniversario. Hablan los padres de la Carta Magna*, Maeva, Madrid, 2003.

28 No se aceptó configurar un mapa autonómico en la propia CE. El mapa estaba configurado sobre la base de los Reales Decretos que reconocían las preautonomías (14 en lugar de las 17 actuales) recogidas a su vez en las Disposiciones transitorias primera y segunda CE. Y hay que recordar que, a la altura de 1979, en el partido gobernante existían muchas dudas sobre la conveniencia de generalizar el régimen autonómico.

29 Aunque las Disposiciones transitorias de la CE sustituyeran esta iniciativa de las diputaciones por la de los órganos superiores creados para gobernar las preautonomías, y en el caso de Cataluña, País Vasco y Galicia —por haber plebiscitado en el pasado sus propios EEAA— se les reconocía el derecho a utilizar el régimen previsto en el art. 148. 2 CE.

30 COSCULLUELA MONTANER, L.: «El debate sobre la abolición de la provincia y la reforma de las diputaciones», *Anuario de Gobierno Local,* Fundación Democracia y Gobierno Local, 2011, p. 48.

31 La Diputación Provincial dejó de existir en distintas partes de España. Fueron sustituidas por las CCAA uniprovinciales (Madrid, Asturias, Cantabria, Navarra y la Rioja) por los Cabildos y Consejos insulares y por las Diputaciones Forales de los Territorios Históricos. Administraciones con mayores recursos, competencias e influencia política al tratarse de órganos de elección directa. El Parlamento de Cataluña pretendió vaciarlas de contenido, pero el TC (STC 32/1981) anuló la ley que transfería todas las competencias provinciales a la Generalitat. En todo caso tanto en Cataluña como en Aragón se ha aprobado una nueva división comarcal que superpuesta a la provincial provoca duplicidades y sobrecostes.

32 El ilustre administrativista destacó también que, de esta forma, «se provincializó todo el sistema de representación política y se aseguró la rigidez de su regulación». «La provincia en la Constitución» en GOMEZ FERRER, R. (dir.), *La provincia en el sistema constitucional* …, ob. cit., p. 5.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

caciquil de las diputaciones eran partidarias de su abolición[33]. Esta controversia explica que el artículo 105 del Anteproyecto de CE dispusiera una alternativa a la organización provincial, que podría estructurarse en las provincias o, en su caso, las circunscripciones que los Estatutos de Autonomía establezcan mediante la agrupación de municipios[34].

En todo caso, finalmente, y tras las enmiendas presentadas y el correspondiente debate, la Constitución terminó consagrando la provincia en el art. 141[35].

Ello explica que, una vez aprobada la Constitución, la mejor doctrina buscase precisar las concretas funciones derivadas del reconocimiento constitucional de las provincias. Así, los Pactos Autonómicos (1981) —aprobados sobre la base del meritorio y riguroso informe de la Comisión de expertos presidida por el ilustre administrativista Eduardo García de Enterría— incluyeron la propuesta —como casi todas sensata y acertada — de que a las provincias les fuera encomendada la gestión administrativa ordinaria de las competencias de las CC. AA[36]. Ello hubiera supuesto que las CC. AA. en lugar de embarcarse en la costosa tarea de construir ex novo nuevas administraciones regionales, hubieran aprovechado la organización y la experiencia de la administración provincial. Aunque la propuesta fue incluida en la mayoría de los Estatutos de Autonomía de las CCAA pluriprovinciales nunca se llevó a efecto[37]. En lugar de servirse de la administración provincial, las CC. AA — de forma similar a lo que había hecho el Estado durante el franquismo— construyó ex novo su propia administración territorial a través de delegaciones y servicios provinciales de las diferentes Consejerías. Y poco a poco fue asumiendo las competencias provinciales en materia de salud, carreteras, etc.[38].

Esto último pone ya de manifiesto el difícil encaje de las Diputaciones en la arquitectura del nuevo Estado políticamente descentralizado. Las CCAA no solo se han negado a ceder la más mínima competencia a las Diputaciones, sino que han absorbido además algunas de las que eran propias de estas. Como advierte De la Quadra-Salcedo, «debe reconocerse que es muy comprensible tal reticencia a ceder el ejercicio de competencias de las CC. AA. La idea podía ser bienintencionada pero no era nada realista, pues es bastante lógico que unas instituciones nuevas que aspiraban a ser reconocidas por la población, pretendieran ser reconocidas y apreciadas no sólo en la capital donde tuvieran su sede las instituciones autonómicas, sino por

33 Martin-Retortillo, S.: «El tema de la autonomía provincial: las diputaciones y el proceso autonómico», Gomez Ferrer, R. (dir.), *La provincia en el sistema constitucional …,* ob. cit., pp. 21 y ss.

34 Fórmula adoptada por la Constitución de 1931 (art 10).

35 Guaita, A.: «Las provincias españolas a partir de la Constitución de 1978», *RAP,* n.º 94, 1981, pp. 38-44.

36 Que es lo que prevé la Constitución italiana de 1947.

37 En Italia, esas previsiones constitucionales tampoco se han llevado a la práctica.

38 En sentido contrario y como excepción a la regla hay que mencionar el caso de la C. A. de Castilla-León, la única Comunidad que podemos calificar de vocación provincialista, que ha transferido a las Diputaciones Provinciales el ejercicio de algunas competencias administrativas de titularidad autonómica y ha creado, además, un Consejo de Provincias de carácter consultivo.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

todo el territorio de cada Comunidad. Para ello nada mejor que tener sedes propias desde las que hacer patente la existencia de la nueva institución a través de la gestión de servicios y el desempeño de tareas y funciones próximas a los ciudadanos»[39].

Todo comenzó en Cataluña donde en la Diputación de Barcelona se vio un formidable competidor de las nuevas instituciones autonómicas. Lo mismo ocurrió en Valencia, Andalucía y Aragón. Con la única excepción de Castilla-León, todas las CCAA han tratado de limitar y condicionar las competencias de las diputaciones en sus respectivos territorios al amparo de sus facultades de coordinación previstas en la mayor parte de los Estatutos.

III. UN EXAMEN DEL MARCO CONSTITUCIONAL VIGENTE: LOS ARTÍCULOS 137 Y 141 CE Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO

1. La constitucionalización de la provincia

La fuerza de la posición constitucional de la provincia deriva del artículo 137 que la configura como una entidad esencial del modelo de organización territorial y le reconoce autonomía para la gestión de sus intereses. El artículo 137, frontispicio del Título VIII dispone: «El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las CCAA que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses»[40]. La Constitución garantiza así la existencia de la provincia, por un lado, y la autonomía provincial, por otro, aunque esta no se defina y sea, por tanto, de configuración legal. Nada hay que objetar a ello. Un examen del Derecho comparado nos muestra que —con la excepción de algunas constituciones de Hispanoamérica, y en cierta medida también la italiana— los Textos constitucionales europeos no contienen una regulación detallada del régimen local, y esta se remite al legislador ordinario.

En todo caso, el principal interrogante a responder es ¿cuáles son esos intereses provinciales? La doctrina entiende que no existen intereses propios de la provincia. Se trata de intereses locales, de naturaleza municipal que no pueden ser desempeñados por el municipio[41].

Con esas premisas, la Constitución recoge la provincia en el artículo 141. En su apartado 1 la define en los siguientes términos: «la provincia es una entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado». En este precepto se pone de manifiesto la naturaleza bifronte de la provincia.

39 De La Quadra-Salcedo, T.: «El debate sobre las diputaciones en un escenario de reforma constitucional …», ob. cit.

40 Como ya vimos son una pieza fundamental del capítulo III del Título VIII para articular el principio dispositivo (art. 143) y sirven también para delimitar el territorio de las CA (art. 147. 2 b CE).

41 Cosculluela Montaner, L.: «El debate sobre la abolición de la provincia …», ob. cit., p. 50.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Cosculluela ha criticado el precepto por contemplar —en un capítulo dedicado a la Administración Local— la provincia como división territorial, lo que nada tiene que ver con la administración local. De hecho, es esta dimensión, así como la implícita de distrito electoral[42] la que justifica la reserva de ley orgánica de toda alteración de sus límites territoriales.

El apartado segundo del art 141 define a las diputaciones como el órgano de gobierno de las provincias, pero no como el único posible: «El Gobierno y la administración autónoma de la provincia estarán encomendados a Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo»[43]. Es decir, en el plano organizativo, la Constitución permite que las diputaciones provinciales —que son su órgano general o común de gobierno— puedan ser sustituidas por otras corporaciones de carácter representativo.

Por otro lado, respecto a la gestión de intereses supramunicipales e infraprovinciales, el apartado tercero del artículo 141 permite que se creen agrupaciones de municipios diferentes de la provincia. Así han surgido las mancomunidades, áreas metropolitanas y otras entidades supramunicipales.

Esta previsión se complementa con lo dispuesto en el artículo 152 CE cuyo apartado 3 permite que, mediante la agrupación de municipios limítrofes, los Estatutos de Autonomía —aprobados según este precepto— establezcan circunscripciones territoriales propias que gozarán de plena personalidad jurídica. Esta flexibilidad ha provocado problemas. Muchas de las entidades creadas se superponen a otras y, desde el punto de vista de la eficacia administrativa y eficiencia económica, esta yuxtaposición resulta poco racional.

«La provincia —concluye Mayte Salvador en una imprescindible monografía sobre el tema— es una entidad local de carácter necesario de la cual se predica su autonomía y su carácter democrático y cuya supresión está descartada dentro del actual marco constitucional»[44].

En este contexto, el TC ha subrayado en una jurisprudencia consolidada el carácter necesario de la provincia y le ha aplicado la teoría de la garantía institucional. Ello implica la imposibilidad de vaciarlas de competencias[45].

Recapitulando, nos encontramos con que la provincia presenta en la Constitución cuatro facetas o dimensiones, y cumple así cuatro funciones de relevancia constitucional: a) Es una «división territorial» del Estado (art. 141) y facilita así el cumplimiento de los fines de este. b) Es una circunscripción electoral (arts. 68

42 Las provincias se configuran como circunscripciones electorales para las elecciones a Cortes Generales (arts. 68 y 69 CE).

43 Se añade además en el apartado tercero la expresa previsión de que «se podrán crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia», y en el cuarto, se dispone que «en los archipiélagos, las islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildos o Consejos».

44 Salvador Crespo, M.: *La autonomía provincial en el sistema constitucional español. Intermunicipalidad y Estado Autonómico,* Fundación Democracia y Gobierno Local-Instituto de Administración Pública, Madrid, 2007.

45 SSTC 32/1981, 76/1983, 27/1987, 214/1989, 247/2007, 31/2010.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

y 69 CE) y se configura como una pieza esencial del sistema para elegir a los miembros de las Cortes Generales. c) Es titular del derecho a la autonomía política (art. 143. 1). Las provincias limítrofes o con entidad regional histórica son los sujetos constitucionalmente legitimados para (como nacionalidades o regiones) acceder a la autonomía política. d) Es una entidad local, con personalidad jurídica propia, formada por la agrupación de municipios (art. 141) que goza de autonomía para la gestión de sus intereses (art. 137 CE).

Las Diputaciones provinciales, por su parte, presentan únicamente dos facetas puesto que no tienen relación con las dos primeras dimensiones de la provincia: a) Son corporaciones de carácter representativo a las que corresponde el gobierno y la administración de las provincias. Pero dicho gobierno puede corresponder a otras corporaciones (art. 141. 2 CE). b) Son los titulares de la iniciativa del proceso autonómico (arts. 143 y 151 CE). Función que ya desempeñaron todas las Diputaciones y que, en el caso de las Comunidades uniprovinciales, supuso su desaparición.

Es decir, el marco constitucional vigente no impone la diputación como organización de gobierno y administración de la provincia, no exige tampoco que la agrupación constitutiva de la provincia incluya todos los municipios, permite que la elección de los miembros de la corporación de gobierno provincial sea directa por los vecinos de los municipios agregados o indirecta, y ni siquiera impone la provincia como agrupación única de municipios.

De las cuatro dimensiones constitucionales de la provincia, únicamente nos interesa la última de ellas. Las dos primeras no se cuestionan. La provincia es fundamental como división del territorio para el cumplimiento de los fines estatales: desde la seguridad pública y el despliegue de las Fuerzas de Seguridad hasta la planta judicial pasando por la organización de la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Tampoco se cuestiona su consideración como circunscripción electoral. La tercera dimensión es histórica y carece ya de vigencia puesto que todas las provincias están integradas en CCAA. Esa consideración forma parte del «derecho transitorio» contenido en el Título VIII de la Constitución en cuanto Título que permitió la construcción del actual Estado Autonómico.

El mantenimiento o supresión de las Diputaciones provinciales conecta únicamente con la cuarta y última dimensión de la provincia como entidad local (art. 141) con autonomía para la gestión de sus intereses (art. 137). Intereses qué no son distintos de los municipales.

2. La Ley de Bases de Régimen Local y la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1. 18 que atribuye al Estado la competencia para aprobar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, el legislador aprobó la Ley 7/1985 reguladora de las Bases del Régimen

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Local. Su Título III dividido en tres capítulos, regula la provincia: Organización provincial, arts. 32 a 35; competencias, art. 36 a 38; y regímenes especiales 39 a 41. Definida en los términos constitucionales como entidad local determinada por la agrupación de municipios con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, el artículo 31.2 precisa cuáles son estos: «Son fines propios y específicos de la provincia garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales en el marco de la política económica y social y, en particular: a) asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal; b) participar en la coordinación de la Administración local con la de la Comunidad Autónoma y la del Estado».

El último intento —también frustrado— del gobierno del Partido Popular de revitalizar la institución fue la aprobación de la Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Su principio inspirador fue la sostenibilidad de las finanzas locales, pero en el debate sobre la posición y función de las diputaciones en el modelo de organización territorial, el legislador manifestó su voluntad de reforzarlas. La principal crítica que merece esta reforma es que estuvo inspirada exclusivamente en criterios economicistas. «El triunfo de las Diputaciones —advierte De la Quadra-Salcedo— se ha pretendido construir (…) sobre la sustracción forzosa de competencias a los municipios más pequeños a partir de una concepción municipal tributaria de una visión tecnocrática y puramente presupuestaria y financiera del municipalismo»[46]. En todo caso, como vamos a ver la reforma ha fracasado en sus objetivos.

Desde esta óptica, se pretendió atribuir a las Diputaciones Provinciales la prestación de una serie de servicios municipales básicos en los municipios de menos de veinte mil habitantes. Durante el procedimiento legislativo estos objetivos se desvirtuaron y quedaron reducidos a la atribución a la Diputación Provincial de una imprecisa facultad de «coordinación» concretada en una serie de fórmulas que, en todo caso, requieren «la conformidad de los municipios afectados». Es decir que, con arreglo a este marco legislativo, son los propios municipios los que deciden unilateralmente si sus servicios se prestan por las Diputaciones (u otras entidades supramunicipales) o no. Por ello, aunque el TC ha respaldado la LRASL ha objetado seriamente la deficiente técnica legislativa empleada[47]. «El legislador llama coordinación a fórmulas que la doctrina constitucional denomina «colaboración», «cooperación» o, todo lo más, 'coordinación voluntaria»[48].

Por otro lado, a través de fallos interpretativos el Tribunal ha reducido considerablemente el pretendido refuerzo competencial de las provincias, al transformarse competencias inicialmente diseñadas como materiales en meramente

46 De La Quadra-Salcedo, T.: «El debate sobre las diputaciones en un escenario de reforma constitucional …», ob. cit.

47 Arroyo Gil, A.: «Otra vuelta de tuerca a la autonomía local. Breve comentario a las SSTC 41/2016, de 3 de marzo y 111/2016, de 9 de junio», *TRC*, n.º 38, 2016, pp. 709-716.

48 FJ. 12, STC 111/2016.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

instrumentales y reducirse —como hemos visto— las funciones de coordinación a meras funciones de asistencia y cooperación con los municipios.

Sánchez Morón advirtió tres años después de la aprobación de la norma que en ninguna provincia existe plan alguno de organizar la prestación de servicios básicos a nivel provincial. «En este punto, como en otros de la misma ley —concluye el autor citado— la última reforma local parece abocada al fracaso. Al fin y al cabo, las Diputaciones Provinciales son instituciones por así decir emparedadas entre otras dos políticamente más fuertes y socialmente más reconocidas que defienden celosamente su propia esfera de competencias»[49].

El resultado de todo este proceso ha sido que las Diputaciones Provinciales que han subsistido han quedado relegadas a un papel muy secundario en el conjunto de nuestro sistema administrativo. En el marco constitucional vigente, las Diputaciones son, en palabras de Muñoz Machado, «un cascarón vacío»[50] cuya única función es la asistencia financiera y técnica a los pequeños municipios. Y función que no desempeñan de modo exclusivo y excluyente, puesto que tanto el Estado como las CCAA colaboran de diversa forma en las labores de asistencia a los municipios. Esta función de «cooperación y asistencia a los pequeños municipios» es según doctrina consolidada del TC, el núcleo definitorio de la autonomía provincial y como tal indisponible por el legislador estatal.

3. **Los Estatutos de Autonomía**

Para terminar este sucinto examen sobre el desarrollo legislativo del régimen provincial debemos recordar la doctrina del TC de rechazo de la teoría de la «estatutarización del régimen local»[51].

El Informe sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña elaborado por la Comisión presidida por Carles Viver en 2003 defendía la teoría de que la regulación estatutaria es la más adecuada para garantizar la autonomía de los entes locales (teoría de la «estatutarización del régimen local») en cuanto se trata de leyes orgánicas del Estado y primera norma del ordenamiento autonómico. Desde esta óptica la regulación del régimen local establecida en los Estatutos tendría capacidad para vincular al legislador ordinario, tanto autonómico como estatal. La principal consecuencia de esta tesis era que el Estatuto de Autonomía no se encontraría vinculado por la LBRL[52].

49 Sánchez Morón, M.: «¿Deben suprimirse las diputaciones provinciales?…», ob. cit.

50 Muñoz Machado, S.: *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2007. T. II, p. 245.

51 Inspirada en la regulación alemana que atribuye a la legislación de los Länder la competencia sobre régimen local, excluyendo la normativa federal.

52 Consecuencia que parecía aceptarse en la STC 247/2007, relativa al recurso de inconstitucionalidad contra el EA del País Valenciano. En esta sentencia el Tribunal admitió que los Estatutos tuvieran un

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La STC 31/2010, relativa al nuevo Estatuto catalán, rechazó esta tesis y afirmó, con claridad y contundencia, que la regulación estatutaria debe respetar las competencias que el artículo 149.1.18 atribuye al Estado, en tanto que la expresión «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas» incluye a las de carácter local (FJ 36). En el Fundamento jurídico siguiente relativo al art. 84. 2 del Estatuto —sobre competencias locales— incide nuevamente en ello al recordar que dicha relación estatutaria «en modo alguno sustituye ni desplaza, sino que, en su caso, se superpone, a los principios o bases que dicte el Estado sobre las competencias locales en el ejercicio de la competencia constitucionalmente reservada por el artículo 149.1.18 CE». Y superpone quiere decir que se añade, pero que, en modo alguno, prevalece[53].

En definitiva, el Tribunal se reafirma en su consolidada doctrina de la prevalencia de la legislación estatal —ex art. 149.1.18— sobre cualquier otra norma que pudiera contradecirla.

IV. DIPUTACIONES PROVINCIALES Y MINIFUNDISMO MUNICIPAL

El debate sobre el futuro de las diputaciones provinciales está indisolublemente unido al problema de nuestra planta municipal. La justificación última del mantenimiento de las Diputaciones reside en que, sin su asistencia, la gran mayoría de los municipios españoles no podrían cumplir con sus funciones.

La Constitución y la LBRL mencionan los intereses de la provincia. La doctrina considera que tales intereses propios no existen. Los intereses de la provincia son los de los municipios que comprende, y que, por diversas causas, no pueden ser atendidos por ellos mismos. Sea por su reducido tamaño, por insuficiencia económica, o porque razones de economía de escala justifiquen su gestión supramunicipal. Ahora bien, en todos los casos, la provincia ha de competir con otros escalones administrativos: las propias CCAA, las comarcas donde se han creado (Aragón y Cataluña), las áreas metropolitanas o las mancomunidades de municipios.

La prestación se servicios a municipios de menos de veinte mil habitantes se configura, por tanto, como la función más importante que cumplen las Diputaciones y como el principal argumento para justificar su existencia y continuidad. Además, ostentan otra serie de competencias específicas en relación con municipios de menos de cinco mil y de menos de mil habitantes.

contenido adicional sin conexión directa con lo previsto en el artículo 147 CE u otras disposiciones constitucionales. La regulación del régimen local podría llevarse a cabo en un Estatuto en cuyo caso vincularía al legislador estatal.

53 Finalmente, en el FJ 38 de la citada STC 31/2010 se insiste en que es «el propio Estado el que ha de determinar el control que le corresponda en el ejercicio de las competencias que le reserva el artículo 149.1.14 y 18 CE».

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Alrededor de seis millones de ciudadanos (13 % de la población española) viven en el 84 por ciento de los municipios existentes (6827 de un total de 8125 con datos de finales de 2016) que no superan los cinco mil habitantes[54]. Las medidas de fomento para la fusión de municipios que contemplaba el antiguo artículo 13.3 de la LRBRL nunca se aplicaron en sus tres décadas de vigencia. Lo mismo cabe decir respecto al ejercicio de similar competencia por parte de las CCAA[55].

Con motivo de la grave crisis económica de 2007, el debate sobre la planta municipal surgió de nuevo en sede política y académica. «Aunque el tema de la reforma de la planta local en España ha sido una cuestión siempre abierta —escribe Jiménez Asensio—, sobre todo en el plano doctrinal, lo cierto es que el impulso decidido del debate se plantea cuando el sector público español comienza a encontrar serias dificultades para contener el déficit público y se promueven una serie de respuestas que pretenden reformular el sistema institucional local hasta entonces existente»[56].

Se formularon advertencias sobre la insostenibilidad del modelo y algunos partidos se pronunciaron por la reducción del número de municipios[57]. El Gobierno de España se comprometió con las instituciones europeas a simplificar el mapa local, atribuyendo la condición legal de municipio únicamente a aquellos que alcanzasen un determinado umbral de población[58]. Como tantos otros de los compromisos contraídos con las instituciones europeas, nunca se cumplió, y se reemplazó por la introducción en la LRLAS de un nuevo régimen de fusiones voluntarias de municipios, también inédito.

La fragmentación municipal subsiste. Y consecuencia de ella es la imposibilidad en la que se encuentran muchísimos municipios de reducido tamaño para prestar adecuadamente los servicios públicos. La gran mayoría de los municipios requiere asistencia técnica y financiera, y la prestación de esa asistencia corresponde a las Diputaciones. Realmente esa es la función principal de las mismas y el más solido argumento a favor de su conservación.

Desde esta óptica, es evidente que el debate sobre el futuro de las diputaciones no se puede desligar de la discusión acerca del mapa municipal[59]. Los expertos en

54 Castilla León concentra una cuarta parte de los municipios de España, y el 97 por ciento de ellos tiene menos de 5.000 habitantes. La cuarta parte de ellos menos de 100.

55 Art. 148. 1. 2 CE.

56 Jimenez Asensio, R. (ed.): *Elementos para un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico,* Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2012.

57 Sanchez Navaro, A.: «Las propuestas de reforma del régimen local en los programas electorales de los partidos políticos» en Coscolluela, L., y Medina, L.: *Crisis económica y reforma del régimen local,* Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2012, pp. 75-97.

58 Programa Nacional de Reformas del Reino de España, 2012, remitido a la Comisión Europea. Disponible en la web del Gobierno de España.

59 Los partidarios del mantenimiento del actual mapa local defienden con rotundidad la continuidad de las diputaciones. Desde esta óptica —que no coincide con la que en este trabajo se defiende— se entiende que precisamente para evitar una reducción del número de municipios, las diputaciones son imprescindibles. «La desaparición como Ayuntamientos para su incorporación o fusión con otros es lo que puede evitar y tiene

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Derecho local coinciden en subrayar la indiscutible necesidad de fomentar fórmulas asociativas municipales para el ejercicio de competencias y la prestación de servicios[60]. La palabra clave es —como advierte un gran conocedor de esta problemática, Manuel Zafra Victor— intermunicipalidad. Estas asociaciones intermunicipales pueden adoptar formas diversas (consorcios, mancomunidades[61], etc.). Ahora bien, la provincia, por su extensión, dista mucho de ser la más adecuada para ello.

En definitiva, que la gran mayoría de municipios españoles —por su reducida dimensión y medios— requieren asistencia técnica y financiera es algo que no se discute. Ahora bien, ¿la atribución de esa función a las diputaciones provinciales es la fórmula más adecuada? ¿El modo en que actualmente la ejercen es el más correcto? La respuesta a ambos interrogantes está muy lejos de ser positiva. Siguiendo a Sánchez Morón, en un interesante estudio de cuyos planteamientos soy deudor, cualquier propuesta de reforma —constitucional o legal— de la posición de las Diputaciones provinciales debe partir del examen de una serie de hechos y datos.

En primer lugar, a pesar de tener una sola función los ingresos medios de las Diputaciones ascienden a más de 150 millones de euros. Lo grave es que ese dinero no va a cooperación municipal. A través de la genérica función de fomento, las diputaciones prestan servicios de carácter social y cultural y sobre todo distribuyen ayudas y subvenciones[62]. Esto lo hacen con un elevadísimo grado de discrecionalidad. «En el ejercicio de esas funciones la tentación clientelar, sin duda, es fuerte»[63]. Como lo es en el marco de las propias CCAA.

En relación con la actividad de las Diputaciones, un riguroso Informe elaborado por la Fundación ¿Hay derecho? ha puesto de manifiesto que no hay homogeneidad alguna entre los servicios que prestan las diputaciones en aquellas provincias que presentan similitudes en cuanto a los municipios que atienden: «No existe aparentemente relación entre los tipos de municipios (en cuanto a población y dispersión) y los servicios que presta una Diputación»[64]. No hay

que evitar la Diputación como segundo nivel (…) se trata desde siempre de que las Diputaciones asuman el eventual mayor coste que no podrían asumir los municipios más pequeños, cuya subsistencia, sin embargo, es un bien a considerar en términos de democracia». De La Quadra-Salcedo, T.: «El debate sobre las diputaciones en un escenario de reforma constitucional …», ob. cit.

60 Los defensores de las diputaciones reconocen que estas propuestas pueden tener su lógica en nombre de la eficacia, pero se oponen a que estas nuevas fórmulas asociativas reemplacen a las diputaciones porque según ellos, se trata de expedientes que desde la óptica «de la democracia y la solidaridad rompen la lógica que preside nuestra idea del poder municipal». De La Quadra-Salcedo, T.: «El debate sobre las diputaciones en un escenario de reforma constitucional …», ob. cit.

61 Existen actualmente más de 700 mancomunidades de municipios en las 38 provincias de régimen común.

62 Aunque su gestión económica está sometida al control del Tribunal de Cuentas u órganos autonómicos equivalentes, en la práctica pocas veces esta fiscalización ha servido para corregir abusos.

63 Sánchez Morón, M.: «¿Deben suprimirse las diputaciones provinciales?…», ob. cit.

64 VV. AA. «Coste y utilidad de las diputaciones provinciales: claves para un debate necesario», Informe de la Fundación ¿Hay Derecho?, 2016, pp. 50 y ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

relación entre las políticas desarrolladas y la estructura municipal de las provincias[65]. La excepción sería Castilla-León donde sí se da esa homogeneidad. Las Diputaciones castellano-leonesas se centran en actuaciones relacionadas con la asistencia social primaria y las infraestructuras. Ello es plenamente coherente con la existencia de un gran número de municipios muy pequeños y dispersos[66].

En segundo lugar, al tratarse de corporaciones designadas por representación indirecta, los diputados provinciales no rinden cuentas a los ciudadanos. Ello significa que su designación, en última instancia, no depende tanto de aquellos como de las direcciones de los grandes partidos, que son los que pueden sumar un número suficiente de votos en diferentes municipios para obtener puestos de representación en las respectivas Diputaciones. En última instancia, y dicho con toda crudeza, las direcciones de los partidos son las que distribuyen los cargos de Diputado Provincial. Y actualmente tienen así cerca de mil puestos para repartir.

En tercer lugar, el examen de las plantillas de personal de muchas diputaciones pone de manifiesto el elevado número de asesores varios, personal de confianza, directivos de empresas, organismos o fundaciones dependientes de las diputaciones etc.[67]. Estos puestos se adjudican normalmente con criterios claramente clientelares. Esta situación que debe ser corregida está amparada por la ley. La LRSAL permite a las Diputaciones contar con personal eventual en número igual al del municipio más poblado de la provincia. Esto resulta completamente absurdo puesto que estos municipios desempeñan muchas más funciones que aquellas[68]. La absoluta libertad para decidir sobre su estructura y forma de gestión —mediante creación de entidades instrumentales— favorece estos abusos. Uno de los aspectos más llamativos del Informe elaborado por ¿Hay derecho? es precisamente «el elevado porcentaje que suponen en la mayor parte de las Diputaciones los gastos de Administración»[69].

El Informe —publicado en 2016 con datos de 2015— abunda en cifras y datos cuyo análisis detallado desborda los límites de este trabajo, pero su conclusión no

65 Algunas como Cuenca y Coruña concentran su actuación en infraestructuras, Las de Valencia y Cataluña se dedican a sanidad a pesar de tratarse de una competencia autonómica. Otras se limitan a transferir recursos principalmente a los municipios (Ciudad Real, p. ej.) Y otras dedican todos sus esfuerzos a administrarse y pagar sus deudas (Albacete y Teruel).

66 Las de Castilla y León junto con otras cinco del sur de España son las más eficientes económica y socialmente.

67 Serrano Pascual, A.: El personal de confianza política de las entidades locales, La ley-El consultor, Madrid, 2010. En el anexo aporta datos de 2009. Son numerosas las Diputaciones que cuentan con más de 60 puestos de personal eventual, normalmente asesores o secretarios de los Grupos y Diputados. Málaga con 74 encabeza el ranking. El mismo número que la Diputación de Alicante un año después. EL PAIS, 14 de junio de 2010.

68 Según el registro Central de Personal (2016) el total de Diputaciones, de régimen común, forales y cabildos y consejos cuentan con 61.000 empleados. De ellos más de 50.000 corresponden a las Diputaciones de Régimen Común.

69 VV. AA. «Coste y utilidad de las diputaciones provinciales: claves para un debate necesario», *Informe de la Fundación ¿Hay Derecho?,* 2016, p. 51.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

puede obviarse: «Muchas Diputaciones no parecen ser particularmente necesarias en la medida en que se dedican a pagar su deuda, a transferir dinero o proporcionar créditos para que sean otras entidades las que gestionen los servicios funcionando como intermediarias»[70]. El Informe subraya como «factores como la falta de autonomía financiera, la existencia de competencias propias demasiado difusas o con escaso peso específico —a pesar de los esfuerzos de la LRSAL por reforzarlas— o la gran libertad para diseñar y ejecutar políticas públicas —por no hablar de factores históricos, políticos o personales— supone que cada Diputación haya intentado encontrar su 'hueco' entre las CCAA y los Entes locales»[71].

En definitiva, el mantenimiento de estas estructuras político-administrativas resulta económicamente muy costoso[72]. Ahora bien, la eventual supresión de las diputaciones no se puede justificar en ningún caso en términos puramente economicistas o de mero ahorro. El Informe citado pone de manifiesto que efectivamente se logrará un ahorro, pero no será tan considerable como algunos han pronosticado en sede política. El argumento principal en contra del mantenimiento del diseño actual de las Diputaciones provinciales, es que, al margen de sus abultados gastos de personal, estas destinan muchos fondos a tareas ajenas a su función de «asistencia» a los municipios, lo hacen con gran discrecionalidad y sin un sistema eficaz de rendición de cuentas.

Desde la óptica de la necesaria regeneración democrática que debe informar cualquier propuesta de reforma institucional, no es aceptable el mantenimiento de un modelo que permite disponer de cuantiosos recursos de forma absolutamente discrecional, con criterios clientelares, y sin ninguna obligación de rendir cuentas a los ciudadanos. «No es casual sino causal —concluye el Informe de

70 El informe analiza también las fuentes de financiación. Todas reciben sus ingresos fundamentalmente a través de transferencias de la Administración del Estado. Únicamente dos CC. AA (Andalucía y Castilla-León) financian —y no muy generosamente (con porcentajes siempre inferiores al 20 por ciento de los ingresos totales)— a sus Diputaciones. El Informe deduce de ello que «el nivel de coordinación con la Administración inmediatamente superior no puede ser muy grande. Resulta llamativa la inexistencia de financiación autonómica para una gran parte de las Diputaciones (Galicia, Castilla-La Mancha, Aragón, Cataluña y Valencia) incluso cuando muy frecuentemente las Diputaciones están ejerciendo competencias típicamente autonómicas». VV. AA. «Coste y utilidad de las diputaciones provinciales: claves para un debate necesario», Informe de la Fundación ¿Hay Derecho?, 2016, p. 72.

71 «Fiel reflejo de esta situación es la enorme disparidad en la estructura del gasto de las Diputaciones: mientras que una Diputación gasta el 45 por ciento de su presupuesto en servicios sociales, otra solo gasta el 0,9 por ciento en esa misma partida. O si nos referimos a actuaciones de desarrollo económico, podemos destacar casos como el de la Diputación de Cuenca que dedica casi el 45 por ciento de su presupuesto a estas actuaciones, mientras que la Diputación de Sevilla dedica el 7 por ciento. Estas variaciones ilustran el difícil encaje que encuentran las Diputaciones en sus respectivas provincias. Parece indudable que este diferente papel que juegan las distintas Diputaciones depende de la relación que tengan con su Comunidad Autónoma y por supuesto con los municipios de la provincia». VV. AA. *Coste y utilidad de las diputaciones provinciales …,* ob. cit., p. 74. La financiación principal de las Diputaciones proviene de transferencias de fondos de la Administración General del Estado que no se ha preocupado por controlar el destino final de los mismos.

72 En todo caso, el gasto de personal de las diputaciones según el Tribunal de Cuentas (2016) supera los 1800 millones de euros, más del 30 por ciento de su gasto total.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

¿Hay Derecho?— que las Diputaciones hayan protagonizado algunos de los escándalos de corrupción, despilfarro y nepotismo más llamativos de estos últimos años»[73].

Desde una óptica constitucional cabe, por tanto, poner en cuestión la legitimidad de las Diputaciones. El déficit de legitimidad democrática que presentan (respecto a los municipios) derivado de la elección indirecta de sus miembros no se compensa con una supuesta legitimidad funcional o técnica. Y ello por dos razones. La primera, porque solo una parte de sus actividades reales e ingresos va destinado a la asistencia a los municipios pequeños que no están en condiciones de prestar adecuadamente los servicios públicos. Y la segunda, porque ese problema podría ser afrontado más eficazmente mediante fórmulas asociativas (intermunicipalidades) plenamente respetuosas con la autonomía local, y flexibles, en función del tamaño más adecuado en cada caso.

Sanchez Morón aporta una anécdota significativa que, sin pretensión alguna de elevarla a categoría, resulta muy ilustrativa de todo lo que se acaba de exponer. El caso dista mucho de ser único. Con objeto de realizar un informe jurídico sobre una cuestión de empleo público, tuvo que examinar la Relación de Puestos de Trabajo de una Diputación Provincial —cuya identificación elude— y se encontró con lo siguiente: «Además del personal técnico y los funcionarios de diferente rango que es lógico presuponer al servicio de una administración semejante —en número no escaso, pues pasaba de los 1000 efectivos— me sorprendió la inclusión en nómina de otra serie de puestos de trabajo variopintos, a saber: 7 cocineros y 8 ayudantes de cocina, 4 puestos de costurero/a, 14 de lavandera-planchador/a, otros de peluquero/a, carpintero, pintor, electricista, calefactor y electricista climatizador, varios más de oficiales de impresión, un puesto de 'guardador» (no se sabe de qué), 36 puestos de peones más otros 4 de peones de vivero, etc.»[74].

En parecidos términos, en un interesante debate sobre la reforma del Estado Autonómico a propósito el Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional, Ruiz Robledo advirtió lo siguiente. Reproduzco su intervención porque es también muy ilustrativa respecto al problema que nos ocupa: «En cuanto a la organización de las Diputaciones provinciales, me parece que hoy en día, al menos en Andalucía, se han quedado convertidas en unos entes sobredimensionados, que no paran de incrementar su personal, y que hacen cosas tan variopintas como subvencionar líneas aéreas, organizar festivales, otorgar premios culturales, etc. con lo que su papel de asesoría municipal queda desvirtuado (…) La defensa más inteligente que he oído de los entes provinciales la ha hecho Manuel Zafra (…) según él, la Diputación actualmente sólo se puede concebir como una red de apoyo y asistencia a municipios. No obstante, no se puede ignorar que esta

73 VV. AA. *Coste y utilidad de las diputaciones provinciales* …, ob. cit., p. 80. Se recoge un amplísimo elenco de casos de corrupción (desde Fabra hasta Baltar) que ponen de manifiesto también el carácter fuertemente presidencialista de la institución.

74 Sánchez Morón, M.: «¿Deben suprimirse las diputaciones provinciales?…», ob. cit.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

función, en Andalucía, al menos, la están desempeñando cada vez más, por un lado, las agrupaciones de municipios, las mancomunidades, y, por otro, la propia Junta de Andalucía. De tal manera que la Diputación acaba siendo un ente redundante y completamente disfuncional, que no satisface el principio de eficacia. En consecuencia, entiendo que sería mucho mejor suprimirlas, integrándolas de la mejor manera en la Junta de Andalucía»[75]. Estas acertadas observaciones del catedrático de la Universidad de Granada referidas a las Diputaciones andaluzas pueden extrapolarse, sin dificultad, a otras Comunidades pluriprovinciales.

Es evidente que los pequeños municipios —esta es la base del problema— necesitan asistencia financiera y técnica, pero dista mucho de estar claro que la forma en que actualmente las diputaciones desempeñan esta función sea la mejor de las posibles. Desde la óptica del Estado de Derecho esa función debería configurase como una competencia administrativa sometida a criterios técnicos y de legalidad, absolutamente transparentes. La situación actual se caracteriza por una absoluta discrecionalidad y debe ser corregida.

Por otro lado, nuestra fragmentación municipal —el problema de fondo— lo que requiere es organizar la supramunicipalidad, esto es la prestación conjunta de servicios municipales, y para esto están las mancomunidades, los consorcios o las áreas metropolitanas. El ámbito territorial de la provincia no es el más idóneo para ello. El fracaso de la LRSAL lo confirma.

Y finalmente, el hecho de que, en las CCAA uniprovinciales, la diputación provincial ha sido ya suprimida confirma que, en el nuevo Estado Autonómico, las instituciones autonómicas pueden desempeñar muchas de las antiguas funciones provinciales. La existencia de un cuarto escalón de gobierno no resulta justificada. Con estas premisas, podría plantearse la supresión general de las diputaciones provinciales —tal y como ha sido propuesto por algunos partidos en sede política— mediante la oportuna reforma del Texto Constitucional.

V. CONCLUSIONES: LA SUPRESIÓN DE LAS DIPUTACIONES EN EL MARCO DE UNA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN TERRITORIAL

La reforma de la Constitución territorial sigue siendo una asignatura pendiente. Sin embargo, el contexto político actual caracterizado por una polarización extrema de la vida política hace inviable concebir la apertura de un proceso de reforma constitucional tendente a perfeccionar nuestro modelo de organización territorial y a corregir las deficiencias que, tras casi cuatro décadas de funcionamiento, se han puesto de manifiesto. En definitiva, como ha denunciado el

75 Ruiz Robledo, A.: «Debate sobre la tercera ponencia», Gomez Montoro, A. (ed.), *La reforma del Estado Autonómico. Jornadas de estudio sobre el Informe del Consejo de Estado,* CEPC, Madrid, 2007, pp. 137-138.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

profesor Alzaga en un esclarecedor ensayo que debiera ser de lectura obligada para nuestra clase política, actualmente no es posible alumbrar el consenso necesario para reformar la Constitución como «sistema jurídico de integración»[76].

Cuando las circunstancias políticas lo permitan, y pueda abordarse con el necesario consenso y el debido rigor la reforma de la Constitución territorial, será el momento de plantearse el encaje de las provincias y las diputaciones provinciales en la arquitectura institucional del Estado Autonómico.

Por todo lo expuesto en este trabajo considero que la existencia de las provincias ni puede ni debe ponerse en cuestión. Estas han cumplido, cumplen y pueden seguir desempeñando una notable función de vertebración del territorio, como circunscripción administrativa tanto de los servicios territoriales del Estado como de las CCAA. Deben mantenerse también como circunscripciones electorales (arts. 68-69 CE[77]). Ahora bien, manteniendo la universalidad de las venerables provincias que forman parte de nuestro paisaje, sí que debería ponerse fin a su consideración como entidades locales que gozan de autonomía para la gestión de sus intereses.

En la Constitución territorial debe quedar muy clara la existencia de tres niveles de gobierno (Municipio, Comunidad Autónoma, Estado) y para ello debe suprimirse la referencia existente (art. 137) a un cuarto nivel —el provincial— cuyo carácter confuso y problemático ha sido puesto de manifiesto en estas páginas. En última instancia, las mismas razones que en las CCAA uniprovinciales justificaron la desaparición del escalón provincial de gobierno, son aplicables también a las pluriprovinciales. Sí se acepta que las cinco CCAA uniprovinciales actualmente existentes pueden reemplazar a las Diputaciones a la hora de prestar la asistencia necesaria a los municipios, no se comprende porque lo que se admitió para las uniprovinciales no se acepte para las pluriprovinciales.

La supresión de la condición de «entidad local» de la provincia (conservándolas, por supuesto, como divisiones del territorio y circunscripciones electorales) permitiría prescindir también, con carácter general, de las Diputaciones provinciales y reemplazarla por otras figuras de intermunicipalidad con diseños que corrijan los defectos antes examinados[78]. Figuras cuya regulación básica correspondería diseñar al legislador estatal. En todo caso el examen de estas

76 Alzaga, O.: *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 35 y ss.

77 Solo dejar apuntado que, en relación con el Senado, genera algunas disfunciones. Considero que por lo que se refiere al Senado, la reforma más sencilla y funcional consiste en su simple y definitiva supresión. Me remito a los documentados y rigurosos trabajos de Carlos Garrido y Eva Sáenz sobre el particular. Garrido; C. y Saenz, E.: «Razones para plantear la supresión del Senado», *Cuadernos Giménez Abad*, n.º 7, 2014, pp. 57-69. En todo caso, y mientras tal cosa no ocurra, la regulación actual de su composición provoca que Comunidades Autónomas con población similar como puede ser el caso de Cataluña y Andalucía, por el simple hecho de que una cuente con el doble de provincias que la otra, elija el doble de senadores provinciales que la otra.

78 Jimenez Asensio, R.: «Tendencias de futuro de los gobiernos locales intermedios», Revista Democracia y Gobierno Local, n.º 35, 2016, p. 11.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

formas de intermunicipalidad o fórmulas asociativas de municipios desborda el objeto de este trabajo[79].

Al fin y al cabo, los «intereses de la provincia» como tales no existen. Solo existen los de los municipios y estos se pueden garantizar mas y mejor con otras fórmulas de intermunicipalidad. Realmente, la experiencia del funcionamiento de muchas Diputaciones confirma que estas sirven ante todo a los intereses del partido que las controla y, en función de ello, se favorecen a unos municipios en detrimento de otros por su color político.

La supresión de las Diputaciones supondrá una reducción escasa del gasto público por lo que no es en criterios economicistas de mero ahorro en donde hay que buscar la justificación de la reforma. Esa justificación reside, como hemos visto, en la simplificación de los niveles de gobierno, en la consiguiente eliminación de duplicidades, en la eliminación de un nivel de gobierno que por sus características (falta de rendición de cuentas, discrecionalidad en el manejo de los recursos, carácter impreciso de sus competencias, etc.) ha estado históricamente vinculado con fenómenos de caciquismo y corrupción.

La propuesta que aquí se realiza dista mucho de ser original o novedosa. Es coincidente con la contenida en el meritorio Informe del Consejo de Estado sobre la Reforma Constitucional elaborado en 2006 bajo la dirección del profesor Rubio Llorente[80]: «Sería necesario —subraya el citado Informe— introducir una modificación más profunda que, manteniendo la universalidad de la provincia como forma de división territorial para el funcionamiento de la Administración General del Estado, no le atribuyese necesariamente la naturaleza de entidad local con personalidad y autonomía»[81].

En otro plano, la propuesta coincide con el espíritu y la finalidad de las reformas territoriales efectuadas en Francia bajo la presidencia Hollande de potenciar las regiones en detrimento de los Departamentos (equivalente a nuestras provincias) con el horizonte de suprimir estos en 2020[82].

79 El interés general no justifica su existencia. Sobreviven por la lógica de los intereses creados: aparatos de partidos con puestos a repartir; posibilidad de distribuir un presupuesto alto sin rendir cuentas. Los mayores beneficiarios del gasto son los empleados a su servicio y los organismos y organizaciones receptoras de subvenciones.

80 El Informe del Consejo de Estado ya propuso la eliminación de su naturaleza de entidad local. Véase los comentaros de Alberti, Pulido y Ruiz Robledo, Gomez Montero (ed.), *La reforma del Estado autonómico. Jornadas de Estudio sobre el Informe del Consejo de Estado,* CEPC, Madrid, 2007, pp. 117-119, 126, 129 y 137-38.

81 *Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional*, 1/2005, de 16 de febrero de 2006, Parte IV, apartado 5. 4.

82 Ante una fragmentación municipal mayor aunque la española se fomentan las intermunicipalidades, y se fortalecen las regiones (como nuestras Comunidades Autónomas, pero sin capacidad legislativa) y se opta por suprimir a medio plazo el escalón intermedio: el nivel de gobierno departamental (equivalente a nuestro nivel provincial). Todo ello para reducir costes, pero sobre todo para eliminar duplicidades, potenciar la eficacia del aparato administrativo, y sobre todo simplificar una arquitectura territorial excesivamente compleja. He analizado con detalle estas reformas en Tajadura, J.: «Las reformas del modelo de descentralización territorial de Francia: la necesaria simplificación del 'milhojas territorial'», RVAP, n.º 108, 2017, pp. 181-224.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por último, la supresión de las diputaciones provinciales, esto es, su sustitución por otros entes asociativos supramunicipales, plantea la cuestión de a qué instancia territorial del poder —central o autonómica— atribuir la regulación básica de los mismos. En este sentido, caben dos posturas: a) Por un lado, la de quienes defienden la «interiorización» autonómica de la Administración Local, por entender que esta forma parte de la estructura institucional propia y no de la general del Estado. En este sentido, la reforma constitucional que se defiende consiste en atribuir a las CCAA la competencia para que decidan su mantenimiento o las sustituyan por otras[83]. b) Por otra, la de quienes consideramos que la Administración Local es una pieza esencial para la configuración y articulación del poder público del Estado y por ello requiere una regulación básica uniforme.

Cualquier futura reforma de nuestra Constitución territorial habrá de basarse en esta segunda posición. La pretendida interiorización no es admisible. Como ha advertido Parejo, no lo sería ni siquiera en el caso de que se aprobara una reforma en clave federal. La prueba de ello la proporciona la Constitución alemana que es la que con razón se presenta como modelo en muchos aspectos relativos a la distribución territorial del poder[84].

La intermunicipalidad es la respuesta más lógica y coherente (también en el Derecho comparado) a un mapa municipal excesivamente fragmentado. Respuesta más eficaz que la fórmula provincial. Esta como hemos visto, —y aunque obviamente se trate de un juicio que no se puede generalizar— contiene elementos que favorecen el clientelismo y la corrupción. Naturalmente que también se pueden arbitrar reformas concretas que sin prescindir de las Diputaciones mejoren su diseño y su funcionamiento, introduciendo procedimientos efectivos de fiscalización y control. Pero desde una visión global de la arquitectura institucional del Estado Autonómico, es preferible su supresión. Las dimensiones más adecuadas de las intermunicipalidades no van a coincidir con las divisiones provinciales.

En la medida en que las palabras de Zafra conservan su plena vigencia, «lo importante no es el nombre sino la función»[85], los defensores de mantenimiento de las Diputaciones han advertido como ante la petrificación del mapa municipal y el descenso demográfico de muchos territorios podríamos encontrarnos «ante la paradoja de suprimir la provincia y, sin solución de continuidad, crear la provincia con otro nombre para cumplir las mismas funciones»[86]. Pero ya hemos visto

83 Garcia Roca, J. (ed.): *Pautas para una reforma constitucional. Informe para el debate,* Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, p. 108.

84 Parejo, L.: «Algunas reflexiones sobre posibles líneas maestras del arreglo de la provincia y la diputación peninsulares de régimen común», *El futuro de la Administración Local y el papel de los Gobiernos locales intermedios* (Parejo, L. (dir.), Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2017. p. 31.

85 Zafra, M.: «La provincia: lo importante no es el nombre, lo importante es la función. Intermunicipalidad en el Estado Autonómico», El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, n.º 27, 2012, pp. 66-83.

86 Orduña, E.: «Diputaciones provinciales en el siglo xxi: ¿un gobierno local intermedio necesario?», *Diputaciones provinciales. Historia, actualidad, futuro*…, ob. cit., p. 234.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que no se trata de suprimir la provincia, sino las Diputaciones. Por un lado, las venerables provincias seguirán cumpliendo su función vertebradora del Estado como divisiones territoriales del mismo. La reforma que aquí se propone —en los términos del Informe del Consejo de Estado— es privarles únicamente de su condición de «entidad local». Por otro lado, la sustitución por fórmulas de intermunicipalidad no se plantea como un mero cambio de nombre puesto que el diseño y funcionamiento de estas —además de su dimensión— poco tendrá que ver con el que caracteriza a las actuales Diputaciones.

La supresión de las diputaciones provinciales de régimen común supondría, en definitiva, una simplificación de nuestra arquitectura constitucional, que equipararía los niveles de gobierno existentes en las diferentes CCAA, con independencia del carácter uniprovincial o pluriprovincial de aquellas. Si la existencia de las diputaciones provinciales fuese absolutamente necesaria para la prestación de los servicios de los pequeños municipios y para la garantía efectiva de su autonomía local, aquellas no habrían sido suprimidas en las CCAA de Asturias, Cantabria, La Rioja, Navarra, Madrid o Murcia. En estas seis Comunidades, la simplificación que aquí se defiende ya se produjo desde el inicio: Municipio-Comunidad Autónoma-Estado. Cuando llegue la hora de reformar la constitución territorial, habría que generalizar esta simplificación. Al fin y al cabo, y como hemos visto al inicio de estas páginas, las diputaciones provinciales fueron creadas y tuvieron sentido en el marco de un Estado políticamente centralizado.

En el contexto actual, y como hemos expuesto en estas páginas, las Diputaciones («cascarones vacíos» en palabras de Muñoz Machado)[87] cumplen solo una función, la asistencia financiera y técnica a los pequeños municipios. No la desempeñan de modo exclusivo y excluyente, puesto que tanto el Estado como las CCAA colaboran de diversa forma en las labores de asistencia a los municipios. Y, sobre todo, no son la institución más adecuada para llevarla a cabo. Los diferentes tipos de intermunicipalidad son más efectivos.

***

TITLE: *The future of the Provinces and Provincial Councils before a reform of the territorial Constitution*

ABSTRACT: *This article is a contribution to the debate on whether or not to abolish provincial councils. The work exposes the origin and evolution of the provincial regime in Spain, since 1812, and then examines the current constitutional framework and its legislative development. With these premises is analyzed the main argument to justify the maintenance of provincial councils: municipal minifundismo, and is confronted with the praxis of recent years. In this context, intermunicipality is defended as the most logical and coherent response (also in comparative law) to an excessively fragmented municipal map and the suppression of provincial councils is proposed.*

87 MUÑOZ MACHADO, S.: Derecho Público de las Comunidades Autónomas, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2007. T. II, p. 245.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

RESUMEN: *Este artículo es una contribución al debate sobre la conveniencia o no de suprimir las diputaciones provinciales (de régimen común). El trabajo expone el origen y la evolución del régimen provincial en España, desde 1812, y examina después el marco constitucional vigente y su desarrollo legislativo. Con esas premisas se analiza el principal argumento para justificar el mantenimiento de las Diputaciones provinciales: el minifundismo municipal, y se confronta con la praxis de los últimos años. En este contexto se defiende la intermunicipalidad como respuesta más lógica y coherente (también en el Derecho comparado) a un mapa municipal excesivamente fragmentado y se propone la supresión de las diputaciones provinciales.*

KEY WORDS: *provincial councils, provinces, local regime, territorial decentralization constitutional reform.*

PALABRAS CLAVE: *diputaciones provinciales, provincias, régimen local, descentralización territorial, reforma constitucional.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *10.12.2018* FECHA DE ACEPTACIÓN: *05.02.2019*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

EL NUEVO MAPA DE PARTIDOS EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y SUS EFECTOS EN LA FORMA DE GOBIERNO: «MUCHO RUIDO Y POCAS NUECES»[1]

ELVIRO ARANDA ÁLVAREZ
Catedrático (A) de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario

I. Introducción. II. La continuidad, en cuanto a la forma de gobierno, en los llamados «estatutos de nueva generación» aprobados en los años 2006 y 2007. III. Un recordatorio sobre la variedad de sistemas electorales y de partidos en el ámbito de las Comunidades Autónomas. Su repercusión en la formación de los gobiernos. IV. Sistemas de partidos y gobiernos resultantes de los procesos electorales regionales y locales de 2015 y 2016. V. Los cambios en el funcionamiento del parlamentarismo de las Comunidades Autónomas como consecuencia de la mayor fragmentación electoral. VI. Las reformas de los Reglamentos Parlamentarios tendentes a fortalecer los Parlamentos y mejorar la participación ciudadana. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando me pongo a escribir estas líneas sobre los efectos en los Parlamentos de las Comunidades Autónomas del nuevo mapa político en la Legislatura 2015-2019 se acaban de celebrar las elecciones al Parlamento andaluz y trece Comunidades Autónomas —las del 143 CE— también lo harán en el 2019. Es decir, que concluida la Legislatura para catorce de las diecisiete Comunidades Autónomas

1 El presente artículo se publica en el marco del acuerdo de colaboración firmado entre la Revista Teoría y Realidad Constitucional y el Centro de Estudios de Partidos de la UNED para la publicación de trabajos de investigación sobre el régimen constitucional de los partidos políticos.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ya estamos en condiciones de hacer un balance sobre la aparición e integración de las nuevas fuerzas políticas en la vida de sus instituciones[2].

En el último *Informe de las Comunidades Autónomas* ya decíamos, y nos seguimos reafirmando, que el estudio del sistema de partidos y el régimen electoral vinculado a la forma de gobierno en las Comunidades Autónomas no se han analizado durante estos años con suficiente atención[3]. Las razones seguro que son diversas, a nosotros se nos ocurren dos: en primer lugar, porque la organización institucional ha estado en un segundo plano en el desarrollo del Estado autonómico, en el que las cuestiones competenciales e identitarias han copado la mayor atención. En segundo lugar, porque se ha producido un notable seguidismo del modelo institucional estatal que ha llevado a pensar que ese era un estudio «reiterativo». Pese a ello, desde los inicios, en algunas Comunidades Autónomas hubo significativas diferencias en cuanto a las mayorías parlamentarias y la presencia de partidos que se han agudizado y extendido en estos últimos años.

Pero empecemos por el principio. Es cierto que durante estos cuarenta años desde la aprobación de la Constitución, el régimen electoral y el sistema de partidos han sido estudiados concienzudamente por parte de la doctrina[4]. El pro-

2 Esta investigación no parte de cero. Durante los primeros meses de 2018 tuvimos que analizar detalladamente cómo se habían conformado los Parlamentos autonómicos y sus efectos en el sistema en donde se tuvo que formar gobiernos con pacto de legislatura y/o investidura o gobiernos de coalición que se han dado durante el período 2015-2017. Dicho trabajo se expuso en las jornadas del *Informe de las Comunidades Autónomas 2017* celebradas en el Senado el 14 de marzo de 2018 qué, a su vez, dio lugar al estudio publicado en el monográfico *Informe de las Comunidades Autónomas 2017* —2018— bajo el título *El nuevo mapa político de partidos. Efectos sobre el parlamentarismo de las Comunidades Autónomas*. Por lo tanto, muchas ideas y datos que aquí se presentan traen causa en ese Informe. Las elecciones andaluzas de 2 de diciembre de 2018 han incorporado una nueva variable, que no podemos analizar en este trabajo pero que seguro dará mucho que hablar, la aparición de una fuerza política de extrema derecha —Vox—. En todo caso, es una muestra más de que aun sin reformas del sistema electoral cuando el deterioro de los partidos tradicionales es fuerte no hay «ingeniería electoral» que frene la aparición de nuevos sujetos políticos.

3 Para ser riguroso hay que decir que en estos últimos tiempos si se están haciendo trabajos que se fijan en esta cuestión; sin duda, el surgimiento de nuevas fuerzas políticas puede que tenga mucho que ver. Por todos vid. Bilbao Ubillos, J. M. «Un nuevo ciclo político sin mayorías absolutas: los parlamentos autonómicos recobran protagonismo tras las elecciones de 2015», *RJCL,* n.º 42, 2017. Albertí Rovira, E. «La forma de gobierno de las comunidades autónomas: la configuración constitucional y estatutaria de la relación entre gobierno y parlamento», *España constitucional (1978-2018) Trayectorias y perspectivas*. Director B. Pendás, Tomo V, CEPC, Madrid, 2018, pp. 4391-4405. Sánchez Muñoz, O. «El fin (momentáneo) del bipartidismo en España: análisis de los resultados electorales de 2015 y 2016», *REDC*, n.º 109. 2017. Martín De La Vega, A. «Calidad democrática y forma de gobierno en las comunidades autónomas», *Calidad democrática y organización territorial*. Coords. J. Tudela, M. Kölling y F. Reviriego, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 129-166.

4 Son innumerables las obras que sobre estas dos materias se han publicado en todos estos años, por todos vid. Gavara De Cara, J. C. *La homogeneidad de los regímenes electorales autonómicos,* CEPC, Madrid, 2007. Oliver Araujo, J. *Los sistemas electorales autonómicos,* IEA. Barcelona, 2011. Galvez Muñoz, L.A. (dir.), *El Derecho electoral de las Comunidades Autónomas. Revisión y mejora,* CEPC, n.º 193, Madrid, 2009. Un buen trabajo sobre régimen electoral comparado en Gavara De Cara, J.C. y Vallès Vives, F. *Los regímenes electorales territoriales en los Estados compuestos. Alemania, Estados Unidos e Italia,* Congreso de los Diputados, Madrid, 2007. Presno Linera, M. *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia,* Ariel, Barcelona, 2000. Garrido López, C. Sáenz Royo, E. *La reforma del Estado de partidos,* Marcial Pons, Madrid, 2016. Alguacil González-Aurioles,

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tagonismo de los partidos, aunque quizás ya se preveía que fuera elevado cuando el Constituyente decidió reconocerlos en el Título Preliminar (art. 6 CE), probablemente nadie acertó a adivinar hasta qué punto llegaría a ser así. Su centralidad en el sistema es tal que la doctrina habla no solo de *Estado de partidos*[5] —como forma de articular los sistemas de gobierno— sino también de *partitocracia,* para hacer referencia a una deformación sistemática del sistema político[6]. Por su parte, el sistema electoral, aunque no tenga una posición tan preferente en el texto constitucional, también está dado a ser una materia de *especial transcendencia institucional*. Basta con apuntar lo que de él decía el Consejo de Estado en su Informe de 2009 sobre su posible reforma: *el régimen electoral es una pieza clave del Estado constitucional puesto que habilita la participación política de los ciudadanos, transforma sus votos en escaños y, en definitiva, hace operativo el principio democrático en las instituciones del Estado.* O como ha señalado Torres del Moral: i*nfluye, pues, el sistema electoral no sólo en la conformación del sistema de partidos de un país, sino que, como consecuencia de ello, también lo hace en la estabilidad del sistema político facilitando o dificultando la formación de los Gobiernos*[7].

Sin embargo, como decíamos, no son tan frecuentes los estudios —al menos desde la perspectiva constitucional— de los anteriores institutos vinculados a la forma de gobierno y, mucho menos, desde el punto de vista del sistema institucional de las Comunidades Autónomas[8]. El resultado, por mucho que el modelo de *parlamentarismo racionalizado* y sistema electoral *proporcional corregido* haya marcado las pautas en la organización política en las CCAA, ha sido una visión que no ha tenido en cuenta los detalles que durante estos años han surgido en la forma de gobierno de muchas de ellas.

Lo primero que salta a la vista, si analizamos cómo ha evolucionado la forma de gobierno, los partidos políticos y el régimen electoral en las CCAA, es que,

J. *Estado de partidos: participación y representación,* Marcial Pons, Madrid, 2013. Montero, J.R. Llera, F.J. y Torcar, M. «Sistemas electorales en España: una recapitulación», *REIS* 58/92, pp. 7-56. Llera Ramo, F.J. «Los rendimientos de los sistemas electorales en las Comunidades Autónomas: el predominio del bipartidismo imperfecto», *REIS* 82/98, pp. 127-157. Álvarez Vélez, M. I. y Alcón Yustas, M. F. (coords.), *Estado y Comunidades Autónomas en España: sistemas electorales y participación política,* Temas del Senado.

5 En este sentido, el trabajo más señalado en la doctrina española es el de García-Pelayo, M. *Estado de Partidos,* Alianza Editorial, Madrid, 1986.

6 Bueno, G. *Panfleto contra la democracia realmente existente,* La esfera de los libros, Madrid, 2004. Fernández De La Mora, G. *La partitocracia, IEP*, Madrid, 1977.

7 Torres Del Moral, A. «Sistema electoral y sistema de partidos en las Comunidades Autónomas». En *El Derecho electoral de las Comunidades Autónomas. Revisión y mejora.* Gálvez Muñoz (dir.), CEPC, n.º 193, Madrid, 2009.

8 Un ya «clásico» y muy atinado trabajo es el de Vallès, J.M. «Proceso electoral, comportamiento electoral y sistema político», *RCEC*, n.º 51990. pp. 18, 9-199. También, un trabajo bien interesante y detallado, aunque de una sola Comunidad Autónoma —el País Vasco— es el de García Roca, J. «El sistema de gobierno parlamentario en el País Vasco. Moción de Censura individual y el derecho a la disolución anticipada», op. cit., pp. 183-236. También vid. Tudela Aranda, J. «Gobierno, partidos y coaliciones políticas en el Estado de las Autonomías», VVAA, *Presidencialismo y Parlamentarismo. América Latina y Europa Meridional,* CEPC, Madrid, 2012, pp. 269-306.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

aunque desde 2006 hasta la fecha se han producido cambios —unos por voluntad del Legislador y otros fruto de la realidad política (crisis económica y desafección política)—, el sistema y las estrategias de poder en esas Comunidades ha variado muy poco a pesar de la aparición de nuevas fuerzas políticas que, como veremos, pronto se integran en el «sistema». Por otro lado, esos cambios no siempre han ido en la dirección de mejorar el parlamentarismo, sino más bien todo lo contrario.

Con la aprobación por un buen número de CCAA de los llamados *Estatutos de segunda generación* (2006-2007), la aparición en el escenario político de nuevas fuerzas políticas fruto de la crisis económica y política (elecciones europeas de 2014, generales 2015-2016 y autonómicas 2015), y la estrategia *recentralizadora* puesta en marcha en los años de plena crisis económica por el Gobierno central y algunas Comunidades Autónomas (v.gr. Castilla-La Mancha, La Rioja, Valencia)[9], el régimen parlamentario, en muchas de estas Comunidades Autónomas, ha evolucionado: en unos casos, integrando en los Estatutos de Autonomía y Reglamentos Parlamentarios instrumentos políticos y normativos que —paradójicamente y en contradicción con el discurso político— fortalecen al Ejecutivo; en otros sí, abriendo la vida parlamentaria a una mayor transparencia y participación de los ciudadanos, reduciendo prerrogativas —v.gr. fuero o inviolabilidad— e, incluso en algún caso, cambiando el sistema electoral. Desde el punto de vista de los resultados electorales lo más importante ha sido la aparición de nuevos partidos y, con ello, una nueva relación de fuerzas en los Parlamentos que ha determinado la forma de constituirse muchos gobiernos autonómicos —pactos de investidura, pactos de legislatura e, incluso, gobiernos de coalición—.

Sin pretender adelantar conclusiones, será interesante ver como en esta Legislatura autonómica 2015-2019 ha desaparecido el *bipartidismo imperfecto* allí donde era común. Pero también será interesante recordar que dicho *bipartidismo* no era tan frecuente en algunas CCAA y, por tanto, los gobiernos de coalición o minoritarios con pactos de legislatura ya eran una práctica más habitual de lo que se ha dicho. Sin embargo, esta situación de *tetrapartidismo* reciente, o «remoto», no ha restado, en términos generales, un ápice a la «estabilidad gubernamental». Pero sí, es cierto, también se puede comprobar que este nuevo tiempo está haciendo que aparezcan evidencias de revitalización parlamentaria (v.gr. más proposiciones de ley o más control del Gobierno —v.gr. Comisiones de investigación—).

9 En la reforma del Reglamento parlamentario de Cantabria de 2012 se modifica el art. 11 para establecer un régimen económico para diputados y diputadas de dietas e indemnizaciones que, además, se aprueba por años. Por el contrario, en las Cortes de Castilla y León se ha registrado una propuesta de reforma de su Reglamento tendente a lograr la profesionalización de los procuradores de Castilla y León, *BOCCL*, n.º 290, 19 de junio de 2017, pp. 35 y ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II. LA CONTINUIDAD, EN CUANTO A LA FORMA DE GOBIERNO, EN LOS LLAMADOS «ESTATUTOS DE NUEVA GENERACIÓN» APROBADOS EN LOS AÑOS 2006 Y 2007

Con el proceso de reforma de los Estatutos de los años 2006 y 2007 poco se hizo en cuanto a la organización y funcionamiento de la forma de gobierno. Como ha señalado la mayor parte de la doctrina, desde la reforma de los estatutos hecha en los años noventa, el sistema institucional de las CCAA —allí donde no estaba configurado desde inicios de los ochenta[10]— queda consolidado en un sistema parlamentario fuertemente racionalizado —semipresidencialización—[11]. Albertí Rovira señala que las notas de ese sistema son: *(i) investidura del presidente mediante un procedimiento específico, que busca gobiernos de mayoría absoluta pero que los permite con mayorías minoritarias; (ii) moción de censura de carácter constructiva, con propuesta de candidato alternativo, que exige mayoría absoluta para su aprobación; (iii) cuestión de confianza, como medio a disposición del Gobierno para forzar la expresión de confianza del Parlamento, cuya aprobación requiere solo la mayoría simple de la Cámara*[12]. Un modelo que tiene pleno sentido con el proceso de homogenización institucional previsto en los *Pactos autonómicos del 81* que optaban por la generalización del modelo de los Estatutos ya aprobados frente a la posibilidad de establecer diferencias en los términos previstos en el artículo 152 CE.

Como es sabido, en 2006 se puso en marcha un proceso de reforma de un buen número de Estatutos de autonomía que, básicamente, respondían a dos grandes modelos: por un lado, estaban los que como el de la Comunidad Valenciana pretendían reformas puntuales y mantenían la continuidad del Estatuto que reformaban; por otro lado, aparecía el modelo catalán con una reforma mucho más ambiciosa en cuanto a la extensión y el contenido. Pero, tanto en unos como en otros, los temas institucionales parlamentarios no fueron lo más importantes[13]. El debate se centró, fundamentalmente, sobre cuestiones de orden identitario, en particular la definición de la Comunidad Autónoma; la introducción de títulos de derechos fundamentales y principios rectores; el establecimiento de una tipología general de competencias y, en particular, la definición en el estatuto de autonomía del alcance

10 Es el caso de los Estatutos del País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía y Valencia.

11 Ya desde el inicio de la puesta en marcha de las CCAA y su sistema parlamentario se cayó en la cuenta de que la preeminencia del Ejecutivo quedaba reforzado, entre otros motivos, debido a la doble condición que tienen los Presidentes de éstas como máximo representante de las mismas, y líder del Consejo de Gobierno de cada Comunidad. Vid. por todos, Solé Tura, J., «Las Comunidades Autónomas como sistemas semipresidenciales», *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Diputación de Barcelona, 1985, p. 290.

12 Albertí Rovira, E. «La forma de gobierno de las comunidades autónomas: la configuración constitucional y estatutaria…», op. cit. pp. 4401.

13 En la actualidad hay en el Congreso de los Diputados registradas cuatro iniciativas para la reforma de los respectivos EEAA, el de la Comunidad de Valencia, que está registrado desde 2016; el de la Comunidad de Murcia, desde 2017; el de la Comunidad de Canarias, desde 2016 y el de la Comunidad de Cantabria, desde 2017.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de la competencia básica estatal. También, contemplan asuntos específicos de algunas Comunidades Autónomas (v.gr. el problema del agua)[14]. Veamos alguno de los temas tratados y que son de interés para este trabajo:

Primero. Incorporadas al Título dedicado a los derechos fundamentales de los ciudadanos de la respectiva comunidad autónoma aparecen referencias a instrumentos de democracia participativa: tanto la iniciativa legislativa popular como las consultas populares se recogen como derechos de participación. Respecto de las consultas populares se hace una nueva y más amplia regulación puesto que se planteaba un debate sobre la inclusión del referéndum. Algunos de estos nuevos estatutos lo excluyen expresamente (Andalucía, art. 78; Aragón, art. 71; Extremadura, art. 9) y otros no lo mencionan, con lo que no lo descartan (Cataluña, art. 122; Comunidad Autónoma de Valencia, art. 28; Illes Balears, art. 31; Castilla y León, art. 71)[15].

Segundo. En estos estatutos se establece que el Presidente de la Comunidad Autónoma es al mismo tiempo Presidente del Consejo de Gobierno. El único caso que mantiene una cierta diferencia es el Estatuto catalán donde el art. 69 prevé la figura del *Conseller en Cap* que es nombrado por Decreto del Presidente de la Comunidad Autónoma y que tiene funciones propias, además de las delegadas por el Presidente y que se distingue de la figura del vicepresidente[16].

Tercero. Se introduce en algunos EEAA la limitación de mandatos para el Presidente. Así, el art. 67.2 del Estatuto de Cataluña dice que *puede regularse por ley la limitación de mandatos*. En Castilla-La Mancha se introdujo en la reforma *non nata* de 1997 que remitía también a la Ley del Gobierno. No obstante, la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha lo introduce en el artículo 4.2. *No podrá ser elegido Presidente de la Junta de Comunidades quien ya hubiese ostentado este cargo durante al menos ocho años, salvo que hayan pasado cuatro años desde la terminación de su mandato.* También mediante ley se introduce la limitación de mandatos en Extremadura, art. 8 de la Ley 1/2014, que regula el Estatuto de los cargos públicos del Gobierno; en Murcia, mediante el art. 7.2 de la Ley 7/2014, de 21 de noviembre, de modificación de la Ley 6/2004, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia y en Castilla y León, mediante la Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. En todas estas últimas leyes también se limita el mandato a dos Legislaturas.

14 Sobre el proceso de reformas de estos EEAA pueden consultarse los Informes de las Comunidades Autónomas de 2007 y 2008. En concreto, la Valoración General del Informe de 2007 hecha por Joaquín Tornos, pp. 130-137. En el Informe de 2008, pp. 20-21.

15 Sobre este tema se pronunció el Tribunal Constitucional en las Sentencias 103/2008, de 11 de septiembre, *sobre el referéndum en el País Vasco* y la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, *sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*

16 Vid. Castellá Andreu, J-M. «Sistema parlamentario y régimen electoral en España: similitudes y diferencias entre la forma de gobierno en el Estado y las Comunidades Autónomas, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 27, 2012, p. 97.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Cuarto. Se modifica el sistema de fuentes en la mayoría de los EEAA para introducir el Decreto Ley y, en algunos casos, el Decreto Legislativo. El Decreto Ley, como en la regulación constitucional, es una fuente que pone en manos del Gobierno la capacidad de aprobar normas con rango y fuerza de ley y que, por la amplitud en la facultad que se otorga al Ejecutivo, es un instrumento normativo que claramente limita la centralidad parlamentaria en el sistema y refuerza al Ejecutivo[17].

Quinto. Resulta curioso el tipo de mención a las cuestiones electorales que se introduce en la mayoría de estos Estatutos. Se reconoce de forma expresa la competencia en materia electoral y se encargan de establecer que se requerirá mayoría cualificada para las reformas electorales: dos tercios en la Comunidad Valenciana, Cataluña[18], Islas Baleares y Canarias; tres quintos para Extremadura y mayoría absoluta en Andalucía, Aragón o Navarra. Mención aparte requeriría que estos estatutos sí se han hecho eco de la paridad entre mujeres y hombres[19].

Es decir, que aunque para esas fechas —2006, 2007— ya se habían manifestado sobradamente los problemas de falta de «personalidad» propia en el funcionamiento de muchos parlamentos y su respectiva formas de gobierno, los Legisladores autonómicos no vieron la necesidad de proponer reformas sustanciales sobre cuestiones electorales, sistema de partidos o funcionamiento del parlamento. Más bien al contrario, con la incorporación de los Decretos Leyes al sistema de fuentes o la atribución de la potestad de disolver el parlamento al presidente del gobierno en aquellas comunidades autónomas en las que no existía ya, se estaba reforzando aún más la *presidencialización* parlamentaria.

III. UN RECORDATORIO SOBRE LA PLURALIDAD ELECTORAL Y LA VARIEDAD DEL SISTEMA DE PARTIDOS EN EL ÁMBITO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. SU REPERCUSIÓN EN LA FORMACIÓN DE LOS GOBIERNOS

Conviene recordar que la diversidad en los sistemas electorales y la variedad en el sistema de partidos en el ámbito de las Comunidades Autónomas no es nada

17 La reciente reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias —5 de noviembre de 2018— recoge el Decreto Ley en el artículo 46.

18 Resulta bien significativo que en caso de Cataluña no se aprovechara la reforma del Estatuto de Autonomía para modificar esta mayoría y abrir un proceso de elaboración de una ley electoral propia. De acuerdo con Disposición Transitoria segunda de la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, sobre «Vigencia de disposiciones transitorias anteriores»: «Las disposiciones transitorias tercera, cuarta y sexta de la LO 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña, mantienen, en lo que corresponda, la vigencia como regulación transitoria».

19 Las reformas estatutarias llevadas a cabo y aprobadas, han sido las de la Comunidad Valenciana (LO 1/2006, de 10 de abril), Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio), Illes Balears (LO 1/2007, de 28 de febrero), Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo), Aragón (LO 5/2007, de 20 de abril), Castilla y León (LO 14/2007, de 30 de noviembre), Navarra, mediante la reforma de la LO de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra conforme a la LO 7/2010, de 27 de octubre; y, Extremadura (LO 1/2011, de 28 de enero)

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nuevo. Ya en los años ochenta Vallès hablaba de las *Españas electorales* para referirse a la orientación del voto y la conformación de partidos en los diversos territorios de nuestro Estado que, según él, generaba cinco modelos diferentes: *uno de carácter dominante en la mayor parte de las Comunidades Autónomas y cuatro de tipo excéntrico respecto del modelo dominante, que coincide con el País Vasco, Cataluña, Galicia y Navarra*[20].

El *modelo dominante* o *común* se caracteriza por el amplio apoyo que reciben los partidos protagonistas de la vida política de ámbito estatal: hasta 2015, PSOE y PP con la presencia muy minoritaria de diputados de IU y representantes de pequeños partidos no estatales de carácter nacionalista o regionalista. En todo caso, lo significativo de este modelo ha sido —y quizás aún lo sigua siendo— que la formación de gobiernos estaba reservada a los principales partidos de ámbito estatal que solían tener en torno al 75% de los votos y el 80% de los escaños y la conformación de un sistema de *bipartidismo imperfecto* en las respectivas Comunidades Autónomas. Es un modelo que, además, se explica bien desde la teoría institucionalista[21] que entiende que el número de partidos y candidatos en un territorio está determinado fundamentalmente por el sistema electoral. Para dicha corriente doctrinal, el número de partidos del Estado o la región depende de los elementos que definen el sistema electoral: extensión de la circunscripción, la fórmula electoral, la barrera electoral o la asignación fija de candidatos por razón del territorio.

El *modelo excéntrico* en España, comprendía, para Vallès, las Comunidades de el País Vasco, Cataluña, Galicia y Navarra —junto a cierta especificidad que también se apreciaba en Canarias—. En la actualidad, algunos autores[22] suman a estas CCAA a Aragón y, por el mismo motivo que Canarias, se podrían incorporar las Islas Baleares. Lo significativo de este sistema es que una parte muy importante del apoyo electoral se dirige a fuerzas de carácter nacionalista/regionalista que logran de forma permanente y reiterada buenos resultados en todos los procesos electorales. La explicación a este comportamiento se da desde las teorías sociológicas que siguen autores como Lipset (1967) cuando apunta la gran importancia que tienen los *cleavages* en la formación de los partidos políticos y los tipos de gobierno. Esta realidad política no tiene tanto que ver con razones electorales o socio económicas cuanto con el manejo de recursos simbólicos relacionados con un conflicto histórico de identidad nacional[23]. Como señalaba el autor citado, el

20 Vallès, J.M. «Entre la regularidad y la indeterminación: Balance sobre el comportamiento electoral en España (1977-1990)», VVAA, *España a debate*. I. La política. Coord. F.J. Bobillo. Ed. J. Vidal-Beneyto, Tecnos, Madrid, 1991, p. 33. También en Linz, J.J. y Montero, J.R. *The Party systems of Spain: old cleavages and new challenges,* CEACS, Madrid, 1999.

21 Duverger, M. *Los Partidos Políticos,* FCE, 14.ª reimp., México, 1994, pp. 377 y ss.

22 Oñante, P. y Delgado, I. «Partidos, grupos parlamentarios y diputados en las asambleas autonómicas», VVAA, *Organización y funcionamiento de los parlamentos autonómicos,* Ed. P. Oñante. Colección Ciencia Política, n.º 22. Tiránt lo Blanch. Valencia 2006. p. 151.

23 Lipset, S. y Rokkan, S. *Party systems and voer alignments: Crossnational perspectives*, Free Press. Nueva York 1967.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

conflicto histórico entre el nacionalismo español y el nacionalismo periférico (…) posibilita la aparición de fuerzas políticas que, partiendo de un ámbito territorial subestatal, se hacen presentes en todo tipo de arena electoral[24]. Es un modelo donde el sentido de pertenencia a un territorio y la voluntad de diferencia respecto de los otros es una condición necesaria, pero como ha señalado Lago Peña es necesario que esos sentimientos se organicen y lideren por partidos de carácter territorial, nacionalistas o regionalistas para que se consoliden y permanezcan en el tiempo[25]. Lo que sí diferencia al *modelo excéntrico* del *común* es una mayor fragmentación del voto y una mayor polarización. Precisamente por ello, han sido —y siguen siendo— más frecuentes en estos territorios los gobiernos de coalición o minoría.

Por lo tanto, aunque como veremos en el próximo epígrafe los resultados electorales en los procesos electorales autonómicos y locales de 2015 y 2016 han generado cambios en el sistema de partidos y la formación de gobiernos, ya casi desde el inicio del Estado de las Autonomías existen distintos modelos de partidos que han dado lugar a diferentes mayorías parlamentarias y una pluralidad de modelos de gobierno: de mayoría absoluta monocolor de partido de ámbito estatal (v.gr. Andalucía, Valencia, Madrid, las dos Castillas, Extremadura), de mayorías en coalición con partido estatal o nacionalista/regionalista (v.gr. Aragón, Asturias, Cantabria, Galicia, Cataluña) minoritarios nacionalistas/regionalistas o estatal (v.gr. País Vasco, Navarra).

Lo característico de esta diversidad de sistemas de partidos, mayorías parlamentarias y distinta conformación de gobiernos, más allá de que se hayan producido con modelos de *bipartidismo* o de *tetrapartido,* es que la estabilidad siempre ha sido muy notable en todos los escenarios, y el control partidario de los diputados individuales en el ámbito parlamentario muy significativo. Es decir, como regla general, no han sido los gobiernos de coalición o minoría los que de forma más común han hecho naufragar gobiernos, sino más bien tensiones y rivalidades internas que, en algunos casos, llegaron hasta la escisión de partidos, y episodios de transfuguismo o configuración de nuevas formaciones políticas de corte regionalista y/o populista. ¡Paradojas de la vida! una vez que éstos se consolidan institucionalmente suelen seguir los mismos criterios de organización y funcionamiento en cuanto a la búsqueda de la cohesión y unidad interna que los partidos tradicionales. Ejemplo bien significativo de lo que estamos diciendo es el caso de Cantabria. En dicha Comunidad Autónoma hasta 1995 (tres legislaturas, nada más y nada menos) no se produce una consolidación de sus instituciones por las continuas crisis de gobernabilidad fruto de fracturas política internas (abandono de diputados del Grupo Popular, dimisión de Consejeros por el comportamiento del Presidente o imposición por

24 Vallés, J.M. «Entre la regularidad y la indeterminación: Balance sobre el comportamiento electoral en España (1977-1990)», op. cit. p. 34.

25 Lago Peña, I. «Cleavages y umbrales: las consecuencias políticas de los sistemas electorales autonómicos, 1980-2000», *RECP,* n.º 7. 2002. p. 135.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

parte de la dirección nacional del PP de un pacto con Hormaechea (UPC) contra el criterio del partido en Cantabria). Finalmente, desde el primer gobierno de Martínez Sieso (95-99) se produce una cierta estabilidad pero siempre formando gobiernos de coalición, en unos casos del PRD con el PP, en otros, del PRD con el PSOE. Esta última Legislatura, aunque goza de estabilidad institucional, no han faltado también sobresaltos en la vida política partidaria que podrían haberla afectado. Crisis del PP, que en el Congreso Regional —marzo 2017— al celebrarse elecciones internas para elegir el nuevo Presidente del Partido y debido al reñido resultado de esta elección rompió el partido en dos mitades; crisis del PSOE, que al elegir Secretario General salió perdedora la candidatura «oficialista» representada por la anterior Secretaria General y Vicepresidenta del Gobierno lo que podría haber tenido consecuencias importantes en el pacto de gobierno con el PRC.

IV. SISTEMA DE PARTIDOS Y GOBIERNOS RESULTANTES DE LOS PROCESOS ELECTORALES AUTONÓMICOS DE 2015 Y 2016

Como decíamos, las elecciones autonómicas y locales de 2015-2016 han supuesto la oportunidad para que las nuevas fuerzas emergentes en el ámbito estatal —Podemos y Ciudadanos— adquieran presencia en sus respectivos parlamentos. Aunque los partidos tradicionales han mantenido un nivel de apoyo importante (el poder PP-PSOE está en torno al 55% frente al 65% de la legislatura anterior)[26], lo más significativo ha sido la presencia en los parlamentos autonómicos de esas nuevas fuerzas y cómo su presencia ha condicionado la conformación de mayorías. Para empezar, los gobiernos de mayoría absoluta casi han desaparecido del mapa parlamentario autonómico —solo quedan los de Galicia y Ceuta, del PP—. Además, dicha fuerza política ha conseguido formar gobierno en otras cuatro Comunidades mediante acuerdos parlamentarios —Castilla y León, Murcia, Madrid y la Rioja— y en la Ciudad Autónoma de Melilla. Por su parte, el PSOE ha formado gobierno, también con acuerdos parlamentarios, en siete CCAA —Andalucía, Extremadura, Castilla-La Mancha, Baleares, Valencia, Aragón y Asturias—. En cinco comunidades más hay gobierno de partidos de ámbito nacional y/o regional —Canarias, hasta finales de 2016 en coalición con el PSOE; Cantabria, gobierno de coalición PRC y PSOE; País Vasco, acuerdo de gobierno entre el PNV y el PSE-PSOE; Navarra, acuerdo de gobierno de Geroa-Bai, EH-Bildu, Podemos e IE y Cataluña, hasta las elecciones de diciembre de 2017, acuerdo para la estabilidad parlamentaria de CiU y ERC—. Es, por tanto, un escenario claramente de *pluripartidismo* que lleva a gobiernos de

26 En las elecciones de 2 de diciembre de 2018, en las que las dos fuerzas tradicionales han sufrido un fuerte retroceso siguen manteniendo el 59 % de los votos.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

coalición o minoritarios y que, para algunos, aparece como una oportunidad para fortalecer el parlamentarismo autonómico fuertemente determinado por el protagonismo gubernamental[27].

Lo más llamativo de esta nueva etapa es que la dinámica de gobiernos de coalición y gobiernos minoritarios con acuerdos de investidura, que como hemos visto ya era una práctica en las CCAA *excéntricas*, se intensifica y extiende a las del *modelo común*[28]. De esta nueva situación política lo primero que llama la atención son los acuerdos de investidura o gobernabilidad. Sin ánimo de ser exhaustivo podemos apuntar algunos de ellos y los temas de carácter institucional —que es lo que aquí interesa— que recogen: el pacto en Andalucía entre el PSOE-A y Ciudadanos se organiza en tres acuerdos de los cuales el tercero tiene como objeto la *regeneración democrática, la transparencia y la participación ciudadana* y recoge 35 medidas para lograr la primera en los partidos políticos, la reforma electoral para mejorar la proporcionalidad, la apertura de las listas electorales y la reducción de los gastos de campañas electorales[29]. También se habla de la regeneración democrática de la Administración y la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. En Madrid es el PP quién suscribe con Ciudadanos un acuerdo de 76 medidas de las que al menos 24 son sobre temas institucionales que intentan atajar la corrupción, mejorar la participación ciudadana y generar una mayor centralidad parlamentaria[30]. En un sentido similar ha pactado también el PP con Ciudadanos en La Rioja y Murcia[31]. En una línea parecida, pero con el cambio de los actores, en Castilla-La Mancha se produce un pacto entre el PSOE y Podemos que, en torno a 13 grandes epígrafes, recoge al menos 20 puntos dedicados a reformas democráticas como la neutralidad de la radio-televisión, la recuperación del salario de los diputados autonómicos, la reforma del Estatuto de Autonomía o la aprobación de una ley de participación ciudadana y la creación del escaño del ciudadano[32]. En un sentido similar los acuerdos del PSOE con Podemos en Aragón, Extremadura y

27 Este nuevo escenario ha sido tratado por Azpitarte Sánchez, M., «El agotamiento del bipartidismo. Crónica política y legislativa del año 2015», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 106, 2016; o Sánchez Muñoz, O., «El fin (momentáneo) del bipartidismo en España: análisis de los resultados electorales…, Opus cit. Bilbao Ubillo, J.M. «Un nuevo ciclo político sin mayorías…», opus cit. Desde la Ciencia Política, vid. López Nieto, L. «Balance y rendimiento de las elecciones autonómicas». En la obra *España constitucional (1978-2018) Trayectorias y perspectivas*, Dir. B. Pendás. Tomo IV, CEPC Madrid, 2018, pp. 3175-3189.

28 Un estudio histórico sobre las distintas formas de conformarse los gobiernos en las Comunidades Autónomas puede verse en el trabajo de Reniu Vilamana, J.M. «La experiencia de los gobierno de coalición en las Comunidades Autónomas. Un balance», *Sistema,* 244/2016. pp. 45-60.

29 http://www.eldiario.es/andalucia/medidas-acuerdo-PSOE-andaluz-Ciudadanos-documentos_0_396861271.html.

30 http://madrid.ciudadanos-cs.org/wp-content/uploads/sites/5/2015/06/AcuerdodeInvestiduraCs.pdf.

31 http://www.ub.edu/OGC/Rioja_2015_investidura_pp_ciudadanos.pdf. http://www.laopiniondemurcia.es/estaticos/pdf/acuerdo-cs-pp-investidura.pdf.

32 Como es conocido, este acuerdo de gobernabilidad entre el PSOE-CLM y Podemos se ha convertido en acuerdo de Gobierno de coalición. https://castillalamancha.podemos.info/wp-content/uploads/sites/6/2015/06/Anexos3.pdf.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Compromís-Podemos en Valencia[33] y PSOE-FSA con Ciudadanos[34]. Por supuesto, no se deben olvidar los acuerdos, coaliciones y pactos hechos en las Comunidades que tiene una tradición en la conformación de este tipo de gobiernos: País Vasco[35], Cataluña[36], Baleares[37], Navarra[38], Canarias[39] e, incluso, podríamos añadir, Cantabria[40]. De estas últimas, sin duda merecería un capítulo aparte el caso catalán. En particular los acontecimientos acaecidos en 2017. Pero puesto que transcienden los objetivos de este trabajo me remito al exhaustivo estudio que hace Torno Mas en el *Informe de las Comunidades Autónomas de 2017*.

V. LOS CAMBIOS EN EL FUNCIONAMIENTO DEL PARLAMENTARISMO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS COMO CONSECUENCIA DE LA MAYOR FRAGMENTACIÓN ELECTORAL

En las postrimerías de esta Legislatura 2015-2019 que en la mayoría de las CCAA, como hemos visto, se inicia con la conformación de un gran número de Gobiernos en minoría y/o coalición y la firma de diversos acuerdos de legislatura, ya estamos en condiciones de hacer una valoración de cómo han evolucionado y qué grado de cumplimiento de los acuerdos se ha producido.

Como veíamos en el epígrafe anterior, los asuntos institucionales centrales en los pactos de este periodo legislativo se organizaban en torno a tres grandes materias: *regeneración democrática, transparencia y participación ciudadana*. En particular, respecto de la *regeneración democrática*, se ponía mucho énfasis en las reformas electorales, la lucha contra la corrupción, la supresión de aforamientos[41], la regulación de las primarias[42] por ley y la limitación de mandatos. Para mejorar la

33 https://aragon.podemos.info/decalogo-de-acuerdo-de-investidura/. http://www.hisenda.gva.es/documents/164158153/164158332/AcordBotanicCas2017.pdf/a93a34e1-4d19-4265-a6cc-b9ab95b332fa.

34 https://www.ciudadanos-cs.org/var/public/sections/page-home/acuerdo-gobierno-reformista-y-de-progreso-2016.pdf?__v=204_0.

35 Acuerdo de Gobierno entre el PNV y el PSE. http://www.orain.eus/wp-content/uploads/2016/11/acuerdo-pnv-pse-gobierno-vasco.pdf.

36 Acuerdo para la Transición Nacional y Garantizar la Estabilidad del Govern de Catalunya. http://file01.lavanguardia.com/2012/12/19/54358119611-url.pdf.

37 https://drive.google.com/file/d/0B-yeONKsTeAhS0VaRVpVbWZvYTA/view.

38 http://www.ub.edu/OGC/Navarra_2015_acuerdo.pdf.

39 Como es conocido, el 23 de diciembre de 2016 el Presidente del Gobierno de Canarias, con el cese de los cuatro Consejeros del PSC-PSOE, daba por roto el Gobierno de coalición que se había constituido un año antes.

40 http://www.psc-psoe.es/ext/fi/21/04-pacto-legislatura-2015-2019.pdf.

41 El 30 de noviembre de 2018 el Consejo de Ministro aprobó el Anteproyecto de Reforma Constitucional para restringir los aforamientos. La iniciativa afecta a los artículos 71.3 y 102.1 de la CE relativos a los aforamientos de los Diputados y Senadores y miembros del Gobierno. Además, dicha restricción no es de aplicación cuando la actividad delictiva sea cometida en el ejercicio de sus funciones.

42 Dueñas Castrillo, A.I., «Investidura de los Presidentes autonómicos y primarias en los partidos políticos: fortalecimiento del presidencialismo parlamentario autonómico», *REJ*, n.º 17, 2017. ALGUACIL

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

participación ciudadana se prestaba especial atención a la necesidad de reformas en los reglamentos parlamentarios.

Lo primero que salta a la vista es que la reforma electoral en la inmensa mayoría de las CCAA ha quedado en «agua de borrajas» pese a que para los nuevos partidos —Podemos y Ciudadanos— era una cuestión central[43]. Recordemos que pasados los comicios de mayo de 2015 se veían como muy probables reformas en esta materia en La Rioja, Asturias, Andalucía, Comunidad Valenciana, Canarias, Madrid, Cataluña, Castilla-La Mancha, Castilla y León[44] o Murcia. Pues bien, de todas estas «candidatas» ha habido dos reformas que podríamos denominar de sistema: la Ley 14/2015, de 28 de julio, electoral de la Región de Murcia, al cambiar la circunscripción, la barrera electoral o el régimen de incompatibilidades[45] y el nuevo Estatuto de Canarias —LO 5/2018, de 5 de noviembre— que sientas las bases para una reforma electoral de fondo en esa Comunidad. Como es sabido, la peculiaridad del régimen electoral canario —desde las previsiones del Estatuto del 81, pasando por las reformas del 96— hacían de éste un modelo extraño hasta el punto de ser considerado por la doctrina poco ajustado a los principio constitucionales[46] —pese a que el Tribunal Constitucional lo declarara conforme a la Ley Fundamental—[47]. Baste recordar que la distribución de los 60 escaños del Parlamento se distribuían a razón de 30 para las «islas menores» —3 para el Hierro, 4 para la Gomera, 7 para Fuerteventura y 8 para la Palma y Lanzarote— y 30 para las «islas mayores» —15 para La Palma de Gran Canaria y 15 para Tenerife— pese a que las primeras no contaban con más del 17% de la

González-Aurioles, J.A. «A Propósito de la selección de los candidatos electorales de los partidos políticos a través de elecciones primarias. ¿Son el mejor instrumento para acercar los partidos a la ciudadanía? En la obra *Participación política: deliberación y representación en las Comunidades Autónomas.* Coords. M. Pérez-Moneo y J. Vintró Castells, Congreso de los Diputados, Madrid, 2017, pp. 329-348

43 Por todos, vid. el trabajo muy detallado que la profesora García Mahamut hace sobre las expectativas que se abrieron en 2015 para las reformas electorales en las CCAA, «Las reformas de los sistemas electorales autonómicos tras la elecciones de 24 de mayo de 2015: vectores políticos y jurídicos», *TRC*, n.º 41, 2018, pp. 185-212. También, Sánchez Muñoz, O. «El fin (de momento) del bipartidismo en España: análisis…», op. cit. pp. 256-257.

44 El 19/02/2016 se presentó por el GP de Ciudadanos la Proposición del Ley 5/9 para la reforma de la Ley 3/1987, de 30 de marzo, Electoral de Castilla y León, *BOCCYL*, n.º 85, de 19/02/2016, p. 11121. A fecha de cierre de este trabajo se han debatido las distintas enmiendas al articulado y la enmienda a la totalidad de Podemos (BOCCYL n.º 403, de 19/04/2018. p. 53294).

45 En dicha reforma se ha establecido la circunscripción única (art. 13); se ha ampliado el régimen de incompatibilidades (art. 5); barrera electoral al 3% (art. 15) y techo de gasto para las campañas (art. 19). Sobre esta reforma vid. Sierra Rodríguez, J. «La reforma del sistema electoral de la Región de Murcia». Ponencia presentada al XIII Congreso de Ciencia Política y de la Administración. Santiago de Compostela. Septiembre de 2017. http://www.aecpa.es/uploads/files/modules/congress/13/papers/1809.pdf.

46 Muy críticos con este tipo de barreras electorales se mostró un importantes sectores de la doctrinal. Por todos, *vid.* López Aguilar, J. F., «Los problemas de constitucionalidad del sistema electoral autonómico canario (la «insoportable permanencia» de una disposición transitoria)», *REDC,* n.º 51, pp. 95-139. Trujillo, G., «El Estado y las Comunidades Autónomas ante la exigencia constitucional del voto igual», *REDC,* 1981, pp. 9-55. Bravo De Laguna, J. M., «Informe sobre el sistema electoral canario». En *Estudios sobre la reforma del Estatuto de Autonomía,* Universidad de la Laguna, 1993.

47 Vid. SSTC 45/1992, de 2 de abril y 225/1998, de 25 de noviembre.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

población. Además, se establecía una doble «barrera electoral»: en un primer momento de un 20 por ciento en la circunscripción y un 3 por ciento autonómico y desde 1996 de un 30 y 6 por ciento respectivos. Pues bien, de acuerdo con el nuevo marco estatutario —que ha de ser desarrollado por una nueva ley electoral aprobada por mayoría de dos tercios en un plazo no superior a tres años desde la fecha de la publicación del nuevo Estatuto, 5 de noviembre de 2018—, el número de diputados no será inferior a cincuenta ni superior a setenta y cinco; las circunscripciones podrán ser de ámbito autonómico, insular o de ambos tipos. El sistema electoral ha de ser proporcional, pudiéndose establecer barreras electorales. Finalmente, se garantiza que a ninguna circunscripción insular se le podrá asignar un número de diputados y diputadas inferior a otra que tenga menos población de derecho (art. 39 EACan). Hasta la entrada en vigor de la nueva ley electoral *se fija en setenta el número de diputados y diputadas del Parlamento de Canarias. Sesenta y un escaños se distribuirán entre las circunscripciones insulares de la siguiente forma: 3 por El Hierro, 8 por Fuerteventura, 15 por Gran Canaria, 4 por La Gomera, 8 por Lanzarote, 8 por La Palma y 15 por Tenerife. Los nueve escaños restantes se asignarán a la circunscripción autonómica de Canarias (*Disposición transitoria primera. 1). En cuanto a las barreras electorales se dice que *a efectos de la elección en las circunscripciones insulares, solo serán tenidas en cuenta aquellas listas de partido o coalición que hubieran obtenido, al menos, el 15 por ciento de los votos válidos de su respectiva circunscripción insular, o, sumando los de todas las circunscripciones insulares hubieran obtenido, al menos, el 4 por ciento de los votos válidos emitidos en la totalidad de la Comunidad Autónoma (*Disposición transitoria primera. 2). Como decíamos, un cambio electoral importante que, sin embargo, requiere ser completado con la nueva ley electoral canaria.

Dos ejemplos significativos de las dificultades que conlleva hacer reformas electorales son los casos de Castilla y León y Asturias.

En Castilla y León durante esta legislatura se ha hecho una reforma electoral y hay otra en trámites aunque ninguna de ellas afecta a cuestiones de sistema. Ley 3/2016, de 30 de noviembre, *del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León*, introduce una Disposición final primera en la que se reforman diversos artículo de la Ley electoral para ampliar supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad y la obligatoriedad de celebrar debates entre los representantes de las candidaturas que contaran con grupo parlamentario propio. La *Proposición de Ley para la reforma de la Ley 3/1987, de 30 de marzo, Electoral de Castilla y León, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos,* es un poco más ambiciosa y además de ampliar el régimen de incompatibilidades propone reducir las campañas electorales a diez días, establece un sistema de sustitución de los procuradores o la necesidad de que quien vaya a ser candidato a presidente de la Junta de Castilla y León se someta a primaras[48], entre otros asuntos de procedimiento electoral.

48 La exigencia de celebración de primarias en una ley electoral de una comunidad autónoma plantea duda sobre su constitucionalidad. Sobre este asunto vid. el trabajo de Dueñas Castrillo, A.I. «Las

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El segundo ejemplo es el caso asturiano. En dicha Comunidad Autónoma ya en la VIII Legislatura fracasó un primer intento de reforma electoral y en la presente, nuevamente, ha vuelto a fracasar el segundo. Aunque la Ponencia que estudiaba la reforma más que cerrar sus trabajos sin acuerdo dijo que lo que hacía era suspender su actividad hasta que la Subcomisión creada en el Congreso de los Diputados decidiera sobre la reforma de la LOREG, en la práctica, debido a los muchos cambios que se fueron introduciendo sobre el texto inicial a lo largo de los debates de la ponencia, se generó una situación que impedía que las distintas fuerzas políticas llegaran a acuerdos.

Lo segundo que debemos apuntar es la supresión de los aforamientos. Puesto que es una cuestión que reclama, en la mayoría de los casos, reforma estatutaria allí donde se han puesto manos a la obra tenemos la impresión de que la pretensión de cambio se ha desarrollado con poca determinación: en ese sentido, se presentó la Proposición de reforma de la LO 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria, para la eliminación del aforamiento de los Diputados y Diputadas del Parlamento y del Presidente y Consejeros del Gobierno (artículo 11.1 y 20 RPCant). Iniciativa que fue presentada a finales de diciembre de 2017 y, a fecha de escribir estas líneas, aun está en fase de presentación de enmiendas en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados. También se presentó la Proposición de reforma de la Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia (artículos 25 y 33), con fecha 19 de mayo de 2017 y, aunque se ha superado la fase de enmiendas, desde el 07/02/18 está pendiente de que se vea el Informe de la Ponencia en la Comisión. Donde sí se ha producido la supresión de los aforamientos de parlamentarios y miembros del Gobierno ha sido en Canarias con la regulación del nuevo Estatuto de esta Región al modificar sus antiguos artículos 10 y 19.

Lo tercero que llama la atención son las escasas o poco significativas reformas de los reglamentos parlamentarios, salvo dos excepciones. Sin duda dichas normas son fundamentales para poder mejorar muchos de los asuntos que se han reclamado en los acuerdos de gobierno (participación ciudadana, control del gobierno, inspección de la Administración autonómica, etc.). Es cierto que se han hecho reformas puntuales en los Reglamentos del Parlamento Valenciano, Castilla y León, Andalucía[49], Galicia y Extremadura[50], pero reformas en profundidad

propuestas en materia de participación en las Cortes de Castilla y León en la Legislatura 2015-2019», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 16, 2018. p. 64.

49 El poco interés en la reforma de los reglamentos parlamentarios ha llevado, es tan solo un ejemplo, a que en el caso de Andalucía aunque en el 2007 se hizo una reforma del proceso de investidura del Presidente de la Junta para establecer que en caso de que no se obtenga la mayoría requerida en el plazo de dos meses se ha de disolver el parlamento y convocar elecciones (art. 118.3). Sin embargo, el art. 138.7 del Reglamento del Parlamento andaluz, once años después, sigue diciendo que en caso de transcurrir esos dos meses será investido el candidato que obtenga más votos.

50 Algunas de estas reformas puntuales se han hecho para «adaptar» la composición de las Mesas de la Cámara a la nueva realidad política dimanante de las urnas. Es el caso de la reforma de 3 de febrero de 2017

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tan solo en los de las Cortes de Aragón y el Parlamento catalán. Sobre esta materia nos ocuparemos con más detalle en el siguiente epígrafe.

La cuarta cuestión de interés es que ha sido mucho más fácil aprobar leyes relacionadas con la transparencia, el buen gobierno y participación ciudadana. En este sentido han legislado Andalucía, Asturias, Cantabria, Valencia, Castilla y León, Murcia, Castilla-La Mancha y Aragón[51]. También han sido frecuentes las normas para atajar la corrupción y el fraude (Andalucía, Madrid, Murcia o Aragón[52]). En esta época se han debatido así mismo, iniciativas para modificar el régimen de incompatibilidades (v.gr. reforma del Reglamento del Parlamento de la Rioja o reforma rechazada de la legislación electoral de Madrid para establecer la incompatibilidad entre la condición de Diputado regional y Alcalde o Concejal). Da la impresión de que para los partidos gobernantes en las correspondientes Comunidades Autónomas la aprobación de este tipo de medidas tenían un «menor coste» y suponían compromisos más fáciles de asumir (v.gr. Leyes de Cuentas abiertas, creación de Agencias para la prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción, etc.)

En quinto lugar, y desde el punto de vista legislativo, merece la pena apuntar cómo en aquellos Parlamentos donde el Gobierno no tiene un grupo parlamentario mayoritario y depende de un acuerdo de investidura con otros partidos políticos, las proposiciones de ley superan con creces a los proyectos de ley: es el caso de Andalucía en donde a lo largo de la Legislatura los proyectos de ley presentados han sido 29 frente a 54 proposiciones de ley; o Asturias en donde se han tramitado 4 proyectos de ley frente a 12 proposiciones de ley tramitadas y 14 pendientes de toma en consideración (a 9 de noviembre 2018). Sin embargo, allí donde hay gobierno de coalición, el número de proyectos de ley se equipara a las proposiciones: es el caso de Aragón en donde se han aprobado 18 proyectos de ley y 18 proposiciones de ley (a 13 de noviembre de 2018). Esta situación ha llevado a que, en algunos parlamentos, se hayan aprobado proposiciones de ley en contra del gobierno (v.gr. Madrid) y en no pocas ocasiones el Gobierno ha tenido que oponerse a su tramitación por entender que era una iniciativa que suponía disminución de ingresos presupuestarios o aumento de gasto (v.gr. Andalucía o

del Reglamento de Andalucía, la de febrero de 2016 de reforma del Reglamento de Castilla y León o de 30 de julio de 2015 de reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura. Sobre esta materia vid. el trabajo de Bilbao Ubillos, J.M. «Un nuevo ciclo político sin mayorías absolutas: los Parlamentos Autonómicos recobran protagonismo tras las elecciones de 2015», *RJCL,* n.º 42, 2017. p. 20.

51 Entre otras, vid. las Leyes 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía; 19/2013 de transparencia del Principado de Asturias; 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana; 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León; 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha y 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón.

52 Leyes 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana y 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, de Aragón.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Extremadura). También se han presentado dificultades para aprobar los Presupuestos. Al finalizar 2015 aún no se habían aprobado en siete Comunidades que, finalmente, pudieron aprobarse en 2016. Dos casos significativos son el de Extremadura, que todos los ejercicios ha tenido que prorrogar los presupuestos (al menos hasta los de 2019 que, a fecha de hoy, están en tramitación en plazo) y Castilla-La Mancha en donde el PSOE gobernaba en minoría con el apoyo de Podemos y no pudo aprobar los presupuestos de 2017 hasta el verano de ese año. Finalmente, como es conocido, un acuerdo de ambas fuerzas políticas no solo aprobó los Presupuestos sino que se formó un Gobierno de coalición. Por supuesto, se ha hecho un notable uso del decreto-ley y lo que sí se ha observado es que, en aquellas Comunidades Autónomas donde el gobierno no cuenta con una mayoría clara en el parlamento, para convalidarlo se han dado casos de derogación por rechazo parlamentario. El último «desacuerdo» ha sido las negociaciones entre el Gobierno Vasco (PNV-PSE) y EH BILDU para la aprobación de los Presupuestos de 2019 que ha dado lugar a la prórroga de los Presupuestos de 2018.

En sexto lugar, en relación con el control parlamentario lo más destacado es el aumento exponencial del uso de los instrumentos de control sin sanción (preguntas, proposiciones no de ley, interpelaciones, comisiones de investigación, etc.)[53] y un nulo o testimonial uso de instrumentos de control con sanción (moción de censura o cuestión de confianza).

Dentro del grupo de instrumentos de control sin sanción, destaca el uso de las comisiones de investigación que han sido frecuentes para indagar sobre corrupción en comunidades autónomas como Madrid; una sobre corrupción política, otra sobre endeudamiento de la Comunidad y, últimamente, otra sobre los acontecimientos del Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid; Andalucía, sobre las subvenciones a la Formación Profesional para el Empleo. Castilla-la Mancha, sobre el vertedero de neumáticos de Seseña; Valencia, una sobre el Accidente de la Línea 1 del Metro de Valencia, otra sobre la actividad de la empresa pública CIEGSA encargada de la construcción de centros escolares; Murcia, en donde se constituyen hasta cinco comisiones de investigación sobre diversos asuntos relacionados con la corrupción y mala gestión de fondos públicos; Castilla y León, donde se han creado dos comisiones de investigación sobre adjudicación e implantación de parques eólicos y sobre la construcción del Hospital Universitario de Burgos. Lo que llama la atención de muchas de estas comisiones de investigación es que se constituyen en la presente

53 También a título de ejemplo se puede ver el caso de Andalucía donde en lo que llevamos de legislatura se han propuesto la constitución de 16 comisiones de investigación. Se han presentado 5179 preguntas orales en comisión, 2080 preguntas orales en pleno, 4424 comparecencias en comisión, 2455 comparecencias en pleno, 1213 proposiciones no de ley en comisión y 340 proposiciones no de ley en pleno. El caso de Asturias donde se han constituido seis comisiones de investigación, una de estudios y dos comisiones especiales y se han tramitado, 500 proposiciones no de ley en comisión, 823 proposiciones no de ley en pleno, 1609 preguntas respondidas en pleno, 1482 preguntas respondidas en comisión (a 13 de diciembre de 2018).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

legislatura para fiscalizar decisiones políticas de gobiernos anteriores con lo que, puesto que son impulsadas por la mayoría parlamentaria, si con su finalización se concluyen responsabilidades políticas queda en la censura de un gobierno inexistente en ese momento[54].

Dentro del grupo de instrumentos de control con sanción debemos señalar que ha habido un uso escaso y casi podríamos decir «estratégico» de la moción de censura. Cuando escribimos estas líneas hace casi cinco meses de la celebración de la primera moción de censura que ha prosperado en el Congreso de los Diputados en cuarenta años[55]. Sin embargo, ese hecho en nada nos hace cambiar la opinión de que un modelo de *moción de censura constructiva* ofrece pocas oportunidades para que una de ellas pueda prosperar, incluso, con parlamentos muy plurales y gobiernos minoritarios[56]. El mejor ejemplo es lo que ha sucedido en este tiempo en las tres mociones que se han presentado: una en el Parlamento de Murcia y dos en la Asamblea de Madrid. La moción de censura presentada a Pedro Antonio Sánchez por el Grupo Parlamentario Socialista en la Asamblea de Murcia se produce cuando el Presidente de la Comunidad había perdido el apoyo de Ciudadanos e, incluso, de su partido que empezaba a dar muestras de que lo mejor para el partido era que dimitiera. Así fue, y ello hizo que la moción de censura socialista ni tan siquiera se debatiera y Ciudadanos reafirmara su apoyo al nuevo candidato del PP —López Miras—. Las mociones de censura presentadas en la Asamblea de la Comunidad de Madrid también forman parte más de una «estratégia» de control *en el Parlamento* que de oportunidad real de «derribar» el Gobierno. La presentada por Podemos en 2017 tenía nulas posibilidades de prosperar puesto que dicho grupo parlamentarios era la tercera fuerza política de la Cámara y ni la segunda fuerza —Grupo Socialista— la apoyaba, por supuesto, tampoco Ciudadanos. Por eso, dicha moción no se entiende sin tener en cuenta que el Grupo Unidos Podemos en esos mismos días presentaba otra moción de censura en el Congreso de los Diputados y lo que pretendía era amplificar su estrategia de desgaste al Partido Popular por sus casos de corrupción. En el caso de la moción de censura presentada por el Grupo Socialista en la Asamblea en 2018 contra la presidenta Cifuentes también estaba claro que tenía pocas posibilidades de prosperar ya que Ciudadanos había dicho que no la apoyaría. Como es sabido, tampoco llegó a

54 Sobre la utilización de los instrumentos de control en esta «nueva» realidad parlamentaria vid. el trabajo de Bilbao Ubillos, J.M. «Un nuevo ciclo político sin mayorías absolutas: los Parlamentos Autonómicos recobran protagonismo tras las elecciones de 2015», op. cit., pp. 29-33.

55 Como es sabido, la Moción de Censura presentada por el Grupo Socialista a M. Rajoy en 2018 es la cuarta que se ha debatido en el Congreso de los Diputados. En 1980 también el Grupo Socialista la presentó a A. Suarez; en 1987 el Grupo de Alianza Popular a F. González y en 2017 el Grupo de Unidos Podemos a M. Rajoy. En los parlamentos de las CCAA se han presentado 28 mociones de censuras y tan solo 9 han prosperado.

56 Sobre las limitaciones en cuanto a prosperar que ofrece la moción de censura constructiva se ha ocupado abundantemente la doctrina. Por todos, vid. Solé Tura, J., Aparicio Pérez, M.A., *Las Cortes Generales*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 203-207. Soriano Hernández, E., «El uso de la moción de censura en las Comunidades Autónomas», *Asamblea,* n.º 15, 2006, pp. 42-44.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

debatirse ya que la Presidenta Cifuentes dimitió y el Partido Popular presentó otro candidato —Angel Garrido— que consiguió la investidura con el apoyo de los grupos parlamentarios del PP y Ciudadanos[57].

VI. LAS REFORMAS DE LOS REGLAMENTOS PARLAMENTARIOS TENDENTES A FORTALECER LOS PARLAMENTOS Y MEJORAR LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Estamos convencidos de que para conseguir muchos de los objetivos que se han marcado los pactos electorales de la Legislatura 2015-2019 en las comunidades autónomas —regeneración democrática, transparencia y participación ciudadana—, además de reformas electorales, son fundamentales cambios en los reglamentos parlamentarios[58]. Sin embargo, como ya hemos señalado, esta es una cuestión que siempre queda relegada para un «mejor momento». En este sentido, durante estos años —2015, 2018— tan solo se han producido dos reformas en profundidad: la de las Cortes de Aragón y la del Parlamento de Cataluña.

La experiencia más destacada en esta etapa ha sido la reforma del Reglamento de las Cortes de Aragón. Estamos ante una reforma que hace una apuesta decidida por la modernización de la institución representativa, al menos en el ámbito de la participación ciudadana. En este sentido, ya en el Título Preliminar el artículo 7 reconoce el derecho de participación de los ciudadanos: *1. Las Cortes de Aragón promoverán la participación de los aragoneses en la función legislativa y en el resto de los procedimientos parlamentarios, de acuerdo con lo establecido en este Reglamento. 2. Las Cortes garantizarán el ejercicio del derecho de petición de los ciudadanos, así como la iniciativa legislativa de los aragoneses, de acuerdo con lo establecido en las leyes y en el presente Reglamento. 3. Asimismo, el Parlamento facilitará e impulsará el conocimiento de la Institución entre los ciudadanos*.

Desarrollo de esta previsión es el Título XVIII —*Del PARLAMENTO ABIERTO*— que comienza reconociendo el derecho de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma a relacionarse con el Parlamento. Este derecho comprende cuantas acciones reconozca el Reglamento y sus normas de desarrollo a los ciudadanos en relación con la utilización de instrumentos de participación en los procedimientos parlamentarios y de acceso a la información en relación con la organización y funcionamiento de la Cámara. A partir de ahí, entra a definir los

57 Aunque es un tema que transciende los objetivos de este trabajo, sería digno de estudiar porqué motivo cuando se presenta una moción de censura y el «censurado» dimite tiene que producirse el «decaimiento» de la moción. En el caso de la regulación del art. 113 de la CE no se desprende dicha consecuencia y, al menos, sería discutible si los proponentes no tienen derecho una vez que han presentado una moción a que se debata.

58 Sobre la necesidad de modernizar los reglamentos parlamentarios me he pronunciado sobre los problemas del Reglamento del Congreso de los Diputados qué, en gran medida, son extensibles a los de las Comunidades Autónomas. Vid. Aranda Álvarez, E. «El Reglamento del Congreso de los Diputados. Propuestas para su reforma», *REP,* n.º 175. pp. 17-65.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

principios del parlamento abierto (art. 301): a. *Principio de transparencia: la política de transparencia de las Cortes de Aragón alcanzará la organización y funcionamiento de la Institución, sus actividades y el ejercicio de sus funciones administrativas, con la finalidad de facilitar a los ciudadanos una información completa de su actividad y promover su participación.* b. *Principio de participación: las Cortes de Aragón promoverán el uso por los ciudadanos de los instrumentos de participación en los procedimientos parlamentarios, así como el ejercicio adecuado de su derecho de petición y de acceso a la información.*

También merecen especial interés los instrumentos que se ponen en marcha para la participación ciudadana que, como hemos visto, se presenta como un derecho. Para ello, la página web de la cámara dispone de un espacio específico sobre participación ciudadana destinado a que cualquiera pueda establecer contactos con los grupos parlamentarios y con los Diputados, plantear iniciativas y efectuar sugerencias y aportaciones de acuerdo con lo dispuesto en este Reglamento, así como conocer la tramitación y resultado de las mismas (art. 305). En concreto, en los procedimientos parlamentarios se apuntan (art. 306):

— Iniciativa legislativa popular, de acuerdo con lo dispuesto en su normativa reguladora;
— Participación en el procedimiento legislativo mediante audiencias ciudadanas y propuestas de enmiendas de iniciativa ciudadana;
— Solicitud de comparecencia ante la Comisión de Comparecencias Ciudadanas y Derechos Humanos;
— Presentación de propuestas de preguntas de iniciativa ciudadana;
— Presentación de propuestas de proposiciones no de ley de iniciativa ciudadana[59];
— Foros de participación para el diálogo, la reflexión o el estudio sobre las materias relacionadas con las políticas públicas de la Comunidad Autónoma y la actividad de la Cámara.

Sin duda que estas mejoras para la participación ciudadana —que también han aprobado otros Reglamentos autonómicos: Parlamento de Canarias[60] Parlamento

59 La regulación del art. 270 del Reglamento de las Cortes de Aragón no se exige un número mínimo de firmas para la presentación de una PNL, pero sí que sea asumida por un GP. En otros casos se requiere un número de firmas de ciudadanos. Es el caso de las PNLs de carácter ciudadano recogida en la Ley 7/2015 gallega. En su art. 16 dispone que ha de ser presentada con la firma de, al menos, 2.500 ciudadanos y para sustanciarse debe ser asumida por cualquier Grupo Parlamentario. En otros casos se ha pretendido ir más allá de la regulación aragonesa. En la propuesta de reforma del Reglamento de las Cortes de Castilla y León —art. 61— se requiere un número mínimo de firmas del 0,1% pero no se reclama que sea asumida por algún Grupo Parlamentario para su debate y se admite que un ciudadano actúe en representación de los firmantes en el debate parlamentario. Una propuesta similar a la castellano leonesa es la del proyecto de reforma del Reglamento de la Asamblea de Extremadura.

60 La reforma del Reglamento del Parlamento de Canarias fue aprobada los días 23, 24 y 25 de marzo de 2015, *BOPC,* n.º 208, de 17 de junio de 2015.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de Cataluña, Cortes de Valencia[61], Parlamento de Galicia[62] y Andalucía[63]— son importantes, pero no debemos olvidar aquéllas que mejoren la «libertad» de los diputados en su actividad y modernicen los procedimientos[64]. En este sentido, el Reglamento que apuntamos también se ha implicado: se incorporan medidas en materia de estatuto de los diputados para mejorar sus derechos, se recogen reglamentariamente las cuestiones relativas a los derechos económicos del Diputado, su publicidad en la web institucional, la incompatibilidad de retribuciones, las cuestiones relativas a la protección social y se refuerza el derecho a la información del Diputado para el correcto ejercicio de sus funciones. Se habilitan enero y julio para

61 Pueden consultarse las siguientes reformas del Reglamento de las Cortes valencianas: reforma de los artículos 45.2 y 112 y la inclusión de un título XV *bis* «del parlamento abierto» aprobada en el Pleno del día 25 de marzo de 2015 (*BOC* n.º 328, de 8 de abril de 2015), la reforma de los artículos 3, 5, 37, 41, 45, 50 y 178, aprobada por el Pleno de Les Corts el 25 de noviembre de 2015 (*BOC* n.º 37, de 27 de noviembre de 2015); la Resolución de Presidencia de carácter general 3/IX (*BOC* n.º 81, de 27 de mayo de 2016), por la que se desarrolla el artículo 110 *ter* sobre el Portal de Transparencia y se establece el procedimiento de acceso a la información de Les Corts, y la Resolución de Presidencia de carácter general 4/IX (*BOC* n.º 172, de 26 de abril de 2017) sobre el sistema de votación telemático.

62 Puede consultarse la reforma del Reglamento del Parlamento de Galicia de 7 de agosto de 2015. DOG n.º 162, 26 de agosto de 2015 p. 34792 y ss. Entre otras materias se regulan las siguientes: *La posibilidad de transformar en preguntas orales en comisión las solicitudes de información presentadas a través del artículo 9, en el caso de que la Administración autonómica no facilitara la documentación solicitada ni comunicara su puesta a disposición para el acceso directo a la misma, y siempre que no mediara comunicación que justificase la negativa. La creación de un portal de transparencia donde se publicará la información tributaria y las percepciones de los miembros de la Cámara, las asistencias a las diferentes sesiones parlamentarias, la contabilidad de los grupos parlamentarios y el informe sobre la ejecución del proyecto de presupuestos del Parlamento. La creación de una comisión de investigación de forma automática en cada legislatura cuando fuera solicitado por un grupo parlamentario que representase al menos un tercio de los miembros de la Cámara o por las dos quintas partes de los diputados y diputadas de la Cámara. La ampliación de los periodos ordinarios de sesiones, que serán de septiembre a diciembre y del 15 de enero a 15 de julio. Las comparecencias de presupuestos en la Comisión 3.ª de las personas responsables de cada una de las secciones y de los responsables de los entes instrumentales del sector público de la Comunidad Autónoma que gestionen los principales programas de gasto, solicitadas por los grupos parlamentarios y acordadas en la Mesa de la Comisión 3.ª antes de la finalización del plazo de presentación de enmiendas al articulado. La inclusión del debate anual de política general de la Comunidad Autónoma de Galicia, que, aunque se viene celebrando regularmente, no estaba incluido en el reglamento. También se incluye el turno de control al presidente o presidenta de la Xunta, una práctica que hasta ahora no tenía reflejo directo en el Reglamento, prevista en unas normas supletorias aprobadas por la Mesa del Parlamento. Esta incorporación al Reglamento trata de reforzar el protagonismo político del Parlamento de Galicia garantizando que la función de control de la acción ejecutiva de la Xunta que atribuye el Estatuto de autonomía al Parlamento en su artículo 10 pueda ser realizada por los portavoces de los grupos parlamentarios al presidente o presidenta de la Xunta como máximo o máxima responsable de la acción de la Xunta.*

63 Resolución de 3 de diciembre de 2014, de la Presidencia del Parlamento de Andalucía, por la que se publica la reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía. Publicada en el *BOPA* n.º 576, de 3 de diciembre de 2014. Una reciente publicación para regular el vocal o la vocal en la Mesa se ha dado en 2017. Publicada en el *BOPA* n.º 396, de 3 de febrero de 2017.

64 Propuestas ambiciosas en cuanto a la participación ciudadana son las presentadas por los GGPP de Podemos en la Asamblea de Extremadura y en las Cortes de Castilla y León. Tanto en una como en la otra, se prevé las modificaciones pertinentes para que se incluyan en el orden del día, sin necesidad de ser asumidas por ningún Grupo Parlamentario o diputado, las cuatro preguntas de iniciativa ciudadana más votadas en la web de la Cámara, pudiéndose plantear directamente por el proponente a través del llamado *escaño ciudadano*. *BOAE,* n.º 34, 9 de septiembre de 2015, pp. 15-16. *DSAE*, n.º 28-C, 25 de septiembre de 2015 y arts. 35 y 59 de la propuesta de reforma del Reglamento de las Cortes de Castilla y León formulada por el GP Podemos, *BOCCL,* n.º 290, 19 de junio de 2017, p. 35.792 y p. 35.800.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

actividad parlamentaria con carácter general, la posibilidad de convocar debates monográficos, la incorporación al debate de interpelaciones urgentes o sobre asuntos de especial relevancia o la previsión de realizar preguntas al presidente por todos los grupos de la oposición. Se recogen en el artículo 47 las *agrupaciones parlamentarias* con la finalidad de que los partidos políticos que no cuenten con número suficiente de diputados para formar grupo parlamentario y deban integrarse en el Grupo Mixto —art. 46— tengan mayor participación en los debates.

También merece la pena fijarse en las dos últimas reformas del Reglamento Parlamentario que se han producido en Cataluña. Sin duda, la más importante desde nuestro punto de vista —mejorar el funcionamiento de la institución— es la producida en 2015, aunque la que más repercusión ha tenido ha sido la de 2017[65] y su famoso artículo 135.2 para la tramitación de leyes por el procedimiento de urgencia: *El grupo parlamentario promotor de una proposición de ley puede solicitar su tramitación por el procedimiento de lectura única. Corresponde al Pleno del Parlamento acordarla, a propuesta de la Mesa, oída la Junta de Portavoces o a iniciativa de esta, siempre que la proposición de ley cumpla los requisitos de habilitación establecidos por el apartado 1.* Como es conocido, dicho artículo fue recurrido ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno del Estado y el Alto Tribunal declaró su constitucionalidad en la Sentencia 139/2017, de 29 de noviembre[66].

Pero volviendo a la reforma de 2015[67], dicha modificación tiene especial interés porque se puede considerar una puesta al día de la norma principal de la Cámara parlamentaria. En primer lugar, recoge un nuevo Título *De la transparencia en la actividad parlamentaria,* en el que el Capítulo I se dedica a la *transparencia* propiamente dicha, el segundo para el *acceso a la información pública*, el tercero

65 *DOGC,* n.º 7421A — 27.7.2017

66 La anómala situación en la que ha vivo el Parlamento de Cataluña fruto del *proces* durante estos años ha dado lugar a situaciones de conculcación de los derechos de los parlamentarios que en más de una ocasión ha tenido que dirimir el Tribunal Constitucional. No nos adentramos más en este asunto porque, como ya hemos señalado, excede con mucho las pretensiones de este trabajo. No obstante, recordemos: el recurso interpuesto por la declaración del Parlament sobre el «inicio del proceso de creación del estado catalán independiente en forma de república» que fue debatida y aprobada en noviembre de 2015, y que dio la razón a los recurrentes en junio de 2016. En ese mismo año el TC ampara a los diputados de la oposición por la creación de las tres ponencias para redactar las leyes de desconexión, Régimen jurídico, Protección social y Administración tributaria. Nuevamente ampara el TC en 2017 a los diputados de la oposición ante la decisión de la Mesa del Parlamento del 6 de septiembre, que permitía la tramitación y aprobación de la ley del referéndum sin admitir la solicitud de dictamen preceptivo del Consell de Garanties Estatutàries (CGE). La Presidenta ha guiado mucho de los actos en contra del funcionamiento acorde con el Reglamento. Hasta el punto de que hasta en seis ocasiones el TC tuvo que advertirle, con carácter personal y específico, de la ilegalidad de sus actuaciones: decisión de creación de la Comisión de Estudio del Proceso Constituyente (julio 2016); la votación y ratificación de las conclusiones de esa misma comisión (octubre de 2016); la resolución sobre el futuro de Cataluña en la que se menciona un supuesto derecho imprescriptible e inalienable a la autodeterminación (febrero de 2017); la tramitación de la ley del «referéndum de autodeterminación» (septiembre de 2017); la admisión de la ley de «transitoriedad jurídica y fundacional de la república» (septiembre de 2017); la convocatoria de pleno el 9 de octubre de 2017 para declarar la independencia; y la propia declaración del inicio del proceso constituyente (noviembre de 2017).

67 *BOE,* n.º 196, de 17 de agosto de 2015.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

para la regulación de *los grupos de interés* y el cuarto al *parlamento abierto.* Todo ello sin olvidar la mejora de los de acceso a la información de los diputados, el régimen de incompatibilidades y la declaración de actividades y bienes. También se presta mucha atención a la mejora de los procedimientos tanto legislativos como de impulso o control del Gobierno.

Es cierto que algunas mejoras se han integrado en otros reglamentos o se han presentado en iniciativas de reformas que al final no han sido aprobadas. Veamos: desde el punto de vista de la mejora del procedimiento legislativo y la participación ciudadana en él, podemos apuntar el reforzamiento de la ILP en algunas CCAA. El art. 12 de la Ley 7/2015 gallega de iniciativa legislativa popular permite intervenir a la Comisión Promotora en el debate de su toma en consideración. En la Ley 3/2016, de Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de Castilla y León se reformó el art. 21 de la Ley 4/2001, de 4 de julio, reguladora de la iniciativa legislativa popular y de los Ayuntamientos de Castilla y León, para que la Comisión Promotora intervenga, en todo caso, en la Comisión correspondiente en función de la materia antes del debate de toma en consideración. Dicha Ley deja abierta una posible regulación más concreta en el Reglamento de las Cortes. En el proyecto de nuevo Reglamento se dispone que la Comisión Promotora podrá intervenir en el debate de toma en consideración. También la Comisión Promotora puede participar en la fase de Comisión en el Parlamento catalán, incluso tiene capacidad para proponer comparecientes, lo que supone poder salvar una eventual distorsión de los contenidos propuestos por los firmantes[68]. Un paso más allá se sitúa la posibilidad de que los ciudadanos directamente puedan presentar enmiendas a las iniciativas legislativas. Es el caso de la Ley 7/2015 gallega, antes citada, que introduce en su art. 15 la posibilidad de participación ciudadana en la elaboración de las leyes a través de la remisión de *sugerencias y aportaciones a la Mesa del Parlamento de Galicia antes de la firma del informe de la ponencia de la iniciativa legislativa.* Una experiencia que se asemeja es la del Parlamento canario que permite que la ciudadanía haga propuestas en las iniciativas legislativas que se presenten a través de su portal de participación[69]. También en esta línea la reciente reforma del Reglamento de Aragón que en su art. 165 regula las propuestas de enmienda de iniciativa ciudadana, *pudiendo presentarse por cualquier persona física o representante de persona jurídica en los diez primeros días del plazo de presentación de enmiendas*. Para que éstas puedan ser debatidas, deben ser asumidas por un Grupo Parlamentario. El Reglamento del Parlamento de Andalucía —reforma de 2014— permite la presentación de enmiendas a los ciudadanos andaluces, *a través de asociaciones representativas de sus intereses debidamente inscritas en el Registro de Asociaciones de la Junta de Andalucía.* En el Parlamento valenciano se reconoce el derecho de

68 García Majado, P. «La participación ciudadana en Cataluña a través de la iniciativa legislativa popular», Pérez-Moneo, M. Vintró Castells, J., op. cit., p. 238.

69 http://www.parcan.es/participacion/index.py

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

enmienda a los ciudadanos en el artículo *183 ter* que establece que, admitido a trámite un proyecto de ley por la Mesa, ésta *abrirá un plazo de cinco días para que los interesados puedan presentar, ante la Mesa de la Comisión Especial de Participación Ciudadana, propuestas de comparecencia atendiendo a los términos que establece este artículo, dando cuenta de ello a la Junta de Síndics*[70]. Finalmente, el proyecto de reforma del Reglamento de las Cortes castellano leonesas en su art. 34 establece la posibilidad de presentar enmiendas a *colectivos interesados por la correspondiente iniciativa legislativa que estén registrados en las Cortes de Castilla y León y a cualquier persona interesada que reúna, al menos, el 0,75% de las firmas del censo en el plazo de un mes, pudiendo intervenir para su defensa, además, según los arts. 35 y 36, tanto en Pleno como en Comisión, a través del escaño ciudadano*[71].

VII. CONCLUSIONES

La primera conclusión que debemos sacar de este trabajo es que la existencia de gobiernos en minoría y/o coalición en las comunidades autónomas ha sido una práctica más común de lo que muchas voces afirman precipitadamente. No es correcto hablar de que el modelo del *bipartidismo imperfecto* estaba generalizado en toda la organización política de las comunidades autónomas. Muy al contrario, desde los años ochenta se puede hablar de comunidades autónomas que en cuanto a la estructura de partidos, sistema electoral y conformación de gobierno siguen el *régimen común*, y comunidades autónomas que, por la características de su sistema de partidos, siguen un modelo *peculiar o excéntrico* que les ha llevado a habituales gobiernos de coalición o minoría. Si es cierto que el surgimiento de los «nuevos partidos» evidenciado en esta última Legislatura ha incidido en la conformación de los gobiernos autonómicos. Pero también es cierto que esa incidencia donde más repercusión ha tenido ha sido en las denominadas de *régimen común* que, como hemos vistos, hasta la fecha habían tenido casi en exclusiva gobiernos monocolor.

Lo que más llama la atención es que pese a ese gran número de gobiernos en minoría o que han sido fruto de acuerdos parlamentarios, durante este tiempo, no se ha evidenciado una grave inestabilidad política, más allá de que unos y otros hayan intentado hacer realidad sus intereses políticos. La inestabilidad gubernamental que, supuestamente, lleva consigo un modelo *multipartidista* no se está produciendo. Es cierto que la relación entre los Ejecutivos y los Parlamentos es más dialéctica y que la actividad parlamentaria es mucho más intensa y, sin

70 Desarrollo en la Resolución de Presidencia de carácter general 5/IX, por la que se regula la participación ciudadana en el procedimiento legislativo ordinario previsto en el artículo 182 *ter* del Reglamento de Les Corts. *BOC* 265 del 13/04/18.

71 Propuesta de Reforma del Reglamento de las Cortes de Castilla y León, presentada por el GP Podemos Castilla y León. *BOCCYL* n.º 290 de 19 de junio de 2017

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

embargo, tan solo hemos tenido la experiencia de tres mociones de censura: dos en Madrid, que se presentaron sabiendo que eran meramente testimoniales y tenían nulas posibilidades de prosperar y otra en Murcia, que tras la ruptura del acuerdo de gobierno entre el PP y C´s parecía que tenía más posibilidades pero que finalmente se terminó por retirar y no solo no llegó a debatirse sino que supuso la renovación del pacto de gobierno PP C´s[72]. Por supuesto hemos tenido pocos casos de crisis de gobierno, más allá de los que se generaron «estratégicamente». Muy al contrario, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en donde se produjo una situación de crisis en torno a los presupuestos de 2017 entre el Gobierno del PSOE y el apoyo de Podemos, la misma se solventó con un pacto para la constitución de un Gobierno de coalición y la crisis de gobierno en Canarias entre CC y PSC-PSOE con un Gobierno en minoría que sigue gobernando sin excesiva dificultad[73]. En el trabajo parlamentario se comprueba el gran número de iniciativas de control sin sanción que se han tramitado, en particular, la constitución de comisiones de investigación en asuntos de corrupción —v.gr. Madrid, Valencia, Castilla y León, Andalucía—, pero, como decíamos, llama la atención que no hayamos tenido mociones de censura con posibilidades de prosperar o cuestiones de confianza. En el ámbito legislativo, como hemos visto, aunque han aumentado las proposiciones de ley, tanto éstas como los proyectos de ley se han visto frenados. En las primeras, porque los Gobiernos han hecho uso de su capacidad para informar desfavorablemente por aumento de créditos o disminución de ingresos de la iniciativa; en los segundos, porque de no ser un proyecto de ley acordado con los grupos que apoyan parlamentariamente al Gobierno puede ser modificado en el trámite de enmiendas en unos términos contrarios a la voluntad gubernamental. Además, no se ha de olvidar que, en muchos casos, se hace uso de las potestades que tienen las Mesas de las cámaras en cuanto a la tramitación de iniciativas para agilizar unas y frenar otras (v.gr. la prorroga continua y *sine die* de los plazos de enmiendas de un proyecto o proposición de ley para frenar su tramitación o la solicitud de *interminables* sesiones de comparecencias de expertos sobre la iniciativa).

También llama la atención que las reformas electorales y de los reglamentos parlamentarios han sido mucho menores de lo que se preveía. En el trabajo se hace mención a los distintos acuerdos de gobierno que se han suscrito en esta Legislatura; en todos ellos la reforma de estas normas era una cuestión fundamental y, sin

72 En cuanto a la cuestión de confianza, podemos señalar que en la propuesta de reforma del Reglamento de las Cortes de Castilla y León se pretende una similar a la del País Vasco para que sea posible la remoción de Consejeros. También se recoge una novedosa regulación para que comparezca el Presidente cuando se altere la composición de los Gobiernos de coalición en el caso de que no presentase una cuestión de confianza. Previsto también en el art. 169 del Reglamento del Parlamento Vasco. Propuesta de reforma de Reglamento de las Cortes de Castilla y León presentada por el Grupo Parlamentario Podemos, *BOCCL*, n.º 290, 19 de junio de 2017, p. 35 y ss.

73 Hasta el punto, como ya hemos visto, que pueda seguir impulsando en el Congreso de los Diputados su iniciativa de reforma estatutaria y el 5 de diciembre se viera aprobado el nuevo Estatuto.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

embargo, se han producido en contadas ocasiones —reforma electoral en Murcia y se han puesto las bases para la reforma en Canarias y reformas reglamentarias de importancia en Aragón y Cataluña—.

La conclusión final sería que en esta Legislatura autonómica, como en el Congreso de los Diputados, vivimos un nuevo tiempo parlamentario en el que el pluralismo de grupos es mucho más significativo que en otras ocasiones, pero sin que ello haya generado una gran inestabilidad institucional. Probablemente porque no solo el sistema electoral incide en garantizar la estabilidad. También la racionalización parlamentaria —moción de cesura constructiva, facultad del Presidente del Gobierno para convocar elecciones anticipadas, control de la actividad parlamentaria por la mayoría desde las Mesas de las cámaras, etc.— hace que, una vez que se ha conseguido la investidura, el Gobierno dispone de una «sobre alimentación» que le hace controlar la vida política y, en particular, la parlamentaria.

No estamos seguros de si esta situación debería ser revertida pero, en todo caso, si se quiere incidir en un mayor equilibrio de fuerzas entre el Gobierno y el Parlamento, parece que lo lógico sería actuar en una doble dirección: por un lado, en la reforma electoral, al menos, abriendo las listas electorales y estableciendo un sistema de voto preferencial que libere a los representantes de las cúpulas de los partidos. Por otro, reformando los reglamentos parlamentarios para asegurar la autonomía parlamentaria que, en particular, se debe garantizar con la exclusiva sumisión a Derecho de los órganos de gobierno de las Cámaras —v.gr. Mesas— y evitar que los intereses partidarios determinen lo que se hace y cómo se hace en las Comisiones y los Plenos parlamentarios. Es inadmisible que la mayoría parlamentaria —o en las Mesas, que aún sería peor— pueda impedir durante meses que ciertos temas se vean en las Comisiones o el Pleno, como sería inadmisible que las minorías pretendiesen que en esos órganos sus iniciativas salieran victoriosas si no cuentan con el voto mayoritario del colegio[74].

Por supuesto, se debe cambiar la mentalidad de cómo se desarrolla la acción política. Hasta ahora estaba presidida por una dinámica de mayoría absoluta —en un buen número de Comunidades Autónomas— que no solo garantizaba gobiernos monocolor sino que también aseguraba que el Parlamento se mostrara «dócil» ante las reclamaciones del Ejecutivo. Con la generalización del multipartidismo debemos pensar en que se ha de aprender a hacer política en minoría y que ello conduce a la consecución de acuerdos y pactos en los que, irremediablemente, todas las partes que intervienen deben perder algo para que gane el interés general. Si se trabajase desde este perspectiva seguramente no se hubiera dado una situación como la producida en los años 2015 y 2016 en el Estado cuando

74 Sobre la determinación de las nuevas mayorías parlamentarias en los órganos de gobierno interior de las cámaras un ejemplo es el problema de constitución de la Mesa del parlamento andaluz en 2015. Vid. Aranda Álverez, E. «La polémica suscitada en la elección de la Mesa del Parlamento andaluz». En *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2015. pp. 135-143. Asunto que llegó al Tribunal Constitucional y fue resuelto en la STC 199/2016, de 28 de noviembre.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

estuvimos 314 días con el Gobierno en funciones a pesar de que era posible un acuerdo parlamentario para investir al Presidente del Gobierno, que finalmente se tuvo que dar, una vez celebradas las elecciones de junio de 2016[75].

***

TITLE: *The new map of parties in the Comunidades Autónomas and its effects on the territorial Constitution*

ABSTRACT: *This paper analyses the emergence of new political forces in the Autonomous Communities and their impact on the governmental system. The first thing we observe is that despite this new situation, power strategies have changed little and the new parties soon integrated into the dynamics of the system. It is true that we live in new parliamentary times in which the pluralism of groups is much more significant, but this has not generated great institutional instability. Stability is ensured probably not only due to the electoral system but also parliamentary rationalization which means that, after the investiture, the Government has an "overload" with which to control political and, in particular, parliamentary life.*

RESUMEN: *El presente trabajo analiza la aparición de nuevas fuerzas políticas en el ámbito de las CCAA y su incidencia en el sistema de gobierno. Lo primero que observamos es que pese a esa nueva situación las estrategias de poder han variado poco y los nuevos partidos pronto se han integrado en la dinámica del sistema. Es cierto que vivimos un nuevo tiempo parlamentario en el que el pluralismo de grupos es mucho más significativo, pero ello no ha generado gran inestabilidad institucional. Probablemente porque no solo el sistema electoral incide en garantizar la estabilidad sino que también la racionalización parlamentaria hace que, una vez que se ha conseguido la investidura, el Gobierno disponga de una «sobre alimentación» con la que controlar la vida política y, en particular, la parlamentaria.*

KEY WORDS: *New political parties, Form of government, Parliamentary rationalization, Electoral system.*

PALABRAS CLAVE: *Nuevos partidos políticos, Forma de gobierno, Racionalización parlamentaria, Sistema electoral.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *28.02.2018* FECHA DE ACEPTACIÓN: *05.02.2019*

75 Sobre el Gobierno en funciones y los problemas constitucionales que se plantearon durante esta etapa puede consultarse ARANDA ÁLVAREZ, E. (coord.), *Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. También REVIRIEGO PICÓN, F., «Cese del Gobierno y permanencia en funciones». En la obra *España constitucional (1978-2018) Trayectorias y perspectivas*. Director Benigno Pendás. Tomo V. Edit. CEPC Madrid 2018. pp. 3641-3654.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LA COERCIÓN FEDERAL EN LA LEY FUNDAMENTAL. LA RECEPCIÓN DE UNA CATEGORÍA CLÁSICA DEL SISTEMA DESCENTRALIZADO ALEMÁN

LEONARDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo

SUMARIO

I. El tratamiento de la coerción federal en la Ley Fundamental. Concepto y clases de coerción en el sistema descentralizado. II. El principio de unidad del sistema descentralizado como objeto de tutela del poder de coerción federal. III. Las medidas de coerción federal en garantía del principio de unidad del sistema descentralizado. IV. Los órganos intervinientes en el procedimiento de coerción federal. V. Conclusiones.

I. EL TRATAMIENTO DE LA COERCIÓN FEDERAL EN LA LEY FUNDAMENTAL. CONCEPTO Y CLASES DE COERCIÓN EN EL SISTEMA DESCENTRALIZADO

1. La Bundeszwang de la Ley Fundamental y la tradición histórica de la Reichsexekution

En España, los agentes políticos y los académicos han recurrido con frecuencia a la categoría de la coerción federal (Bundeszwang, en adelante, BZ) del art. 37,1 de la Ley Fundamental de 1949 (en adelante LF) para coadyuvar a la interpretación del art. 155 CE, acogido en el texto constitucional de 1978 por influjo de la LF. Muchos de los problemas hermenéuticos que ha presentado el art. 155 CE han sido ya conocidos y solventados en el seno de la propia LF. Por ello, puede tener sentido dedicar un estudio a la BZ en el Estado federal alemán. Si bien ello podría sorprender, lo cierto es que la BZ apenas ha sido objeto de una construcción teórica propia, habiéndose importado sus resultados por la

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

literatura principalmente de la categoría de la Reichsexekution (en adelante, RE), de la historia del constitucionalismo alemán[1].

El concepto de RE describe el modelo de coerción en el sistema descentralizado acogido en los documentos constitucionales vigentes hasta la entrada en vigor de la LF: en el art. XXI del Acta Final de Viena de 1820 —en el que se encuentran los precedentes del poder de coerción—, en el art. 19 de la Constitución de la Confederación del Norte de 1867, en el art. 19 de la Constitución Imperial de 1871 y en el art. 48,1 de la Constitución de Weimar de 1919[2]. Ha sido precisamente en el debate académico de la RE donde se han desarrollado los más relevantes problemas teóricos. Si algo arroja el desarrollo doctrinal de la RE es que tanto el contenido como la función de un poder de coerción reconocido en el seno del sistema descentralizado dependen, sobre todo, de dos elementos estructurales del orden jurídico: a) del concepto de Estado y de Constitución y b) del modelo de descentralización territorial[3].

La paulatina evolución de estos elementos estructurales en los documentos constitucionales generaría un rico debate doctrinal que analizaría en qué medida los tradicionales mecanismos de coerción del siglo XIX podían ser compatibles con los pasos dados, entre otros aspectos, hacia una federalización del Estado[4]. En el estudio del vigente art. 37 LF se echan en faltan estos debates teóricos de la RE, habiendo optado la doctrina por asumir, en muchas ocasiones de forma acrítica, buena parte de las conclusiones presentadas por el desarrollo doctrinal de la RE. Es probable que a ello haya contribuido la ausencia de aplicación práctica de la BZ hasta la actualidad, algo que los académicos han atribuido, entre otros motivos, a la plena federalización de las relaciones entre el Bund y los Länder y a la aceptación de la labor práctica de la jurisdicción constitucional y contencioso-administrativa,

1 Véase H. BAUER, «Artikel 37 [Bundeszwang] en H. DREIER (edit)., *Grundgesetzkommentar, vol II*, ed. Mohr, Siebeck, Tübingen, 1998, marg. 1. No han existido monografías en la literatura alemana actual que se hayan dedicado al estudio de la BZ. Integran la bibliografía consolidada de los estudios existentes sobre la BZ diferentes tesis doctorales inéditas, defendidas durante los primeros años de vigencia de la LF, que no han podido ser consultadas para la elaboración de este trabajo: G. SPIESS, *Der Bundeszwang*, diss Heidelberg, 1954, H. HAAS, *Die Bundesaufsicht und der Bundeszwang*, Diss. Heidelberg, 1955, S. NÖLTIG, *Der Bundeszwang—Art. 37 des Grundgesetzes*, Diss. Göttingen, 1956, P. M. MOMBAUR, *Bundeszwang und Verfassungstreue*, Diss. Köln, 1964, H. D., PÖTSCHSKE, *Bundesaufsicht und der Bundeszwang nach dem Grundgesetz*, Diss. Wütszburg, 1967. Por otra parte, las conclusiones presentadas por la doctrina alemana actual han permanecido inmodificadas durante la vigencia de la LF, ya desde los primeros estudios publicados al respecto. Pueden consultarse, entre otros, G. A. ZINN, *Die Bund und die Länder*, AöR, 75, 1949 y H. SCHÄFER, *Bundesaufsicht und Bundeszwang*, AöR, 78, 1952/1953.

2 Por poner solo algún ejemplo, el art. 19 de la Constitución Imperial de 1871 disponía: *Cuando los miembros del Bund no cumplan con sus obligaciones constitucionales pueden ser contenidos a través de la ejecución (Exekution).*

3 Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina actual, véase H. BAUER, *op. cit.*, marg. 1.

4 Sobre todo, diferentes trabajos publicados durante la vigencia de la Constitución de 1871, véase A. HÄNEL, *Deutsches Staatsrecht, vol. I*, ed. Duncker & Humblot, Leipzig, 1896, p. 449 y ss., M. VON SEYDEL, *Commentar zur Verfassungs-Urkunde für das deutsche Reich*, ed. A. Stuber´s Buchhanlung, 1893, p. 137 y ss., H. TRIEPEL, *Die Reichsaufsicht. Untersuchungen zum Staatsrecht des deutschen Reiches*, ed. Duncker & Humblot, Berlin, 1917, p. 676 y ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que han sido capaces de solventar relevantes conflictos territoriales[5]. Sin embargo, lo cierto es que el poder de coerción tampoco fue objeto de aplicación práctica durante el periodo de vigencia de la Constitución de 1871 y fue precisamente en dicho periodo histórico en el que la literatura sentó los perfiles del modelo de coerción en el sistema descentralizado, que han llegado hasta la actualidad[6].

En el contexto de las consideraciones expuestas, este trabajo se ha propuesto analizar 1) cuál es el contenido que la doctrina ha atribuido a la coerción federal plasmada en el art. 37 LF, 2) de qué manera han influido los debates teóricos de la RE en el desarrollo de sus conclusiones y 3) qué concretos elementos autónomos se han atribuido a la BZ en el seno de la LF, que permitan diferenciarla del anterior modelo de coerción.

2. El concepto de coerción en el sistema territorialmente descentralizado. La coerción indirecta y la coerción directa

Tres son las notas definitorias comunes de la RE y de la BZ en el sistema descentralizado: a) el objeto de tutela, b) el elemento orgánico y c) el elemento coactivo. En lo que se refiere, en primer lugar, al objeto de tutela, la RE y la BZ se conciben como mecanismos destinados a responder, principalmente, frente a infracciones de la Constitución por parte de los sujetos descentralizados[7]. Es por ello que la RE y la BZ se han definido, en un sentido amplio, como institutos de defensa de la Constitución[8]. Una Constitución entendida —más allá de su diferente concepto asumido a lo largo del tiempo— como la norma constitutiva del sistema descentralizado. A pesar de lo expuesto, lo cierto es que la RE y la BZ no responden frente a cualesquiera vulneraciones de la Constitución, sino solo frente a aquellas que pongan en peligro la cohesión de los sujetos del sistema territorialmente descentralizado[9]. En concreto, el principio de unidad[10].

5 Vease H. Bauer, *op. cit.*, marg. 6.

6 El debate académico suscitado durante la vigencia de la Constitución de 1871 se centró en determinar si el poder de coerción reconocido en el Acta Final de Viena de 1820 y, en particular, el modo en el que fue aplicado en varias ocasiones, podía ser importado a una Constitución Imperial de 1871 ante lo genérico de su dicción. Debe de reiterarse aquí lo dispuesto en su art. 19: *Cuando los miembros del Bund no cumplan con sus obligaciones constitucionales pueden ser contenidos a través de la ejecución*. Sobre el contexto del debate doctrinal véase P. Schilling, *Die Reichsexekution*, AöR, n.º 20, 1906, p. 62. Por su parte, sobre la aplicación del poder de coerción durante la vigencia del Acta Final de Viena, véase E.-R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, vol. I*, ed. Kohlhammer, Stuttgart y otros, 1960, p. 634 y ss.

7 Véase respectivamente P. Schilling, *op. cit.,* p. 62 y H. H. Klein, «Artikel 37 [Bundeszwang]» en T. Maunz y G. Dürig, (edits.), *Grundgesetzkommentar*, ed. CH. Beck, München (hojas intercambiables, 2010), marg. 2.

8 Véase E.-R. Huber, «Bundesexekution und Bundesintervention. Ein Beitrag zur Frage des Verfassungsschutzes im Deutschen Bund», AöR, 79 (1953/1954), p. 1 y 2.

9 Véase E.-R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte,* vol. I, *op. cit.*, p. 635 y H. Triepel, *op. cit.*, p. 676 y 677.

10 Véase H. Triepel, *op. cit.*, p. 676 y 677.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En lo relativo, en segundo lugar, al elemento orgánico, la RE y la BZ se caracterizan por conferir la garantía del principio de unidad del sistema descentralizado a órganos del Estado central a los que se les atribuye la función ejecutiva; según los distintos periodos históricos al Kaiser, al Presidente del Reich o al Gobierno de la federación. Se trata, en ese sentido, como ha afirmado la doctrina, de una *defensa ejecutiva de la Constitución*[11]. Probablemente este haya sido uno de los rasgos más característicos de la RE y de la BZ, que han diseñado una defensa no jurisdiccional de la Constitución. De cualquier forma, debe de reconocerse, como se verá, que la posibilidad de deslindar la defensa ejecutiva de la Constitución de la jurisdiccional ha sido mayor o menor durante los diferentes periodos históricos[12].

La tercera de las características comunes de la BZ y de la RE es el elemento coactivo. A ello alude directamente la expresión Bundes-*zwang* (coerción), pero lo engloba también, desde luego, la de Reichs-*exekution*, que pone su acento en la idea de ejecución o de cumplimiento. En realidad, ambas categorías expresan las dos caras de una misma moneda: el *cumplimiento* / *coactivo* de la Constitución. La cuestión se centra en definir cómo las categorías de la BZ y la RE conciben ese cumplimiento coactivo de la Constitución. La literatura ha dividido ese elemento coactivo en dos momentos: los mecanismos de coerción indirecta y los de coerción directa[13]. Los mecanismos de coerción indirecta abarcan un conjunto de medidas adoptadas por el Estado central que tienen como finalidad forzar (ahí reside el elemento coactivo) a los sujetos descentralizados al cumplimiento de las normas constitucionales infringidas. Entre las medidas aceptadas a lo largo de las diferentes etapas históricas: la ocupación militar del territorio, la impartición de instrucciones, el envío de comisarios y las medidas de presión financiera[14].

Por su parte, los mecanismos de coerción directa, ante el desfallecimiento de los anteriores, permiten al Estado central, en contra de la voluntad de los sujetos descentralizados (elemento coactivo), proceder por sí mismo al cumplimiento de las normas constitucionales infringidas. Los mecanismos de coerción directa implican propiamente, como se ha denominado tanto en la teoría de la RE como en la de la BZ, un secuestro (*sequestratio*) temporal o definitivo de las competencias que la Constitución atribuye a las entidades descentralizadas, que pasan a ser ejercidas por el Estado central. En estos términos cabe hablar de una suspensión de la autonomía de aquéllos[15]. Entre las medidas reconducidas históricamente a

11 Véase E.-R. Huber, «Bundesexekution und Bundesintervention…», *op. cit.*, p. 2.

12 Cfr. E.-R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, vol. I, op. cit.,* p. 635, G. Anschütz, «Die Reichsexekution», en G. Anschütz y R. Thoma (edits.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, ed. Mohr, Tübingen, 1998, p. 378 y H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 57.

13 Véase A. Hänel, *op. cit.*, p. 449 y ss.

14 Sin perjuicio de ulteriores consideraciones, véase F. Shirvani, «Der Bundes und Reichsexekution in der neuehen deutschen Verfassungsgeschichte», Der Staat, 50, 2011, p. 110 y ss.

15 Véase respectivamente H. Triepel, *op. cit.*, p. 672 y ss. y H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 86.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

este modelo de coerción: la guerra, la posibilidad de derogar normas constitucionales, la de aprobar y derogar leyes, reglamentos y actos administrativos, el cese del jefe del gobierno y de sus ministros y su sustitución por comisarios designados por el Estado central, la disolución de los parlamentos de las entidades descentralizadas…[16].

II. EL PRINCIPIO DE UNIDAD DEL SISTEMA DESCENTRALIZADO COMO OBJETO DE TUTELA DEL PODER DE COERCIÓN FEDERAL

1. La regulación del supuesto de hecho del poder de coerción del art. 37,1 LF en el contexto del constitucionalismo histórico.

El art. 37,1 LF, en la redacción del supuesto de hecho del poder de coerción federal, ha seguido la tradición de la RE en los textos constitucionales, que la concibieron principalmente, como se acaba de ver, como un mecanismo destinado a responder frente a las infracciones de la Constitución. Los arts. 19 de la Constitución de la Confederación del Norte de 1867 y de la Constitución Imperial de 1871, erigieron como supuesto de hecho del poder de coerción que alguno de sus miembros «no cumpla (n) con las obligaciones federales impuestas conforme a la Constitución». A esto mismo ha aludido la primera parte del art. 37,1 LF, al afirmar que procede la aplicación de la coerción federal cuando «un Land no cumpliere las obligaciones federales que la Ley Fundamental… le imponga(n)».

Sin embargo, a primera vista, la configuración del supuesto de hecho del poder de coerción del art. 37,1 LF se inspira más directamente en lo dispuesto en el art. 48,1 de la Constitución de Weimar de 1919, a pesar de que en éste no se aludiera al incumplimiento de obligaciones *federales* —como había sucedido en las Constituciones de 1867 y 1871— sino que se refiriera, más genéricamente, a la infracción de *obligaciones*[17]. El art. 37,1 LF, como la Constitución de Weimar, establece como supuesto de hecho para la aplicación de la coerción federal no solo el incumplimiento de las obligaciones federales previstas en la Constitución, sino que introduce en aquel supuesto también a la ley, como fuente de obligaciones. En su total regulación del supuesto de hecho, el art. 37,1 LF dispone: «cuando un Land no cumpliere con las obligaciones federales que la Ley Fundamental y otras leyes federales le impongan».

16 Véase de nuevo F. Shirvani, *op. cit.*, p. 110 y ss.

17 De cualquier forma, esta distinción fue más aparente que real, ya que, como se verá, el debate académico ha entendido que las obligaciones a las que alude el art. 48,1 del texto constitucional de 1919 se refieren a las *obligaciones federales* vinculadas con el principio de unidad, véase G. Anschütz, *op. cit.*, p. 378.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

De cuanto se acaba de exponer, pareciera deducirse que en la historia del constitucionalismo alemán, el supuesto del poder de coerción presenta dos modelos; los textos constitucionales que erigen a la Constitución como fuente de obligaciones federales y los documentos que, además, incluyen a las leyes del Estado central. Sin embargo, lo cierto es que estos dos modelos han acabado por diluirse en el debate académico. Ya durante la vigencia de la Constitución de 1871, la literatura interpretó que la cláusula «obligaciones federales impuestas conforme a con la Constitución» incluía, además de las plasmadas en el texto constitucional, las previstas en las leyes aprobadas conforme a la Constitución[18]. En realidad, puede afirmarse que las categorías de la RE y de la BZ se identifican en este punto.

2. El concepto de obligación federal y el principio de unidad del Estado federal. El concepto de Constitución y la estructura del sistema descentralizado

La función del poder de coerción previsto en el art. 37,1 LF se ha construido en la literatura a partir del concepto *obligaciones federales* (plasmadas en la Constitución y en las leyes del Estado central). El concepto *obligaciones federales* se ha delimitado a partir del principio federal del art. 20,1 LF[19]. De acuerdo con esta premisa, el debate académico ha concluido que las obligaciones federales a las que se refiere el art. 37,1 LF son las que vinculan a los diferentes Estados federados como miembros de dicha unidad[20]. Por ello cabe afirmar que el poder de coerción federal no responde frente a cualquier infracción normativa procedente de aquellos sujetos, sino tan solo frente a las que pongan en peligro el funcionamiento unitario del Estado federal[21].

Esta relación entre el poder de coerción y el principio de unidad del sistema territorialmente descentralizado fue, en realidad, ya apuntada desde la teoría de la RE. A pesar de que el art. 48,1 de la Constitución de 1919, tal como se ha señalado, aludiera a que el poder de coerción respondía frente a un incumplimiento de las *obligaciones* por parte de los Länder —sin alusión al adjetivo federales—, el debate académico acabó reconduciéndolas a las relacionadas con el principio de unidad del sistema descentralizado[22]. Lo cierto es que durante la

18 Véase P. Schilling, *op. cit.*, p. 62. También A. Hänel, *op. cit.*, p. 446.

19 Véase, entre otros, T. Maunz, *op. cit.*, marg. 31.

20 Véase H. H. Klein, *op. cit.*, 24, W. Erbguth, «Art. 37» en M. SACHS (edit.), *Grundgesetzkommentar*, ed. CH. Beck, München, 2009, marg. 8, M. Gubelt, *op. cit.*, marg. 5, G. A. Zinn, *op. cit.*, p. 304.

21 Véase T. Maunz, *op. cit.*, marg. 31.

22 Y ello al margen de las eventuales dificultades que tanto el concepto de Constitución como la estructura del ordenamiento generaron para la adecuada construcción de dicha unidad normativa. Véase G. Anschütz, *op. cit.*, p. 378.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

vigencia de la Constitución de 1919 la literatura ya negó que la infracción de cualquier obligación constitucional o legal por los Länder pudiera acarrear el ejercicio del poder de coerción por parte del Presidente del Reich.

En una construcción gestada en el debate académico de Weimar, se excluyeron del concepto *obligaciones* al que aludía el art. 48,1 de la Constitución, en concreto, las relaciones jurídicas de derecho privado o incluso algunas vinculadas al derecho público, como las urbanísticas, las financieras y las de policía, en tanto su infracción no era idónea para afectar al principio de unidad del sistema descentralizado[23]. Estas conclusiones han sido plenamente asumidas por la doctrina en la interpretación del concepto obligaciones federales previsto en el art. 37 LF[24].

Esta relación entre el poder coerción y el principio de unidad del sistema descentralizado no pudo construirse coherentemente durante el siglo XIX. Y ello a pesar de que Constituciones, como la de 1871, al igual que sucede con la vigente LF, concibieron expresamente el poder de coerción como una respuesta frente a la infracción de las *obligaciones federales* por parte de los miembros del Bund. Aunque incluso entonces fue posible identificar posiciones en el debate académico que intentaron vincular las obligaciones federales, no con la totalidad de las normas constitucionales, sino con una denominada *Constitución en sentido material* —eventualmente expresiva de una unidad—[25], los elementos estructurales sobre los que se edificó el sistema territorialmente descentralizado impedirían la adecuada construcción de una unidad jurídica superior a sus miembros.

La naturaleza confederal del Reich —que suscitó, sin embargo, una importante controversia doctrinal—[26], que cristalizaría en una concepción pactista de Constitución[27], condujo a una así definida por la literatura «identificación entre el Estado total y el Estado central»[28]. El objeto de protección del poder de coerción durante el siglo XIX no fue, en consecuencia, el funcionamiento unitario del sistema descentralizado, sino más bien los intereses del *Reich*, cuya posición de superioridad sobre los Bundestaate, le permitía construir y definir por sí mismo el contenido de dicha unidad[29]. Fue esta naturaleza del Estado y de la Constitución, y su incidencia sobre el modelo de descentralización, la que justificó que se admitiera como principal mecanismo de RE —conviene ya adelantarlo— la

23 Véase G. Anschütz, *op. cit.*, p. 378.

24 Véase T. Maunz, *op. cit.*, marg. 16, H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 45.

25 Véase E.-R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, vol III*, ed. Kohlhammer, Stuttgart y otros, 1988, p. 1034.

26 A favor de la naturaleza confederal del Reich véase M. Von Seydl, *op. cit.*, XVI. Crítico al respecto P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches, vol. I*, ed. JCB Mohr, Berlin/Leipzig, 1895, p. 80 y ss.

27 Véase R. Smend, «Ungeschriebenes Verfassungsrecht im Monarchischen Bundesstaat» en idem., Staatsrechtlichen Abhandlungen, ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1968, pp. 56 y 57.

28 Véase E.-R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, vol. III, *op. cit.*, p. 792.

29 Véase, entre otros, P. Laband, *op. cit.*, p. 93 y ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

guerra, un instituto coactivo del derecho internacional, al amparo del cual se construyó el modelo de descentralización de la confederación[30].

A pesar de lo expuesto, el análisis doctrinal del vigente art. 37,1 LF no se ha hecho eco de la teorización desarrollada en el debate académico de la Constitución de Weimar de 1919, que acometió el estudio del poder de coerción a la luz de la «teoría de los tres miembros del Estado federal», cuando ya fue posible construir propiamente un principio de unidad en el seno del sistema territorialmente descentralizado. Esta construcción doctrinal no concibió el poder coerción como un mecanismo al servicio de la protección de los intereses del «Estado central», como había sucedido en el siglo XIX, sino más bien del «Estado total»[31]. A pesar de que algún autor, en el estudio del vigente art. 37,1 LF, haya llegado a afirmar que el poder de coerción responde frente a infracciones de los Länder dirigidas al «Estado total»[32], lo cierto es que el TCF y la mayoría de la doctrina han descartado la teoría de los tres miembros del Estado federal para acometer el estudio del poder de coerción. Sin embargo, los vestigios de esta construcción, como se verá, pueden identificarse implícitamente en el debate académico de la BZ.

3. La plasmación de las obligaciones federales en la Constitución o en otras leyes federales

El art. 37,1 LF precisa, como supuesto del poder de coerción, que las obligaciones federales han de estar plasmadas en la «Constitución o en otras leyes federales». En lo que se refiere, en primer lugar, a la definición de las normas constitucionales en las que pueden identificarse las obligaciones federales, la doctrina ha llevado a cabo, fundamentalmente, una argumentación excluyente. Siguiendo, recuérdese, los resultados ya expuestos por la teoría de la RE durante

30 Véase H. Kelsen, «Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundestaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundes-Verfassung» en Z. Giacometti y D. Schindler (edits.), *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60 Geburtstag*, JCB Mohr, Siebeck, 1927, p. 162 y ss. En la doctrina de la época véase J. Jellinek, *System der subjetiven öffentlichen Rechte*, JCB Mohr, Freiburg, 1892, p. 295 y 296, G. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes*, ed. Duncker & Humblot, Leipzig, 1891, p. 644, L. Von Rönne, *Das Staats-Recht des Deutschen Reiches I*, ed. Brockhaus, Leipzig, 1876, p. 72, M. Von Seydl, *op. cit.*, p. 137 y ss. Sin embargo, hay que reconocer que ya por entonces, como se verá más adelante, algunas posiciones reconocieron que, además la ocupación militar del territorio, podían emplearse otros mecanismos de sustitución, como la disolución de las asambleas legislativas de los Bundestaate, la aprobación de leyes, de actos de gobierno, la deposición de autoridades, el envío de comisarios, véase H. Triepel, *op. cit.*, p. 680 y ss., R. Von Mohl, *Das deutsche Reichsstaatsrecht. Rechtliche und politische Eröterungen*, ed. Laupp´schen Buchhandlung, Tübingen, 1893, p. 159 y 160, A. Hänel, *op. cit.*, p. 450 y ss., P. Schilling, *op. cit.*, p. 72, 75. Este tipo de medidas sustitutivas de la RE fueron ya pacíficamente asumidas en el contexto de la Constitución de Weimar de 1919, véase G. Anschütz, *op. cit.*, p. 379.

31 Véase H. Kelsen, *op. cit.*, p. 166 y 167.

32 Véase H. Bauer, *op. cit.*, marg. 5. El citado autor apoya su construcción en la BVerfGE 13, 54 que afirmó: «El Bund y los Länder poseen la obligación colectiva de defender y construir el orden constitucional fundamental en todas las partes y planos del Estado total».

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la vigencia de la Constitución de 1919[33], se ha excluido como fuente de obligaciones federales a las normas constitucionales que imponen relaciones de derecho privado o de derecho público, como las urbanísticas, financieras o de policía, en tanto no vinculan inmediatamente a sus miembros con el principio federal del art. 20,1 LF[34]. De todos modos, algún sector doctrinal, apoyándose en cierta jurisprudencia del TCF[35], se ha mostrado crítico en lo relativo a la posibilidad de excluir las normas financieras para definir el concepto de obligaciones federales del art. 37,1 LF[36].

Otras posiciones, sin embargo, en el seno de la vigente LF han abandonado este modelo de argumentación excluyente mayoritariamente seguido en el debate académico para definir el concepto de obligaciones federales y han intentado precisar las normas constitucionales en las que podría identificarse el principio de unidad del Estado federal y, por tanto, el supuesto de hecho del poder de coerción. «Entre ellas», así se ha afirmado, las que se refieren a los principios fundamentales que han de garantizar las Constituciones de los Estados (28,1 LF), las relativas a la ayuda recíproca en caso de peligro contra la seguridad y el orden público y en supuesto de catástrofe (art. 35 LF), a la designación de senadores (art. 51), a la ejecución de las leyes federales por parte de los Estados (arts. 84 y 85 LF) o la distribución de gastos entre los Estados y la federación (art. 104 a) LF)[37].

Un mayor debate académico se ha suscitado en torno a la interpretación de la cláusula *otras leyes federales* que, junto con la propia LF, pueden ser fuente de obligaciones federales, según lo previsto en el art. 37,1 LF. En este punto, la literatura se ha dividido entre un concepto formal y material de ley, que también ha estado presente en la teoría de la RE[38]. Mientras la primera de las posiciones entiende que solo la forma ley podría ser fuente de las obligaciones federales[39], la segunda identifica el concepto leyes federales con derecho escrito, pudiendo identificarse el supuesto de hecho del poder de coerción, según las distintas posiciones, en las leyes y en los reglamentos de la Federación[40], en los tratados internacionales e incluso en el derecho comunitario[41]. A pesar de esta disparidad doctrinal, ha existido consenso a la hora de negar como fuente de obligaciones federales del art. 37,1 LF al derecho consuetudinario, al derecho constitucional no escrito, a las resoluciones, a las instrucciones, a las recomendaciones del

33 Véase G. Anschütz, *op. cit.*, p. 378.

34 Véase H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 45, M. Gubelt, «Art. 37 (Bundeszwang) en I. Von Münch (edit.), *Grundgesetz-Kommentar*, ed. CH. Beck, München, 1976, marg. 5, T. Maunz, *op. cit.*, marg. 16.

35 BVerfGEE. 3, 52, 32, 199.

36 Véase W. Pauly/C. Pagel, *Bundeszwang in der föderalen Finanzordnung*, DÖV, 2004.

37 Véase H. Bauer, *op. cit.*, marg. 85.

38 Véase P. Schilling, *op. cit.*, p. 62, A. Hänel, *op. cit.*, p. 446.

39 Véase H. Bauer, *op. cit.*, marg. 10, W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 8 y M. Gubelt, *op. cit.*, marg. 6.

40 Véase R. Sannwald, «Art. 37» en B. Schmidt-Bleibtreu y F. Klein (edits.), *GG: Kommentar zum Grundgesetz*, ed. Carl Heymanns, Köln, 2014, marg. 7, H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 49.

41 Véase H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 85.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

gobierno o del Bundestag o a los acuerdos suscritos entre los Estados federados entre sí y entre éstos y la Federación[42].

Alguna consideración en la doctrina ha merecido la cuestión de si el incumplimiento de las decisiones del TCF por los Estados puede legitimar el ejercicio del poder de coerción del art. 37,1 LF. En particular, si las resoluciones del TCF pueden ser también fuente de obligaciones federales. Quienes han abordado esta cuestión, han entendido que las resoluciones del TCF no imponen de forma autónoma ninguna obligación federal en los términos del art. 37,1 LF, sino que se limitan a «declarar» jurisdiccionalmente la infracción de las previstas en la LF[43]. Por el contario, se ha reconocido que las sentencias ejecutivas que imponen una obligación federal autónoma sí podrían legitimar el uso de la coerción[44].

4. El concepto de obligaciones federales y el principio de lealtad federal

Otro de los elementos identificativos de la construcción teórica de la coerción federal en la LF ha sido su indisoluble relación con el principio de lealtad federal. La lealtad federal se ha considerado tradicionalmente en el sistema descentralizado alemán como un principio de derecho constitucional no escrito fuente de obligaciones y de prohibiciones que se dirigen a los miembros del sistema descentralizado a fin de reforzar la unidad de la que forman parte. Ha habido acuerdo en la doctrina en considerar al principio de lealtad federal como fuente de obligaciones federales en los términos dispuestos en el art. 37,1 LF[45]. Lo cierto es que esta conclusión ya fue generalmente admitida durante la vigencia del Acta Final de Viena de 1820[46], de la Constitución Imperial de 1871[47] y también de la Constitución de Weimar de 1919[48]. Particularmente, se ha señalado que el poder de coerción responde frente actividades desleales con la unidad del sistema, como la rebelión o la secesión[49].

A pesar de que la relación entre el poder de coerción y el principio de lealtad federal ha sido una característica común a las categorías de la RE y de la BZ, ha sido, sin embargo, durante la vigencia de la LF donde la lealtad ha recibido un más detenido tratamiento, constituyendo una de sus características diferenciales. Probablemente por ello, el debate académico se ha detenido en el estudio de un particular problema, en el que no ha incidido lo suficiente la teoría de la RE. A pesar

42 Véase T. Maunz, *op. cit.*, marg. 18 y 20, H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 49, R. Sannwald, *op. cit.*, marg. 7, M. Gubelt, *op. cit.*, marg. 5, W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 8, H. Bauer, *op. cit.*, marg. 9.

43 Véase T. Maunz, *op. cit.*, marg. 18, H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 50, K. Stern, *op. cit.*, p. 715.

44 Véase H. Bauer, *op. cit.*, marg. 10.

45 Véase W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 8, K. Stern, *op. cit.*, I, p. 715.

46 Véase E.-R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte, vol. I, op. cit.*, p. 635.

47 Véase H. Triepel, *op. cit.*, p. 676.

48 Véase G. Anschütz, *op. cit.,* p. 378.

49 Véase H. Triepel, *op.cit.*, p. 677.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de que la doctrina actual ha admitido que las obligaciones federales a las que se refiere el art. 37,1 LF no tienen por qué encontrarse expresamente plasmadas en la LF o en las leyes federales, «sino que pueden ser deducidas a través de la interpretación»[50] —argumento ya utilizado en la teoría de la RE para interpretar el supuesto del poder de coerción—[51], ha suscitado algún problema que el principio de lealtad federal pueda convertirse verdaderamente en fuente de obligaciones federales[52]. Ello se debe a que, como se ha visto, se haya excluido mayoritariamente al derecho consuetudinario y al derecho constitucional no escrito como criterios para poder definir tales obligaciones[53]; una naturaleza que, sin embargo, se le ha llegado a atribuir a la lealtad federal en el debate académico[54].

Las dificultades expuestas han llevado a la doctrina a admitir en el supuesto de hecho del poder de coerción del art. 37,1 LF un principio de lealtad federal dotado solo de naturaleza accesoria[55]. Esto es, un principio no destinado a crear nuevas obligaciones federales entre los sujetos del Estado federal. Se trataría más bien de un principio llamado a reinterpretar las obligaciones federales ya previstas en la LF o en otras leyes federales en un sentido favorable a la eficacia del principio federal[56]. Una concepción del principio de lealtad que ha venido a manejar el propio TCF en la BVerfGE. 13, 54: «El principio de lealtad federal…constituye o limita derechos y obligaciones dentro de una relación jurídica preexistente entre el Bund y los Länder… no fundamenta autónomamente ninguna relación jurídica entre ellos».

5. Los sujetos, los órganos y las conductas infractoras de las obligaciones federales

La delimitación del concepto de obligación federal a partir del principio federal en el art. 37,1 LF ha servido en la doctrina para definir a) los sujetos relacionados por las obligaciones federales, b) los órganos de los Estados y c) las conductas susceptibles de infringirlas. En lo relativo, en primer lugar, a los sujetos relacionados por las obligaciones federales, si como ha señalado el propio TCF, los miembros del sistema descentralizado reconducidos a la unidad por el principio federal son la Federación y los diferentes Estados, se consideran fundamentalmente obligaciones federales en los términos del art. 37,1 LF las que relacionan,

50 Véase M. Gubelt, *op. cit.*, marg. 6.
51 Véase A. Hänel, *op. cit.,* p. 446, G. Anschütz, *op. cit.*, p. 378.
52 Véase H. Bauer, *op. cit.*, marg. 9.
53 Véase H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 49 y R. Sannwald, *op.cit.*, p. 7.
54 Véase sobre la naturaleza del principio de lealtad federal H. Bauer, *Die Bundestreue. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundestaatsrechts und zur Rechstverhältnislehre*, ed. JCB Mohr, Tübingen, 1992, p. 4 y 5.
55 Véase H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 49.
56 Véase H. Bauer, *Die Bundestreue, op. cit.*, p. 175 y ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

entre sí, a dichos sujetos[57]. Por tanto, queda comprendida en el supuesto de hecho del poder de coerción del art. 37,1 LF la infracción de las obligaciones debidas por los Länder frente a la Federación como frente a otros Länder. La doctrina ha excluido mayoritariamente que puedan quedar comprendidas en el concepto de obligaciones federales las debidas por los Länder frente a sus ciudadanos y frente a Estados extranjeros[58].

En segundo lugar, la comentada delimitación del concepto de obligación federal a partir del principio federal ha traído como consecuencia la identificación de los órganos de los Estados de los que puede proceder la infracción de las obligaciones federales como supuesto de hecho del poder de coerción. Como se ha mantenido en la doctrina, el incumplimiento al que se refiere el art. 37,1 LF ha de proceder de los órganos superiores de los Estados, ya que son las conductas de estos órganos las que presentan mayor idoneidad para poner en peligro el funcionamiento del principio federal, objeto de tutela del art. 37,1 LF. De cualquier forma, se ha dejado unánimemente fuera de los órganos de los Estados susceptibles de legitimar el ejercicio del poder de coerción a los órganos judiciales[59], siguiendo también las conclusiones del debate académico de la RE[60]. La independencia judicial, entonces y ahora, se presenta como el argumento para defender tal resultado. En consecuencia, hay que afirmar que los gobiernos y los parlamentos de los Estados se erigen en los órganos susceptibles de incumplir las obligaciones federales a las que se refiere el art. 37,1 LF.

El debate doctrinal ha descartado, siguiendo también las conclusiones presentadas por la teoría de la RE, que las conductas de los sujetos individualmente considerados que integran los gobiernos territoriales o sus autoridades subordinadas (ministros o secretarios de Estado), o los miembros de los Parlamentos de los Länder puedan infringir las obligaciones federales y, en consecuencia, legitimen el ejercicio del poder de coerción. Tampoco las conductas procedentes de otras personas jurídico-públicas, como los municipios y los distritos. También quedan fuera de los sujetos que pueden desencadenar el ejercicio del poder de coerción del art. 37,1 LF los ciudadanos. Frente a ellos puede ser admisible la

57 Vease W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 8, R. Sannwald, *op. cit.*, marg. 8, M. Gubelt, *op. cit.*, marg. 5, H. Bauer, «Artikel 37», *op. cit.*, marg. 9.

58 Véase H. H Klein, *op. cit.*, marg. 45, T. Maunz, *op. cit.*, marg. 19, W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 8, H. Bauer, «Artikel 37», *op. cit.*, marg. 9, M. Gubelt, *op. cit.*, marg. 5. Por el el contrario, en la teoría de la RE se ha admitido que las obligaciones debidas frente a Estados extranjeros quedan amparadas en el concepto de obligaciones federales, véase P. Schilling, *op. cit.*, p. 59. Ha existido un parecer mayoritario en la teoría de la RE de que, como en la vigente de la LF, las obligaciones debidas frente a los ciudadanos no pueden legitimar el ejercicio del poder de coerción. Sin embargo, en este concreto aspecto, ha habido posiciones que han entendido que las conductas de los ciudadanos también son susceptibles de incumplir dichas obligaciones, admitiéndose que la coerción pueda ejercerse directamente contra ellos. Véase al respecto L. Von Rönne, *op. cit.*, p. 70 y R. Von Mohl, *op. cit.*, p. 159.

59 Véase H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 41, W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 7, M. Gubelt, *op. cit.*, marg. 3, H. Bauer, «Artikel 37», *op. cit.*, marg. 8.

60 Véase H. Triepel, *op. cit.*, p. 499.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

aplicación de otro tipo de medidas, como las previstas en la legislación penal, aunque no el ejercicio del poder de coerción[61].

La tercera de las consecuencias que se han derivado del concepto obligaciones federales del art. 37,1 LF atañe a las conductas de los Gobiernos y los Parlamentos susceptibles de generar su infracción. Existe acuerdo en la doctrina en señalar que la infracción de las obligaciones federales puede producirse por a) acciones u omisiones[62], b) incumplimientos totales o parciales, c) generados por dolo o culpa, e incluso por un incumplimiento erróneo[63]. En cualquier caso, el incumplimiento al que se refiere al art. 37,1 LF ha de ser efectivo, no pudiendo legitimar el ejercicio del poder de coerción la simple amenaza de que infracción pueda llegar a producirse[64]. Queda claro que el art. 37,1 LF, en el instrumentario de defensa de la Constitución, presenta una función represiva, no preventiva.

Si bien la definición del concepto «acciones» se ha circunscrito en la doctrina a las conductas procedentes directamente de los gobiernos y de los parlamentos de los Estados federados, la del término «omisiones» ha permitido que el ejercicio del poder de coerción pueda tener su origen en conductas de distintos órganos. Y es que, bajo el concepto omisiones, en el discurso de la coerción, se ha amparado una suerte de deber de vigilancia por parte del gobierno y de los parlamentos de los Estados como primeros vinculados, ya se ha visto, por las obligaciones federales a las que se refiere el art. 37,1 LF. Lo cierto es que en la BZ—como en la RE—se ha reconocido que pueden generar el ejercicio del poder de coerción las conductas de los ministros[65] o de los municipios y distritos, que no hayan sido debidamente corregidas o derogadas por los Gobiernos o los Parlamentos de los Estados[66], aunque siempre en el marco de sus propias competencias. Adoptada la diligencia debida en el ejercicio de este deber de corrección, así se ha apuntado, no cabría el ejercicio de la coerción[67].

Incluso se han apuntado similares resultados respecto de una obligación federal incumplida por el poder judicial de los Estados. Cuando una decisión judicial contravenga la LF u otras leyes federales y el Estado federado haya renunciado, a través de su potestad legislativa o incluso reglamentaria, a evitar en el futuro tal infracción, puede legitimarse el ejercicio del poder de coerción[68]. Como se puede apreciar, el concepto de imputación desempeña aquí un importante

61 Véase sobre estas cuestiones H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 42, W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 7, H. Bauer, «Artikel 37». *op. cit.*, marg. 8, M. Gubelt, *op. cit.*, marg. 3.

62 Véase W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 7, H. Bauer, «Artikel 37», *op. cit.*, marg. 9.

63 Véase M. Gubelt, *op. cit.*, marg. 7.

64 Véase T. Maunz, *op. cit.*, marg. 12, K. Stern, *op. cit.*, p. 715.

65 Véase M. Gubelt, *op. cit.*, p. 4.

66 Véase W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 7, M. Gubelt, *op. cit.*, p. 3, H. Bauer, «Artikel 37», *op. cit.*, marg. 8. Dicho deber general de inspección de los Länder sobre el resto de entidades territoriales ha sido señalada por la BVerfGE 8, 122 (137 ss.).

67 Véase H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 43.

68 Véase H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 41.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

papel en el supuesto de hecho del art. 37,1 LF. Lo relevante es que la infracción de la Constitución o de otras leyes federales sea imputable a los gobiernos y a los parlamentos de los Estados, aunque aquella infracción no traiga causa directamente en una conducta emanada de ellos.

6. El poder de coerción y el TCF. La constatación del incumplimiento de las obligaciones federales del art. 37,1 LF

Probablemente una de las cuestiones más relevantes que ha planteado el reconocimiento del poder de coerción en el seno del sistema descentralizado es cuál es la relación con la función que se atribuye a los órganos jurisdiccionales para enjuiciar las conductas de sus miembros contrarias a la Constitución. Este ha sido un tema central tanto en el desarrollo de la teoría de la RE y como en la de la BZ. La cuestión tiene pleno sentido si se tiene en cuenta que el poder de coerción confiere al órgano llamado a ejercerla un juicio de naturaleza *jurídica* sobre el incumplimiento de la Constitución (aunque también de la ley), lo que la hace a esta función a priori coincidente con la que se atribuye a los tribunales de justicia.

Aunque hasta el momento el TCF no ha tenido la ocasión de pronunciarse con detenimiento sobre el contenido del supuesto de hecho ni sobre las medidas que podría abarcar el ejercicio del poder de coerción —como resultado de la inaplicación práctica del art. 37,1 LF—, sí ha llegado a definir cuál es el modelo de relacionarse el poder de coerción y la función del TCF. En efecto, el TCF ha concebido la coerción como un *poder alternativo*, no subsidiario, a su función jurisdiccional. Cosa distinta es que el ejercicio de la coerción pueda ser sometido al control posterior del TCF por la vía del art. 93, I,3 LF, algo que se ha aceptado sin discusión en la doctrina[69]. Como ya había anticipado en su Sentencia *Weihnachtsgeld*, de 10 de diciembre de 1953, el TCF reconoció en la Sentencia 7, 367 —*Volksbefragung*—, de 27 de mayo de 1958: «*…si el Gobierno de la Federación, en particular, para el mantenimiento del orden constitucional desea ejercer el poder de coerción (art. 37,1) o provocar una decisión del Tribunal Constitucional en los términos del art. 93,1.2 LF, se somete a su decisión discrecional, no controlable por el Tribunal Constitucional*».

Este modelo de relacionarse el poder de coerción y la función de los tribunales de justicia no ha sido siempre asumido en la teoría de la RE. El constitucionalismo del siglo XIX obedece, desde luego, al modelo planteado por el TCF. Durante el periodo de la confederación, se ha reconocido una, así denominada, *ejecución independiente*, que permitía el ejercicio de ese poder desvinculado de una previa decisión jurisdiccional. Sin embargo, el fundamento de este modelo de

69 Véase W. ERBGUTH, *op. cit.*, marg. 5.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ejecución independiente durante la confederación hay que encontrarlo en las carencias de la justicia constitucional. A ella se atribuía la resolución de las controversias suscitadas en el interior de los Estados miembros y las generadas entre los diferentes Estados, pero no de los conflictos existentes entre los Länder y el Bund[70], cuyos intereses, recuérdese, eran objeto de tutela por el poder de coerción, como consecuencia de la identificación entre el Estado total y el Estado central[71].

El reconocimiento del poder de coerción al servicio de la garantía de la Constitución y de la unidad del sistema descentralizado tenía sentido para actuar allí donde la función judicial no podía llegar[72]. Algunos autores, sin embargo, durante la vigencia de la Constitución de 1871, consideraron al Bundesrath, como órgano competente para decidir sobre los conflictos entre Länder y el Reich (art. 75) y sobre la aplicación de la coerción (art. 19), no sin debates al respecto, como el *supremo órgano jurisdiccional del Reich*[73]. Sin embargo, la continuidad de este modelo de ejecución independiente —compatible con el que afirmó el TCF en el seno de la actual LF— fue ya puesto en tela de juicio por el debate académico durante la vigencia de la Constitución de Weimar de 1919. Y ello sobre la base de lo dispuesto en su art. 19, que atribuía al Staatsgerichtshof la competencia para resolver, entre otras, las competencias que se suscitaran entre los Länder y el Reich.

En el debate académico se suscitó, entonces, la cuestión de si el poder de coerción atribuido al Presidente del Reich en el art. 48,1 LF podía seguir respondiendo al modelo de ejecución independiente propio de la confederación. Desde algunas posiciones se trató de encontrar un espacio autónomo al ejercicio de la coerción, si bien ampliamente limitado por la labor del Staatsgerichtshof, ahora competente para resolver las contradicciones de la Constitución por parte de los Länder, que definía el supuesto de hecho del poder de coerción del art. 48,1. Y así, se afirmó que: «la constatación de si, en el caso concreto, se satisface el supuesto de la Reichsexekution (…) corresponde al Presidente del Reich, en tanto tal constatación no sea atribuida mediante una disposición de la Constitución o de una ley del Reich a otra instancia—por ejemplo, al Gobierno como órgano inspector (art. 15)…, al Staatsgerichtshof en el caso de conflictos entre el Reich y los Länder (art. 19)»[74].

Otras posiciones, por el contrario, negaron que el poder de coerción del art. 48,1 LF pudiera responder a un modelo de ejecución independiente, y lo subordinaron a la previa actuación del Staatsgerichthf. Mantuvieron que allí

70 Véase E.-R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte, vol. I, op. cit.,* p. 620 y 621.

71 Véase E.-R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, vol. III, *op. cit.*, p. 792.

72 Véase E.-R. Huber, «Bundesexekution und Bundesintervention…», *op. cit.*, p. 1.

73 Véase al respecto P. Schilling, *op. cit.*, p. 78. También a favor de dicha posición R. Von Mohl, *op. cit.*, p. 272 y ss. Contrario a dicha posición M. Von Seydl, *op. cit.*, p. 38.

74 G. Anschütz, *op. cit.*, p. 378.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

donde existe un órgano jurisdiccional encargado de enjuiciar la adecuación de la labor de los Länder a la Constitución, la Reichs-*exekution* del art. 48,1 de la Constitución de 1919 solo podía concebirse como *ejecución* de la decisión judicial del Staatsgerichtshof[75]. Y así, se mantuvo que el Presidente del Reich podía incluso derogar las leyes de los Länder, incluso del propio Reich, en el caso de que hubiese declarado su inconstitucionalidad aquel órgano jurisdiccional[76]. Sin embargo, la posibilidad de que en ejercicio del poder de coerción pudieran derogarse, en concreto, leyes del Reich fue refutada ampliamente por la doctrina[77]. Esta tesis favorable a un modelo de *ejecución dependiente* fue también fundamentada desde la teoría del Estado descentralizado.

En la literatura se defendió la tesis de que frente al modelo de la confederación, vinculado a procedimientos (más difusos) de constatación de la infracción normativa, propios del derecho internacional, en un modelo de Estado federal como el reconocido en la Constitución de Weimar, constituye una garantía del mismo que el juicio acerca de la infracción de las normas que lo organizan se encuentre centralizado y sometido a requisitos de objetividad propios de los tribunales de justicia[78]. Por ello, en un Estado federal un poder de coerción como el que se reconocía en el art. 48,1 solo podría materializarse en una ejecución de las decisiones judiciales; construcción teórica que la literatura quería ver reflejada en el propio art. 19 del texto constitucional, que afirmaba: «el Presidente del Reich ejecuta la decisión del Staatsgerichtshof».

El debate académico que ha sido descrito permite reflejar el tránsito del modelo de ejecución independiente hacia un modelo de ejecución dependiente en el sistema descentralizado como consecuencia 1) de la atribución a los tribunales de justicia de la competencia para enjuiciar las infracciones de la Constitución y 2) de la conversión de un sistema confederal en otro ya federalizado. Estas consideraciones no han encontrado, sin embargo, el debido detenimiento en la doctrina de la BZ y han sido zanjadas, como se ha visto, por el TCF, concibiendo al art. 37,1 LF como un poder alternativo a la jurisdicción constitucional, propio del modelo de la confederación. Con todo, habría de repararse en una ulterior cuestión. El debate académico ha reconocido de forma unánime

75 Véase H. Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern. Beitrage zur Auslegung des Artikels 19 der Weimarer Reichsverfassung, Wissentschäftliche Buchgesellschaft, Darmstadt (Sonderausgabe), 1965, p. 111 y F. W. Jerusalem, Die Staatsgerichtsbarkeit, JCB Mohr, Tübingen, 1930, p. 175 y ss.

76 Véase H. Triepel, *op. ult. cit.*, p. 111.

77 Véase, entre otros, E. Friesenhahn, «98. Die Staatsgerichtsbarkeit» en R. Thoma y G. Anschütz, *op. cit.*, p. 545.

78 Véase H. Kelsen, «Die Bundesexekution», *op. cit.*, p. 164, 165, H. Kelsen, «Verfassungs und Verwaltungsgerichtbarkeit im Dienste des Bundestaates nach der neuen österreichischen Verfassung vom 1 Oktober 1920», Zeitschrift für schweizerisches Recht, n.º 52, 1923-1924, p. 126-161. Como más adelante se analizará, este autor llegó a plantearse si la participación de diferentes órganos en el procedimiento de la coerción, en particular del Jefe del Estado y de un Bundesrat representativo de los intereses de los miembros del Estado descentralizado podía llegar a garantizar una «cierta imparcialidad» parangonable con la que garantiza el ejercicio de la función jurisdiccional, cfr. H. Kelsen, Die Bundesexekution», *op. cit.*, p. 167 y ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que el art. 37,1 LF reconoce un poder extraordinario y una *ultima ratio* en favor de la garantía del principio federal del art. 20,1 LF[79]. Siendo esto así, habría que plantearse de qué manera esa última ratio puede ser compatible con la concepción del art. 37,1 LF como un poder alternativo y no subsidiario a la jurisdicción constitucional.

III. LAS MEDIDAS DE COERCIÓN FEDERAL EN GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE UNIDAD DEL SISTEMA DESCENTRALIZADO

1. La indefinición de las medidas de coerción federal del art. 37,1 LF en el contexto del constitucionalismo histórico

Quizás uno de los problemas más relevantes a los que se ha enfrentado la teoría de la BZ haya sido definir qué tipo de medidas podría amparar el ejercicio del poder de coerción frente a los Estados federados. El art. 37,1 LF, de manera harto genérica, establece que el Gobierno de la Federación, con la autorización del Bundesrat, «podrá adoptar las medidas necesarias para obligar al Land al cumplimiento de sus obligaciones a través de la coerción federal». Esta indefinición de las medidas de coerción en la LF ha seguido también la tradición de la RE en los textos constitucionales históricos que, con carácter general, también renunciaron a definir las medidas del poder de coerción en el sistema descentralizado. Una indefinición que ha generado en el debate académico importantes controversias doctrinales.

El art. 19 de la Constitución de 1871, de forma similar al vigente art. 37,1 LF, ya establecía que cuando los miembros del Bund no cumpliesen con las obligaciones federales previstas en la Constitución «podrán ser contenidos a través de la ejecución», sin alusión alguna a las medidas que podría amparar. También esa indeterminación de los medios de coerción en el sistema descentralizado se apreció en el art. 48,1 de la Constitución de 1919, a pesar de que en su enunciado se previese que el incumplimiento de las obligaciones por los *Länder* podría incluso «ser contenido con ayuda de la fuerza armada». Los comentaristas de la Constitución de Weimar acabarían reconociendo de forma unánime que el recurso a la fuerza armada era solo uno de los mecanismos coactivos posibles y no excluía otros no previstos expresamente en el art. 48,1 CW[80].

Para mantener esto, fue frecuente recurrir al argumento *a maiori ad minus*, que había ejercido en la literatura un decisivo protagonismo en la interpretación del poder de coerción durante la vigencia de la Constitución de 1871[81]. En su

79 Véase, entre muchos otros, H. Bauer, «Artikel 37», *op. cit.,* marg. 12 y M. Gubelt, *op. cit.,* p. 1.

80 Véase al respecto E.-R. Huber, *Bundesverfassungsgeschichte, vol. VI, op. cit.*, p. 741 ss., F. Shirvani, *op. cit.*, p. 102, 103.

81 Véase H. Triepel, «Die Reichsaufsicht…», *op. cit.*, p. 679.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

esencia, tal argumento doctrinal reconocía que quien puede lo más, puede lo menos, algo que sirvió para reconocer que la consustancial identificación entre la coerción y la fuerza armada propia de sus orígenes —que seguía siendo asumida naturalmente por parte del debate académico—[82] no podía excluir otros institutos coactivos menos intensos[83]. En estos mismos términos, también durante la vigencia de la Constitución de 1919 se señaló que la expresa previsión de la fuerza armada en el art. 48,1 obedecía solo a la pretensión constitucional de definir el máximo grado de coerción posible frente a los Länder y no excluía otros mecanismos menos coercitivos frente a ellos[84].

La labor del debate académico desarrollado al amparo de estos documentos constitucionales se centró entonces en tratar de definir cuáles podrían ser esos otros mecanismos coercitivos. Y lo cierto es que, en vez de ser deducidos a partir de una concreta teoría de la Constitución y del sistema descentralizado —lo que se intentó realizar desde escasas posiciones—[85] de forma mayoritaria se siguió recurriendo a soluciones propias de documentos constitucionales históricos. En aras de definir cuáles podrían ser los medios de coerción, el debate de la RE recurrió con gran frecuencia al art. 19 de la Constitución de la Confederación del Norte de 1867. Tal disposición, que había aludido por primera vez en el constitucionalismo histórico a los mecanismos de coerción, establecía que: «la *Reichsexekution*: a) es acordada y dirigida en asuntos militares, en caso de peligro inminente, por el comandante en jefe del ejército, b) en el resto de casos, es decidida por el *Bundesrat* y ejecutada por aquél. La ejecución puede extenderse a la sequestratio del Land y su poder de gobierno».

A partir de dicha disposición, la *sequestratio* del poder del Land fue asumida en el debate académico, junto al tradicional uso de la fuerza armada —ubicada en los orígenes de la RE—, como un mecanismo coercitivo clásico en el sistema descentralizado[86]. A estos se unieron otro tipo de institutos, como la impartición de instrucciones, el nombramiento de comisarios o la deposición de autoridades, cuya relación con aquellos principales mecanismos coactivos se analizará más adelante[87]. Lo cierto es que, con la salvedad de la fuerza armada —mecanismo coercitivo que estuvo vigente en la historia del sistema descentralizado hasta la Constitución de 1919—, la literatura actual ha aceptado para la interpretación del art. 37 LF, con algunos matices, las conclusiones presentadas por el debate de la RE. Seguidamente se estudiará en qué términos.

82 Sobre estas posiciones véase G. Jellinek, *op. cit.*, p. 295 y 296, G. Meyer, *op. cit.*, p. 644, M. V. Seydl, *op. cit.*, p. 137 y ss.

83 Véase ejemplificativamente en la doctrina A. Hänel, *op. cit.*, p. 449-450.

84 Véase G. Anschütz, *op. cit.*, p. 379.

85 Véase respectivamente H. Triepel, «Die Reichsaufsicht…», *op. cit.*, p. 677 y ss., H. Kelsen, «Die Bundesexekution…», *op. cit.*, p. 160.

86 Véase A. Hänel, *op. cit.*, p. 452, P. Zörn, *Das deutsche Staatsrecht*, *vol I,* F. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1895, p. 140.

87 Véase L. V. Rönne, *op. cit.*, p. 72, H. Triepel, «Die Reichsaufsicht…», *op. cit.*, p. 682 y 683.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2. La indefinición constitucional de las medidas de coerción federal y el principio de proporcionalidad

El debate académico ha atribuido a la indefinición de los mecanismos de coerción federal en el vigente art. 37 LF una doble función. De un lado, permitir que puedan llegar a adoptarse todos los medios fácticos y jurídicos, en tanto la Constitución expresamente no los excluya, destinados a garantizar el cumplimiento de las obligaciones que han sido infringidas por los Estados federados. De otro, reconocer un cierto margen de flexibilidad a la Federación para decidir *ad casum* sobre tales mecanismos, no quedando vinculada por los medios coactivos que hubiesen sido empleados anteriormente para supuestos, incluso, similares[88].

El art. 37,1 LF, sin embargo, sí ha introducido en su enunciado una novedad respecto de los principales documentos constitucionales históricos, al aludir a que las medidas que legitima el ejercicio del poder de coerción han de ser *necesarias* para garantizar el cumplimiento de las obligaciones infringidas, una exigencia recogida en el Acta Final de Viena de 1820. De cualquier forma, hay que reconocer que, a pesar del silencio de los textos constitucionales posteriores, la literatura siempre ha acabado por reconocer el requisito de la necesidad como límite a las medidas amparables por el poder de coerción en el sistema descentralizado[89]. Necesidad que ha sido vinculada específicamente en el seno de la LF con el principio de proporcionalidad.

En efecto, ha sido un parecer común en la doctrina entender plasmado en el art. 37,1 LF un principio de proporcionalidad que se materializaría en tres exigencias: a) la *idoneidad* de las medidas a adoptar por parte de la Federación, en el sentido de que han de ser adecuadas para solventar la infracción de las obligaciones federales por los Estados, b) la *necesidad*, expresamente plasmada en su enunciado, y que exigiría a la Federación adoptar las medidas menos lesivas para conseguir dicha finalidad y c) la *proporcionalidad en sentido estricto*, que impondría a la Federación no causar más daño que aquel que se trata de solventar[90]. Sin embargo, desde algún sector doctrinal minoritario se ha llegado a poner en tela de juicio que el principio de proporcionalidad pueda ser considerado un límite a la aplicación del poder de coerción del art. 37,1 LF.

Se ha tratado de defender que el principio de proporcionalidad solo cabe ser aplicado al ámbito de los derechos fundamentales y que los límites al ejercicio del

88 Véase H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 82.

89 Para la Constitución Imperial de 1871, cfr. H. Triepel, «Die Reichsaufsicht…», *op. cit.*, p. 679, A. Hänel, *op. cit.*, p. 452. En lo que se refiere a la Constitución de Weimar de 1919, véase F. GIESE, *Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919. Taschenausgabe für Studium und Praxis*, ed. Betriebswirtschaftlicher, Wiesbaden, 1925, p. 165.

90 Véase T. Maunz, *op. cit.*, marg. 55, W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 11, M. Gubelt, *op.cit.*, marg. 15, K. Stern, *op. cit.*, p. 717.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

poder de coerción federal solo podrían derivar del principio de lealtad federal[91]. En apoyo de esta tesis se ha esgrimido una cierta jurisprudencia del TCF vertida en la BVerfGE 81, 310: «Junto a la obligación de lealtad federal no existen otros principios de los que puedan derivarse límites para el ejercicio competencial en las [...] concretas relaciones Federación-Estados miembros. Los límites derivados del principio de Estado de derecho para las intervenciones del Estado en la esfera de libertad de los individuos no es aplicable a las relaciones competenciales Federación-Estados miembros. Esto vale especialmente para el principio de proporcionalidad, al que le corresponde una función defensiva de los derechos individuales y del ámbito de las libertades (cfr. BVerfGE 79, 311 [341]). Las ideas vinculadas con ello contenidas en las categorías de esfera de libertad e intervención no pueden ser aplicadas ni específicamente sobre un determinado ámbito material de una relación de concurrencia entre la Federación y el Estado ni, más en general, a una limitación del ejercicio de competencias».

Lo cierto es que esta construcción doctrinal, aunque minoritaria, permitiría, sin embargo, dotar a la coerción federal un sentido teórico vinculado directamente al principio de lealtad federal, a la que siempre se ha encontrado unido en la historia del sistema territorialmente descentralizado alemán. Si la coerción, como se ha visto, se ha concebido como un mecanismo al servicio del cumplimiento del principio de lealtad al sistema descentralizado, definiendo su supuesto de hecho[92], podría tener sentido también interpretar a partir de aquél también el contenido y los límites del poder de coerción. En estos términos parece haberse expresado el TCF, como se acaba de exponer.

3. Los mecanismos de coerción indirecta. La impartición de instrucciones y las medidas de presión financiera

Como se puso de manifiesto al comienzo de estas páginas, la denominada coerción indirecta engloba las medidas adoptadas por el Estado central frente a las entidades descentralizadas mediante las que se pretende forzar el cumplimiento (por parte de éstas) de las obligaciones federales que han sido infringidas. Históricamente fue la ocupación del territorio por parte del ejército la más intensa medida de coerción indirecta que podía adoptar el Estado central sobre el resto de miembros del sistema descentralizado[93]. Como se ha señalado, la coerción psíquica que genera la ocupación militar del territorio y la subsiguiente amenaza de la guerra tenía como propósito forzar el cumplimiento de las obliga-

91 Véase H. Bauer, «Artikel 37», *op. cit.*, marg. 12, *Die Bundestreue*, *op. cit.*, p. 242.

92 Véase para la Constitución de 1871, donde la literatura trabó una relación entre coerción, lealtad y secesión, H. Triepel, *Die Reichsaufsicht..., op. cit.*, p. 676 y 677. Véase para la Constitución de Weimar, G. Anschütz, *op. cit.*, p. 378.

93 Véase A. Hänel, *op. cit.*, p. 449-450, P. Schilling, *op. cit.*, p. 70 ss. y G. Meyer, *op. cit.*, p. 644.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ciones por parte de los territorios[94]. «La denegación de la obediencia puede ser obligada en caso necesario con la aplicación de la fuerza militar»[95].

El binomio ocupación del territorio (coerción indirecta) — recurso a la guerra (coerción directa) fue característico del modelo de coerción de la confederación del siglo XIX[96] y del todo compatible con los mecanismos coactivos reconocidos por el derecho internacional, sobre el que se construyó tal modelo de descentralización territorial[97]. A pesar de la paulatina introducción de elementos federalizantes en el modelo territorial —lo que propició que la doctrina desarrollara de forma paralela otro tipo de mecanismos de coerción llamados a ejercer su función—[98], lo cierto es que la RE nunca pudo desvincularse del todo de la fuerza armada como mecanismo coactivo en el sistema descentralizado. Éste estaría vigente hasta la Constitución de Weimar de 1919[99].

La actual teoría de la BZ ha negado unánimemente que la ocupación militar del territorio y el posterior uso de la fuerza armada puedan considerarse mecanismos coercitivos admitidos por el art. 37,1 LF[100]. En la vigente LF, han sustituido a la ocupación militar del territorio como clásico instituto de coerción indirecta otros que, con mayor o menor intensidad, ejercen también la función de forzar el cumplimiento de las obligaciones infringidas por las entidades descentralizadas[101]. El primero de los mecanismos de coerción indirecta admitidos en el seno de la LF ha sido la impartición de instrucciones dirigidas a los órganos superiores

94 Véase M. V. Seydl, *op. cit.*, p. 137, H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre,* ed. Max Gehlen, Berlin, 1966, p. 211 y s. Algún sector de la doctrina de la RE ha denominado esta coerción como militar. Véase P. Schilling, *op. cit.*, p. 72, 75 y ss.

95 Véase L. Von Rönne, *op. cit.*, p. 72.

96 Véase G. Jellinek, *op. cit.*, p. 295 y 296.

97 Véase H. Kelsen, «Die Bundesexekution…», *op. cit.*, p. 160, p. 248 y s.

98 Cfr. A. Hänel, *op. cit.*, p. 450 y ss. y H. Triepel, «Die Reichsaufsicht…», *op. cit.*, p. 680 y ss. Entre estos autores, sin embargo, existen diferencias a la hora de fundamentar la existencia de este otro tipo de mecanismos de coerción en el seno de la Constitución de 1871, donde aún parte de la doctrina identificaba coerción con el uso de la fuerza armada. Y así, para Hänel, la sequestratio del poder del *Land*, lo que se materializó en el uso de medidas de sustitución, cabía identificarlo implícitamente en el propio art. 19 de la Constitución, recurriendo, como se puso de manifiesto con anterioridad, a la sequestratio que había sido reconocida expresamente en el art. 19 de la Constitución de la Confederación del Norte de 1849, véase A. Hänel, *op. cit.*, p. 452. Para Triepel, sin embargo, en el art. 19 de la Constitución de 1871 solo se encontraría la coerción militar. La sequestratio del poder del Land y las medidas de sustitución que ampararía se deduciría del argumento de que el Reich no tiene solo las competencias que la Constitución le reconoce sino otros medios que sirven al mismo fin (teoría a maiori ad minus), véase *op. cit.*, p. 678.

99 La doctrina, sin embargo, trató de diferenciar la guerra, como mecanismo coactivo propio de la confederación, con la intervención armada prevista en el art. 48,1. Ya en la Constitución de 1871, véase M. Von Seydl, *op. cit.,* p. 137. Durante la vigencia de la Constitución de Weimar, véase G. Anschütz, *op. cit.*, p. 676 y F. Giese, *op. cit.*, p. 165.

100 Véase W. Erbguth, *op.cit.*, marg. 13, M. Gubelt, *op. cit.*, p. 14, 22, F. Shirvani, *op. cit.*, p. 102, 120.

101 Además, a diferencia del anterior, la coerción sobre los Länder no se produce por la amenaza al recurso a la guerra, sino por la posibilidad de proceder directamente por la Federación a un cumplimiento sustitutivo de las obligaciones, que abarca un conjunto de medidas de carácter normativo e institucional (la sequestratio). La sustitución de la guerra por este otro tipo de medidas ha sido el resultado de la cristalización del Estado federal.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de los *Länder*, institutos coercitivos que ya fueron admitidos en la doctrina en el siglo XIX[102].

La impartición de instrucciones tiene como función señalar cuáles son obligaciones que han sido infringidas y cómo proceder a su complimiento, dando la posibilidad al propio Land a que proceda «voluntariamente» al mismo[103]. El gobierno de la federación puede llevar a cabo esta función directamente o a través de comisarios designados a tal efecto, una figura que también puede considerarse clásica de la teoría de la RE[104]. La doctrina ha señalado que las instrucciones, como mecanismos de coerción indirecta, no pueden identificarse con las que se prevén en el art. 37,2 LF, en el que se dispone: «para la ejecución de las medidas federales coactivas, el Gobierno Federal o su representante tiene el derecho de impartir instrucciones a todos los Estados y a sus autoridades». Las instrucciones a las que se refiere el art. 37,2 LF se conciben, más bien, como medidas complementarias destinadas a ejecutar los mecanismos de coerción directa, como se verá más adelante.

Las instrucciones, como mecanismos de coerción indirecta del art. 37,1 LF, ejercen la misma función que las previstas en los arts. 84 y 85 LF en el marco del procedimiento de inspección reconocido a la Federación (*Bundesaufsicht*) para el supuesto de ejecución de las leyes federales por parte de los Länder. Ya sea como competencia propia de éstos (art. 84) o por delegación de la Federación (art. 85). En estos casos, si la Federación aprecia deficiencias en la ejecución, puede impartir instrucciones (84,5 y 85,3 LF) para garantizar el adecuado cumplimiento de las leyes de la Federación. La doctrina ha señalado, sin embargo, que las instrucciones que cabe encuadrar en el art. 37,1 LF como mecanismos de coerción indirecta no se limitan, sin embargo, a los supuestos de los arts. 84 y 85 LF, sino que poseen alcance general, pudiendo señalar y proponer la corrección de cualquier clase de incumplimiento de las obligaciones federales de los Länder[105].

En la teoría de la BZ quizás represente mayor interés el segundo de los mecanismos que cabe encuadrar en la denominada coerción indirecta: la posibilidad de que la Federación pueda forzar el cumplimiento de las obligaciones que han sido infringidas por parte de los Estados federados denegando ciertas prestaciones debidas a ellos. Es en este plano donde encuentran cobertura las medidas de presión financiera —que ya fueron reconocidas durante la vigencia de la Constitución de Weimar de 1919—[106] como la retención de partidas

102 Véase H. Triepel, «Die Reichsaufsicht…», *op. cit.*, p. 683 y L. V. Rönne, *op. cit.*, p. 72.

103 Véase H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 84.

104 Véase L. Von Rönne, *op. cit.*, p. 72: El Reich puede «nombrar y enviar comisarios y dotarles de instrucciones, así como poder ser comunicadas todas las órdenes e instrucciones a las autoridades de los Länder a través de los comisarios del Reich, con el fin de provocar el cumplimiento de la obligación federal, también especialmente instrucciones a las autoridades administrativas…»

105 Véase T. Maunz, *op. cit.*, marg. 5, M. Gubelt, *op. cit.*, marg. 2 y H. Bauer, «Artikel 37», *op. cit.,* marg. 12.

106 Véase G. Anschütz, *op. cit.*, p. 379 y ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

presupuestarias a las que se refiere concretamente el art. 104 a) y b) LF[107]. A primera vista pudiera suscitar ciertas dudas la posibilidad de incluir estas medidas de presión entre los mecanismos de coerción federal del art. 37,1 LF, si se entendiera que tales medidas se encuentran entre las facultades ordinarias de las que dispone la Federación.

Sin embargo, es aquí donde la particular concepción de las relaciones en el Estado federal alemán presenta perfiles propios. El TCF ha afirmado que del principio de lealtad, que rige, como se ha visto, las relaciones entre la Federación y los Länder, se deriva que ninguno de los miembros del Estado federal puede alegar el incumplimiento de las obligaciones por alguno de ellos para infringir un deber propio (BVerfGE. 8, 122 (140))[108]. Por tanto, un simple incumplimiento de las obligaciones de los Estados federados, que no satisfaga el supuesto de hecho del art. 37,1 LF, no puede autorizar a la Federación a no cumplir las obligaciones financieras que se prevén en el art. 104 LF. Es, en consecuencia, la infracción a la que se refiere el art. 37,1 LF, idónea para poder poner en peligro el funcionamiento del principio de unidad y el mecanismo extraordinario previsto en tal disposición como último recurso, la que puede legitimar el incumplimiento de las obligaciones por parte del Estado central. De ahí que las medidas de presión financiera solo quepan en el contexto de aplicación del art. 37 LF.

4. Los mecanismos de coerción federal directa. La sequestratio del poder del Land

El empleo, sin éxito, de los aludidos mecanismos de coerción indirecta, legitima el empleo de los mecanismos de coerción directa por parte de la Federación[109]. La *sequestratio* del poder del Land ha sustituido en la vigente LF al empleo de la fuerza armada de la confederación como último mecanismo coercitivo. Como se había afirmado en la doctrina de la RE: «La ejecución se caracteriza por una actuación con la fuerza militar contra el Estado correspondiente»[110]. A través de la *sequestratio*, la Federación procede a un «secuestro» del poder del Land incumplidor pasando a ejercer las competencias que han sido atribuidas a éstos con la finalidad de garantizar las obligaciones infringidas[111]. En el debate académico se ha admitido una doble vertiente de la *sequestratio*, una normativa y otra institucional.

107 Véase W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 12, M. Gubelt, *op. cit.*, marg. 14, R. Sannwald, *op. cit.*, marg. 13, H. Bauer, «Artikel 37», *op. cit.*, marg. 13.

108 Véase al respecto en la doctrina H. Bauer, *Die Bundestreue, op. cit.*, p. 337 y ss.

109 También denominada en la teoría de la RE como ejecución civil, por oposición a la militar, que conformaba el núcleo de los mecanismos de coerción indirecta, cfr. P. Schilling, *op. cit.*, p. 72, 75 y ss.

110 Véase G. Meyer, *op. cit.,* p. 644.

111 Véase R. Sannwald, *op. cit.,* marg. 13.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En el plano normativo, se ha admitido mayoritariamente que la Federación, en aplicación del art. 37,1 LF, puede ejercer las competencias legislativas, reglamentarias y ejecutivas de los Länder, una consecuencia que ya fue admitida por la doctrina durante la vigencia de las Constituciones de 1871 y de 1919[112]. En caso de acordarse estas medidas de sustitución normativa, la doctrina ha admitido que pueden ser adoptadas por el propio gobierno de la Federación o por un tercero designado por él: un comisario con poder general o especial, por un órgano del propio *Land* o incluso de otro Estado federado[113]. También se ha admitido que la sequestratio puede ser total o parcial del poder del Land, asumiendo la Federación todas o parte de las competencias atribuidas a aquél[114].

Idénticamente, ha habido acuerdo en el momento en fijar los límites a las competencias de los Länder que pueden ser secuestradas en aplicación del art. 37,1 LF. Se ha admitido que el poder de coerción no puede autorizar la *sequestratio* del poder constituyente propio de los sujetos descentralizados[115], a pesar de que durante la época de la confederación del siglo XIX se llegó a autorizar la derogación de parte de sus Constituciones[116]. Tampoco cabe en la vigente LF, siguiendo aquí la tradición de la RE, la *sequestratio* del poder judicial de los Länder, por la garantía de independencia consagrada en los arts. 20,3 y 97,1 LF[117]. Tampoco la suspensión del derecho de voto en el Bundesrat, al ser también «expresión directa de su estatalidad»[118]. Idénticamente, se ha admitido que la sequestratio del poder normativo no puede ser definitiva, que conlleve una liquidación del Land, por lo previsto en el art. 79,3 LF, que declara intangible la división del territorio federal en Länder, y por el art. 29 LF, que somete la reorganización del territorio federal a un procedimiento específico. Por ello, solo cabe una sequestratio de carácter temporal[119].

En lo que se refiere al contenido de la *sequestratio* normativa del poder del Land, ha existido acuerdo en la doctrina al considerar que aquélla se identifica con un poder normativo de sustitución de las omisiones de los Estados. En efecto, la mayoría de los comentarios a la LF han aludido expresamente a una «actuación sustitutiva de las omisiones por órganos del Bund o de un tercero», en el marco de una «asunción leal y temporal del poder legislativo y ejecutivo»[120]. Lo cierto es que esta cuestión presenta algún matiz respecto a la RE. En ésta, la *sequestratio*

112 Véase respectivamente A. Hänel, *op. cit.*, p. 450 y G. Anschütz, *op. cit.,* p. 377.

113 Véase W. Erbguth, *op. cit.,* marg. 12.

114 Véase H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 86.

115 Véase H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 98.

116 Véase E.-R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte, vol. I, op. cit.*, p. 636.

117 Véase W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 13, R. Sannwald, *op. cit.*, marg. 16.

118 Véase R. Sannwald, *op. cit.*, marg. 16, M. Gubelt, *op. cit.*, marg. 14, 22, W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 13.

119 Véase W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 13, K. Stern, *op. cit.*, p. 717.

120 Véase H. Bauer, «Artikel 37», *op. cit.*, marg. 13, M. Gübelt, *op. cit.,* marg. 13, R. Sannwald, 13, H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 85.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

no solo fue considerada tradicionalmente como poder normador destinado a suplir omisiones de los sujetos descentralizados[121], sino también llamado a derogar normas que incumpliesen las obligaciones federales. Y así, se afirmó que en aplicación de la RE, el Reich podía llegar a derogar leyes de los Länder[122]. Esta concepción de la *sequestratio* como poder derogador tuvo pleno sentido en la tradición de la RE, en la que ésta, como se tuvo la ocasión de señalar anteriormente, tuvo como función suplir la ausencia de un órgano jurisdiccional competente para enjuiciar las infracciones de la Constitución y de expulsar del ordenamiento los actos contrarios a ella[123].

Sin embargo, hoy día, esta función, en un Estado federal, se ha trasladado a un tribunal constitucional llamado a ejercer como «legislador negativo»[124], lo que acaba por convertir a la coerción federal en un poder de sustitución de omisiones de los Länder, como ha señalado la doctrina de la BZ. Sin embargo, en este sentido, convendría reparar en una cuestión vinculada con las relaciones que el propio TCF ha articulado entre la jurisdicción constitucional y el poder de coerción. Como se tuvo la ocasión de apuntar con anterioridad, ante el incumplimiento de las obligaciones federales por parte de los Länder, el TCF ha permitido al Gobierno del Estado central acudir al propio TCF o activar directamente el poder de coerción del art. 37,1 LF. Es decir, se permite que el TCF no ejerza previamente su función como legislador negativo. En esta concepción, probablemente se compadezca mejor con el art. 37,1 LF admitir un poder de coerción también derogatorio —como el vigente en la tradición histórica— en los casos en los que el Gobierno decida no acudir al TCF y opte directamente por la vía reconocida en el art. 37,1 LF.

La teoría de la coerción en el sistema territorialmente descentralizado, bajo la categoría de la sequestratio, no solo ha amparado la asunción de los poderes normativos de las entidades descentralizadas, sino también competencias en el plano institucional. De ello ha sido buena muestra la intervención acordada, durante la vigencia de la Constitución de Weimar, de los Länder de Turingia y Sachsen en 1920. Puesta tradicionalmente como ejemplo en la doctrina de una sequestratio en el ámbito orgánico-institucional, el Presidente del Reich nombró a un comisario con la facultad de deponer de sus puestos a los miembros de los gobiernos y a las autoridades de dichos Länder y de confiar a otras personas la dirección de los asuntos públicos, y de la de asumir el poder del gobierno y autorizarle a convocar nuevas elecciones al Landtag. Esta facultad para el cese de órganos ha sido, en realidad, una nota característica de

121 Véase H. Triepel, «Die Reichsaufsicht…», *op. cit.*, p. 682.

122 Véase A. Hänel, *op. cit.* p. 450.

123 Véase E.-R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte, vol. I.*, *op. cit.,* p. 620 y 621, A. Hänel, *op. cit.,* p. 446.

124 Véase H. Kelsen, «Der Hüter der Verfassung» en H. Klekatsky, R. Marcic y H. Schambeck (edits.), *Die Wiener Rechtstheoretiste Schule*, Band II, Europa Verlag, Wien, 1968, p. 1873.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

la RE desde su surgimiento mismo en el sistema descentralizado en el siglo XIX hasta la entrada en vigor de la LF[125].

El debate académico de la RE, a la hora de definir el alcance prácticamente ilimitado de este tipo de medidas —que también se ha llegado a señalar en el caso de los poderes de sustitución normativa—, ha remarcado que se han encontrado predeterminadas en buena medida por la posición de superioridad atribuida al Reich frente los Bundestaate/Länder en el sistema territorialmente descentralizado[126]. En realidad, esa ha sido una de las notas características sobre las que se ha construido la teoría de la RE, que proyectó sus efectos hasta la vigencia de la Constitución de Weimar de 1919[127]. Posiblemente haya sido en este concreto aspecto en el que la teoría de la BZ más se aparta de la RE, en el contexto de un modelo de Estado federal basado en la igualdad entre la Federación y los Estados federados, como ha señalado el TCF en la BVerfGE. 6, 361[128].

La doctrina actual ha descartado de forma prácticamente unánime que el poder de coerción del art. 37,1 LF pueda abarcar lo que se ha denominado una *sequestratio en sentido amplio*, que pudiera amparar la disolución del Parlamento o el cese del Gobierno del Land o de cualquiera de sus autoridades[129]. Cosa distinta es que, como se ha señalado, la Federación pueda nombrar un comisario que sustituya a autoridades de los Länder en el ejercicio de sus competencias[130]. Algún autor ha defendido que solo podría procederse excepcionalmente a disolver

125 Véase sobre las facultades reconocidas por el art. XXXI del Acta Final de Viena de 1820, E.-R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, vol. I, op. cit.*, p. 637. En la Constitución de 1871 también se reconoció como medida de coerción el cese de autoridades, véase H. TRIEPEL, «Die Reichsaufsicht», *op. cit.*, p. 683.

126 Véase P. LABAND, *op. cit.*, p. 93 y ss., A. HÄNEL, *op.cit.*, p. 452, W. SCHMITT, *op. cit.*, p. 290.

127 Véase entre muchos otros, F. GIESE, *op. cit.,* p. 164.

128 Con anterioridad se ha tenido la ocasión de señalar cómo la doctrina, siguiendo el parecer del TCF, negó la teoría de los tres miembros del Estado federal para interpretar el modelo de sistema descentralizado plasmado en la LF. Sin embargo, si algo se le debe a esa teoría es haber tratado de justificar teóricamente por qué en un Estado federal que parte de la igualdad de sus miembros, algo que ha reconocido el TCF, sigue siendo posible admitir una suerte de sequestratio del poder de los Länder. La teoría de los tres miembros del Estado federal caracterizó como función del Estado total en el sistema descentralizado aquella que, sin someterse al reparto horizontal de las competencias, impone deberes y obligaciones dirigidos a todos sus miembros. Esa es la función que desempeña ordinariamente un tribunal constitucional en el Estado federal. Sin embargo, esta teoría también reconoció que una función del Estado total puede llegar a ejercerla un poder de coerción que autorice a órganos de la Federación a no sujetarse al reparto de las competencias y ejercer competencias de los Länder. Ello resulta posible —en un modelo de Estado basado en la posición de igualdad entre la Federación y los Länder— cuando en la decisión sobre el ejercicio del poder de coerción participan todos los intereses presentes en el sistema descentralizado. Por ello, la decisión resultante puede imponerse frente a todos sus miembros, es decir, constituye una decisión del Estado total. Eso es lo que, como se verá más adelante, sucede en la vigente LF, en la que en el procedimiento de aplicación de la coerción participa, por un lado, el Gobierno de la Federación, en representación de los intereses del Estado central y, por otro, el Bundesrat, representando los intereses de las entidades descentralizadas. Véase sobre esta construcción teórica, H. KELSEN, «Die Bundesexekution…,» *op. cit.*, p. 130 y ss.

129 Véase T. MAUNZ, *op. cit.*, marg. 52, W. ERBGUTH, *op. cit.*, marg. 13, H. BAUER, «Artikel 37», *op. cit.*, marg. 13, H. SCHÄFER, *op. cit.*, p. 45, R. SANWDWALD, *op. cit.*, marg. 14, M. GUBELT, *op. cit.*, marg. 14.

130 Véase H. H. KLEIN, *op. cit*., marg. 86.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

aquellos órganos (el gobierno y el parlamento) cuando la infracción vulnerase los principios electorales del art. 28,1,2 LF: «en los Estados, distritos y municipios el pueblo ha de tener una representación procedente de votaciones generales, directas, libres, iguales y secretas»[131].

Dos cuestiones han sido objeto de discusión en el debate académico. La primera, la relativa a la posibilidad de envío de fuerzas de policía del Bund, del propio Land incumplidor o incluso de terceros. No ha habido acuerdo al respecto[132]. Tampoco en lo que se refiere a los costes del ejercicio de la coerción sobre el Land incumplidor. La literatura se divide entre los que entienden que ha de ser el Land quien corra a cargo de los costes, dado que el Bund ejerce funciones propias de aquéllos[133], y los que consideran que ha de ser el Bund el que debe de sufragarlos[134].

IV. LOS ÓRGANOS INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO DE COERCIÓN FEDERAL

1. La iniciativa de la coerción por el Gobierno de la Federación

El art. 37,1 LF atribuye al Gobierno de la Federación la decisión sobre la procedencia de aplicar el poder de coerción federal frente a los Estados. La atribución al Gobierno de la iniciativa sobre la procedencia de su aplicación implica, a sensu contrario, que la misma está vedada a otros órganos, incluso aunque sean llamados a participar en diferentes fases del procedimiento. En primer lugar, se excluye a los sujetos que forman parte del propio Gobierno, pero no se identifican con éste como órgano colegiado. En concreto, al canciller o a los ministros que, como sucediera con la tradición de la RE[135], pueden erigirse en comisarios designados por el propio Gobierno en orden a la ejecución de las medidas aprobadas mediante el procedimiento previsto en el art. 37,1 LF[136]. En segundo lugar, también se excluye al Bundesrat, cuya intervención en el procedimiento previsto en el art. 37,1 LF se limita a la aprobación o no de la iniciativa adoptada por el gobierno.

Como se tuvo la ocasión de señalar, la decisión del Gobierno de la Federación no requiere una decisión previa del TCF, que haya constatado jurisdiccionalmente del supuesto de hecho del art. 37,1 LF, aunque desde alguna posición se haya reclamado su intervención como políticamente recomendable[137]. Aunque el

131 Véase R. Sannwald, *op. cit.*, marg. 14.
132 Véase posiciones contrapuestas en W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 13 y M. Gubelt, *op. cit.*, marg. 14.
133 Véase R. Sannwald, *op. cit.*, marg. 14.
134 Véase W. Erbguth, *op. cit.,* marg. 20, M. Gubelt, *op. cit.,* marg. 20.
135 Véase L. Von Rönne, *op. cit.* p. 72
136 Véase R. Sannwald, *op. cit.*, marg. 11.
137 Véase W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 5.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

supuesto del art. 37,1 LF encierra un juicio jurídico: constatar si los Estados federados han incumplido la Constitución o las leyes federales, el poder de coerción está dotado de una función política: decidir qué concretas infracciones puede tolerar la unidad del sistema descentralizado[138]. La doctrina ha reconocido que la decisión atribuida al Gobierno por el art. 37,1 LF le confiere un amplio margen de discrecionalidad, si bien, sometido a las exigencias del principio de proporcionalidad[139]. Dicho margen de discrecionalidad podría permitir que similares infracciones puedan justificar en unos casos y no en otros, en función del contexto, la aplicación del poder de coerción[140].

Esta regla general que reconoce al Gobierno un margen de apreciación propio y autónomo para decidir sobre la procedencia de aplicar el poder del art. 37,1 LF ha encontrado, sin embargo, en el debate académico dos excepciones. En primer lugar, se ha apuntado que el margen de discrecionalidad «se reduce a cero» en el supuesto de que se produzca una infracción de los art. 28,1 y 2 LF, que alude a los principios fundamentales que ha de respetar el orden constitucional de los Estados[141]. En segundo lugar, aunque se haya apuntado que, con carácter general, la aplicación de la coerción no se subordina a la decisión previa de ningún órgano, sí se requeriría la previa decisión del Bundesrat en el supuesto del art. 84,4 LF[142]. La citada disposición, dedicada a la «ejecución de las leyes federales como competencia propia de los Länder» atribuye a la Federación un poder de inspección (Bundesaufsicht) sobre los mismos (art. 84,3 LF). Pues bien, en el caso de que los Länder no hubiesen subsanado las deficiencias señaladas por el Gobierno, el Bundesrat ha de decidir si se ha vulnerado el derecho de la Federación. Este sería el caso en el que la decisión del Gobierno de la Federación de aplicar el art. 37,1 LF requeriría una previa decisión del Bundesrat.

Con las salvedades expuestas, la facultad discrecional reconocida al Gobierno no solo le autoriza a decidir «si» procede aplicar la coerción, sino «cómo», es decir, cuáles han de ser las medidas necesarias para garantizar el principio federal. El Gobierno aquí se halla sometido, como se ha señalado con anterioridad, al principio de proporcionalidad, que le exige, ante todo, optar primero por los mecanismos de coerción indirecta, ejerciendo el menor grado de coacción posible sobre el Land infractor y su consiguiente menoscabo de su autonomía. Solo ante el desfallecimiento de tales mecanismos coactivos, podría la Federación proceder a la *sequestratio* del Land y al consiguiente ejercicio de las funciones atribuidas constitucionalmente al mismo. El principio de proporcionalidad es aplicable también horizontalmente, al elenco de las medidas que abarcan respectivamente los mecanismos de coerción indirecta y directa.

138 Véase H. Bauer, «Artikel 37», *op. cit.*, marg. 12, M. Gubelt, *op. cit.*, marg. 1.
139 Véase W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 11.
140 Véase H. H. Klein, *op. cit.*, marg. 82.
141 Véase W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 14, K. Stern, *op. cit*, p. 716.
142 Véase W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 15.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

2. La aprobación de la coerción por el Bundesrat

La procedencia de aplicar el poder de coerción y las medidas propuestas por el Gobierno para garantizar la eficacia del principio federal, requieren de la aprobación definitiva del Bundesrat. Un juicio que, como el del Gobierno, posee una naturaleza política autónoma[143]. De ahí que se haya apuntado que el juicio del Gobierno no es vinculante para el Bundesrat y éste puede denegar, con arreglo a motivos de oportunidad, la aplicación del art. 37,1 LF[144]. La intervención del *Bundesrat* en el procedimiento del art. 37,1 LF tiene un doble sentido señalado por la doctrina: a) dotar de una legitimación federal a la decisión, toda vez que es llamado al procedimiento del art. 37,1 LF, como verdadera cámara de representación territorial, para la defensa de los intereses de las entidades descentralizadas y b) la defensa frente a decisiones precipitadas[145].

La doctrina ha apuntado que el consentimiento prestado por el Bundesrat no impone automáticamente la aplicación del poder de coerción en el Estado federal. Tras su autorización, el Gobierno debe de constatar si los presupuestos para ejercer la coerción persisten, en cuyo caso ha de procederse a la aplicación del poder del art. 37,1 LF. Como se puede ver, se vuelve a reconocer al Gobierno, en la fase final, un nuevo poder autónomo de decisión, si bien éste no puede amparar una desviación de las medidas aprobadas por el Bundesrat[146]. También ha habido acuerdo en la doctrina en señalar que el Bundesrat, a pesar del silencio de la LF, puede revocar, a iniciativa propia, su consentimiento en cualquier momento, siguiendo aquí lo que se disponía en el art. 48,3 de la Constitución de 1919, que permitía al Bundestag dejar sin efecto la aplicación del poder de coerción[147]. Además, también ha existido acuerdo mayoritario en atribuir a dicho poder revocatorio del Bundestag efectos *ex nunc*, no afectando a las medidas que hubieran sido ejecutadas[148]. Otras posiciones doctrinales, sin embargo, han señalado que la decisión revocatoria tendría efectos *ex tunc*, retrotrayendo sus efectos al momento mismo de su aprobación[149].

143 Véase R. Sannwald, *op. cit.*, marg. 18.

144 Véase T. Maunz, *op. cit.*, marg. 40, W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 18, M. Gubelt, *op. cit.*, marg. 18, G. A. Zinn, *op. cit.*, p. 303.

145 Véase W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 18, T. Maunz, *op. cit.*, marg. 37 y ss., M. Gubelt, *op. cit.*, marg. 17, R. Sannwald, *op. cit.*, marg. 18, H. Bauer, *op. cit.*, marg. 11.

146 Véase H. Bauer, «Artikel 37», *op. cit.*, marg. 12.

147 Véase W. Erbguth, *op. cit.*, marg. 18, H. Bauer, «Artikel 37», *op. cit.*, marg. 11. Hay que señalar, sin embargo, que en la Constitución de Weimar de 1919, la decisión sobre si aplicar el poder de coerción y las medidas llamadas a garantizar el cumplimiento de las obligaciones federales por parte de los Länder descansaba en exclusividad en el Presidente del Reich, sin que ningún otro órgano tuviese que proceder a su aprobación. Su art. 48,3 establecía solo el deber irrenunciable del Presidente de ponerlo en conocimiento del Reichstag, además de atribuirle a éste el poder de «dejar sin efecto» la aplicación de la coerción.

148 Véase R. Sannwald, *op. cit.*, marg. 18.

149 Véase H. Bauer, «Artikel 37», *op. cit.*, marg. 11.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

V. CONCLUSIONES

El reconocimiento de un poder de coerción a órganos del Estado central para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Bundestaate/Länder ha sido una característica del sistema territorialmente descentralizado alemán. Surgido durante la confederación del XIX, bajo la denominación Reichsexekution, ha continuado siendo plasmada en los textos constitucionales posteriores, cristalizando en la categoría de la Bundeszwang en el art. 37 de la vigente LF. Ante la ausencia de aplicación práctica desde la entrada en vigor de la LF y de los casi inexistentes pronunciamientos del TCF, la literatura ha asumido para la interpretación del art. 37 LF prácticamente los resultados presentados por la doctrina de la Reichsexekution, que definió los perfiles del poder de coerción a partir de un modelo de Constitución y de descentralización territorial bien distintos a los reconocidos en la LF.

El poder de coerción del art. 37 LF —no sin controversias doctrinales que afectan a diferentes elementos del mismo— se concibe como una respuesta a la infracción de las obligaciones federales por parte de los Länder. Las obligaciones federales son las que a) relacionan entre sí a los miembros del Estado federal, b) se encuentran plasmadas en la Constitución o en las leyes de la Federación y c) se vinculan directamente con el principio de unidad del Estado federal. La infracción de las obligaciones federales ha producirse por los órganos superiores de los Länder: los gobiernos y los parlamentos. La infracción ha de ser real y efectiva y puede derivar de acciones y de omisiones y venir ocasionada por un comportamiento doloso o culposo.

El contenido del poder de coerción de la Federación consiste, en primer lugar, en adoptar medidas para forzar el cumplimiento de las obligaciones federales por los propios Länder y, en el caso de no producirse tal cumplimiento, en segundo lugar, permitir a la Federación asumir las competencias propias de los Länder y sustituirlos en el cumplimiento de las obligaciones federales (sequestratio). Estos dos momentos coactivos, ya reflejados por la doctrina de la Reichsexekution, se expresan respectivamente a través de los conceptos de coerción indirecta y coerción directa. La aplicación de estas medidas coercitivas está sometida a las exigencias del principio de proporcionalidad y no requieren de una decisión jurisdiccional previa del TCF que haya acreditado la infracción de las obligaciones federales por parte de los Länder.

Entre las medidas de coerción indirecta en el art. 37 LF se han aceptado las que ya había presentado la doctrina de la *Reichsexekution*: las instrucciones, el envío de comisarios y las medidas de presión financiera. Las medidas de coerción directa se identifican con un poder normativo de sustitución de las omisiones de los órganos superiores de los Länder, a través de la asunción de su competencia legislativa, reglamentaria y ejecutiva (*sequestratio* normativa). La doctrina actual ha excluido de manera prácticamente unánime las medidas de *sequestratio* institucional que sí fueron admitidas en la doctrina de la *Reichsexekution*. Se ha descartado que el poder de

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

coerción del art. 37 LF pueda amparar el cese del gobierno y la disolución de los parlamentos de los Länder.

La decisión de aplicar el poder coactivo frente a los Länder y el contenido de las medidas es una decisión discrecional atribuida al Gobierno de la Federación. Sin embargo, para su aplicación definitiva se requiere la aprobación del Bundesrat, que ha de aceptar o rechazar las medidas propuestas por el Gobierno. El Bundesrat puede revocar su autorización en cualquier momento con efectos *ex nunc*.

***

TITLE: *The Federal coercion in the Basic Law for the Federal Republic of Germany. The reception of a traditional category of the german federal system*

ABSTRACT: *This paper analyses the federal coercion in the Basic Law for the Federal Republic of Germany. The Federal coercion allows the Central State to respond to a breach of the federal obligations by the federated states. The literature has not developed a theory of the federal coercion for the german Constitution. The function and the content of the federal coercion in the current german Constitution has been imported of the category of the federal execution, arisen from the* XIX *german confederation system and based on a different concept of Constitution and decentralized State.*

RESUMEN: *Este trabajo analiza la categoría de la coerción federal en la Ley Fundamental alemana. La coerción federal atribuye al Estado central la facultad de responder frente a la infracción de las obligaciones federales por parte de los Estados federados. La doctrina apenas ha construido una teoría de la coacción federal vinculada a la vigente Ley Fundamental, sino que ha asumido, con carácter general, los resultados de la ejecución federal. Una categoría que encuentra su origen en la época de la confederación alemana del siglo* XIX *y en un concepto de Constitución y de sistema descentralizado distintos a los asumidos en la vigente Constitución.*

KEY WORDS: *federal coercion, Federal execution, Principle of unity, Constitutional theory.*

PALABRAS CLAVE: *coerción federal, Ejecución federal, Principio de unidad, Teoría de la Constitución.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *15.12.2018* FECHA DE ACEPTACIÓN: *05.02.2019*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LA INICIATIVA POPULAR DE REFERÉNDUM[1]

CARLOS GARRIDO LÓPEZ
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Zaragoza

Sumario

I. Naturaleza y funcionalidad de la iniciativa popular vinculada al referéndum en el Derecho comparado. II. Iniciativa popular y referéndums propositivos sobre normas y decisiones de transcendencia nacional. III. Iniciativa popular y referéndums de ratificación y abrogación de leyes. IV. La iniciativa popular de referéndum como factor de integración política en las democracias avanzadas. V. Los intentos de regulación de la iniciativa popular de referéndum en España: balance y perspectivas.

I. NATURALEZA Y FUNCIONALIDAD DE LA INICIATIVA POPULAR VINCULADA AL REFERÉNDUM EN EL DERECHO COMPARADO

En el Estado democrático, la participación del pueblo en la adopción de las decisiones colectivas discurre fundamentalmente por cauces representativos. Estos cauces no resultan, sin embargo, incompatibles con el recurso a la democracia directa. Al contrario. El principio de representación política es un pilar imprescindible en el funcionamiento de la democracia, pero ello no impide «que el poder de decisión y dirección representativo se pueda corregir y contrapesar democráticamente [...] mediante la decisión directa sobre ciertos asuntos por el pueblo mismo»[2]. A esta lógica responde la iniciativa popular para la celebración de referéndums, o iniciativa popular de referéndum, institución que, pese a las

1 Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2016-75406-R sobre «Modelos de derecho comparado para una nueva regulación del referéndum y la iniciativa popular en España», financiado por el MINECO (Investigadores principales: E. Sáenz Royo y C. Garrido López).

2 E. W. Böckenförde, «Democracia y representación: crítica sobre la discusión actual sobre la democracia», en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 143.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tesis sostenidas por alguna doctrina[3], no cuestiona la democracia representativa ni menoscaba la posición constitucional de los parlamentos, como su reconocimiento y práctica han evidenciado en el Derecho comparado. «[…] ni la iniciativa popular, ni el referéndum —subrayó P. de Vega[4]— pretenden suplantar los mecanismos y el ejercicio normal de los poderes constituidos. Su actuación no implica el asalto al Estado constitucional, sino que, al contrario, significa una complementación del sistema de los *checks and balances*, de los frenos y contrapesos que más genuinamente lo definen y caracterizan». Unos frenos que, con las debidas garantías normativas, pueden complementar la democracia parlamentaria, estimulando su representatividad y corrigiendo sus potenciales excesos.

La iniciativa popular de referéndum consiste en la atribución a un número absoluto de ciudadanos o a un porcentaje de ellos, calculado sobre los inscritos en el censo o sobre el número de sufragios emitidos en convocatorias electorales, de la facultad para instar la celebración de un referéndum sobre una cuestión política de interés general o sobre un texto normativo, remitiendo a los propios ciudadanos la decisión sobre su oportunidad política, su aprobación o su abrogación. Ideada por Condorcet con escaso éxito en su momento, esta iniciativa de referéndum atribuida a los ciudadanos forma hoy parte, sin embargo, del acervo constitucional de un buen número de democracias[5]. Y, a diferencia de la iniciativa atribuida a los entes subcentrales para instar la convocatoria de referéndums en algunos Estados compuestos y de la iniciativa de referéndum otorgada a las minorías parlamentarias, previstas en un reducido número de países[6], su reconocimiento está bastante

3 Por todos, P. Nuss, «Référendum et iniciative populaire en France? De l'illusion en général et de l'hypocrisie en particulier», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, núm, 5, 2000, p. 1448-1456; J. Haskell, *Direct Democracy or Representive Government? Dispelling the Populist Myth*, Westwiew Press, Boulder CO, 2001, pp. 11-24; D. S. Broder, *Democracy Derailed: Initiative Campaigns and the Power of Money*, Harcourt, New York, 2000, y G. Sartori, *¿Qué es la democracia?*, Taurus, México, 2007, pp. 157-175.

4 P. De Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 122.

5 Sobre la gestación y la formulación de la idea por Condorcet, A-C. Mercier, «Le référendum d'initiative populaire: un trait méconnu du génie de Condorcet», *Revue française de droit constitutionnel*, n.º 55, 2003, pp. 483-512.

6 El reconocimiento en los Estados descentralizados de la iniciativa de referéndum a las instituciones subcentrales de autogobierno persigue lograr una mayor integración de los intereses territoriales en la voluntad general y moderar las tendencias centralizadoras de la mayoría parlamentaria nacional. En Suiza, los referéndums facultativos sobre leyes, disposiciones federales y tratados internacionales pueden convocarse a solicitud de ocho cantones (art. 141.1 Const.). En Italia, la legitimidad para instar la convocatoria se reconoce también a cinco consejos regionales en dos tipos de referéndum: en el potestativo de reforma constitucional (art. 138 Const.) y en el legislativo abrogatorio (art. 75 Cont.). El reconocimiento de la iniciativa de referéndum a una minoría parlamentaria persigue, por su parte, oponer un contrapeso a la mayoría parlamentaria y estimular la negociación entre los grupos. En Dinamarca, un tercio de los miembros del *Folketing* puede instar la convocatoria de un referéndum de ratificación legislativa (art. 42.1 Const.). Esta posibilidad de las minorías parlamentarias de instar referéndums sobre leyes votadas también está prevista en varios *Länder* alemanes. En Italia, la iniciativa para solicitar un referéndum facultativo de reforma constitucional se reconoce a una quinta parte de los miembros de cualquiera de las cámaras (art. 138 Const.). En España, la misma iniciativa se otorga a una décima parte de los diputados o senadores (art. 167.3 CE). Recientemente, Uruguay ha concedido la

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

extendido en el Derecho comparado, habiéndose normalizado su práctica como instrumento ordinario de participación política directa en los ámbitos de decisión de los diversos niveles de gobierno.

En los Estados en que está instituida, la iniciativa popular de referéndum puede servir para plantear e impulsar la adopción de reformas constitucionales o decisiones políticas de trascendencia nacional. Y también como mecanismo de estímulo y de control de la acción legislativa del Parlamento. La iniciativa popular vinculada al referéndum puede contribuir a ajustar las decisiones legislativas a las demandas de los ciudadanos y operar como instrumento de veto —o de refuerzo de otros actores de veto— del predominio parlamentario a modo de eficaz contrapeso del entramado institucional[7]. Puede ser útil, por tanto, en una doble perspectiva: una potencialmente positiva, encaminada a dinamizar la relación representativa, enfrentar la pasividad o indiferencia de los legisladores hacia materias concretas y, en su caso, favorecer el desbloqueo entre órganos que están llamados a conformar la voluntad colectiva; otra de carácter negativo, consistente en controlar y compensar democráticamente el resultado de los procesos parlamentarios por los que habitualmente discurre la formación de la voluntad general[8].

II. INICIATIVA POPULAR Y REFERÉNDUMS PROPOSITIVOS SOBRE NORMAS Y DECISIONES DE TRANSCENDENCIA NACIONAL

Con funcionalidad positiva, la experiencia comparada avala el referéndum propositivo de normas a iniciativa de un número de ciudadanos, a quienes se reconoce la facultad de presentar una propuesta constitucional o una propuesta legislativa para que sea votada directamente por el cuerpo electoral o para que se debata en el parlamento y, en el supuesto de ser rechazada, sea sometida a referéndum. La iniciativa popular sobre materias constitucionales posibilita a los ciudadanos proponer directamente modificaciones de la Constitución, sin intermediación de sus representantes, cuya resistencia a los cambios la ciudadanía puede así sortear. Por su parte, la iniciativa legislativa ciudadana permite plantear la regulación legislativa de cuestiones sobre las que los representantes

posibilidad de instar la convocatoria de un referéndum de reforma constitucional a dos quintos de los componentes de la Asamblea General (art. 331.B Const.); y Ecuador ha reconocido idéntica iniciativa a un tercio de los miembros de la Asamblea Nacional (art. 441 Const.).

7 Sobre las funciones de contrapeso institucional que puede desempeñar el referéndum y la iniciativa popular, M. Luciani, «El referéndum, cuestiones teóricas y de la experiencia italiana», *Revista Catalana de Dret Public*, n.º 37, 2008, pp. 9-12 y A. Penadés, «Referéndums y democracia representativa», en F. González, G. Damiani y J. Férnández-Abertos (eds.), *¿Quién manda aquí? La crisis global de la democracia representativa*, Debate, Barcelona, 2016, pp. 230-231.

8 J. F. Zimmerman, *The initiative: Citizen Lawmaking*, 2.ª ed, State University of New York Press, Albany, 2014, pp. 186-192.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

se desentienden, o directamente rechazan, y lograr su aprobación mediante la apelación directa al cuerpo electoral.

Ambas modalidades, que permiten a los ciudadanos reaccionar ante la inactividad parlamentaria, están previstas a iniciativa de un porcentaje variable del cuerpo electoral en varios Estados de EE.UU. y, desde 1994, año en que se sumaron Turingia y Mecklemburgo-Prepomerania, y 1995, en que Berlín las reintrodujo, también las prevén la totalidad de los *Länder* alemanes9.

En EE.UU. ni el referéndum ni su iniciativa están regulados a nivel federal, pero veinticuatro Estados, que concentran el setenta por cierto de la población de la nación, prevén el referéndum legislativo y constitucional a iniciativa popular de un porcentaje de ciudadanos computado sobre el censo electoral o sobre el número de votos emitidos en alguna de las últimas convocatorias electorales (elecciones a gobernador del Estado, elecciones presidenciales o elecciones legislativas). Una mayoría de Estados ha optado por la iniciativa popular directa tanto para las proposiciones legislativas como para las enmiendas constitucionales[10]. Ello supone que las propuestas válidamente suscritas deben someterse necesariamente a votación popular. En otros Estados, en cambio, las iniciativas normativas de los ciudadanos son remitidas al parlamento para su deliberación y votación. Y si en un plazo determinado —que fluctúa entre los 40 días en Michigan y Nevada hasta el fin del mandato parlamentario en Maine— no son asumidas por los representantes políticos, deben someterse a referéndum. En Utah y Washington los promotores de las iniciativas legislativas pueden escoger entre ambas modalidades de iniciativa, la directa o la indirecta. Michigan, Nevada y Ohio prevén la iniciativa popular directa para las enmiendas constitucionales y la iniciativa indirecta para las proposiciones de ley. Illinois y Florida reconocen exclusivamente el procedimiento de iniciativa directa de enmiendas constitucionales. E Idaho sólo prevé la iniciativa popular directa de proposiciones legislativas. En Massachussets, donde la iniciativa popular existente es indirecta tanto para enmiendas constitucionales como para proposiciones legislativas, el parlamento puede presentar un proyecto normativo alternativo al popular, que se somete a votación junto con la propuesta ciudadana. La formulación de esta alternativa para someterla a votación junto con la propuesta ciudadana también está prevista en los Estados que sólo admiten la iniciativa legislativa indirecta[11]. Y en California, donde la iniciativa es

9 La posibilidad de convocar a iniciativa popular referéndums de reforma constitucional y sobre proposiciones legislativas fue constitucionalizada en los *Länder* de Baviera, Berlín, Bremen, Hesse, Renania del Norte-Westfalia y Renania Palatinado entre 1945 y 1950. En la década de los setenta, tras la reforma de sus constituciones, reconocieron la iniciativa popular de referéndum Baden-Gürttemberg y Sarre. Y entre 1990 y 1995 lo hicieron el resto de *Länder*, incluido la ciudad-Estado de Berlín, que recuperó en 1995 los referéndums a iniciativa popular después de que la reforma constitucional de 1974 los hubiera eliminado de la Constitución de 1950.

10 Es el caso de los Estados de Arizona, Arkansas, California, Colorado, Dakota del Norte, Dakota del Sur, Missouri, Montana, Nebraska, Oklahoma y Oregón.

11 Sobre las singularidades de las iniciativas directas e indirectas en los Estados que las han regulado, G. Alan Tarr, *Understanding State Constitutions*, Princeton University Press, Princeton, 1998, pp. 118-126,

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

necesariamente directa, desde septiembre de 2014 se permite que los promotores puedan retirar su propuesta en caso de obtener una respuesta satisfactoria de las instituciones representativas, lo que estimula la receptividad de la clase política, así como la negociación y el pacto previos a la convocatoria del referéndum solicitado[12]. Una muestra muy significativa de esta dinámica se produjo en 2016, cuando el sindicato de salud de ese Estado anunció que ya tenía las firmas suficientes para que se votara en referéndum su propuesta de aumento del salario mínimo a 15 dólares la hora. En una semana, el gobernador y el legislativo de California negociaron con los promotores y pactaron una ley un poco más matizada (varios años de plazo, aumentos progresivos hasta llegar a 15 dólares y la posibilidad de frenar la subida salarial si la situación económica es adversa), lo que evitó, al ser atendida durante la negociación, que la iniciativa fuera votada en referendum[13].

En Alemania, la *Grundgesetz* no prevé la iniciativa popular de referéndum a nivel federal. Las constituciones de los *Länder* han regulado, en cambio, esta iniciativa generosamente, y a su amparo se han celebrado en los últimos años más de 220 referendos estatales sobre cuestiones constitucionales y legislativas de su competencia. La iniciativa popular para someter a referéndum reformas constitucionales y proposiciones legislativas se reconoce a un número absoluto de votantes o a un porcentaje del cuerpo electoral de cada *Land*, que oscila entre el cuatro por ciento exigido en Brandemburgo y el veinte por ciento en Hesse y Sarre para referéndums propositivos de leyes, y entre el cuatro o cinco por ciento de Brandemburgo, Hamburgo y Schleswig-Holstein y el veinte por ciento del electorado en Berlín, Bremen, Hesse y Sarre para referéndums constitucionales. En la totalidad de los *Länder*, la iniciativa popular debe presentarse debidamente articulada al *Landtag*, que puede aprobarla sin enmiendas o respetando su contenido

y T. Donovan, «Referendums and Initiatives in North America», M. Qvortrup (ed.), *Referendums Around the World*, Palgrave Macmillan, New York, 2014, pp. 122-153. También, G. Alan Tarr, «Direct Democracy in United States», ponencia defendida en el Seminario de investigación sobre el referéndum y su iniciativa en perspectiva comparada, 25 de octubre de 2017, Palacio de la Aljafería, Zaragoza. En la doctrina española, V. Cuesta López, *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 279-280.

12 En septiembre de 2014, una coalición en la que estaba el Comité de Ideas a Largo Plazo para California del Instituto «Berggruen» de Santa Mónica propuso y consiguió que se aprobara un retoque del sistema, de forma que los autores de una iniciativa puedan retirarla en caso de que encuentren una respuesta satisfactoria de las instituciones. La Ley SB 1253, que acometió esta reforma, ha ampliado el período de recogida de firmas e introducido un período de consulta pública al inicio del proceso durante el cual los promotores de la iniciativa pueden modificarla a la vista de las alegaciones formuladas por las instituciones, los grupos de interés o los ciudadanos. En otros Estados (Alaska, Idaho, Montana, Nebraska, Utah y Wyoming) se reconoce el derecho de los signatarios de las propuestas a retirar su apoyo, pero sólo antes de que la administración electoral realice la verificación de firmas.

13 El gobernador de California, J. Brown Jr, firmó el 4 de abril de 2016 la legislación histórica que convirtirá a California en el primer Estado de EE.UU. que incrementará el salario mínimo a 15 dólares la hora para el año 2022 en empresas grandes y para 2023 en empresas pequeñas. La legislación aumenta con el tiempo el salario mínimo y, al mismo tiempo, prevé válvulas de seguridad para detener los aumentos de salarios si surgen condiciones económicas o presupuestarias adversas.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

esencial, introducir enmiendas a la proposición u optar por rechazarla. En el caso de resultar aceptada, la iniciativa popular articulada queda aprobada y el referéndum no se celebra. De introducirse enmiendas o resultar rechazada por el parlamento, la iniciativa popular debe, en cambio, someterse a referéndum del cuerpo electoral. Un referéndum en el que, en los *Länder* de Baden-Württemberg, Baja Sajonia, Baviera, Berlín, Hamburgo, Mecklemburgo-Prepomerania, Renania-Palatinado, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Sarre, Schleswig-Holstein y Turingia, podrá además someterse a consulta, junto con la iniciativa popular no asumida por el *Landtag*, la propuesta alternativa o contraproyecto que el propio *Landtag* puede elaborar, debiendo los votantes optar por uno de los dos textos articulados[14].

En Suiza, sólo está prevista con perfil propositivo la iniciativa popular de revisión constitucional. El artículo 138 de la Constitución otorga a 100.000 electores la facultad de proponer su revisión total, iniciativa que directamente se somete a referéndum popular. El artículo 139 de la Constitución faculta al mismo número de electores para proponer revisiones constitucionales parciales, que pueden presentarse ante la Asamblea federal integralmente redactadas o en forma de proposiciones generales, debiendo respetar el principio de unidad de forma y unidad de materia y con el único límite de que no contravengan las reglas imperativas del derecho internacional.

En el caso de las proposiciones generales, la Asamblea federal ha de pronunciarse mostrando su aceptación o rechazo a la iniciativa popular. Si la Asamblea federal comparte las iniciativas populares concebidas en términos generales, debe desarrollarlas y articularlas antes de la convocatoria del referéndum, sometiéndose entonces el texto resultante al escrutinio popular y de los cantones. Si, por el contrario, la Asamblea Federal muestra su rechazo, lo que se somete a referéndum son las iniciativas genéricas de revisión y, de ser aprobadas por el pueblo, la Asamblea federal queda obligada a desarrollarlas *a posteriori* (art. 139.4 Const.), tras lo cual el texto resultante debe someterse al voto del pueblo y de los cantones en un segundo referéndum.

En el supuesto de las iniciativas populares íntegramente redactadas, la Asamblea federal debe hacer pública su posición y, simultáneamente, puede elaborar un contraproyecto sobre la misma materia, en cuyo caso los ciudadanos tienen derecho a pronunciarse simultáneamente sobre la iniciativa popular y el contraproyecto (art. 139*b* Const.). En la votación, según prevé el artículo 76 de la Ley de Derechos Políticos reformado en 2000, los electores deben responder, en primer lugar, si prefieren, o no, el texto de la iniciativa popular a la regulación constitucional vigente; en segundo lugar, si prefieren, o no, el contraproyecto parlamentario a la regulación

14 A. Weber, «Direckte Demokratie im Landesverfassungsrecht», en *Die Öffentliches Verwaltung (DöV)*, 1985, pp. 178-184, y el completo informe sobre iniciativas populares y referéndums de F. Rehmet y T. Weber, *Volksbegehrensbericht 2017. Direkte Demokratie in den deutschen Bundesländern 1946 bis 2016*, Mehr Demokratie e.V., Berlín, 2017, disponible en: https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/volksbegehrensbericht_2017.pdf.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

constitucional vigente, y en tercero, cuál de los dos textos de reforma parcial debería entrar en vigor en el caso de que el pueblo y los cantones los hayan preferido a la regulación vigente, a fin de resolver con esta cuestión subsidiaria el problema que podría derivarse de la aceptación de ambos textos en las respuestas anteriores. Se concilia así la libertad de voto y la igualdad de oportunidades entre la iniciativa popular, el contraproyecto y el *status quo*[15].

La ausencia de límites materiales expresos más allá de la prohibición de vulnerar el *ius cogens* internacional, ha permitido que la iniciativa popular para revisiones parciales de la Constitución haya servido en Suiza para canalizar la regulación de propuestas normativas que poco tienen que ver con el contenido tradicional de las normas constitucionales y que deberían haberse formalizado en leyes o, incluso, en reglamentos federales. Ello, unido a la inexistencia de una vía para instar popularmente la convocatoria de referéndums sobre proposiciones legislativas, ha llevado a un uso generalizado de esta modalidad como un trasunto del referéndum propositivo de leyes, habiéndose celebrado más de 200 referéndums de revisión parcial de la Constitución desde 1874, año en el cual la segunda Constitución federal entró en vigor[16]. El ejercicio de la iniciativa popular de reforma parcial ha convertido de este modo el texto constitucional suizo «en una realidad cambiante, alejada de una fijación definitiva y cerrada del orden de convivencia en un momento constituyente, de modo que el debate constitucional se proyecta en el tiempo. [...] En este sentido, el alejamiento de la praxis constitucional en relación a la idea de poder constituyente es manifiesta»[17]. A fin de reconducir esta dinámica y canalizar las iniciativas hacia reformas legislativas, en 2003 se introdujo en el artículo 139a de la Constitución federal la llamada «iniciativa popular general», mediante la que un mínimo de cien mil electores podían proponer a la Asamblea en términos generales la adopción, modificación o abrogación de disposiciones constitucionales o legislativas para que ésta, de aceptar, las articulara posteriormente formalizándolas a través de la fuente más idónea, que en la mayoría de los casos sería de rango legal. El referéndum debía celebrarse en todo caso, tanto si la Asamblea rechazaba la iniciativa general como si la asumía y articulaba, votándose en la segunda hipótesis las modificaciones redactadas

15 Sobre el funcionamiento de la iniciativa popular de revisión de la Constitución en Suiza, U. Serdült, «Referendums in Switzerland», M. Qvortrup (ed.), *Referendums Around the World*, cit., New York, 2014, pp. 43-64, y E. Grisel, *Iniciative et referendum populaires. Traité de democratie semi-directe en droit suisse*, 3e éd., Stämpfli Verlag, Berne, 2004, pp. 181-190, 203-219 y 259-269.

16 Los referendos suizos, su objeto y sus resultados pueden verse cronológicamente en la web de la *Cancelleria Federale*: https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/vab_2_2_4_1_gesamt.html.

17 J. Jaría i Manzano, «La Constitución es un proceso. Poder constituyente y reforma constitucional en Suiza», en J. M.ª Castellà Andreu (ed.), *Parlamento, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional. ¿Quién y cómo participa?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 93. Como J. L. Requejo Pagés señaló, dado el protagonismo de la iniciativa popular de referendum, la Constitución suiza es más «la descripción del Derecho constitucional vigente en cada momento histórico por la sucesiva acumulación de decisiones constituyentes del cuerpo electoral, que la prescripción de una voluntad normativa concreta con vocación de perpetuidad». Cfr. «La reforma de las constituciones cantonales suizas», *REP*, n.º 151, 2011, p. 366.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

por la Asamblea en desarrollo de la iniciativa y el contraproyecto alternativo que hubiera podido elaborar. Esta modalidad de iniciativa popular, que permitía la proposición de leyes, no tuvo, sin embargo, el desarrollo necesario para ponerla en práctica y fue abrogada en referéndum el 27 de septiembre de 2009[18].

En Latinoamérica, Uruguay, Colombia, Costa Rica y Ecuador también han reconocido la iniciativa popular de referéndum propositivo de reforma constitucional. En Colombia (art. 374 Const.) y Costa Rica (art. 105 Const.) el referéndum de reforma puede solicitarlo un cinco por ciento de los electores. En Ecuador, la iniciativa para instarlo se atribuye al ocho por ciento de las personas inscritas en el Registro Electoral (art. 441.1 Const.), y en Uruguay, al diez por ciento del cuerpo electoral (art. 331.A Const.). Colombia también prevé la iniciativa popular de referéndum para la aprobación de un proyecto de ley, de ordenanza, de acuerdo o de resolución local de iniciativa popular que sea rechazado por la corporación respectiva o no haya sido debatido en plazo en el parlamento, atribuyéndola a un diez por ciento del censo electoral nacional, departamental o municipal (art. 32 de la Ley 134 de 1994)[19].

A diferencia de los supuestos anteriores, Francia no regula la iniciativa popular de referéndum propositivo de revisión constitucional. Tras la reforma constitucional de 2008, sí prevé, en cambio, una suerte de iniciativa popular, concurrente con la iniciativa de una minoría parlamentaria, que puede dar lugar a la celebración de referéndums sobre proposiciones legislativas que versen sobre la organización de los poderes públicos, sobre reformas relativas a la política económica, social y medioambiental de la Nación y a los servicios públicos que concurren en ella, o que propongan la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, pueda tener incidencias en el funcionamiento de las instituciones (art. 11 Const.). La iniciativa legislativa se atribuye a una quinta parte de los miembros de la Asamblea Nacional, pero debe ser completada o perfeccionada por el concurso de, al menos, una décima parte del cuerpo electoral y superar el control de admisibilidad y el posterior control de las firmas por parte del Consejo Constitucional. Si, cumplidos los trámites, la proposición legislativa no es examinada por ambas Cámaras en el plazo de seis meses desde la publicación de la decisión del Consejo que constata la existencia del apoyo popular requerido (art. 9 de la Ley Orgánica n.º 2013-1114, de 6 de diciembre), el Presidente de la República debe someterla a referéndum[20]. Pese a ser presentada como un avance democratizador que rompía

18 La iniciativa «genérica» o «de tipo único» está regulada, y es usada, en cambio, en varios cantones, y, de prosperar en referéndum, queda en manos del parlamento cantonal la función de determinar el rango normativo, constitucional o legislativo, de su desarrollo. E. Grisel, *Iniciative et referendum populaires. Traité de democratie semi-directe en droit suisse*, cit., p. 212.

19 F. Soto Barrientos, «El referéndum en Latinoamérica: un análisis desde el derecho comparado», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLVI, n.º 136, 2013, pp. 317-346.

20 Sobre la introducción de esta modalidad de iniciativa de referéndum, F. Hamon, «La nouvelle procedure de l'article 11: un vrai faux référendum d'initiative populaire», *Petites Affiches*, n.º 254, 2008, págs. 16-21 y S. Diemert, «Le référendum legislatif d'initiative minoritaire dans l'article 11, révisé, de la

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el monopolio referendario del Presidente de la República, el elevado porcentaje de ciudadanos exigido y el necesario concurso parlamentario han impedido, hasta la fecha, que esta vía participativa haya sido usada. No es extraño, por ello, que, debido a las limitaciones de la iniciativa compartida, el grupo de trabajo sobre el futuro de las instituciones, constituido en la Asamblea Nacional en 2015, haya apostado por «instaurer un véritable référendum d'initiative populaire», porque «la hiérarchie entre parlementaires et citoyens, qui remet, dans les faits, l'initiative référendaire entre les mains des premiers, fait du référendum prévu au troisième alinéa de l'article 11 un référendum à l'initiative d'une minorité de parlementaires, plutôt qu'un instrument de démocratie directe»[21].

En Italia, el referéndum propositivo de leyes a iniciativa popular se ha reconocido en los estatutos de segunda generación de las regiones de Calabria, Campania, Cerdeña, Friuli-Venecia Julia, Lacio y Valle de Aosta. La facultad de impulsar la iniciativa legislativa corresponde a un cinco por ciento y un diez por ciento del electorado en Valle de Aosta y Calabria, respectivamente, y a 15.000 electores en Cerdeña, 30.000 electores en Friuli-Venecia Julia y 50.000 electores en Campania y Lacio. En las seis regiones, las iniciativas legislativas deben ser remitidas al Consejo para su discusión. De no ser examinadas en un plazo determinado por el Consejo regional (casos de Calabria, Cerdeña y Lacio), o de resultar rechazadas (casos de Campania, Friuli-Venecia Julia y Valle de Aosta), la convocatoria del referéndum resulta preceptiva[22]. En el ámbito nacional, la Constitución italiana regula la iniciativa legislativa popular, pero no la vincula al referéndum y no prevé, como las citadas regiones, el referéndum propositivo de leyes a resultas de una iniciativa popular[23]. En la práctica sin embargo, el referéndum legislativo abrogatorio a soli-

Constitution», *Revue française de droit constitutionnel*, n.º 77, 2009, pp. 55-97. En la doctrina española, P. Requejo Rodríguez, «Ciudadanos menores de edad», *REDC*, n.º 99, 2013, 204-215.

21 Cfr. M. C. Bartolone y M. Winock (dirs.), *Refaire la démocratie*, Rapport n.º 3100, Assemblée Nationale, Paris, 2015, pp. 70-73, en http://www2.assemblee-nationale.fr/static/14/institutions/Rapport_groupe_travail_avenir_institutions_T1.pdf).

22 Un análisis de la iniciativa propositiva de leyes vinculada al referéndum en las regiones italianas de régimen especial (Friuli-Venecia Julia, Cerdeña y Valle de Aosta) y régimen ordinario (Campania, Calabria y Lacio), en N. Rodean, «La democracia directa en Italia: iniciativa ciudadana y referéndum en la fallida reforma constitucional y en los estatutos de segunda generación», E. Sáenz Royo y C. Garrido López (coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 395-403.

23 Recientemente, los partidos que sustentan el actual Gobierno italiano, la Liga Norte y el Movimiento 5 Estrellas, han presentado dos propuestas de reforma del artículo 71 de la Constitución que reconocerían la iniciativa legislativa popular reforzada o vinculada al referéndum de naturaleza propositiva. Superado el control de admisibilidad de la iniciativa legislativa atribuido a la Corte Constitucional, que debería respetar los derechos fundamentales garantizados por la Constitución y las obligaciones internacionales, el referéndum sobre la iniciativa legislativa deberá celebrarse si las Cámaras modifican la propuesta ciudadana o no la aprueban en el plazo de dieciocho meses desde su presentación. En el primer caso, el texto aprobado por las Cámaras se sometería a consulta junto con el texto de la iniciativa legislativa popular, resultando aprobado el que obtuviera el mayor número de votos. Vid. *Proposta di legge Costituzionale* C 726, de 13 de julio de 2018 y *Proposta di legge Constituzionale* C 1173, disponibles, respectivamente, en http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.726.18PDL0025860.pdf y http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.1173.18PDL0028960.pdf.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

citud de 500.000 ciudadanos previsto en el artículo 75 de la Constitución suele tener un alcance materialmente propositivo, porque sus promotores, seleccionando las partes de las leyes que se pretenden derogar sólo parcialmente, pueden provocar la innovación del ordenamiento jurídico generando realmente nuevas normas al convertir al cuerpo electoral en legislador alternativo. Olivetti explica con claridad esta mutación constitucional: dado que el referéndum legislativo previsto constitucionalmente «sólo puede ser derogatorio (no puede, por tanto, someterse a votación popular la propuesta de un nuevo texto legislativo) y, por otro lado, no puede generar, en algunas materias, un vacío legislativo, será necesario redactar una pregunta que, derogando sólo algunas partes del texto, deje en vigor un texto residual capaz de expresar una normativa dotada de sentido y aplicable. [...] Pero de ese modo el referéndum pierde su carácter puramente derogatorio para convertirse en un procedimiento que permite el nacimiento de una nueva ley, distinta de la precedente, sin que sea necesario recurrir a la votación de un texto legislativo formalmente nuevo»[24].

Con funcionalidad también positiva, otros Estados prevén la iniciativa popular de referéndum sobre cuestiones de trascendencia nacional, expresión genérica bajo la que los ciudadanos pueden ser convocados para decidir sobre reformas constitucionales, delegación de poderes a entidades supranacionales o cuestiones de alcance cuya irreversibilidad aconseja su adopción por el pueblo mismo[25]. En Colombia, la iniciativa popular para convocar consultas sobre asuntos de trascendencia nacional se otorga a un cinco por ciento del censo electoral, debiendo pronunciarse el Senado sobre la oportunidad de la convocatoria en el plazo de un mes [arts. 9 y 20.d) de la Ley 1757 de 6 de julio de 2015]. En México se concede al dos por ciento de los electores censados (art. 35.VIII Const.). En Nueva Zelanda, la *Citizens Initiated Referenda Act 1993* reconoce la iniciativa de referéndum sobre cuestiones nacionales a un diez por ciento de los inscritos en el censo electoral. En Hungría, se convoca automáticamente referéndum sobre «cuestiones políticas fundamentales» si la solicitud va firmada por más de 200.000 ciudadanos; y con el concurso de la mayoría de la Asamblea si el referéndum ha sido solicitado por menos de 200.000 pero por más de 100.000 electores (art. 8.1 «El Estado» de la Ley Fundamental). Países

24 M. Olivetti, «Los referendos en serio: la experiencia italiana», *RJUAM*, n.º 15, 2007, p. 159. Analizan también esta mutación constitucional del alcance normativo del referéndum abrogatorio, G. Rolla, «Las dinámicas entre el referéndum, las instituciones de democracia representativa y los partidos políticos. Consideraciones a la luz de la experiencia italiana», en P. Biglino Campos (coord.ª.), *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*, CEPC, Madrid, 2017, pp. 229-231, y A. Sáiz Arnáiz, «El referéndum derogatorio en el ordenamiento italiano: entre las (incompletas) previsiones normativas y la (creativa) jurisprudencia constitucional», *REDC*, n.º 36, 1992, pp. 197-198.

25 Se trataría en estos casos, como ha señalado H. P. Schneider, de descargar de responsabilidad al Parlamento en aquellas decisiones críticas, denominadas «decisiones de nuevo tipo» por el autor, cuyo alcance e irreversibilidad, o sus repercusiones internacionales, comprometen a las generaciones futuras. Cfr. «Soberano sin poder. Representación y participación del pueblo como problema de legitimación de la soberanía democrática», *Democracia y Constitución*, CEC, Madrid, 1991, pp. 260-261.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Bajos ha reconocido la iniciativa de referéndum sobre cualquier asunto de interés nacional a 300.000 ciudadanos (*Wet raadgevend referendum* op 1 julio 2015) y Polonia otorga la iniciativa a 500.000 ciudadanos (artículo 125 Const. y Ley de referéndum de 14 de marzo de 2003). Rusia confiere la iniciativa para referéndums sobre asuntos de interés nacional a 2 millones de electores que han de estar distribuidos entre la mitad de las unidades territoriales de la Federación. Y Lituania, en fin, la atribuye a 300.000 electores (Ley IX-929/2002, de 4 de junio), haciendo así posible la intervención del cuerpo electoral, a instancias de los propios electores, frente a la inercia o pasividad de las instituciones representativas.

III. INICIATIVA POPULAR Y REFERÉNDUMS DE RATIFICACIÓN Y ABROGACIÓN DE LEYES

También con funcionalidad normativa, en este caso negativa, el Derecho comparado ha reconocido la iniciativa popular de referéndum para ratificar leyes recientemente votadas y/o para abrogar leyes en vigor, y su función correctora y de contrapeso de la actividad parlamentaria resulta de primer orden, en la medida en que posibilita en último término el ejercicio de una suerte de «facultad de veto» del cuerpo electoral sobre la actividad legislativa.

La primera modalidad, consistente en instar la ratificación o suspensión legislativa de textos votados por el parlamento, fue constitucionalizada en Suiza en 1874 bajo la denominación de referéndum facultativo. Su convocatoria procede si lo solicitan 50.000 electores u ocho cantones en un plazo de 100 días a contar desde la publicación oficial de la ley o la disposición federal discutida o de los tratados internacionales que tengan una duración indeterminada y no sean denunciables, prevean la adhesión a un organismo internacional o contengan disposiciones que fijen las reglas de derecho o cuya ejecución exija la adopción de leyes federales (art. 141 Const.). Esta modalidad de referéndum facultativo a instancia popular no sólo está prevista a nivel federal, sino también en las constituciones de los cantones, habiéndose celebrado en ambos ámbitos territoriales cientos de ellos[26]. En Letonia, el referéndum de ratificación legislativa puede celebrarse a solicitud de un diez por ciento de los inscritos en el censo si la ley ha sido suspendida por el Presidente de la República (art. 1.3 *Law on National Referendums Initiation of Laws and European Citizens Initiative*, 1994), y en Eslovenia, si así lo solicitan 40.000 ciudadanos (art. 90 Const.).

En los Estados de EE.UU. que reconocen a los ciudadanos la posibilidad de convocar referéndums sobre leyes aprobadas por las legislaturas, la iniciativa se

26 H. Kriesi y A. Trechsel, «Switzerland: the referendum and initiative as centerpiece of the political system», M. Gallagher y P. V. Uleri (eds.). *The Referendum Experience in Europe*, Macmillan Press LTD, London, 1996, pp. 185-208.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

otorga a una fracción de electores calculada sobre el censo o sobre el porcentaje de participación habida en las elecciones precedentes. La mayoría de las leyes estatales, salvo que medie declaración de emergencia legislativa, no entran en vigor inmediatamente después de su aprobación por la legislatura estatal, sino que se suspenden por un período, generalmente de 90 días, durante el cual los votantes tienen la oportunidad de solicitar un referéndum sobre la ley. Y si los promotores de la iniciativa recopilan las firmas suficientes para convocar un referéndum, la entrada en vigor de la ley se suspende hasta que los votantes emitan su opinión en las urnas[27].

La segunda modalidad, en la que una ley en vigor puede ser abrogada total o parcialmente mediante referéndum instado popularmente, también está extendida en el Derecho comparado. En Latinoamérica, la iniciativa popular de referéndum abrogatorio de leyes se reconoce a un porcentaje sobre censo: en Uruguay, el referéndum se convoca a petición de un veinticinco por ciento del cuerpo electoral, formulada dentro del primer año a partir de la promulgación de la ley (art. 79 Const.); en Venezuela, a iniciativa de un diez por ciento de los electores (art. 74 Const.); en Colombia, a iniciativa de un diez por ciento del censo (art. 170 Const.), y en Ecuador y Costa Rica, a iniciativa de un cinco por ciento de personas inscritas en el registro electoral en ambos casos (arts. 104 y 105 de sus respectivas Constituciones).

En Alemania, las constituciones de los *Länder* de Berlín (art. 62), Bremen (art. 70), Mecklemburgo-Prepomerania (art. 60), Baja Sajonia (art. 48), Sarre (art. 72) y Sajonia-Anhalt (art. 81) reconocen la iniciativa popular de referéndum para la modificación o derogación de leyes a un número absoluto de votantes o un porcentaje del cuerpo electoral, según los casos. En Italia, el referéndum abrogatorio, total o parcial, de leyes o actos con fuerza de ley puede celebrarse a iniciativa de 500.000 electores o de cinco consejos regionales, siempre que no afecte a leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía e indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales (art. 75.2 Const.)[28]. La iniciativa popular de referéndum abrogatorio de leyes también está prevista en los estatutos de las regiones italianas. En el ámbito regional el uso de esta iniciativa ha sido hasta la fecha marginal, pero la situación ha sido distinta a escala nacional, donde, desde 1974, se han celebrado 67 referéndums abrogatorios a instancia popular sobre

27 El Estado de Nebraska constituye a este respecto una excepción. Si los opositores a la ley no alcanzan el diez por ciento de firmas de los votantes registrados, la ley permanece en vigor hasta que se celebre el referéndum. Sólo si se supera ese porcentaje de firmas, la ley se suspende.

28 En el ejercicio de su facultad de control de las materias excluidas de referéndum, la *Corte Constituzionale* ha ampliado interpretativamente las materias citadas en el artículo 75.2 de la Constitución excluyendo también de referéndum las leyes de reforma constitucional, otras leyes constitucionales y los actos legislativos reforzados que no puedan ser derogados por leyes ordinarias, las «disposiciones legislativas ordinarias con contenidos constitucionalmente vinculados y las disposiciones que producen efectos vinculados a las materias que el artículo 75.2 de la Constitución enumera» (Sentencia n.º 27/1987). Sobre la ampliación por vía jurisprudencial de los límites materiales de la iniciativa popular de referéndum, A. Pertici, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referéndum abrogativo*, Giappichelli Editore, Turín, 2010, pp. 134-140.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

temas tan dispares y sensibles como el divorcio, la financiación pública de partidos, la despenalización del aborto, la investigación con embriones y fecundación asistida, el sistema electoral, la edad de jubilación, la energía nuclear, las privatizaciones del agua y los impedimentos procesales a favor de los miembros del Gobierno. De 1997 a 2009 ninguno de los referéndums abrogatorios celebrados superó el 50% de participación popular exigido para conferir validez al resultado[29], pero ello no ha impedido que esta modalidad participativa siga siendo uno de los rasgos característicos del sistema político italiano.

Como Rolla ha subrayado, la iniciativa popular de referéndum contribuye en Italia a «reforzar el vínculo representativo que une al pueblo con el Parlamento»[30]. La amenaza de activar una iniciativa abrogatoria frente a decisiones legislativas adoptadas por mayorías precarias estimula claramente la negociación en sede parlamentaria; de activarse, sirve para canalizar institucionalmente el descontento popular; formalizada la iniciativa, los parlamentarios tienen la posibilidad de decidir derogar los preceptos cuestionados antes de la celebración del referéndum; de no hacerlo y celebrarse la consulta, los votantes pueden confirmar la decisión legislativa —lo que ocurre en la mayoría de los casos— o, superado el quórum exigido para que la voluntad popular expresada sea suficientemente significativa para imponerse[31], pueden por el contrario corregir la actividad legislativa del Parlamento, optando por la abrogación de la ley. Nada de ello, en puridad,

29 En Italia, el referéndum legislativo abrogatorio carece de validez si el número de votantes no supera el 50% de los inscritos en el censo electoral (art. 75 Cont.). Dicho quórum, que no se exige en cambio para el referéndum de reforma constitucional (art. 138 Cont.), no se alcanzó en los referéndums abrogatorios celebrados de 1977 a 1996, pero a partir de ese momento, y durante más de una década, cundió la táctica de los opositores de los diferentes referéndums de invitar a los electores a no acudir a las urnas, superándose tan sólo el porcentaje de validez requerido en los referéndums abrogatorios de 2011. Los referéndums abrogatorios italianos y su respectiva participación, en http://elezionistorico.interno.it/index.php?tpel=F.

30 G. Rolla, «Las dinámicas entre el referéndum, las instituciones de democracia representativa y los partidos políticos. Consideraciones a la luz de la experiencia italiana», cit., p. 216.

31 La exigencia de quórum para conferir validez a los resultados de los referéndums es una garantía relativamente extendida en el Derecho comparado que pretende evitar la adopción de decisiones cuando la participación popular sea escasa en relación con el censo o con la participación habida en las elecciones y la representatividad institucional resultante. En Italia, el referéndum abrogatorio de ámbito nacional debe superar el 50% de participación computado sobre el censo electoral. En los referéndums abrogatorios de ámbito regional también se exige un quórum superior al 50%, con la excepción de la Toscana, cuyo estatuto regional condiciona la validez del referéndum a la participación de una mayoría de votantes computada sobre la participación habida en las últimas elecciones regionales. Los *Länder* alemanes, con la excepción de Baviera, Hesse y Sajonia, exigen para conferir validez a los referéndums legislativos de iniciativa popular entre un 15% (caso de Renania del Norte-Westfalia) a un 50% de participación (Sarre) calculado sobre el censo; y en los referéndums de reforma constitucional (regulados en todos los *Länder* menos en Hesse y Sarre) el quórum exigido oscila entre el 25% (Baviera), el 40% (Turingia) y el 50% de participación (el resto de *Länder*). En Países Bajos, la ley exige para la validez del referéndum que la participación supere el 30% del censo electoral. En Hungría, el referéndum sólo es válido si han participado más de la mitad de los inscritos en el censo (art. 8.4 «El Estado» de la Ley Fundamental). En contra de esta garantía se ha pronunciado, sin embargo, el *Code of Good Practice on Referendums* (punto 7), elaborado por el Consejo de Europa, al considerar que la exigencia de quórum alienta estratégicamente a los opositores de la propuesta a la abstención (Disponible en http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)008rev-spa.).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

contradice la lógica de la representación democrática, porque, como subrayó Carré de Malberg, no cabe defender la idea de que la representación hace presente la voluntad popular y no reconocer al tiempo «el derecho de los ciudadanos a manifestar un sentimiento distinto a aquél que, sobre una cuestión determinada, ha sido manifestado en su nombre por los representantes»[32].

IV. LA INICIATIVA POPULAR DE REFERÉNDUM COMO FACTOR DE INTEGRACIÓN POLÍTICA EN LAS DEMOCRACIAS AVANZADAS

En todas estas modalidades de referéndum, la posibilidad reconocida a un número significativo o un porcentaje de ciudadanos de trasladar la decisión al cuerpo electoral influye decisivamente en el desarrollo y la capacidad de integración política de las instituciones representativas[33]. Estando legitimadas para solicitar la celebración de consultas populares, las minorías políticas y las organizaciones de la sociedad civil pueden presionar a los partidos mayoritarios anunciando que, si sus demandas o preocupaciones nos son escuchadas por el legislador, están dispuestas a promover la convocatoria de un referéndum propositivo, suspensivo o abrogatorio. Ello favorece la negociación e integración de los intereses en sede parlamentaria. Ante la incertidumbre del resultado en un referéndum, la mayoría parlamentaria tiende a ser receptiva a fin de evitar su convocatoria o, en el supuesto de producirse ésta, esa mayoría suele mostrarse integradora, como ocurre en Suiza con las contrapropuestas parlamentarias que la Asamblea puede formular, que se someten a consulta simultáneamente con las proposiciones ciudadanas y suelen ser las preferidas de los votantes por su vocación y contenido conciliador[34]. Y lo mismo ocurre en los numerosos *Länder* alemanes y en los Estados de EE.UU. que prevén la formulación de propuestas alternativas por los parlamentos estatales. Por las razones anteriores, la iniciativa popular de referéndum, en cualquiera de sus modalidades, representa un estímulo para la búsqueda continuada del compromiso entre las fuerzas políticas y entre éstas y las organizaciones de la sociedad civil.

Cuando los gobiernos o las mayorías parlamentarias controlan el referéndum tienden a usarlo para reforzar su posición de poder y a fin de doblegar la resistencia y los contrapesos de otras instituciones democráticas. A mayor número de

32 R. Carré De Malberg, «Consideraciones teóricas a propósito de la relación del referéndum con el parlamentarismo», *RDCE*, n.º 21, 2014, p. 298.

33 E. R. Gerber, «Legislative Response to the Threat of Popular Initiatives», *American Journal of Political Science*, vol. 40, n.º 1, 1996, pp. 99-102.

34 «The referendum has given rise to the so-called 'politics of condordance', implying that all interest groups that are capable of imposing a veto through the rejective initiative are included in the legislative process». Cfr. H. Kriesi y A. Trechsel, «Switzerland: the referendum and initiative as centerpiece of the political system», cit., p. 202.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sujetos proponentes, en cambio, la tentación de utilización plebiscitaria del referéndum se reduce y su funcionalidad democrática aumenta, porque suma un poder corrector al sistema. Los referendos impulsados «desde abajo», a través de las iniciativas populares especialmente, permiten a los ciudadanos confrontar a los gobernantes con nuevas demandas, cuestionando el monopolio de los políticos profesionales sobre la agenda de gobierno. Estos mecanismos de democracia directa impulsados por los ciudadanos, destaca Altman, «no buscan suplantar la democracia representativa, sino servir como válvulas de escape intermitentes en contra del comportamiento perverso o no-responsivo de las instituciones representativas»[35]. No son instrumentos divisivos, sino genuinos *checks and balances* políticamente centrípetos, como su práctica revela.

En los lugares donde la iniciativa popular de referéndum existe, la acción legislativa y de gobierno tiende a acercarse más a las preferencias de los votantes que en donde no se reconoce y se incorporan asuntos a la agenda parlamentaria que no figuraban con anterioridad o no eran recogidos por los grupos políticos[36]. Ejemplos de ello se suceden en Massachusetts y en otros Estados de EE.UU., donde las contrapropuestas o alternativas parlamentarias a las iniciativas populares incorporan aspectos de éstas y, por su carácter transaccional, suelen ser preferidas por los ciudadanos. Las iniciativas populares también propician la negociación en California sin siquiera llegar a votarse, puesto que pueden ser retiradas de obtener una acogida satisfactoria por parte de las autoridades. Y similar dinámica consensual se genera en otros Estados en los que se reconoce la iniciativa popular de referéndum, como en Uruguay, los *Länder* alemanes y Suiza, donde, como señala Sáenz Royo refiriéndose al caso suizo, «cualquier propuesta es debatida antes de su consideración parlamentaria por un amplio sector institucional y social (partidos, cantones y grupos de interés)» a fin de «asegurar que todos los intereses afectados por la nueva regulación —y especialmente los actores capaces de presentar una amenaza creíble de referéndum— tengan la oportunidad de dar su opinión y ser oídos [...]». Y cuando las iniciativas populares ya se han puesto en marcha se abre un proceso de «negociación *ex post* que puede incorporar parcialmente las demandas o bien directamente en un contraproyecto parlamentario de reforma constitucional o bien indirectamente a través de una modificación legislativa»[37].

Contraponer la participación popular directa a la representación constituye un falso dilema. En Uruguay, los referéndums de iniciativa popular han servido

35 D. Altman, *Direct Democracy Worldwide*, Cambridge University Press, New York, 2011, p. 2.

36 E. R. Gerber, «Legislative Response to the Threat of Popular Initiatives», cit., p. 99. Más ampliamente, J. F. Zimmerman, *The Initiative: Citizen Lawmaking*, cit., pp. 129-155 y R. Enstrom y J. R. Dewitt, «Petitioners and Policy Makers: State Legislator Perceptios of Petitioners and Direct Democracy», en S. Reylly & R. M. Yonk, *Direct Democracy in the United States: Petitioners as a Reflection of Society*, Routledge, New York, 2013, pp. 92-117.

37 E. Sáenz Royo, «La regulación y la práctica del referéndum en Suiza: un análisis desde las críticas a la institución del referéndum», *REP*, n.º 171, 2016, p. 92.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

para consolidar la transición a la democracia y defender el Estado social frente a sus amenazas[38]. En Italia, el referéndum abrogatorio a iniciativa popular es una institución esencial de su sistema político, y su efecto, cuando se logra superar el quórum requerido, ha sido integrador, porque, frente a las iniciativas abrogatorias, los electores han confirmado normalmente la opción legislativa del parlamento, con excepción de los referéndums promovidos durante la crisis del sistema de partidos (1993) o el caso de la consulta contra la energía nuclear, celebrada tras el accidente de Chernóbil (1987)[39]. En Suiza, aproximadamente el 93% de las leyes susceptibles de referéndum resultan aprobadas por el parlamento y no son cuestionadas por iniciativas abrogatorias. La posibilidad atribuida a los ciudadanos de instar la celebración de referéndums propositivos y derogatorios ha reforzado la negociación en sede parlamentaria ante cualquier propuesta de nueva regulación. Y, cuando se termina votando, incluso entre las iniciativas y los contraproyectos, el supuesto choque entre el pueblo y el parlamento no se ha producido. Ambas legitimidades se han complementado. E idéntica función integradora ha desempeñado la iniciativa popular de referéndum en los Estados norteamericanos en que existe, en los que la mera posibilidad de convocar a consulta al cuerpo electoral estimula el compromiso entre los actores políticos a fin de evitar su activación y, de ser convocada la consulta, proporciona un complemento útil al sistema de gobierno representativo[40].

V. LOS INTENTOS DE REGULACIÓN DE LA INICIATIVA POPULAR DE REFERÉNDUM EN ESPAÑA: BALANCE Y PERSPECTIVAS

Aunque en España la experiencia en materia de democracia directa es muy limitada, no han faltado intentos de institucionalizar constitucionalmente la iniciativa popular de referéndum, en nuestro caso para instar la convocatoria de referéndums de ratificación y/o derogación de textos legislativos. En 1931 fue constitucionalizada la iniciativa popular de referéndum sobre leyes votadas por las Cortes, pero su desarrollo legislativo quedó inédito. La iniciativa popular de referéndum reapareció en el anteproyecto constitucional elaborado por la ponencia en 1978, en esta ocasión vinculada al referéndum derogatorio de leyes. La propuesta encontró el rechazo de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso de los Diputados y fue eliminada del articulado constitucional. En el contexto de la reciente crisis de legitimidad de la democracia representativa, el reconocimiento de la iniciativa popular de referéndum ha vuelto a ser planteado

38 En este sentido, R. Altman, *Direct Democracy Worldwide*, cit., pp. 140-162.

39 G. Rolla, «Las dinámicas entre el referéndum, las instituciones de democracia representativa y los partidos políticos. Consideraciones a la luz de la experiencia italiana», cit., 223.

40 G. Alan Tarr, «Direct Democracy in the United States», cit., p. 21.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en tres proposiciones de reforma constitucional registradas en el Congreso de los Diputados durante la X Legislatura: las dos primeras a instancias del Grupo Parlamentario Mixto y del Grupo de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural; la tercera, presentada por la Junta General del Principado de Asturias y todavía hoy pendiente del preceptivo debate de toma en consideración.

1. La iniciativa popular de referéndum en la Constitución de 1931 y en el anteproyecto constitucional de 1978

Siguiendo el modelo del constitucionalismo de entreguerras, singularmente la regulación de la democracia directa en la Constitución alemana de Weimar[41], el constituyente español de 1931 incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la iniciativa popular de referéndum de ratificación legislativa. Tanto los diputados socialistas como los de Acción Republicana eran muy reacios a la constitucionalización del referéndum debido a su posible manipulación por minorías, pero su reconocimiento se planteó a través de votos particulares al proyecto. El primero, presentado por J. Castrillo, proponía la inclusión del referéndum a iniciativa, entre otros sujetos legitimados, de los ciudadanos. El segundo, de J. M.ª Gil-Robles, preveía, junto al referéndum, la introducción de la iniciativa popular según el modelo de la Constitución alemana. La única de dichas propuestas que fue debatida fue la primera y varios grupos solicitaron que, además del referéndum, se introdujeran otras instituciones de democracia directa. La Comisión rechazó el voto particular de Castrillo, pero aceptó elaborar un nuevo dictamen al que incorporó el referéndum legislativo a iniciativa popular que figuraría casi sin cambios hasta el artículo 66 definitivo, en el que se reconoció al quince por ciento del cuerpo electoral la facultad de «atraer a su decisión leyes votadas por las Cortes que no fueran complementarias de la Constitución, leyes de ratificación de convenios internacionales inscritos en la Sociedad de Naciones, estatutos regionales o leyes tributarias, en los términos que fijara una ley especial»[42]. Pese a su constitucionalización, la ley especial de desarrollo no fue aprobada durante la Segunda República y, consecuentemente, ninguna iniciativa popular de referéndum de ratificación legislativa se puso en marcha.

Tras el largo período de dictadura franquista, el anteproyecto de Constitución elaborado por la Ponencia recuperó la iniciativa popular de referéndum, atribuyendo la iniciativa para someter a votación la derogación de leyes en vigor no

41 Sobre la influencia de la regulación en materia de referéndum contenida en el artículo 73.2 y 3 de la Constitución de Weimar en el constituyente español de 1931, M. A. Presno Linera, «El referéndum en la Constitución española: límites y posibles reformas», E. Sáenz Royo y C. Garrido López (coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, cit., pp. 52-53.

42 Sobre el tema, N. Pérez Serrano, *La Constitución española*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, p. 243.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sólo al Gobierno, a cualquiera de las Cámaras y a tres asambleas de territorios autónomos, sino también a 750.000 electores en las condiciones que regulara una ley orgánica (art. 85). Los ponentes, previeron, asimismo, el referéndum sobre decisiones políticas de especial trascendencia y el referéndum sobre leyes votadas por las Cortes Generales y aún no sancionadas, aunque en ambas modalidades limitaron su iniciativa al Gobierno, a cualquiera de las Cámaras y a tres asambleas autonómicas, excluyendo la iniciativa popular[43]. La regulación de la democracia directa contenida en el anteproyecto era, pese a esta exclusión, generosa y podría haber prosperado. Como es sabido, sin embargo, en la tramitación parlamentaria posterior del texto constitucional se exageraron los peligros de la participación a través del referéndum y de la iniciativa popular, se cuestionó su legitimidad y funcionalidad democráticas y se minusvaloró su rendimiento en el Derecho comparado.

En el recelo del constituyente hacia la democracia directa pesaron el uso instrumental y plebiscitario que del referéndum hizo el régimen franquista, así como las recientes experiencias francesa e italiana, consideradas poco satisfactorias. En Francia, el general De Gaulle había usado al referéndum para fortalecer su liderazgo eludiendo al Parlamento, y en Italia el reconocimiento de la iniciativa popular para convocar referéndums abrogatorios había provocado fuertes tensiones políticas, en 1974 con ocasión del divorcio y en junio de 1978 con la ley sobre financiación de los partidos políticos. Junto a estos factores, también se hizo presente una específica concepción del parlamentarismo patrocinada por los grupos mayoritarios: un parlamentarismo —en palabras de Garrorena Morales— «bastante puro, es decir, celoso a la hora de preservar la primacía institucional de Parlamento y, a su través, la de una clase política muy refractaria a cualquier recorte en su recién estrenada posición»[44]. Como resultado, la iniciativa popular de referéndum desapareció del texto constitucional y los referéndums legislativos, tanto abrogatorios cuanto sobre leyes votadas y aún no sancionadas, fueron descartados de la redacción final[45].

43 *BOCG*, n.º 44, 5 de enero de 1978, p. 683.

44 A. Garrorena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 146. Más ampliamente, sobre las razones que determinaron la restricción de las modalidades de referéndum y de su iniciativa durante el proceso constituyente, M. Ramírez Jiménez, *La participación política*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 55-56 y J. Oliver Araujo: «El referéndum en el sistema constitucional español», *REP*, n.º 29, 1989, pp. 134-140.

45 En defensa de la enmienda «in voce» cuya aceptación por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas modificó la redacción del artículo 85 del anteproyecto constitucional, el diputado Solé Tura señaló que el referéndum sobre leyes aprobadas aún no sancionadas abriría «la extraña posibilidad de que la soberanía del Parlamento fuera absolutamente menoscabada» y posibilitaría la aparición de conflictos entre el Gobierno, el Rey y el Parlamento, interfiriendo extraordinariamente en todo el proceso legislativo normal. «En cuanto al referéndum derogatorio —continuó— se presta, como sabemos, en la práctica política a muchas y contradictorias utilizaciones; de modo que es también dudoso que se pueda calificar sin más de práctica democrática. Puede ser precisamente lo contrario, y ejemplos no faltan, de que sea una de las formas precisamente de impedir una labor democrática desde el máximo órgano legislativo» (*DSCD*, n.º 81, Comisión de

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El constituyente se limitó a regular los referéndums preceptivos de revisión constitucional (art. 168 CE) y de ratificación de la iniciativa autonómica, de aprobación y reforma de determinados Estatutos de Autonomía y de ratificación de una hipotética incorporación de Navarra al País Vasco (arts. 151.1, 151.2.3.º y 152.2 y DT 4.ª CE, respectivamente), el referéndum de reforma constitucional a petición de una décima parte de diputados o senadores (art. 167 CE) y el referéndum consultivo sobre decisiones políticas de especial transcendencia a iniciativa del Presidente del Gobierno (art. 92 CE). Debido a su restrictiva regulación —que la deficiente Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum (LOMR), agudizó— y al recelo de la clase política, la práctica del referéndum ha sido excepcional. Además de los referéndums de ratificación de la iniciativa autonómica de Andalucía y de aprobación y reforma de los Estatutos de Autonomía elaborados conforme al artículo 151.2 CE, sólo se han celebrado dos referéndums nacionales a iniciativa del presidente del Gobierno: el referéndum de 12 de marzo de 1986 sobre la permanencia de España en la OTAN y el referéndum de 20 de febrero de 2005 de ratificación del tratado que instituía una Constitución para Europa. Sin duda, un balance muy pobre.

2. La iniciativa popular de referéndum en las proposiciones de reforma constitucional de la X Legislatura: en especial, la regulación contenida en la proposición de la Junta General del Principado de Asturias

En el contexto de grave crisis que, desde 2009, afectó en España a la democracia representativa, resurgió con fuerza el debate en torno a la conveniencia de impulsar el ejercicio de la democracia directa incorporando a nuestro ordenamiento nuevas modalidades de referéndum, como el referéndum sobre leyes en vigor o el referéndum propositivo, y reconociendo a un número o un porcentaje de ciudadanos la facultad de solicitar su celebración. A este respecto, la recesión económica y la subsiguiente crisis política operó como una poderosa lupa sobre las carencias y los defectos de nuestras instituciones representativas, que habían sido contemplados con indulgencia o indiferencia en tiempos de bonanza, pero que resultaban

Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión de 6 de junio de 1978, pp. 2937). Sumándose a las tesis de Solé Tura, el centrista Pérez-Llorca arguyó, tanto en el debate en Comisión como en el posterior debate en el Pleno, que el referéndum sobre leyes votadas y aún no sancionadas podía convertirse en una especie de veto plebiscitario «cuya introducción en la Constitución, unida a la iniciativa popular, podría dejar en manos de minorías fuertemente organizadas la suerte de leyes debatidas en las Cámaras, e incluso la suerte de esas propias Cámaras. E igualmente cierto es, a mi juicio —abundó—, que el referéndum abrogatorio, unido a la iniciativa popular, podría plantear, en este momento inaugural del sistema constitucional en España, conflictos gravísimos. Y ésta es una cuestión política que no podemos eludir, ya que podrían ser planteados por minorías, por grupos extraparlamentarios minoritarios, y en ciertas cuestiones concretas podrían crear conflictos graves al funcionamiento adecuado del sistema» (*DSCD*, n.º 81, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, 6 de junio de 1978, p. 2940, y *DSCD*, n.º 109, Pleno, 13 de julio de 1978, pp. 4213.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

intolerables cuando dichas instituciones adoptaron decisiones económicas críticas socialmente regresivas e impopulares. Debilitado el *idem sentire* entre representantes y representados, interrumpida la suspensión voluntaria de la incredulidad en que se asienta el dogma de la representación política[46], muchos ciudadanos reclamaron nuevas vías de participación que les permitieran incidir efectivamente en el proceso de formación de la voluntad general. Y así lo hicieron llegar a las instituciones a través de peticiones colectivas, asociaciones y partidos políticos, desde que la indignación que cristalizó el 15 de mayo de 2011 en las plazas de las principales ciudades españolas sirviera de catalizador de diversas demandas de regeneración democrática[47]. El impuso de la iniciativa popular fue una de esas vías de participación. Una iniciativa popular que algunos de los Estatutos de Autonomía reformados acababan de incorporar a su articulado, legitimando a los ciudadanos para instar la celebración de consultas populares autonómicas y locales —no referendarias, según ha interpretado el Tribunal Constitucional (en especial, SSTC 31/2015 y 137/2015)— en su ámbito territorial[48]. Recogiendo estas demandas a escala nacional, en los últimos años se han sucedido varias propuestas para impulsar constitucionalmente el referéndum y la iniciativa popular tanto desde sectores doctrinales[49] como en sede

46 Sobre la idea de la suspensión voluntaria de la incredulidad como fundamento del gobierno representativo, E. S. Morgan, *La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y los Estados Unidos*, Siglo xxi, Buenos Aires, 2006, pp. 13-14.

47 Un análisis de los postulados y propuestas programáticas de impulso democrático del llamado movimiento 15-M en M. A. Presno Linera, *El 15-M y la promesa de la política*, Agenda Pública, 2013. Disponible en: http://www.accionenredasturies.org/upload/20140211223341_0.pdf.

48 Reconocen el derecho de los ciudadanos a promover la convocatoria de consultas populares autonómicas y locales en los términos previstos por la CE y las leyes (y, evidentemente, en los términos de la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Constitucional sobre la materia) los Estatutos de Autonomía de Andalucía (art. 30.1.c), Castilla y León (art. 11.5), Cataluña (art. 29.6) e Islas Baleares (art. 15.c) y, tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma de su Estatuto de Autonomía, también Canarias (art. 31.e). Cataluña ha regulado esta facultad de iniciativa ciudadana en el artículo 35 de la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, recociéndola a 75.000 personas de las llamadas a participar, en el ámbito autonómico, y a un porcentaje variable de vecinos llamados a participar en función de la población, en el ámbito local. Con anterioridad, el *Parlament* reguló la iniciativa popular de referéndum en los artículos 21 a 30 de la Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum, pero la STC 31/2010 (FJ 69) privó de base estatutaria a la Ley y la STC 51/2017 declaró la inconstitucionalidad de su título II (arts. 10 a 30). Andalucía regula la iniciativa ciudadana para instar la celebración de consultas populares en los artículos 45 y 48 de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía, reconociéndola a 30.000 personas con derecho a participar, en el ámbito autonómico, y a un porcentaje variable atendiendo a la población, en el ámbito local. En Baleares y Castilla y León están en trámite sendos proyectos de ley que pretenden regular dicha iniciativa: el Proyecto de ley RGE 8321/2018, de consultas populares y procesos participativos, aprobado por el *Consell* de las Islas Baleares el 27 de julio de 2018, y el Proyecto de Ley de diálogo civil de Castilla y León, aprobado por el Consejo de Gobierno el 6 de septiembre de 2018.

49 En el ámbito académico destacan los trabajos de M. Á. Presno Linera, «La democracia directa y la falacia de sus riesgos», I. Gutiérrez Gutiérrez (coord.), *La democracia indignada: tensiones entre la voluntad popular y representación política*, Comares, Granada, 2014, pp. 61-92; P. Requejo Rodríguez, «El referéndum consultivo en España: reflexiones críticas y algunas propuestas de futuro», *Estudios de Deusto*, vol. 62/1, 2014, pp. 261-284; E. Vírgala Foruria, «Representación, parlamentarismo y democracia participativa», en M. A. García Herrera, J. Asensi Sabater y F. Balaguer Callejón (coords.), *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1055-1083; E. Sáenz Royo, «La

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

parlamentaria, donde se han registrado varias proposiciones de reforma constitucional que incluían en su articulado la iniciativa popular de referéndum.

La primera de las proposiciones de reforma constitucional que propugnaba el reconocimiento de la iniciativa popular de referéndum fue presentada por el Grupo Parlamentario Mixto y el Grupo de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural el 31 de enero de 2012, pero fue retirada el 14 de mayo de 2013[50]. Un día antes de esta retirada, el 13 de mayo de 2013, los mismos grupos presentaron con idéntico contenido una segunda proposición de reforma constitucional. Justificada en la referida crisis de legitimidad de la democracia representativa, la proposición tenía por objeto impulsar la proporcionalidad del sistema electoral y la participación política directa mediante la reforma de los artículos 68, 69, 87.3, 92 y 167 CE. En el ámbito de la democracia directa, sus signatarios pretendían eliminar los límites materiales de la iniciativa legislativa popular, extender el referéndum preceptivo a toda reforma constitucional y ampliar tanto los ámbitos territoriales en los que sería posible su celebración como los sujetos legitimados para instar la convocatoria de referéndums sobre asuntos de especial relevancia e interés para la ciudadanía. Dichos referéndums, en materias de competencia estatal, serían convocados por el Rey, previa autorización del Congreso, «a petición de un cinco por ciento de miembros del Congreso o del Senado y a iniciativa popular con los requisitos exigidos para las iniciativas legislativas populares». En materias de competencia autonómica, los presidentes de las CCAA podrían convocar referéndum «a petición de sus asambleas o a iniciativa popular, de acuerdo con el procedimiento establecido en las leyes autonómicas». Y sobre asuntos de interés local, también los alcaldes o presidentes de las entidades locales podrían convocar referéndums consultivos, a petición de sus plenos o a iniciativa popular, en los términos que regulara la legislación básica sobre régimen local[51]. La proposición de reforma constitucional fue admitida a trámite por la Mesa del Congreso el 21 de mayo de 2013, pero caducó al disolverse las Cámaras sin ser tomada en consideración por el Pleno[52].

regulación del referéndum en el Derecho comparado: aportaciones para el debate en España», *REDC*, n.º 108, 2016, pp. 123-153; J. M.ª Castellà Andreu, «El referéndum en la Constitución: ¿es necesario un replanteamiento de la institución?», en J. L. Cascajo Castro y A. Martín De La Vega (coords.), *Participación, representación y democracia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 235-266; F. J. Díaz Revorío, «Democracia, representación y participación ciudadana. A la búsqueda de un equilibrio que la Constitución no logró», *RDP*, n.º 101, 2018, pp. 239-270; y J. M.ª Morales Arroyo, «El alcance y los límites de los instrumentos constitucionales de participación directa», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 26, 2018, disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=3&numero=26.

50 La primera proposición de reforma constitucional «para reforzar la participación política y el pluralismo en el régimen electoral» puede verse en el *BOCG*, CD, Serie B, n.º 55-1, de 10 de febrero de 2012. Su retirada se publicó en *BOCG*, CD, Serie B, n.º 55-2, de 20 de mayo de 2013.

51 *BOCG*, CD, Serie B, n.º 122-1, 24 de mayo de 2013, pp. 1-4. Un análisis de esta proposición de reforma constitucional en P. Requejo Rodríguez, «El referéndum consultivo en España: reflexiones críticas y algunas propuestas de futuro», cit., pp. 276-277.

52 *BOCG*, CD, n.º D-758, 20 de noviembre de 2015, p. 4. Unos meses antes del registro de esta proposición de reforma constitucional, los mismos grupos parlamentarios pretendieron, también infructuosamente, la modificación de la LOMR. En efecto, tras el anuncio realizado por el Presidente del Gobierno, Mariano Rajoy,

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La tercera propuesta de reforma constitucional de las formas de democracia directa fue presentada en el Congreso de los Diputados por la Junta General del Principado de Asturias el 16 de octubre de 2014. Dotada de mayor calidad técnica que la proposición de reforma constitucional presentada por los Grupos Parlamentarios Mixto y de la Izquierda Plural, esta singular iniciativa autonómica, que propugna la reforma de los artículos 87.3, 92 y 166 CE, traía causa del manifiesto «Por la democracia directa», presentado al amparo del derecho de petición reconocido en el artículo 29 CE por varias miles de ciudadanos ante varios parlamentos autonómicos. En Asturias, la petición fue respaldada por 7.700 personas y se registró en la Junta General del Principado en diciembre de 2011. Un año más tarde, el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en la Junta General del Principado asumió la propuesta ciudadana formalizándola parlamentariamente a través de una propuesta de proposición de las del artículo 166 CE, en relación con el artículo 87.2 de la misma[53]. En la propuesta inicial, que fue tomada en consideración por la cámara asturiana el 24 de mayo de 2013[54], se pretendían eliminar los límites materiales a la iniciativa legislativa popular previstos en el artículo 87.3 CE, reconocer a 500.000 ciudadanos la facultad de promover una reforma constitucional, incorporar a la CE la figura del referéndum sobre leyes votadas por las Cortes y aún no sancionadas y la del referéndum legislativo derogatorio en parecidos términos a los del artículo 75 de la Constitución italiana y ampliar la facultad de iniciativa de referéndum sobre cuestiones políticas de especial trascendencia, sobre leyes votadas y aún no sancionadas y sobre derogación de leyes en vigor a ambas Cámaras, a las asambleas de tres CCAA y a 500.000 electores, es decir, constitucionalizar para tres modalidades referendarias la iniciativa popular de referéndum en nuestro país. El resultado, en cualquiera de las tres modalidades, sería vinculante cuando participaran en la votación la mayoría de quienes tuvieran derecho a hacerlo y hubiera sido aprobado por mayoría de los votos válidamente emitidos.

A la propuesta de nueva redacción del artículo 92 CE contenida en la proposición inicial se presentaron tres enmiendas. La del Grupo Foro Asturias pidió la

en el Congreso de los Diputados de nuevos ajustes y recortes sociales para reducir el gasto público anual en 65.000 millones de euros, el GP Mixto y el Grupo de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural presentaron conjuntamente el 18 de julio de 2012 una proposición de ley orgánica que pretendía introducir en el artículo 6 de la LOMR la obligatoriedad de convocatoria de un referéndum cuando las decisiones políticas a adoptar afectaran sustancialmente a derechos económicos, sociales y laborales (*vid. BOCG*, CD, Serie B, n.º 91-1, 27 de julio de 2012, pp. 1-2.). La proposición de ley fue rechazada, pero dio lugar a un interesante debate parlamentario el 27 de noviembre de 2012, en el trascurso del cual se criticó que los proponentes pretendieran modificar el carácter facultativo del referéndum previsto en el artículo 92 CE a través de una mera ley orgánica. Las intervenciones en dicho debate pueden verse en *DSCD*, n.º 75, 27 de noviembre de 2012, pp. 18-37.

53 *BOJGPA*, Serie A, n.º 16.1, de 12 de diciembre de 2012. Un análisis de la gestación y del contenido de la proposición en M. A. Presno Linera, «Propuesta de reforma de la Constitución para promover la participación ciudadana», en https://presnolinera.wordpress.com/2014/02/17/propuesta-de-reforma-de-la-constitucion-para-promover-la-participacion-ciudadana/ (consultado el 10 de marzo de 2018).

54 El debate de toma en consideración puede verse en el *DSJGPA*, Serie P, n.º 60, 24 de mayo de 2013, pp. 5-16.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

supresión, al rechazar de plano «la pretensión de instaurar, con carácter obligatorio, la celebración de un referéndum [...] con la mera solicitud de 500.000 electores», lo que a su juicio podría reemplazar la democracia representativa por una democracia populista. Las enmiendas del Grupo Parlamentario Socialista y del diputado del Grupo Mixto, perteneciente al partido Unión, Progreso y Democracia, que habían votado a favor de la toma en consideración de la proposición, pretendían básicamente excluir del artículo el referéndum sobre leyes votadas y aún no sancionadas, reconocer la legitimación para solicitar la celebración de referéndums abrogatorios sólo a los ciudadanos y vetar el ejercicio de esta iniciativa popular en materias tributarias, presupuestarias, de carácter internacional y en lo relativo a la prerrogativa de gracia. Ambas enmiendas, por tanto, pretendían aproximar la redacción de la proposición a la regulación de la iniciativa y del referéndum contenida en el artículo 75 de la Constitución italiana. La ponencia designada por la Comisión de Presidencia de la Junta General rechazó la enmienda del Grupo Foro Asturias y redactó un texto transaccional que dio lugar a la retirada de las enmiendas del Grupo Socialista y del Grupo Mixto[55]. Fruto de esta transacción resultó una nueva propuesta de redacción para el artículo 92 CE que fue debatida y aprobada por la Comisión de Presidencia el 17 de febrero de 2014 y por el Pleno de la Junta General del Principado el 24 de mayo del mismo año, con los votos a favor de los Grupos Parlamentarios Socialista, de Izquierda Unida y Mixto y los votos en contra de los Grupos Popular y Foro Asturias[56].

En su redacción definitiva, la proposición de reforma constitucional del artículo 92 CE de la Junta General del Principado de Asturias distingue entre el plebiscito y el referéndum sobre derogación de leyes en vigor. El primero, así denominado según los proponentes por tratarse de una consulta sobre cuestiones políticas cuyo resultado no sería jurídicamente vinculante[57], versaría sobre decisiones políticas de especial trascendencia y podría ser convocado a propuesta del presidente del Gobierno, autorizada por el Congreso de los Diputados, o a iniciativa popular de 500.000 electores. Con la ampliación de la legitimación para instar la convocatoria del actual referéndum consultivo sobre decisiones políticas, la proposición persigue privar del monopolio de la iniciativa al presidente del Gobierno y evitar que su convocatoria dependa de la mayoría parlamentaria. La razón es clara: cuando los gobiernos y las mayorías parlamentarias controlan el referéndum tienden a usarlo cuando esperan ganar, a fin de reforzar su poder y

55 El informe de la ponencia puede verse en el *BOJPA*, Serie A, n.º 16.11, de 3 de julio de 2014.

56 Los debates celebrados en la Comisión pueden verse en *DSJGPA*, Serie C, n.º 213, de 17 de febrero de 2014, pp. 18-24 y los celebrados en el Pleno en *DSJGPA*, Serie P, n.º 60, de 24 de mayo de 2014, pp. 5-15 y n.º 37, de 19 de septiembre de 2014, pp. 5-16.

57 Con esta distinción, la Junta General del Principado asume la corriente doctrinal que reserva la expresión «plebiscito» para los pronunciamientos del cuerpo electoral en relación con una decisión política o medida de gobierno, reservando la denominación de referendo para la «manifestación del cuerpo electoral respecto a un acto normativo». Cfr. P. Biscaretti Du Ruffia, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 425. Esta distinción, sin embargo, es puramente académica y no mayoritaria.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

eliminar resistencias y contrapesos[58]. Ampliar la legitimación a los ciudadanos, en cambio, compensa esa tentación, arrumba el monopolio del plebiscito y suma un poder corrector al sistema, al posibilitar el planteamiento de cuestiones que los detentadores del poder rechazan consultar o directamente ignoran. Otorgando todavía mayor protagonismo a la participación política directa vía iniciativa ciudadana, la proposición pretende incorporar a nuestro sistema constitucional el referéndum derogatorio de leyes en vigor, jurídicamente vinculante, que, al igual que en el ordenamiento constitucional italiano, sólo podría ser convocado a iniciativa popular, atribuida a un mínimo de 500.000 electores. Esta iniciativa popular tendría límites materiales similares a los previstos en el Derecho comparado[59], no pudiendo versar sobre materias tributarias, presupuestarias o de carácter internacional, ni sobre la prerrogativa de gracia. Y el resultado del referéndum derogatorio instado popularmente sólo sería vinculante de superar el quórum de participación de la mayoría de electores inscritos en el censo, como se prevé en Italia y en varios *Länder* alemanes, y cuando resultara aprobado por mayoría de los votos válidamente emitidos. Por economía electoral, tanto los plebiscitos como los referéndums deberían celebrarse en la misma fecha que los procesos electorales de ámbito nacional que coincidieran en el mismo año.

Concluida su tramitación, la proposición fue remitida al Congreso de los Diputados, siendo admitida a trámite el 21 de octubre de 2014[60]. Durante un año, sin embargo, los órganos de gobierno de la Cámara demoraron su toma en consideración. Tras la disolución de las Cortes Generales en octubre de 2015, la proposición de reforma constitucional fue trasladada al Congreso de la XI Legislatura[61]. Y tras la nueva disolución de las Cámaras en cumplimiento de las previsiones del artículo 99.5 CE y las elecciones generales de 24 de junio de 2016, fue trasladada al Congreso de los Diputados de la XII Legislatura[62].

2. **La reactivación de los prejuicios y las cautelas hacia la democracia directa**

En este nuevo contexto caracterizado por los intentos de regeneración política y de preocupación por la mejora de la calidad democrática, las actitudes de recelo de la doctrina y de la clase política hacia las formas de participación política directa parecían estar cambiando y no era descabellado prever que, con un

58 A. Lijphart, *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, Yale University Press, New Haven, 1984, p. 204.

59 Sobre los límites o exclusiones materiales de la iniciativa popular de referéndum en el Derecho comparado, C. Garrido López, «El debate sobre los riesgos y los límites del referéndum en perspectiva comparada», en E. Sáenz Royo y C. Garrido López (coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, cit., pp. 223-227.

60 *BOCG*, CD, Serie B, n.º 194-1, 24 de octubre de 2014, pp. 1-3.

61 *BOCG,* CD, n.º D-758, 20 de noviembre de 2015, p. 1473.

62 *BOCG*, CD, Serie B, n.º 1-1, 9 de septiembre de 2016, pp. 1-3.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

significativo cambio en la correlación de fuerzas parlamentarias, como el que se produjo tras las elecciones generales de diciembre de 2015 y de junio de 2016, la proposición de reforma constitucional de la Junta General del Principado de Asturias podía llegar a ser, al menos, tomada en consideración. No en vano, varios de los principales partidos políticos incorporaban en sus programas electorales compromisos de impulso democrático y fomento de la participación política[63]. Dos años después, sin embargo, la proposición de reforma constitucional sigue siendo ignorada por la Mesa de la Cámara, lo que está frustrando no pocas expectativas, además de suponer un lamentable desprecio hacia una iniciativa de singular alcance de un parlamento autonómico, presentada nada menos que al amparo del artículo 166.1 CE, en conexión con su artículo 87.2.

A nuestro juicio, esta actitud de la Mesa, convalidada por el silencio de los grupos parlamentarios, ha venido determinada por la concurrencia simultánea de dos factores que han reactivado los prejuicios y las cautelas políticas hacia la democracia directa.

El primer factor ha consistido en la sucesión de referéndums en varios países europeos cuya convocatoria y resultados han sido extraordinariamente polémicos, como el referéndum sobre las condiciones del tercer rescate de la economía griega, el *brexit* británico, los referéndums sobre las cuotas de refugiados y sobre el acuerdo de cooperación entre la UE y Ucrania celebrados, respectivamente, en Hungría y Países Bajos o el referéndum de reforma constitucional en Turquía[64]. A resultas de todos ellos, se ha desatado un alu-

63 En este sentido, pueden verse los programas electorales para las elecciones generales del 20 de diciembre de 2015 de PSOE, *El cambio que une*, p. 89, y de Ciudadanos, *El nuevo proyecto común para España*, p. 6. Y más explícitamente, a favor del impulso constitucional de los referéndums, la iniciativa popular y las consultas populares, los programas electorales de Podemos, *Queremos, sabemos, podemos*, pp. 157-158, de Izquierda Unida-Unidad Popular, *Por un nuevo país*, p. 18, y de Unión, Progreso y Democracia, *Más España*, p. 10. Todos disponibles en https://www.lasprovincias.es/elecciones/generales/201512/09/programa-electoral-psoe-para-20151209104152.html.

64 El 5 de julio de 2015, el primer ministro griego, A. Tsipras, sometió a referéndum, con un plazo de campaña de sólo cinco días y una pregunta claramente sesgada, el plan de recortes exigido por la UE, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional, con el único objeto de reforzar plebiscitariamente su débil posición negociadora. El 5 de abril de 2016, se celebró en los Países Bajos un referéndum a iniciativa popular al amparo de la ley de referéndum consultivo (*Wet raadgevend referéndum*), aprobada en 2015. El objeto de la consulta fue el acuerdo de asociación suscrito entre Ucrania y la UE que ya había sido ratificado por ambas cámaras del Parlamento nacional; y pese a la campaña a favor del Gobierno y de las principales fuerzas políticas, el acuerdo fue rechazado por una mayoría de votantes en abierto desafío a los compromisos de la UE. El 23 de junio de 2016, el gobierno británico sometió a referéndum la permanencia del Reino Unido en la UE, en las condiciones renegociadas con la propia UE, o su salida de la UE, y, contra pronóstico, triunfó el *Brexit*, esto es la salida de la UE, desencadenando con ello un terremoto político de imprevisibles consecuencias. El 2 de octubre de 2016, los húngaros, impulsados por su propio gobierno, rechazaron la cuota de refugiados solicitantes de asilo asignada a Hungría en la Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo de 22 de septiembre de 2015, aunque el referéndum no superó el quórum del 50% de participación requerido por la Ley Fundamental de 2011 para que el resultado fuera considerado válido. Y el 16 de abril de 2017, bajo un estado de emergencia declarado, con algunas libertades públicas limitadas y con los medios de comunicación bajo supervisión del Gobierno, se celebró el referéndum de reforma constitucional en Turquía, donde el presidente Erdogan ha logrado el aval de un 51,3% de los votantes para transformar el sistema parlamentario en otro presidencialista, aumentando sus poderes y limitando los controles y garantías democráticas.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

vión de críticas contra el referéndum como método válido para la adopción de decisiones colectivas. Para muchos, la proliferación de consultas directas pone en riesgo la estabilidad de nuestros delicados sistemas democráticos y cuestiona los principios de solidaridad y respeto a las libertades que sustentan el proyecto europeo. Los referéndums, afirmó Urquizu, son instrumentos de manipulación política y de evasión de responsabilidades, empobrecen el proceso deliberativo y debilitan a los representantes electos[65]. En opinión de Laporta, consultar al pueblo y a iniciativa del pueblo «es un método de toma de decisiones temerario, confuso y simple que [...] acaba por generar un veredicto político deformado por la ignorancia, la información sesgada y la alteración emocional»[66]. Y contundente, Maravall sentenció que «en sociedades grandes y complejas con intereses heterogéneos, la única democracia posible es la representativa: el vínculo directo entre gobernantes y pueblo no es democrático»[67].

Es indudable que en los referéndums citados los votantes decidieron en contra de las opciones consideradas *obviamente* correctas por las élites europeas. De ahí las críticas. Pero ello no justifica que esos referéndums sean tildados de equivocación o fracaso de la democracia, ni resulta admisible atribuir la decisión mayoritaria resultante en estos casos a la ignorancia, la manipulación o la irracionalidad de los votantes. Recuperar estos argumentos contra el referéndum y la iniciativa popular es un error, porque los mismos también pueden emplearse —y se han empleado en el pasado— contra la ampliación del sufragio y contra las elecciones en las que se sustenta la legitimidad de la democracia representativa. Y también se pueden usar contra la propia democracia parlamentaria. La manipulación, la simplificación y el abuso de las mayorías pueden hacerse presentes en los procesos electorales y en el seno de las instituciones representativas. Como ha señalado Ovejero, «muchos argumentos aducidos contra los referendos descalificarían también a las democracias: toda votación, incluidas las parlamentarias, al final, es dicotómica: sí/no; los parlamentarios padecen sesgos cognitivos o informativos; la manipulación estratégica es una posibilidad y hasta un hábito parlamentario; y la incompetencia agregada de los votantes no es inferior a la de los representantes»[68]. ¿Prescindimos de los parlamentos —como pretende prescindirse del referéndum y la iniciativa popular— por los abusos en los que mayorías arbitrarias (*v. gr.* los actuales parlamentos de Hungría y Polonia) pueden incurrir? ¿Y de las elecciones, por los resultados supuestamente errados que en ellas pueden obtenerse (*v. gr*. Donald Trump)? No parece el camino más adecuado[69]. Como subraya A. Tarr, «[...] democracy rests on

65 I. Urquizu, «¿El referéndum como solución?», *Piedras de Papel*, 26 de octubre de 2014. Disponible en: https://www.eldiario.es/piedrasdepapel/referendum-solucion_6_305929428.html.

66 F. J. Laporta, «Contra el referéndum», *El País*, 31 de octubre de 2016.

67 J. M.ª Maravall, «Populismos y representación», *El País*, 21 de febrero de 2017.

68 F. Ovejero, «¿Democracias para niños?», *El País*, 19 de diciembre de 2016.

69 En la academia, sin embargo, alguna doctrina ya transita por este camino con argumentos ultraelitistas. B. Caplan (*El mito del votante racional: Por qué las democracias escogen malas políticas,* Inisfree, Madrid, 2016) sostiene que no podemos esperar mucho de unos votantes inevitablemente irracionales, entregados a

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

the assumption that voters are capable of choosing wisely among candidates. Critics therefore must explain why voters' capacity to select policies in referendum is dramatically less than their ability to choose candidates»[70].

El segundo factor que dificulta la toma en consideración de las propuestas de reforma constitucional de la democracia directa es puramente nacional y tiene que ver con el colapso de nuestra peculiar singladura autonómica, donde las pretensiones nacionalistas de secesión territorial vía referéndum, manifestadas en el País Vasco mediante el Plan Ibarretxe y, recientemente, con inusitada intensidad, en Cataluña, han desbordado las previsiones más pesimistas y están amenazando seriamente la continuidad de nuestro modelo de Estado. Estos intentos de secesión, que pretenden legitimarse mediante el voto ciudadano, contaminan y condicionan el debate sobre la democracia directa en nuestro país por las facilidades que, supuestamente, encontrarían los partidos y asociaciones independentistas para impulsar iniciativas populares de referéndums de secesión en su ámbito territorial, o incluso fuera de él, en el caso de producirse un impulso constitucional de la institución. El temor es comprensible políticamente, pero resulta jurídicamente infundado porque, como ha subrayado el TC, «nota común al régimen jurídico-constitucional de las modalidades de referéndum de ámbito infraestatal que se reconocen en los ordenamientos de nuestro entorno es la de que deben tener siempre como objeto, incluso aunque revistan naturaleza consultiva, materias o asuntos de la competencia del *Land* o región correspondiente, de tal forma que sus efectos se proyecten solo sobre el ámbito del *Land* o región y sus instituciones»[71]. Ninguna iniciativa popular de referéndum autonómico, y tampoco de referéndum nacional, podría tener por objeto la secesión territorial. Y si, pese a todo y desbordando sus límites, dicha iniciativa se impulsara, hallaría el freno del procedimiento de control previo y de admisibilidad de la iniciativa popular que el legislador habría instituido. Un control de admisibilidad que es preceptivo en el Derecho comparado y que se atribuye a la justicia constitucional o a los órganos de garantías electorales[72].

sesgos que les impiden reconocer factores como el beneficio del comercio o de la inmigración. Por su parte, J. Brennan (*The Ethics of Voting,* Princeton University Press, Princeton, 2012) propone reconsiderar el derecho al voto de los ciudadanos con menos luces o virtudes. En parecido sentido se pronuncian Ch. Achen y L. Bartels (*Democracy for Realists*, Princeton University Press, Princeton, 2016); y D. Van Reydrouck (*Contra las elecciones. Cómo salvar la democracia*, Taurus, Barcelona, 2017) aboga directamente por sustituir las elecciones por el sorteo como método para salvar la democracia.

70 G. A. Tarr, «Direct Democracy in the United States», cit., p. 19.

71 STC 51/2017, de 10 de mayo, fundamento jurídico 4.

72 Existe en el Derecho comparado un riguroso control de admisibilidad de la iniciativa popular previo a la convocatoria de referéndum, en la mayoría de los casos, asignado a la justicia constitucional. En Italia, la Ley constitucional n.º 1 de 11 de marzo de 1953 encarga a la Corte Constitucional el control sobre el respeto de los límites materiales impuestos en el artículo 75 de la Constitución. Las constituciones de los *Länder* alemanes atribuyen dicho control a su tribunal constitucional estatal. En Ecuador, la Corte Constitucional emite un dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de la convocatoria de referéndum tanto a nivel nacional como autonómico (art. 443 Const.). En Uruguay, es la Suprema Corte de Justicia la encargada de

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En una democracia consolidada como la española debería ser posible el debate sobre la reforma constitucional del referéndum y la iniciativa popular sin que el eufemismo del «derecho a decidir» siga lastrándolo o sirviendo de coartada para no plantearlo. Ese debate es necesario, porque la ampliación de los canales de participación democrática no puede estar supeditada a la improbable superación de nuestra crisis territorial. Tras el franquismo, sin duda era necesario consolidar las instituciones representativas, fortalecer los partidos y lograr estabilidad política, pero, superada la etapa de consolidación de la democracia representativa, nada impide plantear una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de formación de la voluntad general, de forma que, manteniendo la unidad de acción estatal, que es la función esencial de la representación política, no se menoscabe la fuerza legitimadora que la implicación popular proporciona al proceso político.

La iniciativa popular de referéndum o vinculada al referéndum viene avalada por su utilización en el Derecho comparado, donde opera como acicate de la representatividad y contrapeso del predominio parlamentario. La relevancia política de la iniciativa popular reside, no obstante, más «en sus posibilidades de interposición y en la permanente presencia y acción de todos los grupos políticos y sociales, que en el logro definitivo de los resultados normativos que en cada caso se plantean»[73]. La iniciativa popular de referéndum protege al legislador, ante todo, de sí mismo, de su pasividad o resistencia a las demandas ciudadanas. Por eso, allí donde está instituida, la amenaza de su activación pesa. Y puede neutralizar las tentaciones de abuso en que la mayoría parlamentaria podría incurrir antes de llegar a hacerlo. Como evidencia su reconocimiento en el Derecho comparado, la posibilidad de activar la iniciativa popular para la celebración de referéndums estimula la receptividad de los representantes y la negociación entre los actores políticos. Una vez formalizada la iniciativa, las opciones de integración de las demandas ciudadanas continúan abiertas en sede parlamentaria, tanto si las iniciativas son propositivas, como si son abrogatorias. Y si, pese a las oportunidades abiertas a la negociación, finalmente el referéndum a instancia popular es convocado, los ciudadanos pueden pronunciarse sobre cuestiones que los representantes han omitido abordar y sobre la aceptación o rechazo que su actividad legislativa suscita, operando de este modo como garantía de cierre del sistema y mecanismo de equilibrio institucional.

Partiendo de estos presupuestos, la proposición de reforma constitucional de la Junta General del Principado de Asturias persigue la introducción en nuestro

velar por la constitucionalidad de las materias consultadas (art. 239.1 Const.). En Colombia corresponde a la Corte Constitucional decidir sobre la constitucionalidad de la convocatoria del referéndum de reforma constitucional (art. 241.1 Const.), un control que la importante Sentencia C-551/2003 de la Corte ha extendido a las materias excluidas de referéndum. En Hungría, es la Comisión Electoral Nacional la encargada de garantizar la constitucionalidad de las iniciativas de referéndum (art. 28/C5 Cont.). Y en Massachussets, esa función de control se atribuye al Fiscal General del Estado (*Attorney General*).

73 R. Sánchez Férriz, «Formas y niveles territoriales de la iniciativa popular y del referéndum en el ordenamiento suizo», *RDCE*, n.º 28, 2017, p. 3, disponible en https://www.ugr.es/~redce/REDCE28/articulos/01_FERRIZ.htm.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ordenamiento jurídico de la iniciativa popular de referéndum en similares términos y con idénticas garantías a los reconocidos en otros países de nuestro entorno. La propuesta podrá o no compartirse, pero resulta totalmente injustificable que su toma en consideración por el Congreso de los Diputados siga demorándose sin que la Cámara haya aducido motivo alguno para ello. Debátase ya, racionalmente, sopesando los pros y los contras de esta forma de participación, oyendo a los promotores, contrastando la opinión de todos los grupos parlamentarios. Es lo menos que merece una iniciativa autonómica de este calado, la primera presentada al amparo del artículo 166.1 CE. Y es lo que merecen los ciudadanos. La democracia representativa en España no se resentirá por ello. Al contrario, saldrá fortalecida con ese debate.

***

TITLE: *Citizens' Initiative for Referendum*

ABSTRACT: *Citizens' initiative for referendum is the power attributed to a number of citizens or to a percentage of them to trigger a referendum concerning a political question of general interest or a legislative text, thus giving the electorate the decision regarding its relevance, approval or repeal. Unlike initiatives for referendum attributed to sub-central entities in some composite states and initiatives granted to parliamentary minorities, citizens' initiative for referendum is generally acknowledged in comparative law. Where introduced, citizens' initiative for referendum is used to tackle the passivity or lack of receptiveness of legislators and to promote the adoption of constitutional or legislative reforms; it can also be used to control and correct the result of parliamentary processes involved in the formation of the general will. In this study, we will analyse the comparative regulation and practice of citizens' initiatives whose purpose is the holding of propositional referendums concerning rules and decisions of national importance, the ratification of voted but not enacted laws and the repeal of laws in force. We will also study the attempts to regulate citizens' initiatives in Spain, paying special attention to the proposal for constitutional reform approved by the General Board of the Principality of Asturias, which is still pending consideration.*

RESUMEN: *La iniciativa popular de referéndum es la facultad atribuida a un número de ciudadanos o a un porcentaje de ellos para instar la celebración de un referéndum sobre una cuestión política de interés general o sobre un texto normativo, remitiendo al cuerpo electoral la decisión sobre su oportunidad, su aprobación o su abrogación. A diferencia de la iniciativa de referéndum atribuida a los entes subcentrales en algunos Estados compuestos y de la iniciativa otorgada a las minorías parlamentarias, el reconocimiento de la iniciativa popular de referéndum está bastante extendido en el Derecho comparado. Donde está instituida, sirve para enfrentar la pasividad o falta de receptividad de los legisladores e impulsar la adopción de reformas constitucionales o legislativas. Y puede servir para controlar y corregir el resultado de los procesos parlamentarios de formación de la voluntad general. En este trabajo analizamos la regulación comparada de las iniciativas populares que tienen por objeto la convocatoria de referéndums propositivos sobre normas y decisiones de transcendencia nacional, de ratificación de leyes votadas y no sancionadas y de abrogación de leyes en vigor. También abordamos los intentos de regulación de la iniciativa popular de referéndum habidos en España, con especial atención a la proposición de reforma constitucional aprobada por la Junta General del Principado de Asturias, aún pendiente de toma en consideración.*

KEY WORDS: *citizens' initiative for referendum, direct democracy.*

PALABRAS CLAVE: *iniciativa popular de referéndum, democracia directa.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *30.09.2018* FECHA DE ACEPTACIÓN: *05.02.2019*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONSTITUCIONALISMO DE LA CRISIS: UNA PERSPECTIVA COMPARADA

GIUSEPPE FRANCO FERRARI
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Bocconi. Milán

SUMARIO

I. Algunas consideraciones introductorias. II. Gran Bretaña. III. Estados Unidos. IV. Alemania. V. Italia. VI. Francia. VII. España. VIII. Portugal. IX. Algunas conclusiones.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El equilibrio entre derechos sociales y recursos financieros, entre definición de la consistencia y protección de la ciudadanía social, por un lado, y límites de la Hacienda pública, por el otro, es un asunto básico en la vida y en el funcionamiento del Estado social de Derecho. Como tal, se ha manifestado en diferentes épocas y de manera problemática en todos los ordenamientos que se inspiran en este modelo y han adoptado sus principios. Las formas adoptadas han dependido de la estructura constitucional de los sistemas jurídicos, de la interpretación del principio de separación de los poderes, de la organización de sus fuentes, del tradicional rol del poder judicial, y de muchos otros factores que pueden manifestarse con diferente fuerza en varios tiempos y lugares. A duras penas es posible sintetizar la variedad de manifestaciones y de soluciones. Por lo tanto, solo se puede ofrecer una reseña de algunos de los principales ordenamientos occidentales y de su acercamiento a este nudo de la crisis económico-financiera que se ha manifestado en los últimos diez años en la totalidad de los Estados. Los principales estudios dedicados a ese tema[1] arrancan de años en los que la crisis todavía no se había

1 Como M. LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, 2008; M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

manifestado en toda su gravedad. Esta breve reseña tiene pues la ambición de averiguar las condiciones de los derechos sociales en condiciones de extraordinaria austeridad.

II. GRAN BRETAÑA

El ordenamiento inglés ofrece el ejemplo más típico de la resistencia a dejar a los jueces la búsqueda del punto de equilibrio entre distribución de recursos escasos, reivindicación de derechos prestacionales y obligaciones positivas. La clásica doctrina británica de la supremacía del Parlamento supone un obstáculo a una intervención judicial demasiado activista o penetrante y, muy a menudo, impone a los juzgadores que dejen a las asambleas legislativas cualquier operación de redistribución de recursos, limitándose a un *self-restraint*, conducta justificada por el desarrollo de la «*non-justiciability doctrine*», con la posible excepción de los casos de manifiesta irracionalidad.

En primer lugar, la ausencia de una constitución formal impide al poder judicial revisar la racionalidad de los criterios de la elección legislativa en la distribución de los recursos entre los diferentes canales del gasto exigido por el *welfare state*. La soberanía parlamentaria no permite una invasión judicial de ámbitos reservados a las decisiones políticas.

En consecuencia, la política económica nacional no puede ser revisada desde el punto de vista de las cuentas de la administración[2], salvo que se pueda poner de manifiesto una macroscópica irracionalidad[3]. La prohibición incluye decisiones administrativas tanto de autoridades locales como sanitarias o asistenciales[4]. Una excepción puede ser admisible cuando el tema de los recursos financieros no es relevante[5] por admisión, contenida en la motivación del acto, de la autoridad implicada.

Constitutional Law, Princeton, N.J., 2008. Más recientemente se ocupan de la crisis del constitucionalismo y de la crisis en general X. Contiades (ed.), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Farnham, 2013 y T. Beukers, B. De Witte, C. Kilpatrick, *Constitutional Change through Euro-crisis Law,* Cambridge, 2017.

2 Vid por ejemplo Nottinghamshire CC v Secretary of State for the Environment and another appeal, [1986] AC 240 y R v Secretary of State for the Environment, ex p Hammersmith and Fulham LBC, [1991] AC 521.

3 Se habla en ese caso de *Wednesbury review* o de *rationality review*, desde el precedente Associated Provincial Picture Houses v Wednesbury Corp., [1948] K.B. 223, por mano de Lord Greene M.R. Todos los manuales de derecho administrativo y público tratan difusamente de este principio: vid por ejemplo H.W.R. Wade, C.F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford, 9.ª ed., 2004, 233 ss.; C. Lewis, *Judicial Remedies in Public Law*, Londres, 3.ª ed., 2004, cap. 1; T.A.O. Endicott, *Administrative Law*, Oxford, 2009, cap. 7.; P. Cane, L. Mcdonald, *Administrative Law. Legal Regulation of Governance*, Oxford, 2009, 179 ss.

4 Como la decisión de negar terapias contra el cáncer a una niña de nueve años con la motivación de que los recursos limitados deben ser utilizados para el beneficio del máximo número de pacientes, «juicio que no compite a los juzgados»: R v Cambridge Health Authority, ex p B, [1995] All ER 129 (CA).

5 Como en R (on the Application of Anne Marie Rogers) v Swindon NHS Primary Care Trust, Secretary of State for Health, [2006] EWCA Civ 392. Aquí el Primary Care Trust quería negar el uso de un fármaco anti-cáncer experimental, todavía no autorizado por la European Medicine Agency.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

También puede admitirse el control judicial de una actividad administrativa cuya naturaleza parezca más rutinaria que política («*distinction between policy and operational decisions*»)[6]. En otras palabras, la discrecionalidad administrativa, con tal que pueda deducirse en forma clara de la letra de la ley, se configura como un límite del control jurisdiccional[7]. Los criterios generales de interpretación de las leyes condicionan la medida de discrecionalidad administrativa y, como consecuencia, la amplitud de la revisión judicial de la acción administrativa[8].

Muy diferente es la disciplina de los daños que el poder judicial puede reconocer al titular de derechos sociales. En este ámbito, sin embargo, los tribunales[9] y la doctrina invitan a un acercamiento cuidadoso y moderado, fundándose sobre consideraciones bastante parecidas a las tradicionales[10].

Otro espacio más abierto a la intromisión del poder judicial en la acción administrativa para garantizar el disfrute de derechos sociales es el de la protección de algunas expectativas legítimas, es decir, fundadas en anteriores actos administrativos. Es el caso de una persona mayor de edad acogida en asilo, considerada titular de una esperanza de vida, que no le puede ser retirada[11]. En otros casos análogos, sin embargo, la presencia de una expectativa legítima puede no ser bastante para ordenar una prestación social, cuando por ejemplo el impacto respecto de terceras partes no representadas en el juicio pueda ser excesivo[12].

Además, cada vez que la literalidad de la ley que regula un servicio social está formulada en términos amplios y vagos o imprecisos, hay que entender que el mandato legislativo a la administración es discrecional y no hay espacio para extraer derechos individuales[13]. Esta doctrina toma nombre de «*target or general duties doctrine*»[14].

III. ESTADOS UNIDOS

No existe en el sistema jurídico estadounidense un consenso general con respecto a la idea de unos verdaderos derechos sociales y, por lo tanto, falta en el

6 Como en Anns v Merton LBC, [1978] AC 728.

7 Vid por ejemplo, en doctrina, F.A.R. Bennion, *Judgement and Discretion Revisited: Pedantry or Substance?* [2005] PL 707.

8 M. Hertough, S. Halliday (eds.), *Judicial Review and Bureaucratic Impact*, Cambridge, 2002.

9 V. por ejemplo Anufrijeva and Another v Southwark London Borough Council y casos conectados, [2003] EWCA Civ 1406, [2004] QB 1124.

10 Como C. Harlow, *State Liability: Tort Law and Beyond*, Oxford, 2004, 56 ss. y Lord Woolfe, *The Human Rights Act* 1998, in M. Andenas, D. Fairgrieve (eds.), *Judicial Review in International Perspective*, vol. II, Deventer, 2000, 433 ss.

11 Como en R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan, [2001] Q.B. 213.

12 V. R v London Borough of Newham, ex p Bibi and Al-Nashed, [2002] 1 WLR237.

13 R v Inner London Education Authority, ex parte Ali, (1990) 2 Admin LLR 822 y R (A) v Lambeth LBC [2001] EWCA Civ 1624.

14 Esta teoría está bién descrita en J.A. King, *The Justiciability of Resource Allocation*, 70 Mod. L. Rev. 197, 214 ss. (2007).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

panorama jurisprudencial y doctrinal un análisis del problema de la estabilidad presupuestaria frente a los derechos sociales.

Hubo un ciclo del derecho constitucional en el que los dos profesores punteros de la escuela de Harvard, Frank I. Michelman y Lawrence H. Tribe, emprendieron un esfuerzo de relectura sistemática de las normas constitucionales, proponiendo una interpretación forzada de varias líneas de casos de argumentación compleja y sentido dudoso para llegar a la conclusión de la conveniencia de usar una interpretación post-liberal del principio de igualdad y avanzar en una transición de la democracia americana al modelo del *welfare State*.

En 1969, Michelman[15] formuló la teoría que la «revolución igualitaria» de la edad de Warren había introducido en una sociedad construida alrededor de los valores de la libertad del mercado y de individualismo competitivo, el reconocimiento de una expectativa de niveles mínimos de bienestar adecuados a «unas necesidades justas». La eliminación de la pobreza, fuente primaria de las desigualdades sociales, habría sido elevada a objetivo constitucional con obvias implicaciones para el régimen de los servicios sociales. Esta formulación, ya cumplida antes del advenimiento a la presidencia de la Corte Suprema de Warren E. Burger en 1969, había sido ya precisada —a la búsqueda de bases teóricas más estables— en el neo-contractualismo de Rawls, que mientras tanto había desarrollado de forma definitiva la teoría política de la justicia distributiva[16]. El «*difference principle*» de la concepción de Rawls, que sustenta un equilibrio de libertad e igualdad, típico del Estado social, ha sido utilizado como guía de unas acciones de reforma social que pasan por la consagración de los *welfare rights*[17].

En su versión más desarrollada, la tesis de la incorporación de los derechos sociales en el contexto constitucional[18] ha legitimado la garantía constitucional de los derechos a la educación, a la vivienda, al tratamiento sanitario y a la asistencia social. Todo ello de acuerdo no solamente con las partidas del presupuesto, en realidad siempre lábiles, sino sobre abundante jurisprudencia de la Corte Burger, que han encontrado en la famosa nota al pie cuarta del caso de Carolene Products[19] su más completa enunciación; así como con el modelo de fortalecimiento de la representación construido por Ely[20]. Gracias a su conexión con el argumento histórico-sistemático, los derechos sociales pudieron ser concebidos como «*back-*

15 F.I. Michelman, *The Supreme Court, 1968 Term-Forward: On Protecting the Poor through the Fourteenth Amendment*, Harv. L. Rev. 7-59 (1969).

16 J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., 1971.

17 F.I. Michelman, *In pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice,* 121 U. Pa. L. Rev. 962 ss. (1973).

18 V. por ejemplo F.I. Michelman, *Welfare Rights in a Constitutional Democracy*, 1979 Wash. U.L. Q. 659; *Formal and Associational Aims in Procedural Due Process*, J. Pennock (ed.), *Due Process* (Nomos XVIII), 126 ss (1977) y *States' Rights and States' Roles: Permutations of «Sovereignty» in National League of Cities v. Usery*, 86 Yale L. J. 1165 ss (1977).

19 U.S. v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).

20 J.H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., 1980.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ground rights», según la terminología de Dworkin[21], una condición previa de la democracia representativa, y venir incluidos en el núcleo de los derechos plenamente justiciables y exigibles por la Corte Suprema durante la presidencia de Burger, ampliando la lista de las posiciones jurídicas subjetivas constitucionalmente protegidas.

Esta teoría de la formalización de los derechos sociales ha encontrado adhesiones[22] pero también fuertes disensos. Los críticos han puesto el acento sobre el problema de la reconducción de los derechos sociales a las normas constitucionales formales[23], negando la comprensión de las cláusulas de la XIV Enmienda como una cláusula abierta, susceptible de incluir expectativas diferentes a las enumeradas en el texto originario, incluso aunque cuando el intérprete se aleje de la interpretación tradicional que de la enmienda venía haciéndose limitándola a garantías exclusivamente negativas[24]. Se ha subrayado también como este renovado activismo de la Corte la obligaría a recurrir a valores metajurídicos, ya no los de la «*social statics*» de Spencer, —en las célebres palabras de Holmes[25]— sino los de la filosofía moral de Rawls[26]. Otros autores críticos han vuelto al clásico argumento que tiende a negar la legitimidad de la «*constitutional adjudication*» cuando de esa pueda derivar una interferencia con la dirección política[27].

A la Corte Burger, finalmente, le faltó la voluntad de un mayor intervencionismo y la capacidad de remodelar sectores enteros del ordenamiento que hubieran sido necesarios. Se limitó a decisiones muy prudentes, artesanales, tan detalladas que desembocaron en una pluralidad de opiniones, retrasando la constitucionalización de nuevos derechos sociales cada vez que se acercaba su reconocimiento.

Por un lado, la Corte Burger siguió el camino de las restricciones de procedimiento a la acción administrativa de sujetos federales y estatales que pudieran violar la «libertad» y la «propiedad», y no simples «privilegios» que se pueden limitar con plena discrecionalidad. Por ejemplo, la Corte Suprema había prohibido la interrupción o suspensión de prestaciones de asistencia social sin formas

21 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977.

22 Sobre todo L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, Mineola, N.Y, 1978 y *Unraveling National League of Cities: The New Federalism and Affirmative Rights to Essential Government Services*, 90 Harv. L. Rev. 1065 (1977); T. C. Grey, *Procedural Fairness and Substantive Rights*, J. Pennock (ed.), *Due Process*, cit. 182 y *Property and Need: The Welfare State and Theories of Distributive Justice*, 28 Stan. L. Rev. 877 (1976); K.L. Karst, *The Supreme Court, 1977 Term-Forward: Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment*, 91 Harv. L. Rev. 1 ss. (1977).

23 R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, Mass., 1977, 503 ss.

24 H.P. Monaghan, *Commentary: The Constitution Goes to Harvard*, 13 C.R. — C.L.L.Rev 117 ss. (1978); R.K. Winter, Jr., *Changing Concepts of Equality: From Equality before the Law to the Welfare State*, 1979 Wash. U.L. Q. 741 ss.

25 En Lochner v. New York, 198 U.S. 90 (1905, *dissenting opinion*).

26 R.H. Bork, *Commentary: The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution*, 1979 Wash. U. L.Q., 695 ss.; H.P. Monaghan, *Commentary*, cit., 119.

27 R.K. Winter, JR., *Poverty, Economic Equality, and the Equal Protection Clause*, 1972 Sup. Ct. Rev. 41; G.E. Frug, *The Judicial Power of the Purse*, 126 U.Pa. L. Rev. 715 ss. (1978).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

plenas de contradictorio con la parte privada, recordando que «desde su fundación la nación se ha impuesto la obligación de promover la dignidad y el bienestar de las personas que viven es sus fronteras» y que «asistencia no es sencillamente beneficencia, sino una manera de hacer posible la bendición de la libertad a nosotros y a nuestra descendencia». También ha declarado ilegítimas la revocación de pensiones de vejez sin audiencia previa, la revocación de pensiones de invalidez sin interrogar testigos de forma contradictoria, la interrupción de nuevas terapéuticas farmacológicas, la parcialidad de un informe pericial médico, el embargo parcial del sueldo de un trabajador subordinado sin darle audiencia o de bienes esenciales para asegurar una vivienda digna a la persona y a sus familiares. El punto de máxima exposición de la retórica de la Corte hacia el pleno reconocimiento de los derechos sociales fue la afirmación de Justice Stewart según la cual hay que repudiar como falsa la «dicotomía entre libertades personales y derechos», «la propiedad puede consistir en un subsidio de asistencia, un techo o una cuenta corriente»[28]. Esta jurisprudencia había hecho creer a muchos que una ampliación seria de las posiciones legitimadoras era inminente y que la protección del *procedural due process* podría conducir a la emergencia de expectativas sustanciales[29] o a un concepto de *new property*.

Pronto una retracción gradual dejó lugar a una derrota completa. Decisiones como Board of Regents v. Roth, Bishop v. Wood, Meachum v. Fano, y muchas otras[30] han clarificado que no hay espacio para la dilatación de la protección de expectativas o *entitlements* de naturaleza social y que el interés privado amenazado tiene que someterse a un proceso de ponderación frente a los intereses públicos involucrados, inclusos los gravámenes financieros y administrativos.

Otra vía indirecta hacia la constitucionalización de los derechos sociales habría podido ser la *equal protection clause* de la XIV Enmienda bajo el perfil del control de la lógica relacional en el tratamiento por las normas legislativas de grupos o categorías de individuos en la distribución o en la medida del disfrute de intereses fundamentales. La arbitrariedad de clasificaciones legislativas según

28 Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970); 397 U.S. 264-5; Wheeler v. Montgomery, 397 U.S. 280 (1970); Richardson v. Wright, 405 U.S. 208 (1972); Weinberger v. Hymson, Westcott and Dunning Inc., 412 U.S. 609 (1973); Withrow v. Larkin, 421 U.S. 35 (1975); Snaidach v. Family Finance Corp., 395 U.S. 337 (1969); Fuentes v. Shevin, 407 U.S. 67 (1972); Lynch v. Household Finance Corp., 405 U.S. 538 (1972).

29 V. por ejemplo J.J. Graham, *Poverty and Substantive Due Process*, 12 Ari. L. Rev. 1 ss. (1970); R.M. O' Neil, *Of Justice Delayed and Justice Denied: The Welfare Prior Hearing Cases*, 1970 Sup. Ct. rev. 160 ss.; Note, *The Growth of Procedural Due Process into a New Substance: An Expanding Protection for Personal Liberty and a «Specialized Type of Property… in Our Economic System»*, 66 Nw. L. Rev. 502 ss. (1971).

30 408 U.S. 564 (1972): la negativa de una universidad a contratar de nuevo a un profesor no puede ser subordinada a formalidades procedurales si la ley estatal no lo impone expresamente; 426 U.S. 341 (1976): en materia de empleo público la protección procedural necesita norma de ley; 427 U.S. 215 (1976): la traslación de un detenido a una cárcel a régimen más duro no implica sacrificio para una posición de libertad; Como Vitek v. Jones, 445 U.S. 480 (1979); Hughes v. Rowe, 449 U.S. 5 (1980); Cuyler v. Adams, 449 U.S. 433 (1981); Goss v. Lopez, 419 U.S. 565 (1975); Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319 (1976); Ingraham v. Wright, 430 U.S. 651 (1977).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

parámetros sensibles, como raza o condición económica, ya en la Corte Warren había sido utilizada sobre todo en el sector de la disciplina electoral y del derecho penal[31]. La Corte Burger empezó su recorrido dando la impresión de aumentar el número de áreas sensibles y de criterios clasificatorios sospechosos, con especial atención al parámetro riqueza/pobreza. Por ejemplo la Corte invalidó la legislación estatal sobre los vagabundos, extendió la asistencia jurídica gratuita, vedó la sustitución de penas pecuniarias con la detención para los indigentes y la recuperación de gastos procesales o de defensa anticipadas a indigentes, ha eliminado requisitos patrimoniales para las elecciones de los distritos escolásticos y la obligación de entregar depósitos para la candidatura[32]. En el ámbito de los servicios sociales, invalidó el Federal Food Stamp Act para mejorar el derecho a la nutrición de las clases menos pudientes, porque excluía convivientes no ligados por vínculos de parentela o afinidad[33] o miembros mayores de edad que en el año anterior habían vivido en otro núcleo familiar[34]; sancionó la invalidez de programas estatales de asistencia a familias con hijos ilegítimos[35]; utilizó el derecho a la libre circulación para evitar que la asistencia sanitaria fuese negada a aquellos que no vivieron en un Estado por un tiempo mínimo[36].

Desde 1973, si no antes[37], la Corte construyó una parábola descendiente hacia la negación de la existencia de derechos sociales plenos y la afirmación de la necesidad de valorizar la estabilidad presupuestaria y los problemas financieros de los entes públicos. Por ejemplo: Ross v. Moffitt ha declarado que no existe obligación para los Estados de conceder asistencia gratuita a detenidos indigentes para apelaciones cuya proponibilidad depende de la discrecionalidad de los juzgados; United States v. Kras no ha sancionado la existencia de barreras económicas al recurso a procedimientos de quiebra; Ortwein v. Schwab también ha tolerado la presencia de obstáculos económicos a los recursos jurisdiccionales contra la denegación o la suspensión de prestaciones asistenciales o de seguridad social; Mitchell v. Grant ha atenuado las garantías del deudor en la ejecución forzosa sobre bienes de importancia primaria; en materia electoral, Salyer ha vuelto a admitir el requisito de la titularidad de propiedad inmobiliaria para la elección

31 Por ejemplo en Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964), Harper v. Virginia Board of Elections, 383 U.S. 663 (1966), Kramer v. Union Free School District No. 15, 395 U.S. 621 (1969); como en Griffin v Illinois, 351 U.S. 12 (1956), Douglas v. California, 273 U.s. 353 (1963), Anders v. California, 386 U.S. 738 (1967), Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963), Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

32 Papachristou v. City of Jacksonville, 405 U.S. 156 (1972); Argersinger v. Hamlin, 407 U.S. 25 (1972); Williams v. Illinois, 399 U.S. 235 (1970) y Tate v. Short, 401 U.S. 395 (1971); James v. Strange, 407 U.S. 128 (1972); Turner v. Fouche, 396 U.S. 346 (1970); Bullock v. Carter, 405 U.S. 134 (1972).

33 United States Department of Agriculture v. Moreno, 413 U.S. 528 (1973).

34 United States Department of Agriculture v. Murry, 413 U.S. 508 (1973).

35 New Jersey Welfare Rights Organization v. Cahill, 411 U.S. 619 (1973).

36 Memorial Hospital v. Maricopa County, 415 U.S. 250 (1974).

37 V. la descripción de G.F. Ferrari, *Localismo ed eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*, Padova, 1983, 399 ss. y *La Corte Suprema degli Stati Uniti durante la presidenza Burger*, Giur. Cost., 1987, 1896 ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de órganos locales de gobierno de las aguas; Lubin v. Panish[38] ha convalidado los depósitos de los candidatos siempre que no impliquen la exclusión total.

Otras decisiones han confirmado la revocación de subsidios de asistencia social a quienes no hayan acreditado la búsqueda de trabajo periódicamente, evidenciando los problemas de disponibilidad de recursos por parte del Estado, legitimado la pérdida de beneficios asistenciales en caso de emigración, avalado definiciones restrictivas del núcleo familiar para la asignación de alojamientos económicos; ha mantenido en vida una norma federal que asegura la reversibilidad de una pensión a favor del cónyuge solamente después de un período mínimo de matrimonio; ha aprobado separaciones estrictas entre zonas urbanísticas de edilicia popular y de edilicia residencial no subvencionada. Sobre todo, la Corte ha adoptado un lenguaje que no deja dudas en cuanto a su disponibilidad a utilizar un nivel de escrutinio severo o estricto en referencia a las normas en materia de servicios sociales, estableciendo, por ejemplo, que «no se encuentra en la Constitución… un remedio judicial para cualquier mal social y económico»[39].

Con esta jurisprudencia parece haberse acabado la posibilidad de constitucionalizar derechos sociales tanto por la vía del *procedural due process* como por la de la *equal protection clause*. Al Congreso y a los legislativos estatales pertenece la exclusiva responsabilidad de estructurar el sistema de bienestar con amplia discrecionalidad, con la posible excepción de exclusiones groseras o de clamorosos vicios de procedimiento.

Desde entonces, la sensibilidad de la Corte Suprema para las expectativas sociales no ha crecido, sino todo lo contrario ha disminuido, aunque con oscilaciones e incertidumbres. Por ejemplo, desde el final de los ochenta ha empezado a rechazar la mayoría de los recursos en materia de asistencia y previdencia contra las agencias de regulación. La tendencia se fortifica en los noventa, aunque no falten excepciones cuando entró en juego la protección de la propiedad o se trató de definir el concepto de familia a fines asistenciales. Hacia el final de la década de los noventa se manifiesta una orientación favorable a las ayudas para los discapacitados[40].

38 417 U.S. 600 (1974); 409 U.S. 434 (1973); 410 U.S. 656 (1973); 416 U.S. 600 (1974); Salyer Land Corporation v. Tulare Water District, 410 U.S. 719 (1973); pero v. también Ball v. James, 451 U.S. 355 (1981); í415 U.S. 709 (1974).

39 New York State Department of Social Services v. Dublino, 413 U.S. 405 (1972); Califano v. Gautier Torres, 435 U.S. 1 (1978); Belle Terre v. Boraas, 416 U.S. 11 (1974); Weinberger v. Salfi, 422 U.S. 749 (1975); Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corporation, 429 U.S. 252 (1977); Lindsay v. Normet, 405 U.S. 74 (1974).

40 Vid. Sullivan v. Everhart, 494 U.S. 83 (1990) y Sullivan v. Stroop, 496 U.S. 478 (1990); Washington v. Harper, 494 U.S. 210 (1990); Irwin v. Veterans Administration, 498 U.S. 89 (1990); Reno v. Flores, 502 U.S. 292 (1993), 508 U.S. 182(1993), Sandin v. Conner, 515 U.S. 472 (1995); Honda Motor Co., Ltd. V. Oberg, 512 U.S. 415 (1994), que impone limitaciones a los daños punitivos en favor de los consumidores; Anderson v. Edwards, 514 U.S. 143 (1995) y City of Edmond, Wash. v. Oxford House, Inc., 514 U.S. 725 (1995); Cleveland v. Policy Management Systems Corp., 526 U.S. 795 (1999); Sutton v. United Air Lines, Inc., 527 U.S. 471 (1999); Murphy v. United Parcel Service, Inc., 527 U.S. 516 (1999); Albertsons, Inc. v.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

A comienzos del nuevo siglo la Corte Suprema ha utilizado a veces la *equal protection clause* para la definición de la amplitud de la protección acordada por el *Americans with Disabilities Act*, definiendo el nivel de enfermedad necesario para gozar de ventajas ocupacionales y los poderes del empleador cuando contrata a un empleado. También ha usado la misma cláusula para la definición restrictiva del ámbito de la cobertura de pensión según el parámetro de la edad, para permitir la inaplicación de la inmunidad de los Estados de la XI Enmienda, frente a acciones civiles en cortes federales de discapacitados que pidan daños por discriminación y para limitar la reducción de financiación estatal a los distritos locales de instrucción que ya gocen de recursos federales[41].

En los últimos años, la Corte Suprema no ha encontrado nuevas ocasiones para ocuparse del equilibrio entre expectativas sociales y recursos financieros. Pero ya había llegado a soluciones bastante consolidadas. Las dos cláusulas «oraculares» de la XIV Enmienda han producido resultados en campos diferentes, desde el tratamiento de las relaciones homosexuales hasta la vuelta al acercamiento «*colorblind*» en la coexistencia de las razas[42].

IV. ALEMANIA

El ordenamiento alemán se ha enfrentado con su tradicional y geométrica escrupulosidad a la situación de crisis económico-financiera, pese a que ha golpeado en él menos seriamente que en otros países. Los valores en juego siguen siendo la dignidad humana y la naturaleza social del Estado, consagrados en los artículos 1, 20 y 28 del GG. El equilibrio entre estos valores se busca por el Tribunal Constitucional mediante unos instrumentos elaborados en más de medio siglo de jurisprudencia.

Ante todo, en presencia de expectativas en conflicto, el juez constitucional se preocupa de definir correctamente la medida de las necesidades según el principio de efectividad real, estudiado por Habermas[43]. Esa valoración pertenece en

Kirkingburg, 527 U.S. 555 (1999); Olmstead v. L.C., 527 U.S. 581 (1999); Cedar Rapids Community School District v. Garret, 526 U.S. 66 (1999). En el mismo año Roberts v. Galen of Virginia, Inc., 525 U.S. 249 (1999) se ocupa del hospedaje de emergencia, Hughes Aircraft Co. V. Jacobson, 525 U.S. 432 (1999) de fondos no contributivos para jubilados, Geissal v. Moore Medical Corp., 524 U.S. 74 (1998) de la continuación del disfrute de fondos de asistencia sanitaria

41 Vid. 104 Stat. 328, 42 U.S.C. § 12101 ss; Toyota Motor Manifacturing, Kentucky Inc. v. Williams, 534 U.S. 184 (2002) y Clackamas Gastroenterology Associates PC v. Wells, 538 U.S. 440 (2003).; Chevron USA Inc. v. Echazabal, 536 U.S. 73 (2002).; General Dynamics Land Systems, Inc. v. Cline, 540 U.S. 81 (2004).; Tennessee v. Lane, 541 U.S. 509 (2004).; Zuni Public School District No. 89 v. 550 U.S. 81 (2007).

42 Obergefell v. Hodges, 576 U.S. _ (2015); United States v. Windsor, 570 U.S. _ (2013), 133 S.Ct. 2675 (2013); Hollingsworth v. Perry, 570 U.S. 693 (2013), 133 S. Ct. 2652 (2013); y Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. _ (2016).

43 J. Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1992.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

primer lugar al legislador cuya discrecionalidad tanto al apreciar el alcance de las necesidades como al identificar y ponderar los medios financieros y organizativos idóneos debe ser respetado «en la medida de lo posible». El procedimiento no debe tener vicios derivados de la falta transparencia o de ponderación entre medios y fines, y debe considerar el concreto grado de desarrollo (*Entwicklungsstand des Gemeinwesens*) de la comunidad de referencia y de las condiciones reales de la vida (*bestehenden Lebensbedingungen*). Esta técnica de valoración se ha consolidado en las décadas más afortunadas de la historia del derecho constitucional alemán, y el Tribunal constitucional la ha utilizado sin variaciones en los años recientes, en particular en el célebre caso Hartz IV, de 2010[44], con referencia al subsidio por desempleo (*Arbeitslosengeld*) y a su entidad desde comienzos de 2005.

La reforma Hartz, aprobada en 2002 y denominada según el apellido del ministro del Gobierno Schröder, antiguo director del personal de Volkswagen, —posible razón de la derrota de la SPD en 2005—, había enmendado el Código social. En concreto, la reforma había unificado el subsidio de desempleo de larga duración y el auxilio social, y afectaba a 6.7 millones de beneficiarios. Se había pues reducido el gasto social significativamente. El Tribunal Constitucional ya había declarado en parte inconstitucional en 2007 la ley Hartz IV por violación de la autonomía municipal después de la reforma constitucional de 2006, que había prohibido intervenciones federales directas en el ámbito de autonomía de los municipios. Nuevamente invitados a pronunciarse por algunos tribunales sociales en 2009 por la supuesta violación del principio de racionalidad y del mínimo vital digno, el Tribunal de Karlsruhe[45] declaró correcto el modelo estadístico utilizado para la definición de los importes, pero inconstitucional su aplicación concreta, en razón de la incorporación en la «cesta de la compra» de bienes y servicios ajenos a la *ratio* de las intervenciones sociales. En palabras más explícitas, la reforma no tenía como objetivo una verdadera definición del mínimo vital para una existencia digna sino una reducción del gasto social.

Después de Hartz IV, el Tribunal de Karlsruhe ha vuelto varias veces a ocuparse de derechos sociales, pero bajo perfiles no directamente conectados con la emergencia económica, como por ejemplo en materia de pensiones y de salarios[46].

La regla básica es de todas formas el respeto a la reserva de lo posible (*Vorbehalt des Möglichen*) en favor del poder legislativo, como nivel máximo exigible por ciudadanos y consumidores de servicios sociales.

44 BVerfGe, 22, 180 (224); 29, 221 (235) y varias otras decisiones. V. por ejemplo Beck's Kompakt — Kommentare, Grundgesetz, 3. Auflage, 2015, 8 ss; Y BvL 1/09, 3/09, 4/09, de 9 de febrero de 2010.

45 BVerfG, 2 Senat, sent. 20.12.2007. 2 BVR 2433/04 y 2434/04 y BVerfG 125, 175, l. Senat, sent. 9.2.2010 — 1 BUL 1/09, 3/09, 4/09. Entre los varios comentarios, U. Sartorius, *Verfassungswidrigkeit der Regelleistung des SGB II*, Zeitschrift für die Auwaltspraxis, 2010, 279 ss.

46 BVerfG, 3 Senat, ord. 28.4.2011 y BVerfG, 2 Senat, ord. 2.5.2012- 2 BvL 5/10 y BVerfG, 2 Senat, sent. 14.2.2012-2BvL 4/10.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

V. ITALIA

El caso italiano presenta muchas particularidades, debido a la peculiar influencia europea en la situación financiera del país, que entre otras cosas tuvo una importancia determinante en la reforma del art. 81 de la Constitución en 2012[47]. Desde 2008 la Corte constitucional ha producido una jurisprudencia muy variada y fragmentaria tanto en los conflictos entre Estado y Regiones sobre temas conectados con la autonomía financiera de los entes territoriales como en materia de servicios sociales cada vez que un recurso contra leyes estatales llega a la Corte en vía principal o incidental. Si se puede hallar un motivo recurrente en esta serie de decisiones, en muchas ocasiones contradictorias, es la protección de un interés económico nacional subyacente, como instrumento de conciliación de posiciones contrapuestas; al mismo tiempo, siguiendo este *leitmotiv*, no se pueden sacrificar en medida excesiva ni la autonomía financiera de las autonomías territoriales ni los niveles esenciales de los derechos sociales. El equilibrio de estos valores ha llevado muchas veces a soluciones de compromiso, que no parecen satisfactorias incluso para los miembros de la misma Corte[48].

En varios casos, la Corte ha declarado inconstitucionales leyes de reparto de fondos entre los distintos niveles de gobierno, con especial referencia a la dotación de solidaridad municipal por falta de participación en el procedimiento decisorio de la Conferencia Estado-Regiones-Ciudades[49]. Por otro lado, incluso si se llega a un acuerdo en la Conferencia, los intereses de una Región o Provincia autónoma no pueden ser perjudicados por la mediación conseguida en el órgano colegial de la Conferencia[50].

La referencia del legislador al contexto financiero o a las condiciones de la crisis no es suficiente para justificar un sacrificio irrazonable para categorías vulnerables, por ejemplo, la Corte ha rechazado un decreto-ley dirigido a conseguir un recorte de pensiones, cuya conversión en ley no daba cuenta en detalle de los criterios técnicos adecuados. En el caso de la anticipación de la jubilación de los profesores universitarios, en cambio, una relación técnica utilizada incluía un cuadro analítico de proyección dentro de un decenio de los datos concernientes el ahorro para la Hacienda pública frente a la mayor erogación de liquidaciones de indemnizaciones por el fin de contrato a los jubilados[51].

47 Vid por ejemplo D. Morgante, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, federalismi.it, julio 2012; C. Tucciarelli, *Pareggio di bilancio e federalismo fiscale*, Quad. cost., 2012, 799 ss.; D. Cabras, *La legge di attuazione del principio costituzionale del pareggio di bilancio*, Quad. cost., 2013, 124 ss.; A. Morrone, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, Rivista AIC, 2014, n.1.

48 Vid por ejemplo A. Carosi, *La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*, Rivista AIC, 4/2017.

49 Corte Constitucional, 129/2016.

50 Corte Constitucional, 187/2011 y 169/2017.

51 Corte constitucional, 70/2015 y 133/2016.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La mera irracionalidad del recorte financiero raramente es suficiente para llegar a la conclusión de la inconstitucionalidad de una ley, pero puede pasar que la naturaleza impredecible de una trasferencia de fondos sea suficientemente importante para justificar un pronunciamiento de inconstitucionalidad. En un caso de servicio de asistencia a discapacitados cofinanciado por una Región y varias Provincias, la variación demasiado significativa de la contribución regional a lo largo de los años determinó una sentencia estimatoria[52]; en otros casos, un recorte imprevisto del 80% de las transferencias regionales para servicios sociales a las Provincias pareció irrazonable y por lo tanto insoportable[53].

Otra contribución de la jurisprudencia constitucional italiana al problema del balance entre derechos sociales y emergencia financiera ha sido la posibilidad de no limitarse a la antigua distinción entre decisiones estimatorias o desestimatorias o aditivas de gasto público, sino introducir en las sentencias vínculos financieros al legislador mediante «*pronunce monitorie*» —que formulan avisos— encaminadas a la recuperación del equilibrio económico, financiero y patrimonial junto al restablecimiento de la plena protección de los derechos sociales injustamente sacrificados. Se habla de un equilibrio dinámico para describir el margen de discrecionalidad dejado al legislador para que ponga remedio en tiempo a los perjuicios a la solidaridad social sin efectuar su intervención de manera insostenible para las finanzas públicas[54]. En esta forma se ha evitado que a la mera advertencia no sigan acciones concretas de ejecución, como pasaba bastante a menudo en años anteriores[55], pero, al mismo tiempo, la Corte no se ha transformado en un legislador positivo, que prescriba a las asambleas parlamentarias fechas, asignaciones de sumas y otra medidas puntuales[56].

Hay que subrayar también que una de las soluciones a las tenciones entre entes territoriales y Estado en los derechos sociales podría haber sido la aplicación de la ley 42/2009, llamada de federalismo fiscal, que prometía una redistribución de recursos conforme al artículo 119 de la Constitución a través de una correspondencia más adecuada de recursos a funciones y su redistribución conforme a criterios de eficiencia y racionalidad[57]. El eje del sistema habría sido el cálculo de costes y necesidades estándar, con los que medir la eficiencia de cada administración local

52 Corte constitucional, 275/2016.

53 Corte constitucional, 188/2015 y 10/2016.

54 Corte constitucional, 213/2008, 259 y 266/2013, 40/2014, 10/2015, 155/2015.

55 Por ejemplo, a la «*pronuncia monitoria*» que amenazaba la posible incostitucionalidad del bloque de las pensiones (sent. 316/2010) había dejado el paso al acogimiento en la sentencia 70/2015 por falta de iniciativas por parte del legislador. Se habla en esos casos de «esterilización financiera» de las decisiones de la Corte.

56 Hay muchísima doctrina sobre esta solución: F. Bilancia, *Spending review e pareggio di bilancio*, Dir. Pubbl., 2014, 58 ss.; M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, Rivista AIC, 3/2016, 9 ss.

57 V. por ejemplo G.F. Ferrari, *Il federalismo fiscale all'inizio della XVII legislatura*, en Idem (Ed.), *Lo stato della finanza locale in Italia e in Europa*, Venezia, 2013, 16 ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en la erogación de servicios públicos[58]. El proceso de ejecución de esta ley se interrumpió en noviembre de 2011 con las medidas impuestas por la Unión Europea; desde el Gobierno Monti hasta ahora solo se han aplicado cortes lineales a los gastos, con efectos inmediatos para la Hacienda pública, pero con la perpetuación de injusticias distributivas históricas.

En perspectiva diacrónica se puede decir que en los años setenta la Corte se comprometió abiertamente a extender el sistema de seguridad social, con la necesaria gradación[59], favoreciendo la elevación de los niveles de igualdad y la eliminación de posibles privilegios. En la siguiente década la Corte se dio cuenta de las restricciones financieras y descubrió que la igualdad no es siempre unidireccional, sino que puede moverse hacia abajo, con el desconocimiento del *tertium comparationis*. En los noventa el equilibrio financiero entró en los ejercicios de ponderación, con posibilidad de producir resultados diferentes en el tiempo[60]. En el nuevo siglo la Corte se hizo cargo de los límites objetivos que el legislador encuentra en la disponibilidad de recursos financieros y organizativos, sin que se pueda abdicar de golpear las discriminaciones entre categorías de sujetos, que siguen imponiendo sentencias aditivas[61].

VI. FRANCIA

En el derecho constitucional francés el control de constitucionalidad queda limitado por los artículos de la Constitución de 1958 que lo disciplinan[62]. Las normas sobre los derechos sociales en el Preámbulo de la Carta de 1946, en varios párrafos entre el quinto y el undécimo, aunque forman parte del «*bloc de constitutionnalité*», no pueden fácilmente ser utilizadas como vía para la declaración de inconstitucionalidad de leyes. Las raíces en la solidaridad revolucionaria de la

58 La Corte ha lamentado el retraso en el completamiento de este proceso, avisando que en su ausencia no se puede pensar que el precepto constitucional sea programático ni que el equilibrio financiero pueda condicionar la medida de la satisfacción de los derechos no comprimibles (sentencias 275/2016 y 169/2017).

59 Como por ejemplo en las sentencias 126/1977 y 128/1973.

60 Corte constitucional, 455/1990, 247/1992, 304/1994, 267/1998.

61 Corte constitucional, 200/2005 y 476/02 y 28/2009. Sobre esta evolución M. Midiri, *Giurisprudenza, tutela dei diritti, vincoli di bilancio*, Contratto e impresa, 2011, 996 ss. Entre la extensa doctrina reciente citable, merece mencionar por lo menos A. Saitta, *Fiscal Compact tra Costituzione trattati e politica*, Rivista AIC 4/2017; L. Antonini, *La Corte costituzionale a difesa dell'autonomia finanziaria: il bilancio è un bene pubblico e l'equilibrio di bilancio non si persegue con tecnicismi contabili espropriativi*, Rivista AIC 1/2018; M. Luciani, *La giurisprudenza costituzionale nel tempo della crisi*, in M. D'Amico, F. Biondi, *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017, 15 ss.; Idem, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Per i sessant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 2017, 121 ss.; antes G. Romeo, *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo: uno studio comparato*, Padova, 2012.

62 V. por ejemplo F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, 38ª éd., París, 2017, 785 ss.; M.-A. Cohendet, *Droit constitutionnel*, 3.ª ed., 2017, 647 ss.; J. Gicquel, J.-É. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 31.ª ed., 2017, 83 ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Carta de 1795[63] no han contribuido a lograr el pleno reconocimiento de los derechos sociales. La idea compartida por la casi totalidad de los autores[64] es que la pobreza tiene causas sociales y debe poseer remedios de carácter económico, y que los derechos sociales sean instrumentos de transformación social y corrección del liberalismo económico, pese a que no sean formalmente accionables ante los tribunales, independiemente de que se trate del Conseil Constitutionnel (según el art. 61 de la Constitución vigente), del Consejo de Estado o de los tribunales administrativos. El primero afirma constantemente que las normas del Preámbulo de 1946 imponen la creación de servicios públicos, dejados a la discrecionalidad del poder legislativo[65], que solo está obligado a realizar los objetivos de solidaridad, sin que el Conseil pueda revisar las decisiones del Parlamento, sobre todo cuando impliquen un considerable esfuerzo financiero.

El carácter positivo y legalmente vinculante de los derechos sociales (*droits-creánces*) no está en duda, pero no alcanza el nivel de la plena justiciabilidad, calificándose como objetivo constitucional[66]. Cuando el Conseil tiene que evaluar la importancia de un derecho social, se preocupa ante todo de que este derecho no comprima o frene de una manera no necesaria o desproporcionada otros derechos; pero luego puede ocuparse de asegurar que la medida legislativa bajo examen no deje el derecho social sin suficientes garantías legales[67], es decir, que no anule su eficacia. Si bien nunca se ha dado una definición de contenidos mínimos.

Tampoco está claro si, en presencia de un objetivo constitucional, el legislador pueda bajar el nivel de calidad o cantidad de un servicio social, como a veces parece haber afirmado («*effet cliquet*»), o si, por el contrario, una regla con este contenido no existe.

Es pacífico, sin enbargo, según el Conseil, que un error manifiesto debido al traslado de los flujos financieros, en perspectiva temporal, desde las previsiones legislativas pueda conducir a la declaración de inconstitucionalidad[68].

El Consejo de Estado, por su parte, puede comprobar la legitimidad de actos administrativos específicos contrarios a normas legislativas o reglamentarias que

63 M. Borgetto, *La fraternité en droit public français*, París, 1993.

64 Desde el clásico G. Burdeau, *Traité de science politique*, t. VI, 465, *La démocratie gouvernante*, París, 1956, a D. Roman, *Le droit public face à la pauvreté*, Paris, 2002.

65 V. por ejemplo decisiones n.º 2008-569, 21 de agosto de 2008; n.º 2007-553, de 3 de marzo de 2007; n.º 96-387 de 21 de enero de 1987.

66 B. Mathieu, M. Verpaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, 425 ss.; M.P. Deswarte, *Droits sociaux et État de droit*, RDP, 1995, 975 ss.; D. Roman, *La justiciabilitè des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social*, Rev. des droits de l'homme, 2012, 9 ss.; V. Champeil-Desplats, D. Lochak (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, Paris, 2008; *Droits des pauvres, pauvres droits? Recherche sur la justiciabilitè des droits sociaux*, Paris, 2010, 6 ss.

67 Como en las decisiones n.º 83-156, de 13 de enero de 2000 (reducción del horario de trabajo contra libertad de empresa) o n°90-283, de 8 de enero de 1991 (derecho a la salud contra libertad de empresa); o como en la sentencia n.º 2003-483, de 14 de agosto de 2003.

68 Sentencias n.º 84-181, de 11 de octubre de 1984 y 2001-456, de 27 de diciembre de 2001.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

prevén la prestación de servicios públicos o incluso evaluar violaciones de principios del Preámbulo por normas reglamentarias, siempre que no constituyan aplicación directa de una ley. En ningún caso, todavía, puede inaplicar o anular actos únicamente por contraste con derechos sociales[69]. La doctrina especializada, de hecho, como los manuales de derecho de la protección social, ni siquiera mencionan posibles tensiones en lo contencioso administrativo entre expectativas sociales y limitaciones financieras[70].

VII. ESPAÑA

La doctrina española ha dedicado sus mejores energías a la naturaleza jurídica, la eficacia, el contenido y la la protección de los derechos sociales desde los primeros años de vigencia de la Constitución[71]. Este interés fue fruto de la casi absoluta novedad de las previsiones constitucionales contenidas en las Cartas del ciclo constitucional de los años setenta y, entre otras cosas, de la casi contemporánea crisis energética que bloqueó el desarrollo económico de las democracias occidentales, creó serios problemas a la satisfacción de los derechos económico-sociales de prestación —o por lo menos de los niveles alcanzados en los años anteriores— y puso en riesgo el mismo modelo del Estado del bienestar, favoreciendo el advenimiento de las teorías neo-liberales todavía dominantes. Por lo tanto, al llegar la nueva y aun más grave, crisis económica de 2008, el derecho público español no fue sorprendido por las restricciones presupuestarias impuestas tanto por factores internos como por las presiones de la Unión Europea, aúnque su impacto sobre la administración prestacional haya sido muy fuerte[72].

En los primeros años de la crisis, es decir entre 2007 y 2010, los problemas del derecho constitucional de la crisis se presentaron en forma de tensiones entre el Estado y los entes territoriales. Mientras que en Italia el problema ha sido la disminución de los recursos financieros transferidos a los entes territoriales para servicios sociales, en España, en cambio, se planteó el problema de los Estatutos de Autonomía a través de los cuales las Comunidades Autónomas intentaron

69 V. algunos ejemplos en L. PECH, *Rethinking «Droits-Créances»*, M. LANGFORD, *Social Rights Jurisprudence*, cit., 267 ss.

70 V. por ejemplo F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, Paris, 6.ª ed., 2017 y M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Paris, 8.ª ed., 2014.

71 Vid. por ejemplo E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 3.ª ed., 1983; J.L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, 1988; A. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, 1994; J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999, 121 ss.; E. CARMONA CUENCA, *El Estado social de derecho en la Constitución*, Madrid, 2000.

72 Los efectos de la crisis están analíticamente descritos en el *Informe conjunto al Comité de derechos económicos, sociales y culturales*, Madrid, marzo 2018. Las políticas de austeridad fiscal han empezado en 2010 y se han agudizado en 2012, con un creciendo de recortes al gasto social.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

introducir verdaderos derechos sociales, ante la necesidad de enriquecer las prestaciones sociales concedidas según los parámetros nacionales. El Tribunal Constitucional detuvo esta tendencia con dos famosas sentencias, muy comentadas por los constitucionalistas[73], aclarando que los Estatutos no pueden crear nuevos derechos subjetivos, sino poner objetivos o directrices, y tampoco pueden calificar como verdaderos derechos fundamentales los derechos sociales reconocidos en sus Estatutos, sino solamente atribuir mandatos de actuación a los poderes públicos.

Después de la reforma del art. 135 CE, finalizada a la incorporación de los principios relativos a la estabilidad presupuestaria[74], el Tribunal Constitucional ha vuelto a ocuparse, en la STC 134/2011, del equilibrio entre Estado y Comunidades Autónomas en relación a leyes de 2001[75], confirmando su anteriores resoluciones según las que el Estado puede introducir limitaciones al gasto de las administraciones públicas, incluso autonómicas, pero igualmente precisando que estas exigencias presupuestarias no producen aumento alguno de las competencias del Estado[76].

Después de 2010, en la fase más aguda de la crisis, el Gobierno español empezó a adoptar medidas bastante drásticas principalmente con referencia al gasto sanitario, asumiendo que el consumo de medicamentos en el país era demasiado alto[77]. El Real Decreto Ley n.º 16/2012[78], por un lado, reintrodujo el seguro como requisito para el disfrute de las prestaciones sanitarias, reduciendo la cobertura universal del Sistema Nacional de Salud y excluyendo los extranjeros sin autorización de residencia y, por otro lado, impuso el pago o copago de varias prestaciones y aportaciones dinerarias a los pensionistas. El Defensor del Pueblo

73 La STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el nuevo EA de Valencia, y la 31/2010, de 28 de junio, sobre el nuevo EA de Cataluña. V. por ejemplo F. López Menudo, *Los derechos sociales en los Estatutos de autonomía*, en AEPDA, *Derechos sociales y Estatutos de Autonomía*, Valladolid, 2009, 13 ss.; J.L. Carro Fernández-Valmayor, L.M. Macho, *Servicios sociales y crisis económica: los límites del Estado asistencial*, ibidem.

74 Véase V. Ruiz Almendral, *Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional*, Rev. esp. der. europeo, 2012, n.º 41; J. García Roca, M.A. Martínez Lago, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Madrid, 2013. Más recientemente, E. Aranda Álvarez, *Derecho constitucional económico: estabilidad presupuestaria y derechos sociales*, RDP, 2017, 883.

75 Mas precisamente la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria y la LO 5/2001, de 13 de diciembre, de modificación de la LOFCA.

76 Un comentario analítico en T. De La Quadra-Salcedo Janini, *La incidencia de la reforma del artículo 135 de la Constitución sobre el Estado autonómico*, Informe CC. AA., 2016, 77 ss. Del mismo autor *El Estado autonómico social y el efecto de irradiación de los derechos sociales sobre el modelo constitucional de distribución de competencias*, *RGDA,* 46, 2017.

77 V. J.J. Ruiz Ruiz, *El derecho a la salud en la actual crisis económica; los límites constitucionales a los recortes de prestaciones sanitarias y las exigencias de sostenibilidad del gasto social*, en *Dossier DPCE*, VI, *Diritti social e crisi economica*, Ed. S. Gambino, Turín, 2015 y G.G. Carboni, *La risposta della Spagna alla crisi: economia e istituzioni scelgono la strada delle riforme costituzionali*, en G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Turín, 2012, 211 ss.

78 Véase J. Picatoste, I. Picatoste, M.A. López Arranza, *Las políticas públicas de austeridad: efectos del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril en España*, Cizur Menor, 2016.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

denunció la violación del principio de universalización, y el Tribunal Constitucional pronunció algunas importantes sentencias. En resumen, el Tribunal admitió la posibilidad de que algunas prestaciones que no son básicas, sino suplementarias o accesorias, «pueden estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del servicio»[79]; pero también afirmó que las Comunidades Autónomas «podrán, respetando el mínimo formado por las carteras comunes, establecer servicios adicionales para sus residentes. Es decir … podrán mejorar el mínimo estatal, pero en ningún caso empeorarlo»[80]. Como contrapartida, las Comunidades Autónomas no pueden introducir tasas «sobre prestaciones sanitarias que, de acuerdo con el marco básico estatal, … deben ser de financiación pública o estar, en su caso, sólo parcialmente sujetas a aportaciones adicionales del usuario, sin que pueda repercutirse su coste íntegro a los prestatarios del servicio»[81].

En 2012, otra STC confirmó, con varios votos disidentes, varias disposiciones de la Ley n.º 3 del mismo año, que había introducido medidas urgentes en materia de mercado laboral. En este caso, el Tribunal Constitucional no encontró violaciones ni del derecho al trabajo (art. 35 CE), ni de los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva (arts. 28.1 y 37 CE). La justificación de las medidas se encontraba en la emergencia ecónomica, que permitía al Estado un amplio margen de apreciación y la posibilidad de introducir condiciones laborales más flexibles[82].

No tienen directa conexión con la tensión entre derechos sociales y recursos financieros las sentencias de los años 2013 y 2014[83], que se refieren a la pensión de viudedad, en las que el Tribunal declara la constitucionalidad de varias condiciones para su disfrute, y considera razonable, según el principio constitucional de igualdad, el ejercicio de la libertad de configuración normativa del legislador.

En los años siguientes, el Tribunal Constitucional se ocupó en otras ocasiones de varios Decretos-Ley en materia de servicios sociales[84], por medio de sentencias como son las SSTC 49/2015, y 26 y 139/2016. En todos los casos el Tribunal estableció que los derechos sociales, como principios rectores, no tienen contenido esencial, de manera que no pueden ser afectados por la legislación de urgencia, no afrontando, por lo tanto, las cuestiones centrales del asunto[85]. Por

79 STC 136/2012 de 19 de junio. En el mismo sentido STC 22/2012, de 16 de febrero.

80 STC 84/2014, de 29 de mayo, y 71/2014, de 6 de mayo.

81 STC 136/2012, cit. V. J. Tornos Mas, *Derechos sociales, comunidades autónomos y crisis económica*, VI Foro de la Autonomía, 2017, 59.

82 Véase por ejemplo el comentario de I. García — Perrote, *La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Comentario a la STC8/2015, de 22 de enero*, *REDC,* 2015, 239.

83 Como las SSTC 41/2013, de 14 de febrero y 92/2014, de 10 de junio.

84 Como el 16/2012 relativo al Sistema Nacional de Salud, el 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes en ámbito educativo, el 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social.

85 V. por ejemplo M. Hernández Ramos, *La respuesta del Tribunal Constitucional a los Decretos-Leyes en materia de derechos sociales. El criticable retroceso de la jurisprudencia constitucional*, *RVAP,* 2017, 119.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ejemplo, en materia de salud (art. 43 de la Constitución), el Tribunal consideró que, por su ubicación sistemática (Capítulo tercero de la Constitución, que contiene los «principios rectores» de la política social y económica), «el art. 43 CE se configura como un principio rector, razón por la que carece de contenido constitucionalmente esencial que pueda ser afectado por la legislación de urgencia» (STC 139/2016).

En presencia de este nuevo equilibrio entre derechos sociales y medidas de reducción del gasto financiero, la doctrina volvió a hacerse preguntas que parecían superadas desde hace mucho tiempo. Por ejemplo, si es posible pensar en una «reserva de lo posible» como la doctrina alemana[86]; si hay que «explorar nuevas vías de satisfacción de los derechos socioeconómicos de prestación»[87]; si «la vieja construcción doctrinal civilista de los derechos adquiridos» puede «servir para fundamentar una irreversibilidad o un blindaje de los derechos de prestaciones sociales ya consolidados»[88] o si por lo menos se pueden emplear los principios del Estado social de Derecho y de proporcionalidad y el valor de la dignidad humana para llegar a la «prohibición de insuficiencia» de las prestaciones[89]; hasta si es posible recuperar la democracia pluralista y relativizar la normatividad de la Constitución[90].

VIII. PORTUGAL

El ordenamiento portugués también ha conocido el constitucionalismo de la crisis. Los derechos sociales encontraron serios problemas, sobre todo cuando la Troika condicionó las ayudas financieras concedidas a la realización de medidas de fuerte impacto para contener el gasto, incluidas en el Programa de estabilidad y crecimiento (PAEF). En aplicación de este plan, la Lei de Orçamento del Estado de 30 de diciembre de 2011[91] suspendió el pago de las mensualidades decimotercera y decimocuarta de funcionarios públicos y pensionistas de importe superior a 600 euros. El Tribunal Constitucional abordó el texto de esta ley con el Acórdão 353/2011, publicado a principios de julio de 2012.

86 V. por ejemplo L.E. Delgado Del Rincón, *El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica*, Estudios de Deusto, 2013, 43 ss.; J. García Roca, *Constitutional Principles Regarding the Spanish Social Security System: A Citizen's Right*, *RDP,* 2014, 65, 83

87 Como J.L. Carro Fernández-Valmayor, L. Miguez Macho, *Servicios sociales y crisis económica*, cit.

88 J.J. Ruiz Ruiz, *El derecho a la salud*, cit., 739 ss.

89 Ibidem, 740.

90 Como F. Balaguer Callejón, *Una interpretación constitucional de la crisis económica*, *RDCE,* 2013, 449 ss. Otros enfoques generales, por ejemplo, M. González Pascual, *Constitución española y gobernanza económica europea: desnudez y crisis del Estado constitucional*, *RVAP*, 2017, n.º 109-II, 21 y Eadem, *Austerity Measures and Welfare Rights: The Spanish constitutional system under pressure*, EJSL, 2014, n.º 1-2.

91 64-B/2011.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La decisión, adoptada por mayoría de nueve contra tres, no desconoce la necesidad de tener en cuenta el equilibrio financiero y la eliminación del déficit. Sin embargo, afirma que los derechos sociales fundamentales, como el derecho a una existencia digna (art. 59.1 de la Constitución) y el principio de la responsabilidad estatal en la promocción de un adecuado estándar de vida para los ciudadanos (art. 9) no pueden ser sacrificados hasta el 14.3% de la retribución anual sin violar el principio di igualdad (art. 13) entre el trabajo privado y el público, porcentaje aún más relevante en situación de crisis, y también el principio de proporcionalidad (art. 2, 18.2, 19.8, 266.2, 272.2). Por otro lado, el Tribunal asume la tarea de la modulación en el tiempo de los efectos de la pronuncia, como consentido por el art. 282.4 de la Carta constitucional, al disponer la aplicación de la sentencia a partir del año 2013, para no afectar la substancia del acuerdo financiero europeo.

El Acórdão 353/2011 fue el más importante, pero no el único del periodo de la crisis financiera. La medida de los recortes de pensiones ya había formado objeto de otro Acórdão, el 188/09, en el que el Tribunal declaró no violados los principios de igualdad, proporcionalidad y confianza en referencia a una ley que impuso límites máximos a las pensiones, con impactos más sensibles para aquellos que planeaban jubilarse en los sucesivos siete años, es decir los más ancianos y próximos a jubilarse. La motivación estaba basada en los principios de justicia intergeneracional y de sostenibilidad: las expectativas de los interesados se habían formado en presencia de exigencias de equidad contributiva y persistencia del sistema.

Un nuevo Acórdão, el 396/2011, rechazó la acción de inconstitucionalidad contra otro recorte entre 3.5% y 10% de las retribuciones de dependientes públicos superiores a los 1.500 euros. En este caso el Tribunal consideró más importantes las razones de la coyuntura económica excepcional y de la estrategia global delineada a nivel europeo, en ausencia de una absoluta garantía de irreductibilidad de los salarios. Igualmente el Acórdão 399/2010 consideró admisible el aumento de las tasas del impuesto directo sobre la renta en ausencia de una violación del principio de irretroactividad fiscal y de la «*protecçao de confiança*».

Después de 2012, sin embargo, la jurisprudencia constitucional, tal vez como consecuencia de la superación de la fase más aguda de la crisis o de la repetición de medidas de gran impacto, revirtió la tendencia bastante radicalmente en favor de los derechos sociales. El paquete de «Acórdãos de austeridade», también llamados «Acórdãos orçamentais», dedicado a las leyes de presupuestos de los años 2013 y 2014 (187/2013 y 413/2014), con motivaciones superabundantes y extremadamente fragmentadas, utiliza el principio «*da proteção da confiança*» (similar al principio del Estado de Derecho democrático del art. 2 CRP), el derecho a la retribución proporcionada (art. 59.1 CRP), el derecho a la seguridad social (art. 63), la responsabilidad estatal de promover un adecuado estándar de vida en beneficio de los ciudadanos (art. 9), los principios de igualdad y proporcionalidad (art. 2 y 13), y, incluso, la regla de anualidad del presupuesto estatal

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

(art. 105.2). El resultado fue la inconstitucionalidad de la supresión total o parcial del pago de las vacaciones no disfrutadas, recortes de las retribuciones a los trabajadores empleados en actividades de enseñanza o de investigación, recorte del «*subsídio de férias*» de jubilados y «*reformados*», reducción entre 5 y 6% de los subsidios de desempleo y enfermedad[92].

La única decisión de los últimos tres años es el Acórdão 574/2014, relativa a un recorte de salarios de los dependientes de empresas de capital mayoritariamente público, que el Tribunal constitucional juzgó no contrastante con el principio de proporcionalidad (*proibição do excesso*) ni con el principio de igualdad. Esta sentencia, muy criticada en doctrina, parece una vuelta a lo antiguo, como si la crisis fuera algo del pasado.

IX. ALGUNAS CONCLUSIONES

La crisis económica más grave de los últimos cien años ha puesto a prueba los sistemas de bienestar de los Estados democráticos, cuyo equilibrio se basa tradicionalmente en los servicios sociales y en su capacidad para consolidar el consenso social. Los países del sur de Europa fueron los primeros en acusar el golpe y en ser obligados a adoptar medidas, a menudo dolorosas e impopulares, capaces de golpear grandes segmentos de la ciudadanía, poniendo en riesgo el consenso en las propias bases del Estado social. La capacidad de absorber los efectos de la crisis dependió en parte de la solidez de los diferentes modelos de bienestar[93] y, en todo lo demás, de variables de naturaleza económica, como son el tamaño de la deuda pública, la estructura del empleo y su distribución entre el sector privado y el público. Los recortes de los derechos sociales fueron inevitables y se repitieron en sucesivas oleadas

Era inevitable la participación de los Tribunales Constitucionales y Supremos, en muy poco tiempo, en la revisión de las decisiones gubernamental o de los legisladores sobre recortes y sacrificios a menudo muy importantes. Esta jurisprudencia del constitucionalismo de la crisis nos ha permitido, de algún modo, ubicarnos en una perspectiva genuinamente comparatista, para evaluar los diferentes enfoques adoptados y los métodos de argumentación, sus afinidades indiscutibles, pero también sus fuertes diferencias.

La Corte Suprema de los Estados Unidos ya había superado, desde principios de los años setenta del siglo pasado, líneas jurisprudenciales que se movían en el

92 Una descripción analítica de las decisiones citadas así como de otras de interés en A. Ciammariconi, R. Orrù, *Vicende e attività del Tribunal constitucional portoghese nel biennio 2013-2014*, Giur. Cost. 2015, 1883 ss. V. también M. González Pascual, Constitutional Courts before Euro-crisis Law in Portugal and Spain: A comparative prospect, Rev. el. direito púb., 2017, 111

93 V. la clasificación de P. Flora, A.J. Heidenheimer, *The Development of Welfare States in Europe and America*, New Brunswick, N.J., 1981; J. Alber, *Vom Armenhaus zum Wohlfahrtstaat. Analysen zur Entwicklung der Sozialversicherung in Westeuropa*, Frankfurt a.M., 1982.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sentido del reconocimiento tímido de verdaderos *social rights*. Por lo tanto, no tuvo que pasar una prueba demasiado difícil. La principal decisión de este ciclo jurisprudencial fue, por lo tanto, la resolución sobre el *Obamacare*, en muchos aspectos casi independiente del elemento de la crisis, al ser vinculada al sistema de relaciones entre los dos niveles de gobierno. La Corte limitó los poderes de la Administración Federal de penalizar a los Estados contrarios a extender *Medicaid*, teniendo en cuenta que el Congreso no tiene la autoridad para ordenar a las entidades federitivas para que ejecuten las previsiones del *Obamacare*.

Como se ha visto, la Corte Suprema británica mantuvo una actitud ajena a los esquemas ideológicos, confirmando la jurisprudencia tradicional sobre la *review of administrative action* y absorbiendo las tensiones recientes, según el más clásico continuismo.

El Tribunal Constitucional alemán, que ya tenía instrumentos exegéticos muy refinados, los aplicó de una forma muy pragmática, empleando la teoría de la reserva de lo posible en contextos concretos de carácter, en gran medida, federal.

El Conseil constitutionnel, seguido como siempre por el Consejo de Estado, ha fluctuado prudentemente entre la no accionabilidad de los *droit-creánces* y la posibilidad de reconocer y sancionar errores manifiestos de soporte técnico y de recogida de datos de la ley o en el cálculo en materia de beneficios de solidaridad.

Los jueces constitucionales de España y de Italia han abordado la cuestión de los derechos sociales principalmente desde el punto de vista de la relación Estado/Comunidades Autónomas-Regiones, intentando desarrollar equilibrios aceptables entre la reducción de los recursos financieros disponibles para las políticas de bienestar y el sistema autonómico. El Tribunal Constitucional portugués siguió el ejemplo de estos dos tribunales, pero fue forzado, por el menor nivel de descentralización del sistema constitucional, a abordar más directamente el contenido de las opciones legislativas.

En este contexto no es posible formular conclusiones más específicas. Las convergencias entre los jueces supremos de los ordenamientos constitucionales más importantes de Occidente son más relevantes desde el punto de vista metodológico que desde un enfoque sustantivo. Una verificación inductiva de las diversas situaciones en los estados analizados confirma lo que era posible quizás predecir a partir de un juicio sintético a priori. Este es un ejemplo de cómo el método comparado no se puede definir de una vez por todas en abstracto, sino que se debe adaptar de vez en cuando de acuerdo con el tipo de temas tratados.

***

TITLE: *Social rights in the constitutionalism of the crisis: a comparative perspective*

ABSTRACT: *The article addresses, in a comparative perspective, the ways in which the last economic crisis has been reflected in the treatment of the social rights system of some western States. The examination of the experiences, with special reference to the role of jurisprudence, of the legal systems considered shows that each*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

State has responded to the effects of the crisis, in terms of social rights, according to its national characteristics. For example, where there is a strong conflict between local authorities and the State, the issue of social rights has been crossed with territorial issues. The peculiarities derived from the different methods of judgment of the constitutional and supreme courts also emerge clearly.

RESUMEN: *El artículo aborda, en una perspectiva comparada, las formas en que la última crisis económica se ha reflejado en el tratamiento del sistema de derechos sociales de algunos Estados occidentales. El examen de las experiencias, con especial referencia al papel de la jurisprudencia, de los sistemas jurídicos considerados muestra que cada Estado ha respondido a los efectos de la crisis, en materia de derechos sociales, en función de sus características nacionales. Por ejemplo, donde hay un fuerte conflicto entre las autoridades locales y el Estado, la cuestión de los derechos sociales se ha cruzado con la territorial. También emergen las peculiaridades derivadas de los diferentes métodos de juicio de los Tribunales constitucionales y supremos.*

KEY WORDS: *Social rights, Welfare State, Economic-financial crisis, Redistribution of resources, Legal comparison, Justiciable rights, Constitutional justice, Public finance, Constitutionalism of the crisis.*

PALABRAS CLAVE: *Derechos sociales, Estado del bienestar, Crisis económico-financiera, Redistribución de recursos, Comparacción jurídica, Derechos justiciables, Justicia constitucional, Hacienda pública, Constitucionalismo de la crisis.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *23.11.2018* FECHA DE ACEPTACIÓN: *5.02.2019*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y TUTELA DE LA CORONA: EL CASO DE «EL JUEVES»

IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Oviedo

Sumario

I. Breve introducción. II. «El Jueves», una publicación incómoda. III. Los excesivos límites legislativos al mundo gráfico. IV. Error de juicio. V. La «insumisión» de «El Jueves». VI. Daños colaterales.

I. BREVE INTRODUCCIÓN

Acaban de cumplirse diez años de un aniversario —si es que esta palabra puede aplicarse aquí— poco gratificante para la libertad de prensa: el secuestro judicial de la revista satírica «El Jueves», y la posterior condena penal a los autores de su portada por un delito contra el honor de la Corona.

El suceso en sí marcó una pauta. Como pretendo mostrar en las páginas siguientes, se trató de una actuación judicial desmedida y de dudosa constitucionalidad que, al menos momentáneamente, tuvo unas consecuencias poco gratificantes: la propia revista optó en números sucesivos por la autocensura. Por fortuna, el dislate del caso fue tal que en los años sucesivos el panorama volvió a recomponerse. Las justificadas críticas que le llovieron a la Audiencia Nacional por su resolución espolearon a las publicaciones a mantener su anterior línea de ironizar sin miedo a procesos judiciales, en tanto la judicatura parece haber optado por ser más rigurosa a la hora de aplicar tipos penales que limiten el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión.

El sobreseimiento de los encausados en el llamado «caso de los titiriteros»[1], o la sentencia de la Audiencia Nacional absolviendo al promotor de una sonora pitada contra el Jefe del Estado y el himno de España en la final de la Copa del

1 Un detallado análisis del suceso y su repercusión mediática puede consultarse en M.E. Gutiérrez, «Cuando la sátira se convierte en expresión ofensiva. Reflexión en torno al «Caso de los Titiriteros», *Tebeosfera*, n.º 5, 2016, pp. 1-14.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Rey que tuvo lugar hace unos años son ejemplos que ponen de manifiesto una recuperación de la integridad constitucional de la libertad de expresión o, lo que es lo mismo, una mayor proporcionalidad a la hora de limitar tal derecho.

Pero esta situación de bonanza no debe promover a un optimismo desmedido. En un momento en el que lo «políticamente correcto» cotiza al alza, se aprecian actitudes que fácilmente pueden transitar de la censura social a la represión judicial. Y, lo que es peor, puede traer consigo una vez más situaciones de autocensura. Conviene, pues, recordar aquel caso lamentablemente judicializado, para que nos recuerde cuán fácil es poner a la libertad de expresión contra las cuerdas.

II. «EL JUEVES», UNA PUBLICACIÓN INCÓMODA

La revista «El Jueves» es cronológicamente hija de la Transición política, y temáticamente bisnieta de publicaciones satíricas de la talla de «Cu-Cut» o «La Codorniz». Diseñada, no obstante, con una vocación más costumbrista que las anteriores[2], su humor irreverente atrajo las iras de propios y extraños. Si la sede de «Cu-Cut» sufrió un atentado en 1905 protagonizado por un grupo de soldados que irrumpieron en los talleres de la publicación, causando cuantiosos destrozos e hiriendo a varios transeúntes[3], los responsables de «El Jueves» también vivieron la intransigencia en sus carnes. Sufrió por igual amenazas de bomba, airadas llamadas de atención de personajes públicos y, cómo no, algunas demandas de quienes se sentían agraviados por sus chanzas.

Los principales conflictos de «El Jueves» lo enfrentaron con la iglesia católica, que con harta frecuencia se consideró ofendida por la revista satírica. Y en la contienda, la publicación no siempre salió bien parada: en 1977 sufrió el secuestro administrativo de su número séptimo, cuya portada rezaba «Lefebvre se cisma en el Papa», en referencia a la rotura con la Iglesia Católica del obispo francés M. Lefèbvre, renuente a aceptar las reformas aperturistas del Concilio Vaticano II. El número 44 (25 de mayo de 1978) fue por su parte objeto de un proceso judicial por un presunto delito de escarnio contra la religión (art. 209 del Código Penal) derivado de un chiste gráfico y del que, en este caso, la publicación resultó finalmente absuelta (STS 67/1983, de 5 de enero). Sin embargo, un año más tarde, uno de los colaboradores habituales de «El Jueves», J.L. Martín Zabala, fue condenado por escarnio contra la religión por su obra «La Biblia contada a los pasotas»; un volumen en el que utilizaba al personaje de Dios, popularizado en aquella

2 M. Barrero, «El Jueves: revista de la Transición, revista en transición», *Tebeosfera*, n.º 12, 2014.

3 Meléndez Malavé, N., «La libertad de expresión más allá de los límites de la viñeta: de Charles Philipon a Alí Lmrabet», *Tebeosfera*, 2.ª época, n.º 2, 2008.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

revista y que ya le había supuesto varios procesos de los que había sido hasta entonces absuelto.

Más permisivas fueron siempre las autoridades públicas, que soportaron con entereza el corrosivo e ingenioso humor de los caricaturistas de «El Jueves». Desde la portada del número 174 (24-30 de septiembre de 1980), representando a A. Suárez como una prostituta, pasando por los chistes con explícitas connotaciones sexuales con protagonistas tanto del Ejecutivo nacional (Aznar, Zapatero…) como de otros países (Condolezza Rice, George Bush y, por supuesto, Bill Clinton…), «El Jueves» no tuvo reparos en convertir a los gobernantes en blanco de sus mofas. Tampoco se salvó la justicia, a la que en las portadas se la calificaba como torpe, lenta, loca y un mero «show», o se la representaba con su figura alegórica siendo manoseada por M. Conde o sodomizada por A. Pinochet.

Obviamente tampoco la Corona iba a quedar al margen de las irreverentes burlas de «El Jueves». Bien es cierto que en las primeras portadas se aprecia una mal disimulada autocontención respecto a los Monarcas, al punto de que apenas se percibe crítica alguna a la institución. No obstante, la situación comenzó a cambiar sensiblemente hacia el año 1990, fecha en la que empezaron a proliferar chistes algo más incisivos que tenían por protagonista al entonces Príncipe de Asturias, convertido por obra de «El Jueves» en un impenitente casadero al que sus progenitores intentaban desesperadamente emparentar[4]. Tampoco faltaron referencias a la endémica tendencia del Rey a lesionarse practicando esquí, aunque los chistes tenían un tono más que comedido[5]. La boda del Príncipe supuso un escalón más en la mordacidad de las sátiras, sobre todo por el creciente tono sexual de los dibujos: levantándole la falda a la princesa Letizia en la boda real, exhibiéndola en «top less» durante las vacaciones (aunque todavía de espaldas), o refiriéndose al interés institucional porque se quedase embarazada, con alguna que otra referencia a populares programas televisivos de aquel entonces dedicados a la sexología.

Con el tiempo, la ridiculización de los miembros de la Familia Real fue ganando más y más intensidad… hasta alcanzar su cenit en 2007. Aquel año, el Presidente del Gobierno, J.L. Rodríguez Zapatero, había anunciado una ayuda de dos mil quinientos euros por cada hijo nacido en España, con el objetivo de incentivar la natalidad en nuestro país, lastrado con una curva demográfica decreciente. «El Jueves» aprovechó la noticia para retratar al Príncipe Felipe manteniendo relaciones sexuales con su esposa mientras decía «¿Te das cuenta? Si te quedas preñada… ¡Esto va a ser lo más parecido a trabajar que he hecho en mi vida!» (n.º 1573, 18 de julio de 2007). En el texto no figuraba por ningún lado el nombre de los susodichos miembros de la Familia Real, aunque de las espléndidas caricaturas se deducía fácilmente que se trataba de ellos.

4 Véase por ejemplo las portadas de los núms. 681 (13-19 de junio de 1990), 744 (28 de agosto — 3 de septiembre de 1991), 779 (29 de abril — 5 de mayo de 1992).

5 Por ejemplo los núms. 764 (15-21 de enero de 1992) y 815 (6-12 de enero de 1993).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

A instancias de la Fiscalía General del Estado, el juez de la Audiencia Nacional J. del Olmo ordenó el secuestro del número, así como decomisar el molde del dibujo y cerrar la edición digital, entendiendo que la portada incurría en una extralimitación del ejercicio de la libertad de expresión. El susodicho Fiscal General del Estado, C. Conde Pumpido, promotor del secuestro de la publicación, había calificado la sátira de innecesaria para el mensaje que querían transmitir, afirmando que incurría claramente en un hecho delictivo[6]. Una opinión en la que no coincidió, dicho sea de paso, la mayoría de los juristas consultados por la prensa nacional[7]. En todo caso, el Fiscal General del Estado solicitó que se identificase a los autores de la caricatura y se les incoase un proceso penal. Dicho y hecho. En noviembre de 2007, los dibujantes G. Torres y M. Fontdevila se vieron las caras ante el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, en un proceso en el que el juez J.M. Vázquez Honrubia los halló culpables de un delito de injurias a la Corona, tipificado en los artículos 491.1 y 491.2 del Código Penal, condenándolos a una multa de tres mil euros[8]. Malos tiempos para la lírica.

III. LOS EXCESIVOS LÍMITES LEGISLATIVOS AL MUNDO GRÁFICO

El único punto en el que tanto el auto del Juez del Olmo como la sentencia del juez J.M. Vázquez Honrubia parecen haber acertado reside en la consideración de que ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, como los restantes derechos constitucionales, también la libertad de expresión y el derecho de creación artística y literaria se hallan sujetos a límites, ya sean estos internos (es decir, previstos en la propia Constitución) o externos (incorporados por el legislador). Entre los primeros, la propia norma fundamental (art. 20.4) destaca que las citadas libertades de expresión y creación artística y literaria están limitadas por el respeto al honor, intimidad y propia imagen (límites internos positivos); un inciso que resulta por otra parte innecesario, ya que podría deducirse de la presencia de esos derechos en el artículo 18 de la norma magna (lo cual los convierte

6 «Conde Pumpido asegura que la portada de 'El Jueves' es delictiva», *El País* (21-07-2007).

7 En concreto, en el diario «El País» expresaron su opinión cuatro catedráticos de Derecho Constitucional, de los cuales, tres se pronunciaron en contra de una medida como el secuestro, al considerarlo desproporcionado (E. Vírgala Foruria y A. Saiz Arnáiz) y la crítica de «El Jueves» como ejercicio legítimo de la libertad de expresión (G. Ruiz Rico). Apenas el profesor J.J. Solozábal Echevarría consideró la intervención adecuada. «Expertos constitucionalistas discrepan sobre la legalidad de la sátira hacia la familia real», *El País* (21-07-2007). En «El Periódico», uno de los mayores expertos de nuestro país en la libertad de expresión, el profesor M. Carrillo, sostuvo en un amplio artículo la falta de proporcionalidad de la medida adoptada por el juez del Olmo. M. Carrillo, «Las cortapisas al ejercicio de un derecho constitucional. Sátira y libertad de expresión», *El Periódico* (31-07-2007).

8 Para un análisis detallado de las circunstancias que rodearon al proceso, de otros antecedentes, y una visión crítica de la sentencia, me remito al detallado trabajo de F. Ramos, «El secuestro de *El Jueves* y las injurias periodísticas a la corona, un injustificable ataque a la libertad de expresión», *Ámbitos*, n.º 16, 2007, pp. 151-186.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en un límite interno lógico o inmanente). De todas estas restricciones, la relevante para el caso que nos ocupa es el respeto al derecho al honor.

Pues bien, la presencia de este límite reviste matices cuando la persona que se considera injuriada es titular de un órgano público, lo cual conduce a varios interrogantes: ¿los poderes públicos son, en sí mismos, titulares del derecho al honor? Y, segunda cuestión: quien está al frente de un órgano estatal, ¿puede esgrimir el derecho al honor con la misma extensión que lo haría un particular, ajeno a la vida pública?

Respecto al primer asunto, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que la titularidad del derecho al honor no sólo corresponde a las personas físicas, sino también a las jurídicas (STC 139/1995, de 26 de septiembre, FJ 5.º). Pero, ¿y si esas personas jurídicas son, además, poderes públicos? Pues bien, con carácter general debe apuntarse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha optado principalmente por una dogmática liberal de los derechos, concibiéndolos como libertades *frente* al Estado, con lo cual ha tendido a negar que los poderes públicos puedan ser titulares de derechos. Aun así, el alto Tribunal les ha reconocido la titularidad de ciertos derechos conectados con el ejercicio de sus funciones, como el de tutela judicial efectiva (STC 64/1988, FJ 1.º) y el de información (STC 190/1996, FJ 3.º). No parece descabellado extender a los poderes públicos la titularidad de otros derechos que por su naturaleza estén en condiciones de ejercer[9], entre los que podría situarse el derecho al honor.

Esta es, en realidad, la idea que subyace al Código Penal, por cuanto tipifica como injurias el menoscabo de las Cortes o de las Asambleas Autonómicas (art. 496), del Gobierno, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, del Consejo de Gobierno autonómico o del Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma (art. 504), así como del Rey, su consorte, ascendientes, descendientes o príncipe heredero, y al regente o miembro de la Regencia (arts. 490-491). Si el honor está descrito —en términos jurídicos— como «la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que puedan hacerla desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o al ser tenidas en el concepto público por afrentosas» (STC 49/2001, FJ 5.º), parece claro que los órganos públicos también gozan de un crédito que puede ser digno de tutela respecto de expresiones injuriosas.

Aclarado este extremo, es preciso, sin embargo, determinar si los órganos públicos poseen un derecho al honor equiparable al de los ciudadanos. Para responder a este interrogante conviene recordar que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que los ciudadanos, en el ejercicio de sus derechos del artículo 20, disponen una facultad de «libre crítica de la actuación de las instituciones

9 B. Aláez Corral, «Los sujetos de los derechos fundamentales», F. Bastida y otros, *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 90.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

representativas» (STC 185/1989, FJ 4.º). Obviamente, la formación de una opinión pública libre en un sistema democrático habilita a que los ciudadanos puedan criticar abiertamente el funcionamiento de los órganos públicos, su propia existencia (avalada por la posibilidad de su supresión mediante reforma constitucional o legislativa) o la actuación de quienes están al frente de los mismos (STC 148/2001, FJ. 6.º)[10]. A esta capacidad de crítica se une la idea plasmada por el propio Tribunal de que la libertad de expresión ostenta, respecto del derecho al honor, una posición de prevalencia, por tratarse de un derecho con una doble dimensión (libertad individual y garantía de opinión pública, ligada esta última al pluralismo político), lo cual obliga a que los límites a la libertad de expresión derivados de su hipotética colisión con el honor hayan de interpretarse de forma restrictiva (STC 42/1995, FJ 2.º y STC 85/1992, FJ 4.º)[11]. En realidad, esto es también lo que fija la propia legislación española al reconocer que no existe vulneración del derecho al honor cuando se elaboran caricaturas de personas que ejerzan un cargo público o una profesión con notoriedad o proyección pública[12], así como cuando el Código Penal prevé que sólo se incurrirá en delito de injurias en el caso de que, en atención a la naturaleza, efectos y circunstancias de los hechos, pueda reputarse una lesión *grave* del honor[13].

Así las cosas, parece razonable considerar que, aunque los órganos públicos y quienes los ejercen son titulares de un derecho al honor (equivalente al prestigio de la institución que resulta preciso para su funcionamiento), éste resulta más susceptible de restricción, debido al derecho de crítica que los ciudadanos deben estar en condiciones de ejercer en un sistema democrático. Dicho en otros términos: si en el caso de las relaciones entre particulares (eficacia horizontal) la libertad de expresión debe tener en cuenta el derecho al honor (ya que se trata de sujetos sin relevancia pública), en el caso de un órgano público la situación se invierte, de modo que es el derecho al honor de dicho órgano el que debe tener presente la libertad de expresión, al punto que aquél no puede esgrimirse más que en los casos de injurias graves.

Pero, a pesar de esta regla general, nuestro ordenamiento jurídico introduce algunos inexplicables matices en el caso de la Corona. En primer lugar, porque utiliza un concepto amplio de este órgano, confiriéndole protección no sólo a su titular (el Rey), sino también a su consorte, ascendientes, descendientes[14] y prín-

10 Véase también las SSTC 6/1981, 12/1982 o 159/1986.

11 Y ello a pesar de que la idea de que un derecho «prevalezca» sobre otro resulta en sí misma discutible. Siendo todos los derechos fundamentales, por igual, norma jurídica suprema, no puede admitirse esa prevalencia de los unos sobre los otros. Antes bien, la presencia de todos ellos lo que hace es constreñir los unos sobre los otros, introduciendo límites lógicos.

12 Art. 8 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

13 Art. 208 de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

14 Conviene recordar que en el proyecto de la L.O. 10/1995, del Código Penal, esta referencia a los «ascendientes y descendientes» del Rey no se hallaba (antiguo artículo 469.3), de modo que sólo se castigaban las injurias y calumnias (así como el uso de la imagen en demérito de la Corona) referidos al Rey, su cónyuge, regente o miembro de la regencia o al príncipe heredero. Se trataba, pues, de una regulación muchísimo más correcta, ya que en ese caso sí se estaba protegiendo a un círculo de sujetos que podrían ejercer funciones

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cipe heredero (arts. 490-491 del Código Penal). En segundo lugar, resulta también sorprendente que, a diferencia de cualquier otro órgano, se penalicen las injurias a los citados miembros de la Corona, aun cuando no sean calificadas de graves. Es más, no sólo se sancionan las injurias no graves, sino incluso el uso de la imagen de dichas personas «de cualquier forma que pueda dañar al prestigio de la Corona». De este modo, se dispensa a esta última una protección legal muy superior a la prevista para cualesquiera otros órganos constitucionales.

Tan generosa protección resulta muy discutible en términos constitucionales. Si, como hemos visto, el Tribunal Constitucional avala que la libertad de expresión ha de prevalecer *prima facie* sobre el derecho al honor en el caso de los órganos públicos, resulta cuestionable que la situación se invierta en el caso de la Corona, donde es evidente que el Código Penal hace prevalecer el honor sobre la libertad de expresión. Al penalizar cualquier injuria —incluso sin ser grave— y también cualquier uso de la imagen que pueda afectar al prestigio de la Corona, se abre camino a un interpretación judicial del Código Penal excesivamente restrictiva para la libertad de expresión. Del mismo modo, conviene no olvidar que la protección penal que se dispensa a los órganos constitucionales trata de protegerlos por la función pública que ejercen, de donde no resulta comprensible que la normativa penal sea tan generosa que abarque no sólo al Rey (que es el único que ejerce funciones constitucionales) sino también a consorte, ascendientes y descendientes, cualesquiera que sean. Puede aducirse que la tutela que se les dispensa deriva de que tales sujetos, en cuanto posibles titulares de derechos sucesorios, pueden ser potenciales jefes del Estado y que, por tanto, protegiéndolos a ellos se tutela a la propia Corona. Es cierto, pero a ello habría que replicar que, en primer lugar, los derechos sucesorios no sólo alcanzan a ascendientes y descendientes, por lo cual, de seguirse el criterio señalado, habría que dispensar protección penal también a parientes colaterales. Por otra parte, en tanto no se ejerza una función pública, la tutela que las normas dispensan a la Corona no debieran tener el mismo alcance, sobre todo si van a suponer limitar derechos fundamentales: no tiene sentido que se proteja al mismo nivel al Rey que a uno de sus nietos, cuyas posibilidades de sucesión, además, pueden ser escasas o incluso nulas (si ha renunciado o ha sido privado de los derechos sucesorios)[15]. En definitiva, las excepciones legales a la libertad de expresión tienen que resultar razonables, y no

constitucionales. Proyecto de L.O. del Código Penal, *BOCG. CD*, Serie A, n.º 77.1 (26 de septiembre de 1994). La modificación se produjo al aceptar el Congreso de los Diputados las enmiendas introducidas en el Senado. Enmiendas del Senado mediante mensaje motivado al Proyecto de L.O. del Código Penal, *BOCG CD*, Serie A, n.º 77.14 (13 de noviembre de 1995). El texto aprobado por el Senado: Proyecto de L.O. del Código Penal. Texto aprobado por el Senado, *BOCG*, Serie II, n.º 87 (h), 8 de noviembre de 1995. La enmienda fue introducida en el Senado a petición del GP Popular: Enmienda n.º 691, Proyecto de L.O. del Código Penal. Enmiendas, *BOCG Senado*, Serie II, n.º 87 (e), 21 de septiembre de 1995, p. 293.

15 Incluso en este último caso, la normativa penal seguiría siendo plenamente aplicable, de modo que el descendiente del Rey privado de derechos sucesorios seguiría siendo considerado parte integrante de la Familia Real y, por tanto, tutelado por la normativa penal al mismo nivel que el propio Monarca.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lo son cuando la normativa penal resulta tan generosa que la restringe siempre que se dirija hacia cualquier miembro de la Familia Real sin distingos y al margen de la gravedad o no de las expresiones empleadas.

IV. ERROR DE JUICIO

Como acabamos de ver, las libertades de expresión y de creación artística sólo pueden restringirse por vía legislativa de forma razonable, algo que parece no cumplir nuestro actual Código Penal. Pero, además, cuando el juez aplique esos límites legales, ha de hacerlo de forma proporcionada, de modo que sólo cuando aprecie un flagrante exceso y una clara vulneración del honor puede impedir o sancionar el ejercicio de la capacidad crítica de los ciudadanos. Eso es lo que impone el llamado «efecto recíproco» de los derechos fundamentales derivado de la dimensión objetiva de la que estos disfrutan en un Estado Social de Derecho. Sin embargo, nada de esto parece haberse tenido en cuenta para coartar las libertades constitucionales de los autores de «El Jueves».

En este punto, sin embargo, conviene al menos hacer una distinción entre el auto del juez del Olmo por el que se secuestró la publicación, y la sentencia de la Audiencia Nacional por la que se condenó a los artistas de dicha revista. En el primero, al menos el juez sí mencionó la necesidad de emplear el canon de proporcionalidad, que obliga a que sólo se aplique un límite a un derecho fundamental si esa restricción es idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto (lo que equivale a decir, equilibrada, de modo que la limitación no resulte excesiva para el fin perseguido)[16]. Pero, por más que mencionase el canon de proporcionalidad, su aplicación por el juez Del Olmo no pudo ser más deficiente: como veremos, ni la imagen ni el texto que la acompañaba resultan de una entidad tal que habilite a adoptar, como medida necesaria y equilibrada, nada menos que el secuestro de una publicación, impidiendo que llegue a la ciudadanía. El auto del juez no resiste una aplicación coherente del canon de proporcionalidad.

Así, y en primer lugar, si el objetivo que se pretendía con el secuestro era evitar un daño al honor de la Corona, en teoría puede decirse que el secuestro de la publicación resulta idóneo para tal fin, pero un análisis más detenido demuestra que no es así. El secuestro es, en realidad, una figura anacrónica en el mundo de las nuevas tecnologías: de poco sirve retirar de los puntos de venta físicos la revista en cuestión, si ésta puede circular incluso más eficazmente por internet. Y cerrar la web de la editorial —como hizo también la Audiencia Nacional— tampoco resulta suficiente, porque en cuestión de minutos la imagen supuestamente injuriosa puede

16 Para un análisis detallado de los elementos que integran el canon de proporcionalidad me remito al espléndido trabajo de C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2007 (3.ª ed.), en especial pp. 693-805.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

haberse transmitido a centenares de usuarios quienes, a su vez, la pueden compartir con otros muchos internautas. Pero es que, además, el secuestro no fue idóneo porque, en vez de servir para su objetivo —evitar que se difundiera la portada de la revista—, consiguió justamente lo contrario: un número de «El Jueves» que quizás hubiera pasado más o menos inadvertido, se convirtió, tan pronto fue secuestrado, en una noticia a nivel mundial, y la imagen circuló con una profusión que sin lugar a dudas no habría tenido de no haberse dictado el absurdo auto. Así, en una conversación que pude mantener con el entonces director de la revista «El Jueves», el dibujante A. Monteys, éste me confirmó que por aquel entonces la venta semanal de la revista era de unos 70.000 u 80.000 ejemplares, pero de ese número, tras la notoriedad conferida por su secuestro, las ventas alcanzaron los 110.000 («muy por encima de lo habitual», mencionó expresamente). El secuestro, por su parte, apenas alcanzó a unos cientos de ejemplares, de los cuales ochenta se hallaban en la redacción, que fue registrada al efecto. La famosa portada ha sido objeto de estudio en cursos de derechos fundamentales y ha circulado por las redes, foros, blogs y periódicos digitales con tal profusión que podría decirse que Juan del Olmo fue el mejor publicista que pudo hallar el citado número.

Si el secuestro no fue, pues, idóneo para el objetivo pretendido, menos aún puede decirse que resultase necesario (el posible daño al honor podría verse resarcido *a posteriori* mediante una sanción) y mucho menos equilibrado: el límite impuesto a la libertad de expresión (silenciándola al impedir que llegase a los ciudadanos) es mucho más severo que el daño que podría haberse ocasionado al bien jurídico protegido (la Corona) de haberse difundido la revista, sobre todo teniendo presente, como tendremos ocasión de analizar, que la portada no resultaba tan ofensiva como apreciaron las instancias judiciales. Así pues, el juicio de proporcionalidad llevado a cabo por el juez del Olmo a través de su auto resultó manifiestamente inadecuado, y no tuvo en cuenta que el secuestro de una publicación es la medida restrictiva más severa que puede adoptarse, y que sólo debería acordarse cuando no hubiese dudas razonables en el juicio de proporcionalidad. Y no era el caso.

Pero si deficiente fue el auto decretando el secuestro de la publicación, más lo fue la sentencia por la que se condenó a los artistas de «El Jueves» por un delito de injurias del artículo 491.1 del Código Penal, y por el uso de imagen dañina para el prestigio de la Corona (art. 491.2 del Código Penal). El hecho de que no se tratase, a juicio del tribunal, de un mero ataque al honor del príncipe heredero, sino de un embate contra la propia Corona, le lleva sin embargo a incurrir en un error de apreciación patente. A su parecer, no tratándose sólo de una violación del honor del príncipe, no procedería una ponderación entre dos derechos fundamentales en conflicto (libertad de expresión de la revista y derecho al honor del príncipe). Antes bien, en este caso, en vez de dos derechos fundamentales que «colisionan»[17],

17 Dejo a un margen la idea de que, en realidad, no es posible en términos constitucionales hablar de «colisión» de derechos fundamentales. Dos normas del mismo rango supremo no pueden colisionar, ya que de

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nos hallaríamos, a su parecer, con una situación distinta: se trataría de un límite externo que impone el legislador a la libertad de expresión con el objetivo de proteger a un bien jurídico (la Corona). Sin embargo, el argumento yerra ya de mano en considerar que no hay un conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión: si el juez aplica, como de hecho aplicó, el artículo 491.1 del Código Penal (y no sólo el artículo 491.2), nos hallamos ante un delito de injurias, y éste entraña precisamente ese tipo de conflictos. Y, cuando tal cosa sucede, es imprescindible, según el Tribunal Constitucional, utilizar la técnica de ponderación (por todas, STC 42/1995, FJ 2.º).

Ahora bien, aun cuando sólo hubiese aplicado el artículo 491.2 del Código Penal (utilización de imágenes de la familia real que desprestigien a la Corona), ello no excusa al juez de tener que emplear el canon de proporcionalidad, ya que éste también es aplicable siempre que una libertad constitucional resulte limitada para proteger un bien jurídico. Y eso es algo que el juez ni tan siquiera menciona en su resolución judicial. Se cuida mucho de afirmar que ningún derecho fundamental es ilimitado —lo cual es cierto— pero se olvida mencionar que tampoco lo es el bien jurídico protegido por la ley (la Corona), de modo que para restringir el derecho fundamental ha de hacerse conforme al canon de proporcionalidad.

¿Y qué implica este canon? Como ya he señalado, supone que el límite que se aplique sea idóneo, necesario y proporcional en sentido estricto (es decir, que haya un equilibrio entre la protección que se dispensa al bien jurídico y la restricción efectiva a la que se sujeta el derecho fundamental). En este sentido, también el artículo 491 del Código Penal exige que se lleve a cabo por el Tribunal una actividad de ponderación, de modo que sólo si se aprecia que la medida limitadora (sanción) es verdaderamente proporcionada para conseguir tutelar el interés público (en este caso la Corona) es admisible que se restrinja la libertad de expresión.

Haciendo caso omiso del canon de proporcionalidad, el tribunal estimó que la imagen de la portada de «El Jueves» era, «objetiva» y «obviamente» injuriosa y, de resultas, dañina para el prestigio de la Corona, con lo cual no cabría alegar en su contra el legítimo ejercicio de un derecho fundamental. Ahora bien, si ponderamos el sacrificio que se exige al derecho fundamental (nada menos que una sanción penal), y el objetivo que se pretende (proteger el prestigio de la Corona), es fácil llegar a una conclusión justamente inversa a la de la sentencia y considerar, con ello, que no ha aplicado en absoluto el canon de proporcionalidad. ¿Cuál es el motivo por el que el juez entendió que se dañaba al prestigio de la Corona? Obviamente, si aplicó el artículo 491 del Código Penal tuvo que ser por considerar que se había utilizado la imagen del entonces príncipe heredero de forma torticera, lo cual conduciría a entender que representar a un miembro de la Corona

lo contrario estaríamos abocados a una antinomia: la preferencia que diésemos a cualquiera de ellos supondría relegar la supremacía del derecho que hemos desplazado. Me remito al respecto a I. Villaverde Menéndez. "Esbozo de una teoría general de los derechos fundamentales; *Revista Jurídica de Asturias*, nº, 1998 pp. 33-58.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

en una actividad sexual es, por sí mismo, causante de desprestigio para la institución. Pero, como el juez no se atrevió a tanto, quizás porque sería mantener una idea de la sexualidad más propia del franquismo que del s XXI, pasa de puntillas por ese aspecto, y se centró en que el daño a la Corona derivaba de las palabras que expresa el príncipe en la viñeta. En concreto, el problema radicaría en que, de ellas, y cito expresamente la sentencia: «se tilda al Príncipe, esencialmente, de vago y, por ende, codicioso», lo cual es calificado por el ponente como «indudablemente ultrajante y ofensivo», al punto de no admitir «discusión alguna».

Ahora bien, todo ello no son más que apreciaciones subjetivas del juez que contaminan la resolución adoptada. De la portada lo que se deduce es que el príncipe no había ejercicio nunca un auténtico trabajo, puesto que en realidad no ejercía función constitucional alguna a pesar de cobrar de las arcas del Estado. No se le tilda de vago, por más que se pudiera deducir esa idea. Pero de una idea deducible no puede derivarse una restricción de un derecho fundamental y mucho menos si ésta consiste en una sanción penal, que debiera guiarse por el principio de intervención mínima. Es más, aun en el caso de que expresamente se tildara de vago al príncipe, o cuando fuese absolutamente incuestionable que es lo que se deriva de la portada, se está ejerciendo una crítica admisible de una institución dentro de un sistema democrático, mostrando la irrazonabilidad —para los autores— de sostener con erario público a personas que no ejercen responsabilidad alguna en el Estado.

Resulta alarmante que un juzgado considere que tildar de vago a un miembro de la Corona es evidentemente ofensivo y que ocasiona un descrédito a la Corona tan inadmisible que resulta proporcionado sancionar por ello al autor de tamaña tropelía y secuestrar la publicación en la que se proporciona tan exacerbada afrenta. Si tildar a un órgano del Estado de innecesario, y a su titular (¡o en este caso ni eso, ya que se trataba del príncipe heredero!) de ser un vago se considera merecedor de sanción creo que la única conclusión que podemos extraer, lisa y llanamente, es que en España no existe libertad de expresión.

Que el juez no supo, o más bien no quiso, aplicar el canon de proporcionalidad resulta, pues, evidente. En realidad, «El Jueves» había publicado en numerosas ocasiones portadas en las que cuestionaba el papel del príncipe y de las que también podía deducirse que no desempeñaba trabajo de provecho alguno. Así, por ejemplo en la cubierta del número 957 (28 de septiembre al 3 de octubre de 1995) se veía al heredero de la Corona tumbado en un diván, escuchando música y leyendo, mientras el Monarca le reprochaba que no se marchase de casa. «Es que aquí estoy como un Rey, papi —replicaba el Príncipe—. Por cierto, necesito mil duros». Esta misma crítica alcanzó incluso al propio Monarca. En el número 1065 (22 al 28 de octubre de 1997), tratando la propuesta de reducir la jornada laboral a treinta y cinco horas, aparecía la caricatura del Rey preguntando «¿¡Tantas!?». En el número 1338 (15 al 21 de enero de 2003), una caricatura de Juan Carlos I afirmaba preocupado que iba a tener que ponerse a trabajar para llegar a final de mes, y con posterioridad a los hechos aquí comentados, el número 1681

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

(12 al 18 de agosto de 2009), bajo el titular «Vacaciones austeras para el Rey» se retrataba a Juan Carlos I tocando la flauta por la calle como un indigente mientras un desconocido transeúnte le increpaba «A ver si trabajas, gandul».

Portadas de este tipo, publicadas incluso después en el recopilatorio «El Jueves y la Monarquía. Tocando los Borbones», fueron consideradas sin embargo por el juez Vázquez Honrubia como un ejemplo de que nuestro sistema constitucional se basa en el principio de intervención mínima, y que sólo en los casos en los que se traspasa el límite de lo tolerable se aplican las pertinentes sanciones[18]. Sin embargo, huelga decir que no hay diferencia alguna entre las portadas referidas y la del citado número, si el problema reside —según su juicio— en la crítica de vago vertida sobre el Príncipe de Asturias.

Pero el desacierto de la sentencia es todavía mayor si se tiene presente que el tribunal parece no tener claro ni tan siquiera el derecho que está limitado. En repetidas ocasiones se refiere a la libertad de información, señalando que ésta ha de ser veraz (como indica el artículo 20.1.d de la Constitución), no quedando demostrada la veracidad de que el príncipe sea una persona vaga. El desatino del argumento es sorprendente. Una sátira, igual que un chiste, difícilmente puede catalogarse como libertad de información y, por lo mismo, resulta imposible que se le exija veracidad. Ya puestos, el juez podría haber dicho que no estaba demostrado que los príncipes españoles utilizaran en su actividad sexual la postura revelada en «El Jueves». La sátira es ejercicio de las libertades de expresión y de creación artística y, obviamente, para ellas no está prevista la exigencia de veracidad que la Constitución impone a la libertad de información.

Un segundo error manifiesto en que incurre la resolución judicial consiste en el argumento que emplea para justificar que «El Jueves» traspasó el límite de lo legalmente permisible. Al parecer del juez, siendo el objetivo de la revista criticar un acto del Gobierno (las ayudas a la natalidad) resultaba innecesario inmiscuir a la Corona, toda vez que este órgano no había intervenido en absoluto en él. Ahora bien, afirmando tal cosa, el juez parece querer convertirse él mismo en el autor de las caricaturas, diciendo exactamente qué se quería criticar en ellas. Bien podría ser que los dibujantes de «El Jueves» lo que quisiesen criticar, como objetivo principal, fuese el inane papel del heredero de la Corona en nuestro sistema constitucional, empleando para ello, como mero artilugio y aprovechando la actualidad política, las subvenciones a la natalidad convocadas por el Gobierno. En todo caso, y aunque no fuese así y llevase razón el juez, la argumentación del tribunal resulta insostenible, ya que un órgano judicial no puede imponer que la libertad de

18 Del citado libro se extrae fácilmente la concepción que «El Jueves» ha mostrado de la Monarquía desde un primer momento, y en la que figura, sin duda, su incapacidad para la vida cotidiana y su naturaleza perezosa; precisamente los rasgos que la sentencia considera que resultan inadmisibles y dignos de sanción. *Vid.* R. Mogin-Artín, «La monarquía española según la revista *El Jueves*: Análisis de la antología: *Tocando los Borbones*», en M.C. Chaput / M. Peloille, *Humor y política en el mundo hispánico contemporáneo*, Université Paris X-Nanterre, Paris, 2006, p. 117.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

expresión deba ejercerse exactamente de un determinado modo: en este caso, según el juez, para criticar al Gobierno no se podría utilizar a personas ajenas a éste.

V. LA «INSUMISIÓN» DE «EL JUEVES»

Por fortuna, ni el secuestro de la revista ni la sanción penal amilanó a los incombustibles artistas de «El Jueves», que en los meses sucesivos siguieron convirtiendo a la Corona en blanco de sus chistes. Las portadas en nada resultaban menos ofensivas que la del número secuestrado, si hemos de seguir las dudosas conclusiones de la Audiencia Nacional. Es posible que sólo el revuelo originado por una medida tan desproporcionada e inimaginable en una democracia saneada y moderna explique el por qué el Fiscal General del Estado se contuvo y decidió no continuar su ofensiva contra «El Jueves».

Y es que la convulsa situación de la Monarquía en los últimos años proporcionó a «El Jueves» sobrante material del que supo sacar partido sin tapujos. De sus portadas siguió desprendiéndose una imagen deconstructiva de la Monarquía española que a menudo hacían irrisoria la cubierta del número secuestrado. Así, por ejemplo, «El Jueves» mostró una imagen de Juan Carlos I como adúltero, a medida que iban circulando noticias sobre sus presuntas infidelidades. ¡Cuán distante quedaba la primera portada en la que «El Jueves» retrató a ambos monarcas, en 1989 como una pareja bien avenida, en la que la separación matrimonial resultaba impensable![19] En las antípodas queda la portada publicada casi cinco lustros más tarde, en la que aprovechando la noticia de que Juan Carlos I había participado en una polémica cacería de elefantes en Botsuana, supuestamente con compañía femenina, se retrataba al Rey y la Reina, y tras ésta, un trofeo de elefante en una pared, de tal modo que sus colmillos, situados justo tras la cabeza de la reina Sofía, simulaban unos cuernos. En otra ocasión, se mostraba al Rey portando una enorme pastilla de Viagra telefoneando a Silvio Berlusconi para que le invitase a sus orgías privadas[20].

La sátira de la vida sexual de la Familia Real —que tan inaceptable y contraria a su honor había considerado la Audiencia Nacional— fue además entreverada por «El Jueves» con otras referencias a situaciones en las que la Monarquía se estaba viendo envuelta. Muy en particular, la imputación de I. Urdangarín por el denominado «caso Noos». Así, ante la noticia de que el yerno de los reyes no los acompañaría a las tradicionales vacaciones mallorquinas —en un intento de desvincular al Monarca del duque de Palma—, «El Jueves» publicó una portada en la que Juan Carlos I recibía un sartenazo de su cónyuge al comunicarle la posibilidad de que, en

19 En efecto, en el n.º 634 (julio de 1989) bajo el titular «Los famosos se separan» se retrataba a los reyes leyendo en su dormitorio. La reina, con la revista «Hola» en sus manos, le decía a Juan Carlos I: «Al final, sólo quedaremos tú y yo».

20 «El Jueves», n.º 1822 (abril de 2012) y «El Jueves», n.º 1673 (junio de 2009).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ausencia de Urdangarín, una amiga alemana del Rey ocupase su lugar. En otra ocasión, se caricaturizaba al yerno del Rey ofreciendo al juez un vídeo de Juan Carlos I con Bárbara Rey, como contrapartida para evitar su procesamiento[21].

Bien es cierto que a las referidas portadas acusando al Rey de adúltero carecían de referencias sexuales explícitas, a diferencia de lo que sucedía con el número secuestrado. Pero hasta esa situación se superó. Por una parte, con referencias textuales, como en la portada en la que se retrataba a un decrépito Juan Carlos I acompañado de su supuesta amante quien decía «Sólo nos une una entrañable amistad», a lo que la portada añadía: «O sea: al Rey ya no se le levanta». Pero tampoco faltó una imagen del Rey todavía más explícita que la del número secuestrado: aquella en la que se mostraba a un ujier sosteniendo los genitales de Juan Carlos I. Igual de explícita era la portada que retrató a Letizia —todavía princesa pero, no se olvide, amparada incluso en su condición de tal por el Código Penal— como si fuese una activista de FEMEN, con el torso desnudo en el que se leía «Fuck the Royals», en alusión a su reconocida preferencia por el republicanismo[22].

No deteniéndose aquí, tras la condena de I. Urdangarín, y la absolución penal de la infanta Cristina, la revista prácticamente calcó la portada del número secuestrado, retratando a los citados sujetos en la misma posición sexual, con el chiste de que la infanta sólo acudiría a la cárcel en los «bis a bis» con su cónyuge. Número que no gustó, obviamente a la infanta, que amenazó con emprender acciones legales, seguramente envalentonada por la insensata sentencia favorable a la Corona que aquí hemos analizado. Aun así, los editores de «El Jueves» publicaron justo en el número siguiente una caricatura idéntica, esta vez con R. Rato y la infanta Elena como protagonistas. El hecho de que no se adoptase prisión provisional contra el primero, a pesar de su condena por el uso de las «tarjetas black», dio lugar al chiste de la portada, insinuando que el exministro se había casado con la infanta Elena, y de ahí que su trato procesal resultase tan beneficioso[23].

Así pues, las imágenes y los chistes de connotaciones sexuales referidos a la Corona y a la familia real siguieron siendo un tema recurrente en «El Jueves». Y aun así, resultan extremadamente pacatos si hemos de compararlos con mofas a las que se sometía a Isabel II en el libro «Los Borbones en pelota», elaborado por Gustavo Adolfo Becquer y que, de tan osado, no pudo llegar a circular libremente. En todo caso, no fueron estos los únicos temas en los que «El Jueves» satirizó a la Familia Real. La ya referida imputación de I. Urdangarín y de la infanta Cristina también halló acomodo en algunas llamativas portadas de la revista. ¿Puede decirse que, en este caso, el hecho de que existiese un proceso penal justificaba más las críticas? Si siguiésemos el incorrecto parecer del juez Vázquez Honrubia, la respuesta tendría que ser negativa. En primer lugar, porque, si los chistes gráficos fuesen, como él

21 «El Jueves», n.º 1837 (agosto de 2012) y «El Jueves», n.º 1824 (mayo de 2012).

22 «El Jueves», n.º 1868 (marzo de 2013), «El Jueves», n.º1758 (febrero de 2011) y «El Jueves», n.º 1892 (agosto de 2013).

23 «El Jueves», n.º 2074 (febrero de 2017) y «El Jueves», n.º 2075 (marzo de 2017).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

considera, «libertad de información» (y no libertad de expresión) muchas portadas podrían atentar contra la presunción de inocencia y de resultas podrían «menoscabar» el prestigio de la Corona. Ese sería el caso, por ejemplo, de la portada conmemorando el día de San Valentín, en el que se retrataba a Urdangarín y Cristina de Borbón dentro de un corazón y portando maletines rebosantes de dinero bajo la leyenda «Feliz San Maletín». Pero, en segundo lugar, menos aceptable tendría que ser —bajo los parámetros de la sentencia— otra portada en la que, haciéndose eco del argumento de la infanta para evitar la imputación de su desconocimiento de los negocios de su esposo, «El Jueves» destacaba en letras que cubrían casi toda la página «Única conclusión posible: la infanta Cristina es tonta»[24]. Si tenemos en cuenta que el Tribunal Constitucional ha señalado que no hay un derecho al insulto o, lo que es lo mismo, que las palabras vejatorias no pueden ampararse en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión (STC 172/1990, FJ 3.º), sería más posible en este caso, que en el del número secuestrado, que cupiese algún tipo de afectación al derecho al honor.

Otras portadas de «El Jueves» podrían mostrar una imagen del Rey como sujeto infractor de las normas, algo desde luego más grave que la crítica de «vago» expuesta en el número 1573 sometido a la Audiencia Nacional. Así, por ejemplo, podría colegirse la idea de que el Rey no está al corriente de sus obligaciones tributarias en la cubierta de «El Jueves» en la que se retrataba a Juan Carlos I quemando facturas bajo el titular «Hacienda investiga a famosos»[25]. Más lejos llegaba incluso una portada de 2013 en la que, trayendo a colación una vez más el «caso Noos», aparecía Juan Carlos I desnudo en la cama, junto con una alegoría de la justicia cuyos pechos manosea el Rey, mientras le dice: «Y ahora me desimputas a la niña, ¿eh, guarrilla?»; todo ello bajo el titular: «Corinna ya es pasado. Ahora el Rey se folla a la Justicia». La portada lo tiene todo para incurrir en responsabilidad penal si se siguiese el riguroso criterio de la Audiencia Nacional: existe un componente sexual manifiesto, junto con una acusación clara de que la Casa Real interfiere en el correcto funcionamiento del poder judicial a fin de obtener un trato beneficioso[26].

De todo ello se desprende que «El Jueves» ha publicado, tras su injusta persecución, portadas tanto o más «ofensivas» para la Corona, según el estricto criterio utilizado por la Audiencia Nacional. Por fortuna para los lectores, ninguno de esos números acabó tan mal como el de julio de 2007. La explicación no debe buscarse en que se trate de críticas menos lacerantes (como he dicho, no es así) o que en este caso sí se han ajustado a la libertad de expresión (en realidad, también

24 «El Jueves», n.º 1916 (febrero de 2014) y «El Jueves», n.º 1809 (enero de 2012).

25 «El Jueves», n.º 1929 (mayo 2014).

26 Recientes portadas han sido igual de críticas con la justicia española, sobre todo a raiz dek juicio en el Tribunal Supremo contra los líderes del "Procés" (nº 2177, febrero de 2019). Portadas que responden al indisimulado posicionamiento de la revista a favor del secesenismo y sus líderes. De hecho, en un artículo de octubre de 2018, la revista acusó a la Policía Nacional que había intervenido el 1-O de consumir cocaína. Lo que dio lugar a la apertura de nuevas diligenias penales contra la publicación por injurios, en el Juzgado de Instrucción nº 20 de Barcelona.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lo hicieron en el número secuestrado, como he tratado de demostrar). El motivo seguramente sea otro menos jurídico: el secuestro del número 1573 y de la pena impuesta a M. Fontdevila y G. Torres levantó un lógico revuelo mediático y una respuesta por parte de la opinión pública que quizás desanimó a la Fiscalía General del Estado a repetir su ridícula persecución a «El Jueves».

Parecía, pues, que la «sanción ejemplarizante» no había cumplido su propósito, sino todo lo contrario, de modo que la libertad de expresión y creación artística habrían salido reforzadas a la postre de tan injusto lance. Pero no fue así totalmente…

VI. DAÑOS COLATERALES

Los desafortunados auto y sentencia de la Audiencia Nacional, apoyados en la interpretación más restrictiva de los derechos fundamentales posible en un Código Penal que en este caso ha optado por la «intervención máxima» para proteger a la Corona, tuvieron un alcance que va más allá de la sanción pecuniaria a los artistas de «El Jueves» y del secuestro del número 1573 de la revista. Marcó un peligroso precedente —que seguramente hubiera podido corregirse si se hubiese recurrido en amparo la sentencia— y pudo contribuir a la «censura corporativa» que la editorial RBA impuso siete años más tarde a la portada del número 1932 (4-10 de junio de 2014). Esta portada se refería a la abdicación del rey Juan Carlos I, y en ella, el (reincidente) caricaturista M. Fontdevila retrataba a aquel colocando con unos alicates una corona llena de heces sobre la cabeza de Felipe VI.

Posiblemente el miedo a un nuevo secuestro de la publicación, o el mero interés económico de no causar ofensa alguna a la Casa Real, hizo que RBA (dueña de la revista desde 2006) destruyera sesenta mil ejemplares antes de que vieran la luz, retrasando con ello la salida de «El Jueves». El nuevo ejemplar ya no tenía a los monarcas saliente y entrante como protagonistas, sino al líder del partido político «Podemos», P. Iglesias. De resultas de esta decisión editorial, varios miembros de la revista, como el propio M. Fontdevila, junto con A. Monteys, B. Vergara e I. Rosa, entre otros, abandonaron la publicación.

Y es que, cuando el Estado o la sociedad tratan de coartar la libertad de expresión, al daño emergente que con su conducta causan, se suma el daño colateral que pueden traer consigo, la autocensura, a veces más severa que el propio control por parte de las autoridades.

Conviene recordar esta circunstancia, ya que el excesivo celo en la tutela de derechos colindantes con la libertad de expresión pueden acabar convirtiéndola en una libertad autocercenada. De poco sirve que la Constitución prohíba la censura si el contexto social, normativo y judicial acaba propiciando situaciones de autocensura.

En el siglo XIX el derecho al honor y a la intimidad, concebidos como esferas derivadas del sacrosanto individuo eran los que actuaban como principales

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

restricciones para el ejercicio de la libertad de expresión. La irrupción de la democracia alteró esta escala de valores, y la necesidad de construir una opinión pública libre permitió injerencias en las esferas privativas del individuo, en especial si éste era autoridad o persona de relevancia pública. Sin embargo, a día de hoy un nuevo derecho, íntimamente ligado a la democracia, como es la igualdad, actúa en ocasiones como cortapisa de la libertad de expresión. Puesto que la Constitución no sólo proclama la igualdad formal «en» la ley y «ante» la ley (art. 14), sino también la igualdad real y efectiva (art. 9.2) que permite incluso la adopción de medidas de discriminación positiva, hay quien entiende que cualquier tipo de expresión que falte al más estricto y escrupuloso equilibrio igualitario debe ser inmediatamente sancionado.

Se pasa con ello por alto que la igualdad real y efectiva es una imposición a los poderes públicos, no a los particulares, más allá por supuesto de lo que especifiquen las concretas normas de desarrollo constitucional. Por tanto, no es exigible a los particulares que sus expresiones contengan un exquisito tratamiento paritario. Ciertas expresiones serán mezquinas, sexistas, racistas y repugnantes, pero tendremos que tolerarlas porque no por ello serán antijurídicas. Y, como dijo Orwell en la que sigue siendo una de las mejores definiciones de la libertad de expresión, ésta consiste en tener que oír aquello que no nos gusta.

Casos como el de «El Jueves» deben hacernos reflexionar que los prejuicios y preferencias particulares —incluso si proceden de un juez— son uno de los principales peligros con los que puede toparse la libertad de expresión. Sobre todo cuando queremos imponerlos.

***

TITLE: *Freedom of speech and crown protection: the "El jueves" Case*

ABSTRACT: *In 2007 the Spanish satirical journal "El Jueves" was under judicial confiscation and two of its authors were prosecuted for criminal offense against the Crown's honor. Both judicial resolutions subjected the freedom to expression to exceptional restrictions and moved the publishers to further self-censure. Nevertheless, these restrictions dealt with an inadequate protection to Crown honor in Spanish Criminal Code, and with a wrong use of the proportional clause by the Audiencia Nacional.*

RESUMEN: *En 2007, la revista satírica «El Jueves» sufrió un secuestro judicial, y dos de sus dibujantes resultaron condenados por un delito contra el honor de la Corona. Ambas resoluciones judiciales sometieron la libertad de expresión a unas restricciones excepcionales, y dieron lugar a que los propios editores optaran con posterioridad a medidas de autocensura. Sin embargo, tales restricciones fueron fruto de una inadecuada protección del honor de la Corona en el Código Penal, y de uso erróneo de la cláusula de proporcionalidad por parte de la Audiencia Nacional.*

KEY WORDS: *freedom of expression, judicial confiscation, Crown, right to honor, criminal code, proportional clause.*

PALABRAS CLAVE: *libertad de expresión, secuestro judicial, Corona, derecho al honor, Código Penal, cláusula de proporcionalidad.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *16.06.2018* FECHA DE ACEPTACIÓN: *05.02.2019*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LA TRAMITACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEDIANTE PROCEDIMIENTOS LEGISLATIVOS ABREVIADOS: UN PROBLEMA DE LÍMITES PROCEDIMENTALES[1]

YOLANDA GÓMEZ LUGO
Profesora Titular (A) de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario

I. El debate sobre el método y la forma de tramitación de las reformas constitucionales. II. Procedimientos legislativos abreviados y simultaneidad procedimental. III. La doctrina constitucional sobre la simultaneidad procedimental para tramitar reformas constitucionales. IV. Procedimientos abreviados como límites procedimentales a la reforma. V. Inobservancia de los límites procedimentales en la reforma constitucional: *vicio in procedendo* y lesión de un derecho fundamental.

I. EL DEBATE SOBRE EL MÉTODO Y LA FORMA DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES

Aunque el debate sobre la reforma de la Constitución se ha centrado principalmente en las cuestiones de orden sustantivo, no son pocas las incertidumbres procedimentales que plantea su tramitación parlamentaria. Y si bien no faltan estudios sobre los problemas interpretativos que plantea el Título X de la Constitución, se echa en falta una reflexión sobre cómo —y cómo no— deben sustanciarse parlamentariamente las reformas constitucionales. Y en concreto, sobre la utilización simultánea de procedimientos legislativos abreviados para tramitar las proposiciones o los proyectos de reforma constitucional[2].

1 Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto I+D+I «Reforma constitucional: problemas filosóficos y jurídicos» (DER2015-69217-C2-2-R), 2016-2019 del Ministerio de Economía y Competitividad.

2 Sobre esta cuestión en concreto, véase: Garcia-Escudero Marquez, P., «La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 de la Constitución (Especial consideración de la inadmisión de

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El debate político y académico suscitado en torno al método y a la forma en que se tramitó la modificación del artículo 135 CE —tramitada simultáneamente mediante las modalidades de lectura única y urgencia— ha puesto de manifiesto las serias discrepancias existentes sobre este asunto, lo que justifica la necesidad de analizar ciertas cuestiones de orden procedimental, así como sobre las repercusiones jurídicas y políticas que este *modus operandi* ocasiona.

Para contextualizar correctamente esta problemática, debe tenerse presente que los artículos 167 y 168 CE prevén sendas reservas procedimentales para la revisión de la Constitución. Ambos preceptos regulan los modos de producción de la reforma constitucional. Se trata de normas de obligada observancia para los órganos parlamentarios intervinientes en la tramitación de las proposiciones o de los proyectos de reforma constitucional. Al tratarse de una reserva procedimental fijada por la Constitución, aquéllos no podrán tramitar las propuestas reformadoras por otra vía procedimental *ratione materiae*. Además, técnicamente, la tramitación parlamentaria de la reforma constitucional se caracteriza por su mayor rigorismo y complejidad procedimental, que deriva del agravamiento de los trámites que conforman el *iter legis* y que, en el supuesto específico del artículo 168, puede hablarse de un mecanismo extraordinariamente rígido. Así lo demuestra el hecho de que en cuarenta años de vigencia de la Constitución de 1978 dicho precepto no se haya aplicado nunca, lo que viene a confirmar que el constituyente ha cumplido con su propósito. En este sentido, la doctrina ha reconocido que el artículo 168 fue concebido como una «suerte de cláusula de intangibilidad encubierta»[3] con la pretensión de blindar las materias sometidas a dicho procedimiento de revisión y, muy especialmente, la institución monárquica[4]. Como consecuencia de ello, tras cuarenta años de vigencia constitucional puede afirmarse que dicho mecanismo procedimental ha dotado de estabilidad al sistema constitucional, pero no ha permitido actualizar los contenidos sometidos a esta reserva procedimental conforme al cauce constitucionalmente establecido.

Sin embargo, llama poderosamente la atención que, pese a esta rigidez procedimental, las dos únicas reformas constitucionales que han prosperado hasta ahora hayan sido aprobadas por el Parlamento en un plazo de tiempo realmente corto: 22 días en 1992 y 13 días en 2011[5]. Esta excesiva aceleración de la

enmiendas. Los límites al derecho de enmienda en la reforma constitucional)», *TRC*, n.º 29, 2012; Villaverde Menéndez, I., «El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. ¿Un oxímoron constitucional? Comentario al ATC 9/2012», *TRC*, n.º 30, 2012.

3 Véase, Tajadura Tejada, J., en Freixes Sanjuán, T. y Gavara de Cara, J.C. (coords.) *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica*, parte primera, Madrid, BOE, 2016, p. 265.

4 En esta línea se han manifestado, entre otros, Pérez Tremps, P., *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 19; Punset, R., *Potestades normativas y forma de gobierno*, Madrid, CEPC, 2014, p. 239; Tajadura, *op.cit.,* p. 265.

5 En este sentido, se ha afirmado de forma acertada que esta rapidez «sorprende aún más si se contrasta con las cautelas que siempre se han alegado por los dos partidos mayoritarios a la hora de modificar el texto

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tramitación es consecuencia de la aplicación simultánea de dos procedimientos legislativos especiales junto a las normas reguladoras de la reforma previstas en el art. 167 CE, que fue el cauce seguido para modificar los artículos 13.2 y 135 CE. Y si bien ambos procesos de revisión constitucional fueron tramitados en las Cámaras de una forma similar, responden a razones y contextos diferentes que merecen ser recordados.

En la reforma aprobada en 1992 quedó clara la idea del consenso como factor clave para simultanear la tramitación de lectura única con la modalidad procedimental del artículo 167 CE. Efectivamente, la tramitación en el Congreso de los Diputados de la proposición de reforma del artículo 13.2 de la Constitución se llevó a cabo simultaneando el procedimiento de revisión constitucional del artículo 167 CE con la técnica de la lectura única. Se trataba de un texto de artículo único que daba una nueva redacción al precepto constitucional. No puede dudarse que esta escasa extensión material facilitó los acuerdos necesarios para su aprobación, si bien la brevedad de la proposición de ley por sí sola no justifica la viabilidad de la tramitación de lectura única junto a un procedimiento legislativo especial *ratione materiae*[6], fundamentalmente en un caso en que, pese a afectar a un texto brevísimo, no se trataba precisamente de una modificación trivial. En aquella ocasión la celeridad venía impuesta por exigencias ajenas a las Cámaras, principalmente, por la necesidad de ratificar el Tratado de Maastricht y dar cumplimiento a la declaración vinculante del Tribunal Constitucional (DTC 1/1992) reconociendo la contrariedad entre la redacción de la norma convencional y el artículo 13.2 CE. Ambos factores, externos y sobrevenidos a la institución parlamentaria, condicionaron la premura de la reforma constitucional; de ahí, que los órganos parlamentarios, Pleno y Mesa del Congreso de los Diputados, acordaran simultanear el procedimiento de reforma constitucional del artículo 167 CE, que era el procedente por razón de la materia, con los procedimientos de lectura única y de urgencia[7]. Sin embargo, en el Senado se siguieron únicamente las reglas de la tramitación del artículo 167 CE separándose de las modalidad legislativas abreviadas aplicadas por la Cámara baja[8].

Esta aplicación simultánea de procedimientos parlamentarios dotó a las Cámaras de la flexibilidad necesaria para aprobar la reforma constitucional proyectada,

de 1978. Véase, Escudero Alday, R., «Texto y contexto de la reforma exprés de agosto de 2011», *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad,* n.º 2, 2012, p. 88.

6 Los procedimientos legislativos especiales constituyen modalidades de emanación de la ley sometidas a un régimen particular de tramitación y aprobación parlamentaria por razón del contenido material de la iniciativa. En estos supuestos nos encontramos ante reservas procedimentales que derivan directamente de la Constitución. A través de estos mandatos constitucionales se establece que un determinado procedimiento, distinto del *iter legis* común, sea de obligada observancia para las Cámaras legislativas cuando pretendan tramitar iniciativas que contengan materias tipificadas. Sobre esta materia, consúltese Gómez Lugo, Y., *Los procedimientos legislativos especiales en las Cortes Generales*, Madrid, Congreso de los diputados, 2008.

7 *BOCG-CD*, IV Legislatura, Serie B, n.º 147-2, 14 de julio de 1992.

8 *DSS*, Diputación Permanente, IV Legislatura, n.º 2, 21 de julio de 1992.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que vería la luz en un periodo corto de 22 días, desde el 8 de julio de 1992, en que la proposición de ley tuvo entrada en el Congreso de los Diputados, hasta el día 30 del mismo mes que obtendría el beneplácito del Senado[9]. En consecuencia, las Cortes Generales ofrecieron una respuesta ágil a la altura de las exigencias demandadas por las circunstancias políticas del momento, y ello fue posible gracias a la unanimidad existente entre las fuerzas políticas parlamentarias que demostraron una clara voluntad de facilitar la adaptación del texto constitucional al Tratado de Maastricht y permitir su ratificación, a lo cual contribuyó evidentemente la ausencia de presentación de enmiendas durante la tramitación en las Cámaras.

En el supuesto de la modificación constitucional aprobada en 2011, el texto de la iniciativa fue negociado exclusivamente entre el Presidente del Gobierno y el líder de la oposición, excluyendo de dicha decisión a las restantes fuerzas parlamentarias[10]. Como es sabido, las razones que invocaron los proponentes de la iniciativa para acometer la revisión del artículo 135 en su exposición de motivos fueron «garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las Administraciones Públicas en su consecución, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social». Con la pretensión política de cumplir a la mayor celeridad con dichos objetivos, la proposición fue tramitada en el Congreso conforme a los requisitos establecidos en el procedimiento ordinario del artículo 167 y, simultáneamente, en las modalidades abreviadas de lectura única y urgencia. Por el contrario, en el Senado la iniciativa de reforma siguió el cauce ordinario previsto por el artículo 167 CE y los preceptos del Reglamento del Senado que lo desarrollan.

En este contexto, la polémica suscitada trae causa de la tramitación parlamentaria seguida para la proposición de reforma del art. 135 CE en el Congreso de los diputados, donde dicha propuesta se tramitó aplicando simultáneamente los procedimientos de urgencia y lectura única. Las críticas doctrinales sobre el método observado en esta tramitación, calificada como impropia[11] para una reforma constitucional, han sido unánimes. Así, el procedimiento seguido en la modificación constitucional de 2011 ha sido considerado inadecuado[12], inapropiado[13],

9 Recuérdese que la proposición de reforma constitucional del art. 13.2 fue suscrita conjuntamente por todos los grupos parlamentarios respetando «el principio de consenso que presidió la elaboración constitucional».

10 Para un examen detallado de la tramitación parlamentaria de la reforma del art. 135 CE, puede consultarse García-Escudero Marquez, P., «La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 de la Constitución (Especial consideración de la inadmisión de enmiendas. Los límites al derecho de enmienda en la reforma constitucional)», *op. cit.*, pp. 165 a 172. También de la misma autora, «La reforma del artículo 135: ¿son suficientes trece días para la tramitación parlamentaria de una reforma constitucional?», *CDP*, n.º 38, 2009.

11 Véase, García-Escudero Marquez, P., «La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 de la Constitución…», *op. cit.*, p. 179.

12 Bastida, F., «La reforma del artículo 135 CE», *REDC*, n.º 93, 2011, p. 175. También se ha pronunciado en este sentido Carreras, F. de, *REDC*, n.º 93, 2011, p. 190.

13 Aranda Alvarez, E., «La sustancialidad del procedimiento para la reforma constitucional», *TRC*, n.º 29, 2012.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lamentable[14]. Se trata de una reforma mal tramitada[15] que, como afirmara el profesor Rubio, resulta «además inopinada, presentada sin estudios previos conocidos, sin discusión pública y tramitada para colmo por el procedimiento de urgencia»[16]. A este respecto, son muy significativas las palabras de Enoch Albertí cuando afirma que el apresuramiento y la celeridad contrastan «con los dos años que llevó la reforma de 2009 de la *Grundgesetz* en un sentido muy similar, en un contexto constitucional, además, en el que la reforma de la Ley Fundamental no es nada extraordinario, como prueba el hecho de que tal modificación sea la quincuagésima séptima desde su entrada en vigor en 1949»[17].

Resulta evidente que la tramitación acelerada de estas dos reformas constitucionales han marcado un mal precedente para las modificaciones del texto constitucional que, tarde o temprano, deberemos emprender. Y si bien es cierto que ni la Constitución, ni los Reglamentos parlamentarios contienen una prohibición expresa que impida la tramitación parlamentaria de las propuestas de reforma constitucional conforme al método de lectura única y/o de urgencia, parece que hay suficientes razones para sostener que la utilización de estos procedimientos legislativos especiales constituye un límite procedimental implícito para las Cámaras cuando actúan como poder de reforma constitucional.

Precisamente, el objeto del presente trabajo es analizar si el Parlamento, en el ejercicio de la función reformadora de la Constitución que le confieren los artículos 167 y 168 CE, puede aplicar simultáneamente procedimientos legislativos abreviados para agilizar la tramitación de la iniciativa de reforma; o si, por el contrario, estas modalidades procedimentales actúan como límites procedimentales en la sustanciación de la reforma constitucional.

II. PROCEDIMIENTOS LEGISLATIVOS ABREVIADOS Y SIMULTANEIDAD PROCEDIMENTAL

Para responder al interrogante suscitado resulta ineludible tener presente el fundamento y las singularidades de los denominados procedimientos legislativos abreviados. Una adecuada comprensión de estas técnicas parlamentarias permitirá valorar la viabilidad de su aplicación simultánea junto a los procedimientos de reforma constitucional. En concreto, me centraré en las técnicas de lectura única y urgencia, ya que el artículo 75.3 CE prohíbe la aplicación del procedimiento de delegación de competencia legislativa plena en Comisión en materia de reforma constitucional.

14 Cascajo Castro, J.L., «La reforma del artículo 135 CE», *REDC* n.º 93, 2011, p. 194.
15 Carreras, F. de: http://idpbarcelona.net/docs/blog/carreras_castellano.pdf
16 Rubio Llorente, F., «La reforma del artículo 135 CE», *REDC*, n.º 93, 2011, p. 203.
17 Alberti Rovira, E., «La reforma del artículo 135 CE», *REDC*, n.º 93, 2011, p. 167.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

1. Fundamento de los procedimientos abreviados

Los procedimientos legislativos abreviados, o especiales por razón del tiempo de tramitación, constituyen un conjunto de técnicas procedimentales de aplicación facultativa tendente a la aceleración de los actos parlamentarios y la tramitación legislativa. En esta línea, nuestro ordenamiento contempla diferentes modalidades, cuya singularidad reside en la capacidad para atenuar los trámites previstos para el *iter legis* común, pudiendo afectar bien a fases completas del procedimiento (técnica de lectura única o delegación de competencia legislativa plena en Comisión), o bien a plazos del mismo (procedimiento de urgencia)[18].

Estos tres procedimientos parlamentarios se caracterizan por una serie de notas que, expuestas de forma sintética, serían las siguientes. En primer lugar, la especialidad de estas técnicas adopta la forma de atenuante procedimental, lo que significa que sobre los trámites que forman el procedimiento tipo, el *iter legis* común, se aplican reglas específicas conducentes a un acortamiento de la tramitación parlamentaria. Este objetivo se logra a través de la simplificación de actos, trámites o actuaciones que se desarrollan en las Cámaras; esto es, bien a través de la reducción de los plazos ordinarios, o bien mediante la restricción temporal de fases o trámites integrantes del procedimiento base. En segundo término, se trata de cauces procedimentales de aplicación potestativa para los órganos parlamentarios encargados de decidir sobre la tramitación. Por ello, ofrecen un amplio margen de maniobra a los órganos parlamentarios para seleccionarlos y aplicarlos. En unos casos, la Mesa podrá activarlos de oficio, mientras que en otros, la mayoría, únicamente podrá ponerlos en marcha a petición de determinados sujetos, generalmente el Gobierno y/o la mayoría parlamentaria. Y por último, pueden aplicarse simultáneamente con otras variedades procedimentales; es decir, se admite la «aplicación transversal»[19] de diferentes procedimientos legislativos para la tramitación de una misma iniciativa legislativa, salvo cuando las normas parlamentarias excluyan expresamente esta posibilidad.

El fundamento común de estos procedimientos abreviados es lograr la celeridad de la actividad legislativa, además de combatir la lentitud propia de los procedimientos parlamentarios. Por tanto, su objetivo es simplificar los trámites y actos propios del *iter legis* con la pretensión de que la Cámara adopte una decisión adecuada a las circunstancias que se reclaman y en el menor tiempo posible[20].

18 Para un análisis exhaustivo de estas técnicas procedimentales, consúltese Gómez Lugo, Y., *Los procedimientos legislativos especiales en las Cortes Generales*, *op.cit*. Sobre la posibilidad de creación *ex novo* de procedimientos abreviados a través de los Reglamentos parlamentarios, véase también Ruiz Robledo, A., «Sobre los tipos de procedimientos legislativos» en *V Jornadas de Derecho Parlamentario. El Procedimiento legislativo*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997, p. 661.

19 Véase en Garcia-Escudero Marquez, P., *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales,* Madrid, CEPC, 2006, p. 110.

20 En esta línea, se ha afirmado de forma acertada que estas técnicas «tienen como objeto hacer más ágiles los procedimientos, convirtiendo a nuestras Cortes Generales en uno de los Parlamentos más rápidos de

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Al mismo tiempo a través de estos cauces procedimentales se dota de una mayor flexibilidad a la actividad de la Cámara permitiendo la adaptación a las eventualidades que reclamen la intervención legislativa. Resulta evidente que la aplicación de estas variedades transmite mayor dinamismo al Parlamento al facilitar instrumentos aptos para ofrecer una respuesta legislativa ágil a los problemas planteados, pero al mismo tiempo otorga al Ejecutivo las condiciones y mecanismos necesarios para favorecer el cumplimiento de su programa político, ya que no puede omitirse que la mayor parte de estas técnicas se activan a instancia del Gobierno y la mayoría parlamentaria que lo sustenta.

Asimismo, estas técnicas procedimentales tienen como función mejorar el rendimiento de la actividad legislativa, racionalizando el uso de los tiempos y permitiendo una mayor eficiencia en los trabajos parlamentarios. Desde esta perspectiva, resulta indudable la relevancia que el factor temporal tiene en el desarrollo del quehacer parlamentario, convirtiéndose en un aspecto esencial en aras de la funcionalidad de la institución. Cómo se regulen los tiempos por los Reglamentos parlamentarios será fundamental a estos efectos; téngase en cuenta que el establecimiento de plazos temporales demasiados rígidos podría dar lugar a decisiones parlamentarias discutidas insuficientemente y dificultar los acuerdos necesarios para la formación de la voluntad de la Cámara.

Por último, en cuanto a las razones que justifican la aplicación de estos procedimientos abreviados, éstas son variadas y de naturaleza política. La premura de la actividad legislativa puede venir motivada por la necesidad de resolver asuntos sobrevenidos, para dar curso a un texto sobre el que existe consenso político suficiente que hace innecesaria la celebración de todos los actos integrantes del *iter legis*, o por el deseo de cumplir el programa político del Gobierno ante el final de una legislatura y la consiguiente disolución de las Cámaras.

2. **Las singularidades de los procedimientos abreviados**

a) *Procedimiento de Lectura única*

La técnica de lectura única, como su propio nombre indica, conlleva la omisión de las lecturas sucesivas a las que se somete el texto durante la tramitación parlamentaria para realizar un único examen y votación que se celebrarán en el Pleno de la Cámara. De este modo, se suprimen los trámites parlamentarios que se desarrollan en sede de Comisión y Ponencia; es decir, la aplicación de este procedimiento implica que todos los actos que lo integran van a tener lugar en sede plenaria. Esta eliminación de momentos procesales durante la fase constitutiva

Occidente». Véase, Torres Muro, I., «El obstruccionismo, un arma de las minorías», *RFDUC,* n.º 83 (anuario), p. 370.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

conlleva lógicamente una serie de consecuencias. De una parte, en teoría supone la imposibilidad de presentación, debate y votación de enmiendas que habitualmente tiene lugar en Comisión; limitación, que se traduce concretamente en la renuncia a la propuesta de modificaciones al articulado. Y de otra, y como consecuencia de ello, se produce una restricción en el ejercicio de los derechos de participación de las minorías parlamentarias. En consecuencia, el desarrollo de la secuencia procedimental que constituye la fase central estará comprendido por dos trámites unificados en un mismo acto: de una parte, el debate de totalidad ante el Pleno de la Cámara, y de otra, la votación única a la que será sometido el texto también por el plenario, por lo que éste pasa a asumir todo el protagonismo en la gestación parlamentaria de la ley, sin intervención de otros órganos de funcionamiento como la Comisión o la Ponencia.

Se trata, pues, de una técnica procedimental tendente a facilitar respuestas rápidas del Parlamento ante propuestas legislativas que no presentan grandes dificultades para consensuar o acordar su aprobación, agilizando los trámites parlamentarios. Con ello, se produce una transformación del modelo de procedimiento legislativo que deja de someter la iniciativa a dos o tres lecturas, para canalizar el curso de la tramitación por una única lectura, esto es, un solo examen y votación del texto.

Nótese que se trata de una variedad particular del *iter legis* no reconocida directamente por la Constitución, sino creada por los Reglamentos parlamentarios[21]. Tanto en el Congreso como en el Senado, su activación queda atribuida al Plenario, lo que puede interpretarse como una manifestación del predominio de la mayoría parlamentaria en la selección del procedimiento aplicable. El método de lectura única puede ser acordado por el Pleno del Congreso de los Diputados, a propuesta de la Mesa, oída la Junta de Portavoces (artículo 150.1 RCD). Por lo que respecta a su aplicación en el Senado, debe precisarse que esta decisión no depende de que el Congreso haya seguido esta modalidad para tramitación de la misma iniciativa; es decir, la Cámara dispone libremente la activación de esta técnica procedimental. De este modo, será también el Pleno del Senado el órgano encargado de acordar este procedimiento, siempre a propuesta de la Mesa y oída la Junta de Portavoces (artículo 129.1 RS), pero en ningún caso el órgano rector de la Cámara puede activar de oficio este procedimiento.

En cuanto a su ámbito de aplicación las normas parlamentarias que regulan este procedimiento son excesivamente ambiguas, lo que dificulta determinar la concurrencia de los elementos que justifican la tramitación parlamentaria de un proyecto o de una proposición de ley por la modalidad de lectura única y, en el caso que nos ocupa, su idoneidad para tramitar las iniciativas de reforma constitucional.

21 Tampoco en el ámbito autonómico los EEAA han reconocido esta modalidad procedimental, sino que han sido los Reglamentos de las respectivas Asambleas legislativas las que, en el ejercicio de la autonomía parlamentaria reconocida estatutariamente, han previsto el procedimiento de lectura única.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Asimismo, y aunque dichas reglas no establecen materias vedadas, ello no significa que esta técnica no esté sometida a otro tipo de condicionantes. Por el contrario, la normativa parlamentaria supedita la utilización de este cauce procedimental a la concurrencia de supuestos tasados (STC 27/2000, FJ 6).

Los Reglamentos parlamentarios prevén que este procedimiento se acordará «cuando la naturaleza del proyecto o proposición aconsejen» o «su simplicidad de formulación lo permita» (arts. 150.1 RCD y 129.1 RS). De este modo, se desprende que los supuestos que permiten la elaboración de una ley a través de este cauce procedimental son dos: de una parte, cuando «*la naturaleza*» del texto lo *aconseje*, y de otra, cuando lo permita la «*simplicidad de formulación*». No puede negarse que nos encontramos ante dos fórmulas un tanto imprecisas que el propio Tribunal Constitucional ha calificado de conceptos jurídicos indeterminados (STC 129/2013, FJ 10). Esta ambigüedad ha llevado a que normalmente sea utilizado «cuando existe un consenso tal sobre el contenido de un proyecto que hace prever que el texto no sea variado en el curso de la tramitación (sea o no simple su contenido), previo acuerdo de la Junta de Portavoces»[22]. A mayor abundamiento, recientemente el Tribunal Constitucional ha venido a sostener que se trata de «[r]equisitos ambos definidos «mediante cláusulas o conceptos abiertos que confieren a los órganos de la Cámara un amplio margen de apreciación o de interpretación en su aplicación» (STC 215/2016, FJ 5).

El primero de los supuestos, esto es, *cuando la naturaleza de un proyecto o de una proposición lo aconseje*, parece referirse a textos lo suficientemente consensuados por las fuerzas políticas que hacen innecesaria la discusión y votación que tienen lugar en sede de Comisión, por lo que la tramitación se acelera suprimiendo esta fase. En cuanto al segundo elemento, la expresión *simplicidad de formulación* puede interpretarse referida a proyectos o proposiciones sobre cuyo contenido sólo se discute su aprobación o rechazo en bloque, sin entrar en grandes cuestiones de detalle, o bien a textos muy breves que aconsejan una agilización de los trámites. Sin duda, sería aconsejable una modificación de los Reglamentos para facilitar una redacción más clara de las circunstancias que justifican el empleo de este procedimiento y evitar una utilización inadecuada.

22 Véase Garcia-Escudero Marquez, P., «El procedimiento legislativo en las Cortes Generales: regulación, fases y tipos», *TRC*, n.º 16, 2005, p. 238. Así, son tres los casos a los que se refiere la normativa vigente de los Reglamentos parlamentarios: 1º) «Para la tramitación de proyectos o proposiciones de ley muy breves y sencillos, básicamente consensuados, que sería la previsión reglamentaria», 2º) «Para la tramitación de proyectos o proposiciones sobre los que recae acuerdo unánime de tramitación particularmente acelerada por urgencia política en la promulgación de la ley. Estos proyectos o proposiciones han llegado a culminar su tramitación en una semana en cada Cámara, cuando existe una voluntad política en este sentido (por ejemplo, medidas para víctimas del terrorismo)», y 3º) «Cuando se opta por este procedimiento, o así lo impone una ley, por introducirse un elemento pactista en la elaboración del proyecto o proposición (por ejemplo, las modificaciones de la LORAFNA o los acuerdos sobre concierto y cupo económico vasco en las Comunidades Autónomas de Navarra y País Vasco). Al menos el segundo caso (previsión legal) incide negativamente sobre la soberanía legislativa de las Cámaras», *ibidem.*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Como puede constatarse, el elemento determinante para la aplicación de este procedimiento no viene delimitado por el objeto material de la iniciativa, pero tampoco por la sencillez o brevedad de los textos. Y ello, porque una propuesta legislativa puede ser breve e implicar una modificación relevante del ordenamiento jurídico y, por ello, requerir una amplia discusión parlamentaria que permita alcanzar acuerdos sólidos para lograr su aprobación. Sin embargo, en resoluciones recientes el Tribunal Constitucional ha interpretado que la «simplicidad de la formulación» de la iniciativa legislativa no se refiere a la especial relevancia o trascendencia en el ordenamiento, «sino a la comprensión, sencillez e inteligibilidad de su estructura, contenido y lenguaje» (por todas, STC 139/2017, FJ 7). Igualmente carecería de sentido excluir a priori del ámbito de actuación de esta técnica procedimental todas aquellas materias sometidas a reserva procedimental, ya que ello privaría a las Cámaras de un instrumento fundamental para responder a demandas legislativas sobrevenidas. Piénsese por ejemplo en la necesidad de aprobar una serie de medidas relativas a materias reservadas a ley orgánica, demandadas socialmente y respaldadas mayoritariamente por las fuerzas políticas ante una inminente disolución de las Cámaras, ya sea natural o anticipada. En estas circunstancias la aplicación de esta técnica procedimental evitaría la caducidad de las iniciativas legislativas en curso y pendientes de resolución. Sin embargo, esto resulta aplicable a la elaboración de la ley, pero no a la tramitación de la reforma constitucional.

Realizadas estas consideraciones, y teniendo presente la práctica parlamentaria, puede afirmarse que el factor clave para la concurrencia del supuesto de hecho del procedimiento de lectura única lo constituye la existencia de consenso político suficiente para lograr el beneplácito de la Cámara. Sobre esto, quiero precisar que me refiero al consenso político como coyuntura o acuerdo generalizado amplio, no en sentido técnico como regla jurídica de la unanimidad, ya que ello sería contrario a lo dispuesto por el artículo 79 CE. Por tanto, en aquellas situaciones en que la coyuntura política permita el acuerdo necesario sobre las medidas legislativas en tramitación podrá aprobarse la propuesta en lectura única, por lo que este elemento deberá ser tenido en cuenta por la Mesa de la Cámara con carácter previo a su propuesta de tramitación.

Sin embargo, desde el ATC 9/2012 —que acoge la tesis de la simultaneidad procedimental para tramitar la reforma constitucional—, el Tribunal Constitucional viene sosteniendo que el consenso político que pueda suscitar un proyecto o una proposición de ley es algo ajeno a la concurrencia de los requisitos que permitan su tramitación por el procedimiento de urgencia (por todas, SSTC 185/2016, FJ 5 y 215/2016, FJ 5 e)[23]. En esta línea, considera que la especial

23 En relación con el requisito de la «simplicidad de su formulación», el Tribunal ha sostenido que este concepto jurídico indeterminado es totalmente ajeno «al consenso político que pudiera suscitar el proyecto de ley, a la repercusión pública que éste pueda tener, o a la complejidad material «intrínseca que supone

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

relevancia o la trascendencia constitucional de un texto normativo «no es incompatible con su tramitación por el procedimiento en lectura única,… al que no le está vedada materia alguna, incluida la reforma constitucional (STC 238/2012, FJ 4, que reproduce la doctrina del ATC 9/2012, de 13 de enero)» (STC 185/2016, FJ 5 c).

b) *Procedimiento de urgencia*

Por lo que respecta al procedimiento de urgencia, la Constitución no regula esta abreviación de la tramitación parlamentaria como un procedimiento legislativo aplicable por igual en ambas Cámaras, sino que únicamente incorpora dos breves referencias en su articulado, dirigidas a cada una de las Cámaras por separado. De una parte, en el artículo 86.3, y al hilo de la intervención parlamentaria en la tramitación del decreto-ley. Y de otra, prevé la simplificación procedimental aplicable en la Cámara Alta al disponer que «el plazo de dos meses de que el Senado dispone para vetar o enmendar el proyecto se reducirá al de veinte días naturales en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados» (art. 90.3). Este modo de abordar la regulación de la declaración de urgencia, ha suscitado un debate doctrinal en torno a la consideración de esta figura como un procedimiento legislativo especial autónomo, o bien como una mera regla de funcionamiento de las Cámaras[24]. No obstante, se trata de un procedimiento con apoyatura constitucional cuyo reconocimiento deriva de los artículos 90.3 y 86.3 CE[25], que determinan los efectos que la declaración de urgencia produce en la tramitación legislativa.

La principal característica de esta técnica en la Cámara baja consiste en la reducción a la mitad de los plazos establecidos para el procedimiento legislativo ordinario (art. 94 RCD), manteniendo todas las fases previstas para éste. Ello implica una disminución del tiempo destinado al examen de la iniciativa, a la presentación y votación de las enmiendas, así como una reducción de la duración de las intervenciones, discusión y votación del texto definitivo; limitaciones, que afectan directamente a los derechos de los parlamentarios en la tramitación del *iter legis* y que en el caso del Senado producirá unos efectos más drásticos dada la rigidez de los plazos fijados. Efectivamente, en el caso del Senado las previsiones

la función administrativa de aplicación del ordenamiento jurídico, que no se ha trasladado en modo alguno a la formulación de la ley.» (STC 129/2013, FJ 10).

24 La tesis de la declaración de urgencia como mera norma de funcionamiento de las Cámaras fue sostenida por el TC en la STC 234/2000, y sigue manteniéndola en resoluciones más recientes como las SSTC 143/2016 ó 215/2016. Para un análisis detallado de este debate, véase Gómez Lugo, Y., «La urgencia del *iter legis*: una técnica procedimental de agilización procedimental a disposición del Gobierno», *RDP*, n.º 71-72, 2008.

25 Véase en Garcia-Escudero Marquez, Piedad, «El procedimiento legislativo en las Cortes Generales. Regulación, fases y tipos», *TRC*, n.º 16, 2005, p. 236.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

constitucionales y parlamentarias establecen que la duración de la tramitación quedará reducida a veinte días naturales, frente a los dos meses que dura en el procedimiento ordinario, como se desprende del artículo 90.2 de la Constitución (art. 133 RS). Además, debe tenerse en cuenta que en ambas Cámaras el acortamiento de la tramitación que implica el procedimiento de urgencia es perfectamente compatible con la aplicación de la regla general de ampliación o reducción de tiempos[26].

La decisión sobre la tramitación conforme al procedimiento de urgencia puede adoptarse tanto a petición de determinados órganos parlamentarios, como por iniciativa de sujetos ajenos a las Cámaras. El Reglamento del Congreso atribuye esta capacidad a órganos exclusivamente parlamentarios, al señalar como sujeto legitimado para instar la activación de esta modalidad a la *Mesa de la Cámara*, a propuesta del Gobierno, dos Grupos parlamentarios o una quinta parte de los diputados (art. 93.1 RCD). La normativa del Reglamento del Senado admite no sólo el origen parlamentario de la decisión sobre la urgencia, sino también la activación procedimental mediante la declaración procedente de órganos ajenos a la Cámara Alta. Efectivamente, en este supuesto son dos grupos los sujetos legitimados para poner en marcha este cauce procedimental. De una parte, se atribuye a la Mesa del Senado la potestad de activarlo de oficio, o bien a propuesta de un Grupo parlamentario o veinticinco senadores (art. 133.2 RS). Y de otra, se reconoce al *Gobierno* y *Congreso de los Diputados* la capacidad para declarar la urgencia; instancias, ajenas a la Cámara en la que se tramita el texto.

Tanto la normativa constitucional como las previsiones de los Reglamentos parlamentarios supeditan la aplicación de esta modalidad procedimental a la *declaración de urgencia*, por lo que ésta se presenta como el acto de naturaleza política que impulsa la activación de la especialidad y cuya adopción corresponde a los sujetos legitimados por las fuentes parlamentarias. Desde este modo, la declaración se convierte en el presupuesto habilitante de este mecanismo procedimental, y cuya concurrencia deberá verificar la Mesa de la Cámara antes de iniciar los trámites propios del procedimiento de urgencia. Lo que parece indudable es que esta «declaración de urgencia» sólo puede acordarse ante circunstancias que requieren de cierta celeridad en su resolución legislativa, o situaciones que necesitan una actuación legislativa del Parlamento en un plazo inferior a cualquiera de los que ofrece el resto de modalidades procedimentales, incluyendo tanto el *iter legis* ordinario, como los restantes procedimientos abreviados. De este modo, quedaría justificada la idoneidad de este cauce procedimental, cuando se requiriera la adopción de medidas normativas de forma inmediata por parte del

26 Efectivamente, la aplicación de esta atenuación procedimental es perfectamente compatible con la regla general de reducción de tiempos prevista por los Reglamentos parlamentarios, como se desprende de los artículos 94 RCD, al prever que «sin perjuicio de lo establecido en el artículo 91 del presente Reglamento, los plazos tendrán una duración de la mitad de los establecidos con carácter ordinario»; y del 135.6 RS al disponer que «La Mesa podrá acordar modificaciones en los plazos cuando así lo aconsejen las circunstancias».

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Parlamento por excepcionales circunstancias políticas que no pudieran esperar al normal desarrollo legislativo, que habitualmente se caracteriza por su lentitud. Parece deducirse que la voluntad de declarar la urgencia, como acto que activa el mecanismo procedimental, constituye en realidad una valoración estrictamente política por parte de los sujetos legitimados por el ordenamiento a tal efecto.

3. La aplicación simultánea de procedimientos parlamentarios

Resulta indudable que la complejidad propia de la vida política y parlamentaria condiciona el uso de los procedimientos parlamentarios, llegando incluso a forzar la aplicación sincrónica de diferentes modalidades legislativas especiales. La praxis parlamentaria pone de manifiesto cómo la simultaneidad procedimental constituye una práctica habitual en las Cámaras. Precisamente, esta realidad obliga a cuestionarse la idoneidad de esta técnica desde la perspectiva de los procedimientos parlamentarios de reforma constitucional.

Los supuestos de aplicación transversal[27] de procedimientos legislativos especiales son múltiples en la actividad de las Cámaras. Algunos resultan admisibles conforme a la legalidad parlamentaria, sin embargo otros suscitan ciertas dudas de constitucionalidad, como es el caso que nos ocupa.

La constitucionalización de determinadas reservas procedimentales permite reconocer cierta preferencia en la aplicación de los procedimientos legislativos especiales *ratione materiae* frente al *iter legis* común y a los especiales abreviados. El carácter obligatorio o imperativo de la primera modalidad impone a las Cámaras un modo concreto de actuación; ahora bien, esta aparente preferencia se difumina desde el momento en que se admite la posibilidad de simultanearlos con las técnicas legislativas abreviadas. La aplicación de procedimientos *ratione materiae* no impide que los órganos parlamentarios puedan disponer el uso concurrente de especificidades de carácter temporal, a excepción de las exclusiones previstas constitucionalmente, como las establecidas en el art. 75.3 CE.

Asimismo, debe advertirse que los procedimientos abreviados son un cauce alternativo al *iter legis* ordinario cuando las circunstancias políticas requieren de una rápida intervención legislativa por parte del Parlamento. Ahora bien, en materia de revisión constitucional, su aplicación —en caso de admitirse— no tendrá carácter alternativo, sino necesariamente concurrente; y ello, como consecuencia de las reservas procedimentales que derivan de los artículos 167 y 168 CE.

Por lo que respecta a la técnica legislativa de lectura única, las normas parlamentarias permiten su utilización simultánea o transversal tanto con

27 Entre los términos utilizados por la doctrina para referirse a esta posibilidad de combinación de varios procedimientos legislativos, P. García-Escudero emplea la expresión «aplicación transversal». Consúltese García-Escudero Marquez, Piedad, *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales, op. cit.,* p. 110.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

procedimientos legislativos especiales por razón de la materia, como con las otras dos modalidades legislativas abreviadas. Sin embargo, en el presente supuesto y pese a la ausencia de límites materiales para su aplicación, creo que sería conveniente que los Reglamentos parlamentarios exceptuasen la aplicación del método de lectura única a algunas materias sometidas a procedimientos particularizados por razón material, y en concreto, a la reforma constitucional. En principio, podría argüirse que la mayor notoriedad de las materias sometidas a dichas reservas procedimentales desaconseja su simultaneidad con la técnica de lectura única. En cuanto al procedimiento de urgencia, los Reglamentos parlamentarios permiten su aplicación simultánea junto a otras modalidades procedimentales abreviadas o por razón material. Este dato queda corroborado por la práctica parlamentaria que refleja el uso coetáneo de esta técnica junto a la variante de Comisión con competencia legislativa plena y el método de lectura única. En cuanto a la simultaneidad de la urgencia con los procedimientos especiales por razón material, en principio, no suscita problema alguno habida cuenta de la ausencia de límites materiales excluidos del ámbito de su aplicación.

Por tanto, según las normas parlamentarias ni la modalidad de lectura única, ni el procedimiento de urgencia tienen previstos condicionantes materiales para su aplicación, por lo que estas formas de tramitación son de aplicación genérica a todos los proyectos o proposiciones de ley independientemente de su contenido. Sin embargo, existen dudas razonables sobre su idoneidad para tramitar proyectos o proposiciones de reforma constitucional.

III. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA SIMULTANEIDAD PROCEDIMENTAL PARA TRAMITAR REFORMAS CONSTITUCIONALES

En el ATC 9/2012 el Tribunal Constitucional tuvo la ocasión de enfrentarse, por primera vez, al tema del control jurisdiccional de las reformas constitucionales por inadecuación procedimental. En dicho auto se pronunció sobre alguna de las incertidumbres que plantea la tramitación parlamentaria de las propuestas de reforma, y en concreto, sobre la sustanciación de la reforma de la Constitución mediante procedimientos legislativos abreviados.

Con motivo de la tramitación parlamentaria de la modificación constitucional de art. 135 CE, varios diputados del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa Per Catalunya Verds interpusieron recurso de amparo parlamentario contra varios acuerdos de la Mesa y del Pleno del Congreso de los Diputados sobre la tramitación de la proposición de reforma por vulneración del artículo 23 CE. A juicio de los parlamentarios recurrentes los actos internos de las Cámaras lesionaban su *ius in officium*, en su vertiente del derecho a tramitar las iniciativas por el procedimiento adecuado. El recurso impugnó varios actos parlamentarios sin valor de ley por la vía del artículo 42 LOTC por una

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

doble inadecuación de los procedimientos legislativos observados para tramitar la proposición de reforma constitucional.

El primer motivo de inadecuación procedimental deriva de la decisión de tramitar la proposición de reforma constitucional por el procedimiento ordinario del art. 167, en lugar de hacerlo por la vía extraordinaria del art. 168. En realidad, esta primera queja trae causa de la discrepancia con la calificación otorgada por la Mesa a la propuesta de reforma, con la consiguiente disconformidad con la decisión sobre el modo de su tramitación parlamentaria. A juicio de los recurrentes la reforma propuesta suponía una modificación encubierta del Título preliminar de la Constitución —en concreto, del art. 1.1 CE—, por lo que solicitaron la nulidad de los actos impugnados y la retrotracción de la tramitación al momento de publicación de la iniciativa, al objeto de reconducir su tramitación conforme al procedimiento agravado del art. 168. La decisión parlamentaria de seguir este último cauce procedimental afectaba a los derechos de participación política de los diputados, y de los ciudadanos, al eliminar las preceptivas convocaría electoral y del referéndum previstos por el art. 168.

Por otra parte, y con carácter subsidiario, alegaron una segunda inadecuación procedimental al cuestionar la idoneidad de los procedimientos legislativos observados (lectura única y urgencia) para la tramitación parlamentaria de la reforma constitucional; y por ello, solicitaron, subsidiariamente, la sustanciación de la reforma controvertida por el procedimiento ordinario del art. 167 sin declaración de urgencia y sin aplicar el método de lectura única. De forma resumida, las razones esgrimidas para sustentar sus pretensiones fueron principalmente: reducción de las facultades de participación en sede de Comisión como consecuencia de la técnica procedimental aplicada a la reforma del art. 135; falta de encaje de la reforma constitucional en los supuestos previstos para la aplicación de la modalidad de lectura única; y ausencia de motivación de los órganos parlamentarios al decidir sobre la tramitación por los procedimientos aplicados.

Sin duda, una de las cuestiones más sorprendentes de este pronunciamiento es que, pese a tratarse de un Auto de inadmisión a trámite de un recurso de amparo, el Tribunal efectúa un juicio de fondo sobre las cuestiones suscitadas en la demanda. Precisamente el tipo de resolución emitida por el Alto Tribunal en el presente caso ha sido un aspecto que ha producido cierto asombro y ha recibido justificadas críticas doctrinales[28]. En su voto particular, el Magistrado Pablo Pérez Tremps criticó el fallo de inadmisión del Auto al no alcanzar el razonamiento sobre la lesión de la norma fundamental, que debiera haberse hecho mediante Sentencia, y no de forma liminar. A su juicio, «una cuestión técnicamente compleja, novedosa, de evidente interés constitucional, suscitada por parlamentarios representantes del pueblo español no debería haberse inadmitido a

28 En este sentido se ha pronunciado Villaverde Menéndez, I., *op. cit.*, pp. 485 y ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

trámite sino que debería haber sido objeto de un pronunciamiento más reposado y tras un análisis procesalmente completo de las cuestiones planteadas.».

Creo que el Tribunal debería haber admitido a trámite el recurso de amparo, ya que el asunto suscitado presentaba especial trascendencia constitucional por dos razones. Por un lado, porque planteaba un problema o faceta de un derecho fundamental sobre el que no existe doctrina constitucional (STC 155/2009, FJ 2 a): enjuiciar la función de calificación y admisión a trámite de la Mesa del Congreso en relación con las propuestas de reforma constitucional. Y por otro, porque el asunto suscitado trascendía del caso concreto al plantear una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social (STC 155/2009, FJ 2 g); en concreto, planteaba diversos problemas relativos a la tramitación parlamentaria de las reformas constitucionales, una cuestión con clara repercusión general y sobre la cual el Tribunal no se había pronunciado antes.

Respecto al primer motivo de inadecuación procedimental esgrimido, esto es, sobre la discrepancia suscitada por los recurrentes en torno a la calificación de la proposición de reforma constitucional controvertida dentro de los supuestos objeto del procedimiento previsto en el artículo 167, el Tribunal se limitó a acoger la interpretación literal del artículo 168 que sostuvo en la DTC 1/1992, en virtud de la cual la Constitución «establece de manera precisa la finalidad de las dos vías de reforma que prevé, en función de los objetos sobre los que se puede proyectar» (FJ 2). Sobre ello, considera que acceder a la pretensión de los recurrentes de retrotraer la tramitación al momento de la publicación de la iniciativa al objeto de que se tramitase por la vía del art. 168 implicaría «el riesgo de dejar a la discreción del órgano rector de la Cámara la determinación del procedimiento de reforma constitucional». Esto no es totalmente cierto y debería haberse matizado a la luz de la doctrina constitucional, especialmente del ATC 85/2006. De una parte, el diputado tiene derecho a tramitar las iniciativas por el procedimiento adecuado conforme a las normas constitucionales y reglamentarias, y de darse un error o discrepancia en la calificación de la iniciativa puede solicitar la reconsideración de la calificación otorgada y solicitar la reconducción del procedimiento en función de la recalificación de la propuesta. A este respecto, para resolver los diferentes supuestos de recalificación de las iniciativas se ha propuesto, de forma muy acertada, aplicar por analogía la regulación y la práctica existentes respecto de las leyes orgánicas[29]. Por otro lado, el Tribunal olvida aquí que la aplicación del procedimiento agravado del artículo 168 está sometida a un requisito material, cuya concurrencia debe verificar la Mesa en los trámites de calificación y decisión sobre la tramitación.

Por lo que respecta a la segunda queja relativa a la simultaneidad de la reforma del art. 135 junto al procedimiento de lectura única, el Tribunal realiza,

29 Sobre las diferentes posibilidades de solución, véase García-Escudero Marquez, P., «El procedimiento agravado de la reforma de la Constitución de 1978», *RDP,* n.º 71-72, 2008, pp. 181-182.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

a mi juicio, un examen incompleto de este asunto y acude a un argumento meramente formalista limitándose a confirmar la inexistencia de límites materiales para la adopción de dicho procedimiento[30]. En este sentido, sostuvo que «[n]i de la lectura del texto constitucional en su conjunto, ni de modo especial del título X dedicado por la propia Constitución a su posible reforma, ni del art. 146 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD) se advierte que la aprobación de la reforma constitucional haya quedado excluida del procedimiento de lectura única» (ATC 9/2012, FJ 3)[31]. Aunque esta afirmación es cierta, no creo que el Tribunal haya enfocado correctamente la cuestión suscitada, ya que presupone que el elemento material es el único criterio determinante para la aplicación del procedimiento de lectura única. Por el contrario, y como se expuso anteriormente, la viabilidad de esta técnica procedimental no viene delimitada por el objeto material de la iniciativa, sino por una serie de supuestos, ambiguos, pero tasados en los Reglamentos parlamentarios que, en ningún momento, el Tribunal tiene en cuenta[32].

Por otro lado, el Tribunal considera que «no es un dato menor que la única especialidad procedimental vetada por la Norma Fundamental, en relación con la reforma constitucional es la eventual atribución de la aprobación de la misma a una comisión legislativa permanente (art. 75.3 CE)». Sin embargo, sobre este particular el Tribunal olvida que el procedimiento de lectura única no existía en 1978, ya que fue creado con la aprobación de los Reglamentos parlamentarios en 1982, y en consecuencia, esta cuestión debe ser analizada tomando como parámetro también las disposiciones previstas en los mismos.

En cuanto al cuestionamiento referente a la sustanciación de la reforma constitucional por la vía de urgencia, el Tribunal se limita a negar que la tramitación urgente haya impedido a los recurrentes las facultades que les corresponden en el seno del procedimiento legislativo (ATC 9/2012, FJ 4). A este respecto, trae a colación su doctrina sobre la declaración de urgencia en relación con el procedimiento legislativo (STC 234/2000), si bien creo que la misma no puede extrapolarse, sin mayores precisiones, al ámbito de la reforma constitucional. Aun tratándose del procedimiento abreviado de aplicación más genérica por ausencia de condicionantes de ningún tipo —salvo la propia declaración de

30 En este sentido, no le faltan razones a Villaverde Menéndez cuando afirma que el Auto incurre en cierto «formalismo parlamentario enervante». Véase, Villaverde Menéndez, I., *op. cit.*, p. 487.

31 El TC volvió a reiterar este argumento en la STC 238/2012, FJ 4.º.

32 En el mismo sentido se pronuncia el Magistrado E. Gay Montalvo, al sostener que la decisión mayoritaria debería haber analizado si la votación del Pleno de la Cámara que acuerda adoptar el procedimiento de lectura única observa o no el mandato normativo contenido en el art. 150 RCD. Igualmente, considera que la proposición de ley de reforma de la Constitución «tenía tantas complicaciones que no puede decirse, a primera vista, que tuviese una formulación simple»; y tratándose de una reforma de un texto constitucional que «se gestó como fruto de un delicado consenso pareciera que también hubiera motivos para entender que su naturaleza requería de una tramitación tal que facilitara la participación más plural posible, con la cual no se compadece el procedimiento de lectura única.».

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

urgencia, que actúa como presupuesto previo—, creo que no puede abordarse esta cuestión sin tener en cuenta otros elementos como el propio fundamento y rasgos de los procedimientos parlamentarios de revisión constitucional. Da la sensación de que el Tribunal está equiparando los procedimientos de reforma constitucional a los procedimientos parlamentarios legislativos[33], sin atender a las diferencias existente entre ambos y corriendo el riesgo de desnaturalizar la propia configuración jurídica de los cauces previstos para proceder a la modificación de la Constitución.

De este modo, y sin mayores precisiones de fondo, el Tribunal Constitucional en el ATC 9/2012 acoge la tesis de la simultaneidad procedimental para tramitar la reforma de la Constitución, en virtud de la cual resulta admisible la aplicación transversal de los procedimientos parlamentarios de reforma constitucional y las modalidades abreviadas de lectura única y urgencia; tesis, que ha sido reiterada en varias resoluciones posteriores (SSTC 238/2012, FJ 4; 185/2016, y 215/2016, FJ 5). Sin embargo, el pronunciamiento adolece de algunas imprecisiones. Por ejemplo, cuando afirma que del texto constitucional no se desprende «que la aprobación de la reforma constitucional haya quedado excluida del procedimiento de lectura única», lo hace de forma genérica sin especificar si se refiere solo a la vía ordinaria del art. 167, o si por el contrario, esta doctrina sería extensible a la intervención de las Cámaras de segunda legislatura del procedimiento agravado de reforma. Tampoco las sentencias posteriores, en las que reproduce la doctrina de la simultaneidad procedimental de la reforma constitucional, resuelven este interrogante.

A mi juicio, la resolución de la demanda amparo en el presente caso requería un correcto enfoque de las cuestiones de fondo suscitadas. De este modo, se echa en falta que el Tribunal no hubiera analizado en profundidad los Acuerdos de la Mesa del Congreso sobre calificación, admisión y decisión de la tramitación de la propuesta de reforma constitucional controvertida al objeto de comprobar si habían vulnerado el derecho de los recurrentes a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las Leyes, en su vertiente del derecho a tramitar las iniciativas por el procedimiento adecuado (art. 23.2 CE). Ello hubiera requerido traer a colación la consolidada doctrina constitucional sobre dos cuestiones (a) el mencionado derecho fundamental en conexión con (b) la potestad de las Mesas de las Cámaras de calificar y admitir o no a trámite las iniciativas parlamentarias y su incidencia sobre el *ius in officium* del cargo parlamentario. Obviamente, ello hubiera requerido la admisión a trámite del recurso de amparo y su resolución mediante sentencia.

33 En esta línea, el Magistrado L.I. Ortega Álvarez formula un voto particular en el que discrepa de la decisión mayoritaria, precisamente, que el Tribunal no estableciera distinción entre «los procedimientos parlamentarios legislativos, en los que las Cortes como institución y los representantes del pueblo actúan como órganos y poderes constituidos y los procedimientos parlamentarios de reforma constitucional, en los que actúan como poder constituyente».

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IV. PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS COMO LÍMITES PROCEDIMENTALES A LA REFORMA

Aunque la Constitución española, a diferencia de otros textos constitucionales como el italiano o el alemán, «no excluye de la posibilidad de reforma [*sic*] ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento» (STC 48/2003, FJ 7), es posible deducir algunos límites procedimentales derivados de sus preceptos y de los Reglamentos parlamentarios.

En este sentido, la actuación de las Cámaras para tramitar la modificación de la Constitución no queda sometida únicamente al conjunto de requisitos exigidos a tal efecto por los artículos 167 y 168 CE, que actúan como límites formales o de procedimiento. Junto a éstos, y haciendo una interpretación sistemática de las normas constitucionales y parlamentarias que regulan el modo de producción legislativa, pueden deducirse otras limitaciones que condicionan la tramitación parlamentaria de la revisión de la Constitución[34].

1. **Límites procedimentales explícitos**

De este modo, junto a los preceptos constitucionales del Título X que regulan los modos de producción de la reforma constitucional, pueden señalarse otros condicionantes de forma o de procedimiento que derivan directamente de la Constitución y entre los que cabe señalar los fijados en los artículos 166 y 75.3 CE[35].

El primero de los límites procedimentales explícitos vendría determinado por lo dispuesto en los artículos 167 y 168 CE. Así, la previsión constitucional de cauces procedimentales particularizados por los que debe discurrir el poder reformador constituye en sí un límite procedimental en un doble sentido. Teniendo en cuenta que el art. 168 somete una serie de materias a la reserva procedimental prevista en dicha disposición constitucional, este mecanismo extraordinario de reforma actúa como un límite procedimental frente a las materias no reservadas a dicho cauce. Por otro, y como consecuencia de ello, el procedimiento ordinario del artículo 167 queda vedado para la modificación de las materias sometidas a la técnica más agravada prevista en el art. 168.

34 Nótese que las normas del *iter legis* común son de aplicación supletoria para todo aquello no previsto por el régimen jurídico de los procedimientos legislativos especiales y también de los procedimientos parlamentarios de reforma constitucional. En este sentido, el artículo 146 RCD establece que «[l]os proyectos y proposiciones de reforma constitucional a que se refieren los artículos 166 y 167 de la Constitución se tramitarán conforme a las normas establecidas en este Reglamento para los proyectos y proposiciones de ley…».

35 Dejo al margen el límite circunstancial previsto en el artículo169 CE que prohíbe iniciar los procedimientos de reforma constitucional en las situaciones especificadas en el mismo.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En segundo término, el artículo 166 CE remite a los párrafos primero y segundo del artículo 87 CE, lo que excluye la posibilidad de iniciar cualquier revisión de la Constitución por iniciativa popular (art. 87.3 CE). En este supuesto, nos encontramos con una disposición constitucional que articula un límite formal o de procedimiento que afecta a la fase inicial del *iter* y que excluye el ejercicio de la iniciativa popular en materia de reforma constitucional.

Y por último, el artículo 75.3 CE exceptúa la delegación de competencia legislativa a favor de las comisiones parlamentarias para la sustanciación de las reformas constitucionales, por lo que en este caso se trata de una limitación expresa que restringe la actuación del Parlamento cuando actúa en el ejercicio de las competencias atribuidas por los artículos 167 y 168 CE. En este supuesto, y si bien el precepto constitucional dispone un límite material para la aplicación del procedimiento abreviado previsto por el art. 75.2, desde la óptica del poder de reforma constitucional actúa como un auténtico límite procedimental, de tal suerte que impide a las Cámaras agilizar la tramitación parlamentaria aplicando simultáneamente la modalidad fijada por el artículo 75.2 CE junto a los procedimientos de los artículos 167 y 168 CE. No obstante, y aunque el constituyente no hubiera previsto explícitamente esta prohibición, la aplicación de este procedimiento abreviado seguiría estando vedada para la sustanciación de la reforma constitucional porque el objeto de la delegación es la aprobación de «proyectos o proposiciones de ley», no de reformas constitucionales. Además, lo que se delega a través de esta técnica procedimental es el ejercicio de la función legislativa del artículo 66.2 CE, no de la función de reforma de la Constitución conforme a las previsiones del Título X.

Esta tesis se ha visto confirmada por el Tribunal Constitucional al reconocer que «la única especialidad procedimental vetada por la Norma Fundamental, en relación con la reforma constitucional, es la eventual atribución de la aprobación de la misma a una comisión legislativa permanente (art. 75.3 CE)» (ATC 9/2012, FJ 3). Si bien, debe advertirse un dato que el Alto Tribunal parece omitir en este pronunciamiento, y es que los procedimientos abreviados de lectura única y de urgencia no fueron creados por el constituyente, sino por las propias Cámaras. Efectivamente, como se expuso con anterioridad, los Reglamentos parlamentarios de 1982 crearon ambas modalidades en el ejercicio de su autonomía reglamentaria y de funcionamiento interno que tienen reconocida constitucionalmente, si bien en el caso del procedimiento de urgencia contaba con una base constitucional.

2. Límites procedimentales implícitos: la tramitación por lectura única y procedimiento de urgencia

En este orden de consideraciones, cabe cuestionarse si existen límites procedimentales no contemplados expresamente por la Constitución, pero que puedan derivarse implícitamente de otros preceptos constitucionales o de los

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Reglamentos parlamentarios. En este caso estaríamos hablando de *límites procedimentales o de procedimiento de carácter implícito*. A este respecto, resulta necesario realizar una precisión conceptual para aclarar que no me estoy refiriendo a la expresión o categoría de «límites implícitos formales» utilizada por Pedro de Vega, siguiendo la tesis de Merkl y Ross, para aludir al carácter irreformable de las normas que regulan el poder de reforma constitucional y que, desde esta perspectiva, constituirían auténticas clausulas de intangibilidad[36]. Me refiero a *límites procedimentales implícitos* entendidos como condicionantes en sentido amplio, como predeterminaciones procedimentales y no como mera prohibición o impedimento[37]. Desde esta perspectiva, este tipo de límites estaría constituido por el conjunto de condicionantes de forma y de procedimiento que se derivan de la previsión normativa de procedimientos legislativos abreviados, y que resultan incompatibles con los presupuestos propios de la reforma constitucional. Ya se ha señalado el límite expreso que deriva del art. 75.3 CE en relación. Sin embargo, se plantean mayores dificultades interpretativas en el caso del resto de modalidades legislativas abreviadas que no fueron creadas directamente por la Constitución, como el método de lectura única y el procedimiento de urgencia. En ambos supuestos, ni la Constitución ni los Reglamentos parlamentarios prohíben su aplicación transversal o simultánea junto a los procedimientos parlamentarios de reforma constitucional. No obstante, hay razones que justifican su no aplicación simultánea.

A los efectos de una mayor claridad expositiva, los motivos que podrían esgrimirse para sustentar la inadecuación de tramitar las reformas constitucionales aplicando simultáneamente los procedimientos legislativos de urgencia y de lectura única pueden sintetizarse del siguiente modo: (a) Los procedimientos de reforma constitucional y los abreviados responden a fundamentos diferentes y contrapuestos (b) Las técnicas abreviadas, y especialmente la de lectura única, limitan el debate parlamentario y afectan al derecho de enmienda; (c) Existen dificultades para subsumir la reforma constitucional entre los supuestos tasados previstos para la adopción del procedimiento de lectura única; (d) La aplicación de la modalidad de lectura única para tramitar la reforma suprimiría la función técnica y política de la Comisión parlamentaria.

El primer inconveniente para admitir la aplicación simultánea de los mecanismos de reforma constitucional junto a cualquiera de los procedimientos

36 Sobre la noción de límites implícitos formales y la irreformabilidad de las normas de procedimiento, consúltese De Vega García, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1988 (1.ª reimpresión), p. 277 y ss.

37 Para una visión de los límites como *impedimentos*, puede verse en Belda Pérez-Pedrero, E., «Los límites a la reforma constitucional ante propuestas más propias de una revolución», *TRC,* n.º 29, 2012. Para este autor, el artículo 169 no sería límite temporal o circunstancial porque no «impide» la reforma, sino solo su comienzo (p. 266). Tampoco considera límites las condiciones exigidas en los arts. 167 y 168, puesto que «su finalidad no es delimitar ni dificultar la reforma, sino garantizar que el proceso de cambio se efectúa con sometimiento a la voluntad del constituyente».

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

legislativos abreviados deriva de los diferentes presupuestos sobre los que se asientan estas modalidades procedimentales. Como se expuso anteriormente, estas técnicas responden a la finalidad de combatir la lentitud propia de la actividad del Parlamento y acelerar la tramitación legislativa simplificando los actos del *iter legis* común. Desde esta óptica, atienden a razones de economía procesal con la pretensión de economizar los tiempos y las fases del *iter* para facilitar una respuesta legislativa rápida. Sin embargo, la revisión de la Constitución está sometida a una reserva procedimental, que deriva de los arts. 167 y 168 CE y que se caracteriza por el reforzamiento y agravamiento de los actos y trámites parlamentarios. De este modo, el fundamento de los procedimientos previstos para tramitar la reforma es garantizar la supremacía constitucional y permitir la adaptación de la Constitución a los cambios sociales y políticos. En mi opinión, los procedimientos parlamentarios de reforma constitucional y los legislativos abreviados responden a fundamentos no solo distintos, sino también incompatibles. Procedimentalmente, son técnicas contrapuestas. Mientras que las normas que regulan el ejercicio del poder reformador se caracterizan por su especial rigidez y complejidad técnica, los procedimientos abreviados se definen por la simplificación procedimental.

La segunda dificultad observada deriva de las propias especialidades procedimentales que caracterizan al método de lectura única, en el que la iniciativa se somete a un debate de totalidad en el Pleno de la Cámara (arts. 151.2 RCD y 129.2 RS), y seguidamente a una única votación. Como consecuencia de ello, quedan excluidas las enmiendas al articulado, es decir, aquellas que tienen un sentido claramente técnico y formal. Sobre ello, debe mencionarse que en el Congreso «se admite en la práctica la presentación de enmiendas al proyecto, aunque la regulación contenido en el artículo 150 podría no avalar esta situación»[38]. Por lo que respecta a la aplicación de este procedimiento en la Cámara Alta, el propio Reglamento prevé explícitamente la limitación del derecho de enmienda al establecer que «podrán presentarse únicamente propuestas de veto» (art. 129.3 RS), lo que ha sido criticado por la doctrina, ya que efectivamente restringe las facultades legislativas de los parlamentarios y, en concreto, la posibilidad de presentar enmiendas, con su consiguiente discusión y votación[39]. Ante esta situación la minoría parlamentaria ve disminuidas considerablemente sus facultades de enmendar el texto propuesto; derecho, a través del cual interviene activamente en la tramitación del procedimiento legislativo, bien sea con la pretensión de censurar el contenido del texto propuesto, o bien para formular propuestas alternativas

38 Véase Garcia-Escudero Marquez, P., *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales*, Madrid, CEPC, 2006, p. 521.

39 Se han manifestado en este sentido, entre otros, Santaolalla Lopez, F., *Derecho Parlamentario Español*, Madrid, Espasa Universidad, 1990, p. 289. En el mismo sentido se pronuncia, Redondo Garcia, A.M., *El derecho de Enmienda en los procedimientos legislativas de las Cortes Generales*, Madrid, Congreso, 2001, p. 260.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

al mismo. Asimismo la adopción de la modalidad de lectura única redunda en el ejercicio de la función legislativa de la Asamblea. En este sentido, la actividad de la Cámara se limita a someter a un único examen y votación la iniciativa tramitada, por lo que la afectación sobre la facultad de debate y discusión parlamentaria son claras, hasta tal extremo que se ha afirmado, y con razón, que la Cámara se convierte en un mero órgano de ratificación o rechazo[40].

A este respecto, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que las consecuencias que se asocian al procedimiento de lectura única, que tienen que ver con los límites que se introducen en el debate parlamentario, así como en la posibilidad de incorporar enmiendas en el Senado no hurtan automáticamente a las Cámaras las posibilidades de debate posterior, sino que «habrán de analizarse, caso por caso, si se acredita que la adopción de este tipo de procedimiento alteró de algún modo el proceso de formación de la voluntad parlamentaria (STC 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 5)» (STC 238/2012, FJ 4). Ahora bien, en relación con la reforma constitucional, creo que no resulta admisible la simultaneidad procedimental con la técnica de lectura única, en la medida en que ello afectaría a las posibilidades reales de participación de la minoría en un debate plural y mermaría su capacidad de enmendar la propuesta de reforma.

En tercer lugar, resulta difícil admitir que una reforma constitucional reúna los elementos de simplicidad de formulación o naturaleza de la propuesta que aconseja el recurso al procedimiento legislativo de lectura única. En esta línea, se ha afirmado que la modificación del artículo 135 CE no respondió a ninguno de los supuestos tasados, ya que «ni su naturaleza lo aconseja, ni su simplicidad lo permite, como sucedió en el caso de la anterior reforma constitucional de 1992 que intercaló el término «y pasivo» en el artículo 13.2 CE y también fue aprobada en lectura única tras previa consulta al TC y su posterior dictamen. En el presente caso, las circunstancias requerían otro procedimiento que permitiera un detenido estudio técnico-jurídico y un debate amplio y reposado»[41]. Sin embargo, a mi juicio, ninguna de estas dos reformas constitucionales tenían cabida entre los supuestos habilitantes del procedimiento de lectura única. En el caso de la primera, fue la concurrencia del consenso sobre la modificación del artículo 13.2 CE lo que justificó la adopción de este procedimiento abreviado. Es cierto que técnicamente se trataba de una modificación muy breve y simple consistente en una mera adición, pero no por ello carecía de relevancia, ni justificaba un cierto debate sosegado ante la opinión pública.

Precisamente, la aprobación de la reforma del artículo 135 creó un mal precedente que puso de manifiesto las consecuencias negativas que, para el desarrollo

40 «La utilización de este procedimiento convierte a la Cámara en un órgano de ratificación o rechazo, restringiendo la capacidad deliberativa que le es propia. De ahí que se presente como un procedimiento especial que, en nuestra opinión, debería ser utilizado excepcionalmente». Véase, Redondo Garcia, A.M., *El derecho de enmienda en los procedimientos legislativos de las Cortes Generales*, *op. cit*., p. 260, nota n.º 249.

41 Consúltese, Carreras, F. de, *op. cit*., p. 190.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del debate parlamentario, ocasionó la aplicación simultánea de los procedimientos de urgencia y lectura única junto a la vía procedimental del artículo 167 CE. El acortamiento de los tiempos excluyó la posibilidad de celebrar en sede parlamentaria una discusión sosegada y suficiente sobre el alcance de la reforma proyectada. Como consecuencia de ello, los principios parlamentarios de publicidad, transacción y respeto a las minorías se vieron notablemente afectados, en la medida en que la oposición vio reducidas sus posibilidades de actuación y enmienda en dicho proceso. En esta línea, se ha afirmado que en «democracia la decisión por mayoría es importante, pero más fundamental aún es la preservación de las formas y el respeto a la minoría e incluso a una mayoría que se topó con un acuerdo al que no le quedó más remedio que respaldar, pues careció de tiempo para deliberar y enmendar. El ejercicio de la soberanía popular requiere una liturgia democrática que escenifique un proceso constituyente o revisión constitucional, aunque sea parcial.»[42]

Un cuarto motivo por el que la lectura única resulta una técnica inadecuada para las reformas constitucionales es que esta modalidad procedimental conlleva la supresión de los actos y trámites que se celebran en las Comisiones parlamentarias (y el informe de la Ponencia) durante el proceso de creación de la norma. A este respecto, debe recordarse la importante labor que desempeña la Comisión no sólo en su función dictaminadora de carácter técnico y auxiliar para la Cámara, sino también en su función política como órgano de transacción y negociación política. De esta suerte, su intervención en la fase central del *iter legis* resulta fundamental para que la Cámara pueda debatir y, en su caso, aprobar la propuesta legislativa. Asimismo, un rasgo que caracteriza la tramitación en esta sede es su carácter informal frente a la rigidez y formalidad inherente al debate y votación en el Pleno. Al tratarse de un órgano más restringido tiene una vocación técnica que permite un mejor desarrollo de los trabajos de la Cámara. De este modo, resulta bastante cuestionable que pueda renunciarse a las facultades dictaminadora y política de la Comisión durante la tramitación de las propuestas de revisión constitucional. Ahora bien, estas consideraciones son aplicables solo para la sustanciación de la modificación constitucional en el Congreso, puesto que las disposiciones del Reglamento del Senado que regulan la tramitación de la reforma constitucional sí que prevén explícitamente la intervención de la Comisión de Constitución con función dictaminadora (art. 154.2 RS).

Por último, a todo lo anteriormente expuesto podría añadirse que un exceso en la celeridad procedimental puede afectar no sólo a la actividad de la Cámara, sino también a los derechos de participación de los parlamentarios. Ahora bien, ello no quiere decir que las técnicas legislativas abreviadas en sí mismas sean inconstitucionales, ni que impidan el ejercicio de las funciones parlamentarias, ni de las facultades de los parlamentarios a tal efecto. Sin embargo, resulta obvio

42 Véase, Bastida, F., *op. cit.*, p. 175.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que la reducción del tiempo disponible incide directamente en la actividad de los órganos parlamentarios. Sobre este cuestión el Tribunal Constitucional se ha mostrado algo confuso. Así, por lo que respecta a la aplicación del procedimiento de urgencia en el Senado, en la STC 234/2000 sostuvo que la declaración de urgencia por el Gobierno, si bien abrevia el plazo de tramitación, no priva a la Cámara de su función legislativa, al incidir «sobre la cronología del procedimiento pero no sobre el contenido del proyecto». A su juicio, la reducción del tiempo de tramitación no «tiene por qué traducirse en merma alguna de los principios constitucionales que han de informar el procedimiento legislativo en cuanto procedimiento de formación de voluntad del órgano» (STC 234/2000, de 3 de octubre, FJ 13). Por otro lado, la STC 143/2016 extendió esta jurisprudencia sobre el acortamiento de trámites y plazos del procedimiento legislativo a la técnica de lectura única. Sin embargo, en otros pronunciamientos también relacionados con esta misma modalidad abreviada, el Tribunal parece sostener lo contrario al reconocer claramente que se trata de «un procedimiento en el cual resultan notablemente limitadas las posibilidades de participación de las minorías en el proceso de elaboración de la norma» (STC 108/2003, FJ 5).

Pues bien, pese a esta confusa jurisprudencia sobre el acortamiento temporal, creo que la agilización procedimental no está exenta de riesgos, y que un uso incorrecto de las técnicas legislativas abreviadas puede dar lugar a la adopción de decisiones parlamentarias discutidas insuficientemente y puede obstaculizar las negociaciones y los acuerdos necesarios para la formación de la voluntad de la Cámara. Efectivamente, un exceso en la aceleración del procedimiento conlleva ciertas limitaciones sobre los derechos de los parlamentarios y afecta notablemente a algunos de los principios parlamentarios clásicos, como la participación de las minorías en el proceso de adopción de decisiones parlamentarias, especialmente, su capacidad de incidir en la resolución final a través del ejercicio del derecho de enmienda. Por ello, creo que la línea jurisprudencial sostenida en las SSTC 234/2000 y 143/2016 no se puede extrapolar, sin más, a la tramitación parlamentaria de las reformas constitucionales precisamente por los riesgos que podría ocasionar respecto a los mencionados principios parlamentarios y al *ius in officium* del representante. Como advirtiera Bentham, el fin de la discusión parlamentaria no es la celeridad, por lo que no ha de temerse la demasía en materia de examen, ya que «las malas leyes son únicamente efectos de la precipitación y falta de atención»[43]. En esta misma línea, y como apunta Rubio Llorente, la lentitud es el precio a pagar por una mayor eficacia en el procedimiento de reforma[44].

43 Véase en Bentham, J., *Tácticas parlamentarias*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1991, p. 183.

44 En relación con las razones y la conveniencia de tramitar el procedimiento agravado de reforma en dos legislaturas consecutivas, dicho autor afirma que puesto que el poder de reforma es poder constituyente «su configuración constitucional ha de asegurar en la mayor medida posible que la voluntad del órgano que lleva a cabo la reforma coincida con la del pueblo soberano al que ésta se imputa»; y «el precio a pagar por esa mayor eficacia es el de su considerable lentitud. Una lentitud que puede parecer deseable en la mayor parte de

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

3. Las facultades de la Mesa en la selección del procedimiento de reforma aplicable

A la Mesa de la Cámara corresponde el control de la regularidad de los escritos y documentos de índole parlamentaria en el ejercicio de las facultades de calificación, admisión a trámite y decisión sobre la tramitación de las iniciativas. Por lo que aquí respecta, y para garantizar que las propuestas de reformas constitucionales sean tramitadas conforme al procedimiento constitucionalmente establecido, será necesario que previamente la Mesa califique, admita a trámite y decida sobre su tramitación. Así, en el ejercicio del control de la legalidad parlamentaria en materia de revisión constitucional, al órgano rector le corresponderá examinar la viabilidad procedimental de la propuesta de reforma y fijar el procedimiento aplicable, garantizando un correcto cumplimiento de las normas procedimentales y contribuyendo con ello al perfeccionamiento técnico y la calidad del texto. Precisamente estos tres actos parlamentarios serán determinantes para que la Mesa de curso al cauce procedimental concreto conforme al cual se sustanciará la reforma y, en su caso, si se aplica simultáneamente junto a alguna de las modalidades legislativas abreviadas. Por lo tanto, será primordial conocer el alcance de estas facultades de la Mesa en la selección del procedimiento aplicable.

Asimismo, para garantizar la efectividad de los derechos de los parlamentarios debe llevarse a cabo un correcto desempeño en estos juicios de calificación y admisibilidad. No puede olvidarse que las irregularidades en el desarrollo de estos actos (como puede ser una calificación o inadmisión incorrectas, o la tramitación de la iniciativa por un procedimiento diferente al instado por el autor) pueden lesionar el *ius in officium* consagrado por el artículo 23.2 CE. Esta idea fue confirmada por el Tribunal Constitucional al sostener que al decidir la Mesa sobre la admisión no puede desconocer que estos actos constituyen una «manifestación del ejercicio de un derecho del parlamentario que los formula, y que, por ello, cualquier rechazo arbitrario o no motivado causará lesión de dicho derecho» (STC 78/2006, FJ 3). Precisamente porque la inadmisión de las iniciativas legislativas puede implicar una limitación del derecho de diputados y senadores a ejercer la función parlamentaria, y con ello, el derecho de los ciudadanos, la jurisprudencia constitucional ha exigido un requisito añadido: la necesidad de la motivación de las decisiones de la Mesa «a fin de tras ellas no se esconda un juicio sobre la oportunidad política» que escaparía por completo a sus potestades (STC 242/2006, FJ 4).

Si bien el alcance de estas facultades varía de unos procedimientos parlamentarios a otros, existe una consolidada doctrina constitucional conforme a la cual la

las ocasiones». Véase, Rubio Llorente, «Rigidez y apertura constitucional», *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?. Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2009, p. 34.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

calificación y admisión a trámite se efectúa «en función de un canon estrictamente normativo, no político o de oportunidad (que es el que en cambio tiene lugar en el trámite de toma en consideración» (ATC 428/1989, FJ 3). En esta misma línea, el Tribunal ha precisado en reiteradas ocasiones que estos actos no constituyen un juicio de oportunidad política, ya que este tipo de decisiones quedan reservadas al Pleno de la Cámara, no a sus Mesas, que cumplen «la función jurídico-técnica de ordenar y racionalizar el funcionamiento de la Cámaras para su mayor eficiencia, precisamente como tal foro de debate y participación en la cosa pública, precisamente como tal foro de debate y participación en la cosa pública» (STC 208/2003, FJ 4 c).

Por lo que respecta a los juicios de admisibilidad y calificación de iniciativas legislativas, el Tribunal ha admitido que los Reglamentos parlamentarios pueden establecer que la Mesa extienda su examen de las iniciativas más allá de la mera verificación de los requisitos formales, siempre que vengan delimitados materialmente por la Constitución, el bloque de la constitucionalidad o el Reglamento parlamentario. Sin embargo, si la legalidad aplicable no prevé límites materiales a las iniciativas, la verificación en el juicio de admisibilidad debe ser siempre formal. Conforme a la jurisprudencia constitucional, excedería del ámbito de la facultad de las Mesas «calificar y admitir a trámite las iniciativas parlamentarias el control, siquiera liminar, de su constitucionalidad. Lo que no excluye, sin embargo, que el control de las Mesas de las Cámaras, además de verificar el cumplimiento de los requisitos formales reglamentariamente establecidos en cada caso, pueda extenderse a «una verificación liminar de la conformidad a Derecho de la pretensión deducida, junto a un juicio de calificación sobre la idoneidad o procedencia del procedimiento parlamentario elegido» (SSTC 89/2005 y 90/2005 FJ 3, por todas). Ahora bien, tal verificación liminar de la conformidad a Derecho de la iniciativa parlamentaria la hemos circunscrito a aquellos casos en los que la calificación de la iniciativa —y su correspondiente tramitación— se define en atención a criterios de orden material» (ATC 85/2006, FJ 4).

V. INOBSERVANCIA DE LOS LÍMITES PROCEDIMENTALES EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL: *VICIO IN PROCEDENDO* Y LESIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

El tema de la justiciabilidad de las infracciones formales y de procedimiento en que pueden incurrir las Cámaras en el ejercicio de su poder reformador, y en concreto, las relacionadas con la selección del procedimiento aplicable por parte de los órganos parlamentarios intervinientes, presenta dos vertientes. Efectivamente, la inobservancia de los límites procedimentales, en general, y del procedimiento adecuado, en particular, puede ser constitutiva de un vicio *in procedendo*, pero también de una lesión del derecho a ejercer cargo representativo del artículo 23.2 CE en su vertiente del derecho a tramitar las iniciativas

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

conforme al procedimiento previsto por las normas constitucionales y el Reglamento parlamentario[45].

Por lo que respecta a esto último, debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional incorporó el denominado *derecho al procedimiento*[46] como contenido del derecho reconocido en el artículo 23.2. CE, al sostener que la participación de los grupos parlamentarios y de los Diputados que lo integran, «en el ejercicio de la función legislativa a través del procedimiento parlamentario reglamentariamente establecido para la concreta iniciativa objeto de tramitación y el desempeño en el mismo de los derechos y facultades que lo acompañan constituye, en principio, una manifestación relevante del *ius in officium* de representante (en este sentido, STC 118/1999, de 28 de junio, FJ 2). En concreto, puede considerarse que «*pertenece al núcleo de su función representativa que los proyectos y proposiciones legislativas, sean en lo que aquí interesan de reforma estatutaria o de reforma constitucional, se tramiten con los requisitos y a través de los procedimientos establecidos en la Constitución española y en el Reglamento del Congreso de los Diputados*»[47] (ATC 85/2006, FJ 6). Como consecuencia de ello, la inobservancia del procedimiento que afecte al núcleo de la función representativa puede vulnerar el *ius in officium* en su vertiente del derecho a tramitar la reforma constitucional por el procedimiento adecuado. Por ello, y puesto que las decisiones de las Cámaras sobre selección del procedimiento de tramitación de las reformas son actos parlamentarios sin valor de ley, el único mecanismo de impugnación sería el recurso de amparo por la vía del artículo 42 LOTC y por infracción del artículo 23.2 CE.

Desde una segunda perspectiva, en la medida en que la tramitación parlamentaria de la reforma constitucional está sometida a diferentes límites procedimentales que se han ido señalando en este trabajo, la decisión parlamentaria de sustanciar las propuestas de reformas a través de un procedimiento inadecuado podrá dar lugar a un vicio *in procedendo*[48]. La desviación procedimental puede producirse en el supuesto de la tramitación parlamentaria de las reformas constitucionales de dos modos. De un parte, por inobservancia del procedimiento establecido conforme al criterio material que distingue las vías ordinaria y agravada previstas en los artículos 167 y 168, respectivamente. De otra, por una

45 Respecto al *ius in officium*, debe precisarse que conforme a la jurisprudencia constitucional «la Constitución no ha asumido en el artículo 23.2 CE un genérico, con la condición de fundamental, al respeto de todos y cada uno de los derechos y facultades del estatuto del parlamentario, sino tan sólo el de aquellos que pudiéramos considerar pertenecientes al núcleo de la función representativa, como son, principalmente, los que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y de control de la acción de gobierno [SSTC 20/1991, FJ5, y 109/2016, FJ 3 b)]» (STC 139/2017, FJ 4 c).

46 Sobre esta manifestación concreta del *ius in officium*, consúltese Gómez Lugo, Y., «El derecho a tramitar las iniciativas legislativas por el procedimiento adecuado», *INDRET (Revista para el análisis del Derecho),* n.º 4, 2009.

47 La cursiva es nuestra.

48 Sobre los tipos de vicios en el procedimiento legislativo, y los diferentes usos de las categorías de vicio formal y vicio procedimentales, véase Biglino Campos, P., *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, CEC, 1991, p. 101.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tramitación inadecuada de la iniciativa de reforma cuando los órganos parlamentarios intervinientes deciden sustanciarla simultáneamente por alguno de los procedimientos legislativos abreviados. Además, debe precisarse que este tipo de vicio se produce siempre que se vulnere una norma de procedimiento con independencia de la naturaleza de la disposición infringida, esto es, independientemente de que ésta se ubique en la Constitución o en un Reglamento parlamentario. A este respecto, es doctrina reiterada en nuestra jurisprudencia constitucional que ««[a]unque el art. 28.1 de nuestra Ley Orgánica no menciona los Reglamentos parlamentarios entre aquellas normas cuya infracción puede acarrear la inconstitucionalidad de la Ley, no es dudoso que, tanto por la invulnerabilidad de tales reglas de procedimiento frente a la acción del legislador como, sobre todo, por el carácter instrumental que esas reglas tienen respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político (art. 1.1 CE), la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras» [STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 1 a)].» (STC 103/2008, FJ 5º).

Teniendo en cuenta que la Constitución carece de cláusulas de intangibilidad, que nuestro sistema de fuentes no reconoce la categoría de ley constitucional o ley de reforma constitucional, y que las normas de producción de la reforma permiten su revisión total, resulta cuestionable admitir un control sobre el contenido de la reforma constitucional, en la medida en que no existe un parámetro material para enjuiciar la constitucionalidad de la misma. A este respecto, Villaverde Menéndez sostiene —muy acertadamente— que la ausencia de parámetro imposibilita lógica y jurídicamente el control y la posible declaración de inconstitucionalidad; y para que exista este parámetro es necesaria una relación jerárquica entre la norma controlada y la que sirve de criterio para el juicio de constitucionalidad[49]. No obstante, ello no es óbice para admitir el control formal de las reformas constitucionales, ya que en este supuesto sí contamos con un parámetro de constitucionalidad constituido por las normas de la Constitución y de los Reglamentos parlamentarios que disciplinan los modos de producción legislativa y de la propia reforma constitucional. Asimismo, la posibilidad de controlar la constitucionalidad de los límites procedimentales a la reforma constitucional es una exigencia derivada precisamente de la dualidad de procedimientos previstos para su tramitación parlamentaria.

Llegados a este punto, resulta obligado cuestionarse, aunque sea muy brevemente, por la competencia para controlar la adecuación procedimental de la reforma constitucional, y en su caso, por las vías procesales de impugnación a tal efecto. En cierto modo, esta cuestión ha quedado indirectamente resuelta con

49 Villaverde Menéndez, I., «El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. ¿Un oxímoron constitucional? Comentario al ATC 9/2012», *TRC*, n.º 30, 2012, p. 495.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

motivo del ATC 9/2012, del que se desprende que el Tribunal reconoce implícitamente su competencia para resolver la inobservancia de los límites procedimentales en que pueda incurrir el poder de reforma, si bien desde la óptica de la lesión de los derechos afectados y a través del mecanismo procesal del recurso de amparo parlamentario Aunque ni la Constitución, ni de la LOTC contienen disposición alguna que lo prevea expresamente, la doctrina ha admitido que esta competencia quedaría atribuida al Tribunal Constitucional. En este sentido, Aragón Reyes ha sostenido que dicha competencia no se apoyaría «en una atribución explícita, sino implícita, derivada del carácter mismo de la Constitución (que obliga, jurídicamente, claro está, a todos los poderes públicos, art. 9.1 CE) y de la posición y naturaleza del propio Tribunal Constitucional»[50]. Ahora bien, no puede omitirse que esta intervención del Tribunal Constitucional no está exenta de dificultades y puede resultar especialmente problemática en el supuesto de que la reforma sea ratificada mediante referéndum. En este sentido, coincido con Jiménez Campo cuando afirma que «políticamente la adopción de la revisión constitucional por el cuerpo electoral debe admitirse que sana cualquier irregularidad en el proceso que a aquélla llevó»[51].

Admitida la existencia de límites procedimentales al poder de reforma, así como la competencia implícita del Tribunal Constitucional para enjuiciar las posibles transgresiones o vicios formales y procedimentales en que pueda incurrir el poder reformador o las Cámaras al tramitarla tramitación de la reforma, quedaría por dilucidar una última cuestión concerniente a los mecanismos de impugnación. A este respecto ni la Constitución, ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional han previsto procedimientos que permitan enjuiciar la regularidad del procedimiento de reforma. Además, teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento no existe la categoría de ley de reforma constitucional, sería cuestionable la utilización de los instrumentos de control previstos en los artículos 161 (recurso de inconstitucionalidad) y 163 (cuestión de inconstitucionalidad) de la Constitución. Sobre esta cuestión, existe cierto acuerdo doctrinal para proponer el recurso previo de inconstitucionalidad como la opción más adecuada, o al menos, menos problemática, para impugnar la reforma y que podría incorporarse mediante una modificación de la LOTC[52]. En estos supuestos, el parámetro de control vendría constituido por los preceptos de la Constitución y los Reglamentos parlamentarios que ordenan y articulan el proceso de revisión constitucional, y en concreto, los límites procedimentales detallados en

50 Aragon Reyes, M., *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 2013, p. 242.

51 Véase Jiménez Campo., J., «Algunos problemas de interpretación en trono al Título X de la Constitución», *RDP*, n.º 7, 1980, p. 102.

52 En este sentido se han pronunciado, entre otros, Aragon Reyes, *op. cit*., García-Escudero Márquez, P., *El procedimiento agravado de la reforma de la Constitución de 1978*, Madrid, CEPC, 2007, p. 138. También para el control de constitucionalidad de los límites materiales, se ha sugerido este mecanismo de impugnación; Aláez Corral, B.*, Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978,* Madrid, CEPC, 2000, p. 400.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

este trabajo. Por otro lado, los actos susceptibles de control lo conformarían el conjunto de actos y trámites parlamentarios conducentes a la aprobación de la reforma constitucional —en caso de preverse un control previo— o el acto final que pone fin al procedimiento de revisión constitucional —en caso de articularse un control a posteriori—.

Para finalizar, y a la luz de todas las consideraciones expuestas, sería conveniente que los Reglamentos parlamentarios previeran explícitamente la prohibición de tramitar la reforma constitucional a través de técnicas abreviadas de urgencia y lectura única, como hace el artículo 75.3 CE con respeto a la modalidad de Comisión con competencias legislativa plena. Asimismo, la LOTC debería de establecer un mecanismo procesal para impugnar estos vicios en los procedimientos de reforma constitucional, y reconocer de modo explícito la competencia del Tribunal para resolver dicho proceso constitucional.

***

TITLE: *The processing of the constitutional reform through abbreviated legislative procedures: a problem of procedural limits*

ABSTRACT: *Can the Parliament process constitutional reform initiatives applying the procedures of constitutional reform and abbreviated legislative procedures simultaneously? More specifically, can it be considered that the method of single reading and the urgent procedure are adequate for processing the revision of the Constitution? In the decision ATC 9/2012 the Constitutional Court seems to have embraced the thesis of procedural simultaneity, according to which the procedures of constitutional reform could be applied transversally along with the legislative techniques of single reading and urgency. However, making a systematic interpretation of constitutional and parliamentary rules governing the lawmaking process, it might be argued that these kind of abbreviates procedures act as procedural limits in the parliamentary processing of the constitutional revision.*

RESUMEN: *¿Pueden las Cámaras tramitar las iniciativas de reforma constitucional aplicando simultáneamente los procedimientos parlamentarios de reforma constitucional y procedimientos legislativos abreviados? Más específicamente, ¿puede considerarse que los métodos de lectura única y urgencia son procedimientos adecuados para tramitar la revisión de la Constitución? En el Auto 9/2012 el Tribunal Constitucional parece haberse decantado por la tesis de la simultaneidad procedimental, conforme a la cual los procedimientos de reforma constitucional podrían aplicarse transversalmente junto a las técnicas procedimentales de lectura única y de urgencia. Sin embargo, haciendo una interpretación sistemática de las normas constitucionales y parlamentarias que regulan el modo de producción legislativa, es posible deducir que dichas modalidades abreviadas actúan como límites procedimentales en la tramitación parlamentaria de la revisión de la Constitución.*

KEY WORDS: *Procedural limits of the constitutional reform, abbreviated legislative procedures, single reading method, urgent procedure, control of constitutionality of the constitutional reform.*

PALABRAS CLAVE: *límites procedimentales de la reforma constitucional, procedimientos legislativos abreviados, método de lectura única, procedimiento de urgencia, control de constitucionalidad de la reforma constitucional.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *15.02.2018* FECHA DE ACEPTACIÓN: *05.02.2019*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LA MATERNIDAD SUBROGADA: UN ASUNTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

ANA VALERO HEREDIA
Profesora Titular (A) de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla la Mancha

Sumario

I. Introducción. II. El mal llamado «derecho» a la reproducción. III. El derecho a la autonomía de la mujer gestante: libertad contractual vs. explotación reproductiva. IV. El derecho a la dignidad e integridad física y moral de la mujer gestante. V. El interés superior del menor. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puso fin al asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (25358/12), dictando una Sentencia que, sin duda, posee efectos disuasorios claros para los ciudadanos de los estados miembros del Consejo de Europa que, como Italia, no permiten la gestación por sustitución. Pues en ella, la Corte de Estrasburgo falla en contra de los padres de intención que pretendían inscribir en el Registro civil italiano la paternidad de un niño gestado «por sustitución» en Rusia. Y ello afirmando que la negativa de las autoridades italianas no produce la lesión del derecho a «la intimidad familiar» de los pretendidos padres —reconocido en el artículo 8 de la Convención— en la medida en que no se puede establecer la existencia de unos lazos familiares que deban ser protegidos por el Derecho cuando los mismos se han constituido en violación de la ley.

La maternidad subrogada o gestación por sustitución, comúnmente conocida como «vientre de alquiler», consiste en la implantación por fecundación in vitro o inseminación artificial de un embrión en una madre gestante, con la que los padres de intención han firmado un contrato previo, con o sin remuneración económica. Subrogarse implica en Derecho sustituir a otro en una situación jurídica, por lo que, en el contexto de la maternidad, subrogarse implica «sustituir en la gestación».

UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 43, 2019, pp. 421-440

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Pues bien, un empleo extensivo de esta práctica ha desatado en los últimos años un acalorado debate social a nivel europeo y, muy activamente en España, debido a los problemas éticos y jurídicos que plantea. La maternidad subrogada constituye uno de los temas más controvertidos entre los muchos que afectan a la disposición del cuerpo de la mujer. Así, como sucede en otros temas relacionados con el cuerpo femenino, como el aborto o la prostitución, las posturas son contrapuestas y, llamativamente, todas ellas apelan a distintos derechos fundamentales de las partes implicadas para defender sus argumentos.

Entre los derechos invocados por quienes defienden la legalización de esta práctica se encuentran principalmente: el derecho a la reproducción de los padres de intención, siendo la maternidad subrogada un vehículo para hacer efectiva la igualdad reproductiva entre parejas fértiles e infértiles, heterosexuales y homosexuales; y la autonomía de la mujer gestante que se plasma en su libertad contractual.

En contra, sin embargo, se plantean numerosas objeciones éticas y jurídicas, que van desde la cosificación del cuerpo de la mujer, que es objeto de un contrato de alquiler para satisfacer un deseo de otros; la vulneración de la dignidad y de la integridad física y moral de las gestantes; la comercialización de los niños o la explotación de las mujeres que se encuentran en un estado de necesidad económica.

Esta diversidad de argumentos a favor o en contra de la maternidad subrogada se corresponde con la disparidad con que los Estados se posicionan con respecto a esta práctica en sus respectivos ordenamientos jurídicos y respecto de las consecuencias jurídicas para las partes implicadas, lo que conlleva una gran inseguridad jurídica.

La maternidad subrogada está permitida en algunos estados de Estados Unidos como Arkansas, California, Connecticut, Dakota del Norte, Delaware, Distrito de Columbia, Florida, Illinois, Maine, Nevada, Nuevo Hampshire, Oregón, Texas, Utah y Virginia Occidental, ya sea por ley expresa o por jurisprudencia. También, países como Rusia, India, Ucrania, Georgia, Armenia o Tailandia, permiten o han permitido hasta fechas muy recientes acudir a esta técnica a título gratuito o a cambio de contraprestación económica, que es lo más habitual. Algunos de estos países han modificado recientemente sus legislaciones ante el «efecto llamada» que el carácter benévolo de sus legislaciones estaba provocando, optando por normativas más estrictas o por la prohibición total.

Los países que han modificado su legislación en esta dirección son India —que hasta la fecha estaba a la cabeza a nivel mundial por el número de niños gestados dentro de sus fronteras—, Nepal, Camboya, Tailandia o el Estado de Tabasco en México. Estos Estados han adoptado soluciones diferentes que van desde prohibir la contratación de mujeres de su nacionalidad a los extranjeros a exigir la residencia de al menos uno de los miembros cuando los contratantes son una pareja.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Con respecto a Rusia o Ucrania, debe tenerse en cuenta que sus legislaciones excluyen la capacidad de contratación a los homosexuales o a las personas solas.

En segundo lugar, nos encontramos con algunos países europeos como Reino Unido, Dinamarca y, recientemente Portugal, y otros como Canadá que admiten la maternidad subrogada sólo en caso de que se realice altruistamente, es decir, que la gestante no obtenga un beneficio económico ni que el proceso se desarrolle como una actividad comercial que permita el lucro.

Y finalmente, nos encontramos con un tercer grupo de países que prohíben expresamente cualquier contrato de maternidad por sustitución, tanto comercial como altruista, entre los que se encuentra España, la mayor parte de países europeos, como Austria, Italia, Alemania, Hungría, Islandia o Serbia, ciertos Estados de EEUU o Hong Kong.

La distinta regulación adoptada por los Estados ha convertido a la maternidad subrogada es un asunto global que solo puede ser correctamente abordado globalmente, pues como ha afirmado la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: «en una era de globalización, donde se cruzan las fronteras con mayor frecuencia, las diferencias en las leyes nacionales de los Estados puede dar lugar a cuestiones complejas de derecho internacional privado sobre el establecimiento o reconocimiento de la filiación legal de los niños, cuestiones que afectan a sus derechos humanos»[1].

Así, la prohibición de la gestación por sustitución por el ordenamiento jurídico de un determinado Estado conlleva que los ciudadanos de ese Estado acudan a otros Estados donde esta práctica se permite, dependiendo la elección que realicen de las facilidades para llevarla a cabo y el coste de la misma, que es muy variado, lo que genera «una suerte de turismo reproductivo internacional en busca del lugar más lejano o del mejor precio»[2]. Y ello, esperando que su Estado de pertenencia reconozca la filiación cuando se proceda a su inscripción civil en aras de la protección del interés del menor, algo que abordaremos con mayor detenimiento en próximos epígrafes.

Ahora cabe destacar que en dicho mercado es especialmente relevante el papel de las agencias intermediarias que, aun ubicadas en los Estados que no reconocen estos contratos, ofrecen sus servicios libremente sin ningún tipo de control por parte de las autoridades, siendo España uno de ellos[3].

1 En dichos términos se pronuncia la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado en su Informe de 2016: «The private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements»: *https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf*

2 Nelson E., «Global Trade and Assisted Reproductive Technologies: Regulatory Challenges in International Surrogacy», *The Journal of Law, Medicine and Ethics,* Vol. 41, 2013.

3 Basta con teclear vientres de alquiler en google y aparecen Agencias que ofrecen la realización de este tipo de contratos desde España en: Rusia, Ucrania, Grecia, Estados Unidos, Georgia, Karzajistan, México, India, Nepal o Canadá —donde llamativamente esta solo es legal de forma altruista—: Véase, entre otras:

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Pero el telón de Aquiles de esta materia radica en que la situación de «alegalidad» en que se encuentra en la mayoría de países europeos, que no prohíben expresamente la maternidad subrogada sino que declaran la «nulidad» del contrato a posteriori —y, siempre condicionado al interés superior del menor en cada caso—, ha abierto la puerta a un creciente «turismo reproductivo» que está generando importantes dificultades jurídicas.

En las webs de estas agencias, que proliferan a gran rapidez, pueden verse gran cantidad de tarifas, que van desde los 120.000 euros si la subrogación se lleva a cabo Estados Unidos, a los 40.000 si se realiza en Ucrania, Georgia, México, Tailandia, Karzajistan, India o Nepal, pasando por los 80.000 de Rusia o Grecia. Pero, quizás, lo más llamativo es que estas agencias ofrecen sus servicios —previa contraprestación económica— incluso en países como Canadá, cuya legislación sólo permite la maternidad subrogada en supuestos altruistas —por el módico precio de entre 80 y 90.000 euros, eso sí, indicándose en el apartado de «desventajas» que la legislación es muy restrictiva, lo que no permite la negociación económica directa con la gestante[4].

Además, el contrato que firman los padres intencionales no es directamente con la madre gestante, sino con la agencia intermediaria, con lo que las cláusulas a las que aquella queda sujeta permanecen en el mayor oscurantismo.

Es por tanto evidente que dicha situación de «alegalidad» se convierte «de facto» en la principal baza del mercado libre en la materia.

La gestación por sustitución es, desde nuestro punto de vista, principalmente, un asunto de derechos fundamentales en el que se ven implicados el derecho a la vida, la integridad física y moral, la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la madre gestante o el interés del menor. El presente estudio pretende, a través del análisis de la jurisprudencia existente, detectar los derechos de todos los sujetos implicados y extraer parámetros de ponderación que garanticen la protección de aquellos que deben priorizarse. Y ello con el fin de orientar la resolución de futuros casos y en el diseño de políticas en materia.

II. EL MAL LLAMADO «DERECHO» A LA REPRODUCCIÓN

El estudio de la maternidad subrogada desde la perspectiva de los derechos fundamentales implicados obliga a plantearse, en primer lugar, si existe o no un auténtico «derecho a la reproducción». O dicho en otros términos, si la paternidad o la maternidad, más allá de una opción y de un proyecto de vida, es un auténtico derecho que los poderes públicos están obligados a garantizar.

http://gestlifesurrogacy.com/programas/; http://interfertility.es/gestacion-subrogada-servicios/ (consultado el 6 de febrero de 2018).

4 https://interfertility.es/gestacion-subrogada-comparativa-paises/ (consultado el 6 de febrero de 2018).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Quienes defienden la legitimidad de la gestación subrogada, apelan a la existencia de un llamado «derecho a procrear» o «libertad reproductiva» unido al derecho a la salud en este ámbito, en la medida en que la gestación subrogada permite hacer efectivo el derecho a tener hijos de las parejas infértiles[5], pues los avances en las técnicas de reproducción asistida así lo permiten. Desde esta perspectiva, la maternidad por sustitución es vista como una técnica más que la ciencia ofrece para hacer efectivo este derecho. En el marco de dicho razonamiento, se alega incluso el principio de igualdad y no discriminación reproductiva para defender el derecho de una pareja de hombres homosexuales a tener un hijo genéticamente propio.

Es cierto que el TEDH ha reconocido la existencia de un derecho a la reproducción, enmarcado en el derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 8 del Convenio, que engloba el derecho a emplear las técnicas de reproducción asistida. Así, en el caso *Dickson contra Reino Unido,* de 4 de diciembre de 2007, la Gran Sala afirmó que el artículo 8 no sólo incluye obligaciones negativas o de no injerencia para el Estado, sino que también puede incluir obligaciones positivas para éste, esto es, el deber de adoptar las medidas oportunas para que el derecho a la reproducción pueda hacerse efectivo, entre las que se encuentra el permitir el acceso a técnicas que permitan engendrar un hijo —apartado 70—. Y en el caso *S.H. y otros contra Austria*, de 3 de noviembre de 2001, sostuvo que el uso de la procreación asistida médicamente con la intención de concebir un hijo forma parte del artículo 8 del Convenio «ya que esta elección es claramente una expresión de la vida privada y familiar» —apartado 60—[6].

Sin embargo, debe quedar claro que la maternidad subrogada no es una técnica de reproducción asistida en sí misma, sino que es una práctica que requiere de la reproducción asistida para su efectividad y que no involucra al propio cuerpo sino el de «una tercera» que debe aceptar las consecuencias que puede conllevar someterlo a dicho proceso. Si, por el contrario, decidiéramos considerar la gestación por sustitución como una técnica de reproducción asistida más, estaríamos reduciendo a la mujer gestante a un instrumento necesario para la práctica, lo cual es un ataque directo a su dignidad como persona. La instrumentalización de la mujer y de su capacidad reproductiva para satisfacer el deseo de terceros, reduce su condición de madre al de mera «portadora», término que suelen emplear, precisamente, los contratos de subrogación.

5 Farnós Amorós, E., «El derecho a procrear debe vincularse al derecho a una salud reproductiva. Es decir, la imposibilidad de concebir es entendida como una especie de enfermedad, que queda cubierta por este derecho dando lugar a la prevención y el tratamiento apropiado de la infertilidad, así como a la libertad de decidir si se quiere tener hijos, cuándo, y con qué frecuencia»: «La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos»: De *Evans c. Reino Unido* a *Parrillo c. Italia», Revista Bioética y Derecho*, n.º 36, 2016.

6 Molero Martín-Salas, P., «La reproducción asistida en Europa: La labor armonizadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Estudios Constitucionales*, n.º 2, 2016.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En este sentido es especialmente importante y reveladora la doctrina del TEDH en su recientísima Sentencia en el caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*, de 24 de enero de 2017, en la que la Gran Sala revocó el fallo de la Sala en su sentencia anterior de 2015. Sin perjuicio de dejar para más adelante el estudio pormenorizado del caso, baste por el momento señalar que en ella la Corte europea señala expresamente que no existe un derecho a la maternidad/paternidad en virtud de la mera voluntad, o de la proyección de la autonomía y del desarrollo personal, plasmada en la existencia de un «proyecto paternal»[7]. En consecuencia, el reconocimiento de este último como título suficiente para inscribir a los hijos habidos a resultas de la firma de contratos de gestación por sustitución, no es vinculante para ningún Estado del Consejo de Europa.

Por lo que, aunque es indudable que la libertad de procreación forma parte del libre desarrollo personal, esto no debe confundirse con la existencia de un derecho a la reproducción que incluya como instrumento para hacerlo efectivo la gestación por sustitución, en la medida en que ésta implica que la madre gestante se limite a aceptar, mediante el recurso a una relación contractual de carácter mercantil, las condiciones de un contrato de gestación para otros, que es distinto a decidir ejercer, en su ámbito de libertad individual, un derecho a procrear.

Dicho en otros términos, el derecho a la maternidad implica la libertad de procrear o de adoptar. El derecho a procrear protege, a su vez, la decisión de concebir, gestar y parir un hijo, pero no reconoce en su ámbito de protección el derecho a «encargarlo» por parte de los padres intencionales, ni gestarlo para terceros.

III. EL DERECHO A LA AUTONOMÍA DE LA MUJER GESTANTE: LIBERTAD CONTRACTUAL VS. EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA

El segundo de los derechos a los que apelan los defensores de la maternidad subrogada para defender su legitimidad es el de la autonomía de la mujer gestante. Mantienen que la mujer acepta la subrogación de manera consciente y presta su consentimiento voluntariamente[8].

7 «*The Convention does not recognise a right to become a parent*» (párrafo 215).

8 Martín Camacho, J., «La maternidad sustituta es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen, ni a la práctica en sí misma. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente, los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda»; «Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores», http://www.fundacionforo.com.ar/pdfs/maternidadsubrogada.pdf, 2009.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Estas posturas afirman que prohibir la maternidad subrogada supone una restricción de la libertad de la mujer para decidir sobre el ejercicio de su capacidad para gestar para terceros, disminuyendo así su autonomía para tomar sus propias decisiones (SHAPIRO, 2014).

Las citadas tesis pueden ser rebatidas, sin embargo, con los siguientes argumentos:

En primer lugar, cabe señalar que la función reproductora de una mujer es algo *extra comercium*, y, en consecuencia, no puede someterse a la lógica contractual. Como sostiene la doctrina «los contratos de maternidad de alquiler tienen por objeto, por una parte, las funciones reproductivas de la mujer portadora y, por otra parte, su cualidad de madre, o sea elementos que pertenecen al propio ser de una persona. Por eso están fuera del comercio, como el cuerpo humano en su conjunto, porque pertenecen al ámbito de la persona y no al de las cosas. Declarar válidos los contratos de madre portadora supondría, indirectamente, considerar al ser humano como una cosa, puesto que sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de contrato»[9].

La maternidad subrogada, en consecuencia, implica la despersonalización de la madre gestante en la medida en que se produce una instrumentalización de su cuerpo para satisfacer el deseo reproductivo de otros. Estamos, por tanto, ante una forma de mercantilización de la función reproductiva[10].

En segundo lugar, un dato imprescindible a tener en cuenta a efectos de entender la problemática del alquiler de la capacidad reproductiva de otra persona para acceder a la maternidad/paternidad, es el hecho de que, incluso en los países donde esta práctica es legal, sus ciudadanos realizan el proceso mayoritariamente en países en vías de desarrollo donde las condiciones son más laxas y las tarifas mucho más reducidas, lo que genera un auténtico «turismo reproductivo». En este sentido es significativo el caso de Reino Unido, donde se da la paradoja de que, a pesar de permitir la subrogación altruista, es el país europeo que se encuentra a la cabeza en la contratación de mujeres para dicho fin en el extranjero, principalmente en India, Tailandia y, en menor medida en Estados Unidos[11].

Este hecho evidencia que la «maternidad altruista» es un mito que legitima y encubre el auténtico negocio a nivel mundial —principalmente para los agentes intermediarios— que supone la comercialización del cuerpo de mujeres en clara situación de necesidad económica y social.

En este sentido es especialmente esclarecedor el Informe elaborado en 2012 por el *Centre for Social Research* de India, bajo el título «Surrogate Motherhood.

9 Montero, E., «La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas», *Persona y Derecho*, 72, 2015.

10 Aparisi Miralles, A., «Maternidad subrogada y dignidad de la mujer», *Cuadernos de bioética*, Vol. 28, n.º 93, 2017.

11 *https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2015/mar/14/childless-britons-increasingly-surrogate-babies.*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Ethical or Commercial»[12]. En él se indica que: las madres gestantes carecían mayormente de formación, por lo que quedaban al albur de lo que las clínicas o agencias que las contrataba les dijera acerca de los riesgos del proceso y que, la práctica totalidad de las cien madres subrogadas entrevistadas, declararon haberlo hecho por su situación de pobreza.

Esta realidad evidencia que cabe cuestionar profundamente la autonomía de la madre gestante como derecho en el que anclar las demandas de legitimidad de la maternidad subrogada, ya que, cabe plantearse si la libertad de decisión de la gran mayoría de mujeres firmantes de este tipo de contratos, que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad socio-económica, no se ve viciada por dichas circunstancias vitales. Estaríamos, por tanto, en presencia de una auténtica explotación reproductiva.

Es en dicho sentido precisamente en el que se pronuncia el Tribunal Supremo español en el caso que hasta la fecha puede considerarse como *case law* en materia de maternidad subrogada en España, la sentencia de 6 de febrero de 2014[13]. En ella se enjuiciaba la pretensión de un matrimonio formado por dos varones españoles de que se inscribiese en el Registro Civil Consular español de Los Ángeles (California) el nacimiento de dos niños gemelos por medio de maternidad subrogada. La filiación de los menores había sido determinada a su favor por sentencia de un tribunal californiano de conformidad con su Código Civil de Familia. El matrimonio pretendía que se reconociera dicha filiación en España, pero el Registro Consular español denegó la inscripción acogiéndose a la nulidad del contrato de gestación por sustitución en España previsto por el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mato, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de según el cual:

> «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
>
> 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
>
> 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

La pareja recurrió la decisión consular ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, máximo órgano administrativo dependiente del Ministerio de Justicia en materia de filiaciones, que les dio la razón. Sin embargo, el Ministerio Fiscal recurrió esa decisión de la Dirección General, y tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia Provincial rechazaron la inscripción de los

12 *http://www.csrindia.org/about-us/publications/research-studies*

13 *https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/02/sentencia-del-tribunal-supremo-de-6-de-febrero-de-2014-sobre-maternidad-subrogada.pdf*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

niños como hijos de los dos varones que encargaron la gestación. Por último, el caso llegó ante el Tribunal Supremo que, mediante sentencia, rechazó definitivamente tal inscripción. Cabe señalar, además, que la pareja recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual inadmitió el recurso mediante Auto de mayo de 2016.

En esta importante sentencia, el Tribunal Supremo español afirmó que inscribir el nacimiento de los gemelos en el Registro Civil infringía el orden público internacional español, en el que se incluyen valores tan importantes como la autonomía y la dignidad de la madre gestante y el respeto a su integridad física y moral.

Los pretendidos padres aspiraban a que se reconociera a su favor la paternidad de los menores en virtud del interés superior de estos que en caso contrario se verían, según su criterio, en una situación de desprotección. Sin embargo, el Tribunal Supremo afirmó que la satisfacción del interés superior de los menores no es un principio que pueda conseguirse infringiendo la ley pues ésta protege otros bienes jurídicos fundamentales que también resultan involucrados como el del respeto a la dignidad y la integridad moral de la mujer gestante, el de evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres pobres, o el de impedir la mercantilización de la gestación y la filiación.

Así, afirmó literalmente que nuestro Derecho: «no acepta que los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, cosificando a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de *ciudadanía censitaria* en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno filiales vedadas a la mayoría de la población».

Y señaló, como medidas alternativas para evitar la desprotección de los menores, la posibilidad de que reclamase la paternidad aquel miembro de la pareja que había aportado sus genes al embarazo y, para el caso de que ninguno de ellos fuese padre biológico, la opción del acogimiento familiar o la adopción.

Esta doctrina del Tribunal Supremo español ha sido recientemente avalada por el TEDH en la citada Sentencia de 24 de enero de 2017, en el caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*[14]. Se trataba de un matrimonio italiano que contrató una maternidad subrogada en Rusia y, tras el nacimiento, el bebé fue inscrito como hijo de ambos en aquel país. Al regresar a Italia con el niño las autoridades italianas se negaron a realizar la inscripción de la filiación a favor del matrimonio debido a la nulidad de este tipo de contratos en Italia, y el niño fue dado en adopción a otra familia.

14 *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:{%22001-170359%22}}*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La Gran Sala del TEDH ha dicho a este respecto que «no se puede establecer la existencia de unos lazos familiares que deban ser protegidos por el Derecho cuando esos lazos se han constituido en violación de la ley», como en este caso. Además, ha señalado algo muy importante a efectos de interpretar correctamente el pretendido «derecho a la reproducción» en el que se basan la mayor parte de los defensores de la maternidad subrogada: «no existe un deber del Estado de proteger el mero «deseo» de constituir una familia, con independencia de la forma en la que este propósito se lleve a cabo. No existe un derecho a la maternidad/paternidad basado en la mera voluntad o en la proyección de la autonomía y del desarrollo personal».

En los votos concurrentes de algunos de los Magistrados de la Corte se afirma expresamente que la maternidad subrogada «sea remunerada o no constituye un trato degradante tanto para la gestante como para el niño, pues implica una drástica ruptura del vínculo único que se crea entre ellos, ya que la medicina moderna ha proporcionado evidencias que demuestran el impacto determinante del periodo prenatal para el posterior desarrollo del ser humano». Con el añadido, sostienen los jueces, de que «la maternidad subrogada, en todas sus modalidades, es contraria a la dignidad humana porque trata a la gestante y al niño como medios al servicio del cumplimiento de los deseos de los contratantes, y no como fines en sí mismos».

Otro voto concurrente, el del juez Dedov, es especialmente interesante en la medida en que aborda el problema de la maternidad subrogada desde una perspectiva global. Según su parecer, «dicha cuestión está estrechamente ligada a un problema global de discriminación social y de desigualdad pues tiene lugar mayoritariamente en países pobres, empleando como gestantes a mujeres pobres. Por eso, se trata de un problema que conlleva un gran desafío para las naciones europeas, pues implica optar entre permitir o no que el cuerpo humano se convierta en un producto de mercado; entre permitir o no que mujeres vulnerables y sin formación opten por la explotación de sus cuerpos; y escoger entre crear una sociedad dividida entre naciones desarrolladas y naciones en vías de desarrollo».

Así pues, cabe afirmar con la doctrina que «si la subrogación se convierte para la madre subrogante en una opción laboral y una oportunidad para lograr una estabilidad económica para ellas y sus familias, la libertad reproductiva pensada como un derecho a la autodeterminación es nula. En tanto las mujeres deban ofrecer sus cuerpos y su útero, y sean empujadas a convertirse en «fabricantes de bebés» para paliar sus necesidades básicas, la libertad reproductiva estará viciada desde sus inicios, al margen de que de esta forma estamos avalando la creación de un mercado»[15].

15 Mir Candal, L., «La maternidad intervenida: reflexiones en torno a la maternidad subrogada», *Revista RedBioética/UNESCO,* Montevideo, UNESCO Office Montevideo, 2010.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IV. EL DERECHO A LA DIGNIDAD Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL DE LA MUJER GESTANTE

A todos los argumentos esgrimidos hasta ahora cabe añadir que la realidad de la maternidad subrogada en el mundo evidencia que esta práctica atenta contra la dignidad y la integridad física y moral de la mujer gestante.

Como es sabido, la dignidad «tiene como sujeto a la persona humana, tanto en su dimensión corporal, como en su dimensión racional, que aseguran su sociabilidad, responsabilidad y trascendencia»[16]. De acuerdo con la concepción Kantiana de la dignidad humana, ésta se halla vinculada a la idea de que sólo el ser humano, el ser racional, existe como fin en sí mismo y posee un valor absoluto en virtud de esa autonomía. Esta doctrina, adoptada en la segunda mitad del siglo XX por numerosos juristas y tribunales constitucionales, se utiliza hoy en Derecho con el nombre de fórmula del objeto (Objektformel) o «formula de no instrumentalización» del ser humano: el hombre, como fin en sí mismo, tiene una dignidad que no puede ser vulnerada por nadie[17].

En palabras de Kant: «la humanidad misma es la dignidad, porque el hombre no puede ser tratado por ningún hombre (ni por otro, ni siquiera por sí mismo) como un simple medio, sino siempre, a la vez, como un fin, y en ello precisamente estriba su dignidad (la personalidad)»[18].

La dignidad está íntimamente vinculada a los derechos fundamentales, en tanto razón de ser, fin y límite de los mismos. Por lo que, mientras que los objetos pueden emplearse como medios al servicio de determinados fines, la persona, de acuerdo con su dignidad, debe ser considerada y tratada como un fin en sí misma. De ello se deriva que la persona, incluidos el cuerpo humano y sus funciones, no puede instrumentalizarse para alcanzar fines que le son ajenos ni, en consecuencia, puede ser objeto de transacción.

Por lo que, frente a los argumentos que defienden la maternidad subrogada basándose en la autonomía de la mujer gestante[19], cabe oponer que dicha autonomía no puede amparar conductas que sean contrarias a las demandas de la dignidad de la persona que, por esencia, es irrenunciable. En la medida en que la gestación por sustitución implica el empleo de los órganos reproductivos para satisfacer fines ajenos, la misma es claramente contraria a la dignidad humana en

16 Alegre Martínez, M. A., *La dignidad de la persona, como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996.

17 García Cuadrado, A.M., «Problemas constitucionales de la dignidad humana», *Persona y Derecho*, Vol. 67, 2012.

18 Kant, I., *Metafísica de las costumbres*, Tecnos, 2005.

19 Presno Linera, M. A. y Jiménez Blanco, P., «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *REDE,* n.º 51, 2014: https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacic3b3n-por-sustitucic3b3n-revista-espac3b1ola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tanto en cuanto despoja de todo valor a la dimensión personal de la madre gestante y al propio proceso de concepción.

Por lo que respecta al derecho a la integridad física y moral, el llamado Informe Wendel, del Comité de Bioética de España, «sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada», de 19 de mayo de 2017[20], señala que es común que las agencias que median en este tipo de contratos intenten atraer la demanda ofreciendo una amplia gama de posibilidades de elección para los contratantes relacionadas con las características de la gestante, el seguimiento del embarazo, la modalidad de parto y, por supuesto, las características del niño. Así, en las páginas web de estas empresas se garantiza la posibilidad de elegir donantes de óvulos caucásicas, cuyas características fenotípicas podrán ser conocidas mediante fotografías; la posibilidad de elegir el sexo del niño; o se les atribuye la decisión acerca del número de embriones (entre uno y tres) que se implantará a la gestante.

Además, cada vez que se realiza una implantación es necesario someter a la gestante a la estimulación hormonal con consecuencias negativas para su salud. Y, lógicamente, las tasas de éxito de estas mujeres dan lugar a una «selección natural» entre ellas: las que consiguen mejores tasas de implantación estarán más cotizadas mientras que las que resulten menos «productivas» tenderán a quedar al margen del mercado.

Las agencias garantizan que los contratantes conozcan la evolución médica del embarazo e incluso que acudan a los controles médicos de la embarazada; se asegura que la gestante será una mujer joven, en buen estado de salud y psicológicamente preparada para no generar vínculos afectivos con el niño que gestará; y, lo habitual es que en el parto se emplee la cesárea porque de este modo el niño corre menos riesgos y reduce las posibilidades de que la gestante cree vínculos afectivos con él.

Por otro lado, la posibilidad de que los contratantes mantengan contacto con la gestante tras el parto se deja en manos de aquellos, que deciden unilateralmente si quieren mantenerlo o prefieren ocultar los orígenes de la gestación al niño. A ello se añade que lo habitual es que los solicitantes de este tipo de contratos sean los que decidan cuántos embriones se transfieren y suelen optar como mínimo por dos lo cual, desde un punto de vista clínico, está considerado un embrazo de riesgo.

Así las cosas, es evidente que la maternidad subrogada afecta a la integridad física y psicológica de la gestante. Y ello porque quien dispone realmente de su cuerpo no es ella misma sino los solicitantes en tanto en cuanto en este tipo de contratos ellos tienen todas las facultades a su favor en orden a supervisar la óptima gestación y alumbramiento.

20 *http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En el año 2015, la Unión Europea publicó su *Informe anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo (2014)*, en el que encontramos una condena explícita de la subrogación, cuya prohibición se recomienda. Así, dentro del apartado a los derechos de las mujeres y de las niñas, en su parágrafo 115, el texto «condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos»[21].

V. MATERNIDAD SUBROGADA E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

1. La maternidad subrogada en España, un auténtico fraude de ley bajo la excusa de la protección del «interior superior del menor»

A la ecuación de la maternidad subrogada cabe añadir un último factor a tener en cuenta en la ponderación de derechos que esta práctica plantea: el interés superior de los menores nacidos bajo el paraguas de este tipo de contratos. Es este interés al que se apela cuando se solicita la inscripción de su filiación en los registros civiles de los países de los que son originarios los padres intencionales. Países, en la mayoría de los cuales, esta práctica está expresamente prohibida o no se le reconoce efectos jurídicos.

España es un ejemplo claro de lo señalado. Como indicábamos al inicio del presente estudio, en nuestro país, como en la mayor parte de los Estados europeos, la maternidad subrogada no está jurídicamente permitida porque contradice su orden público, de modo que los contratos celebrados para dicho fin son nulos de pleno Derecho según lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de 2006. Sin embargo, la realidad demuestra que la realización de este tipo de contratos en el extranjero se lleva a cabo por ciudadanos españoles de una manera creciente. Y ello porque las autoridades registrales españolas proceden, a pesar de la expresa prohibición de la ley, a la inscripción de la filiación en aras de, argumentan, proteger el interés superior de los menores.

Así, la Dirección General de Registros y Notariado del Ministerio de Justicia —que es el órgano a quien corresponde fijar las directrices de actuación de los

21 Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)): *http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+PDF+V0//ES>*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Registros civiles y consulares españoles— dictó en el año 2010 una Instrucción sobre «régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», de 5 de octubre de 2010[22].

En ella se establece que la plena protección jurídica el interés superior del menor requiere de la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por un tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España. La Instrucción permite, por tanto, contradiciendo la legislación vigente, que en aras del interés superior del menor, se proceda a la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en los países donde ésta sea legal siempre que se cumplan los siguientes requisitos: presentar ante las autoridades españolas una sentencia o resolución judicial extranjera que acredite dicha filiación y que se compruebe que la mujer gestante renunció, mediante su libre consentimiento, a su patria potestad, y que quede claro que el menor no había sido objeto de comercio.

La Dirección General de Registros y Notariado considera que esta Instrucción sigue estando vigente en el ordenamiento jurídico español a día de hoy, y que a ella deben acogerse los encargados de los Registros civiles y consulares para proceder a la inscripción de los niños nacidos por contrato de maternidad subrogada. Lo que significa que, como regla general, los Registros españoles están procediendo a la inscripción de niños nacidos en el extranjero por contratos de maternidad subrogada. Y ello contradiciendo la doctrina del Tribunal Supremo español y la más reciente del TEDH.

Así, por lo que respecta al primero, en la citada Sentencia de 6 de febrero de 2014, el máximo órgano judicial español señaló que la concreción de la cláusula general del interés superior del menor debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales. Asimismo, la aplicación de este principio ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma.

Y a esto añade que, en la ponderación de los derechos concurrentes en los supuestos de maternidad subrogada, el principio del interés del menor no es el único que se ha de tomar en consideración, pues cabe tener en cuenta, a su vez, el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación

22 BOE, de 7 de julio de 2010. Para algunos autores esa normativa es nula por infringir flagrantemente el principio de jerarquía normativa del ordenamiento jurídico español, en cuanto que, el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha optado erróneamente por considerar que las normas reglamentarias pueden emplearse arbitrariamente en contra del Derecho vigente, vulnerando gravemente el sistema de fuentes constitucionalmente establecido y garantizado, pues el art. 9.3 de la norma suprema establece que la «Constitución garantiza [...] la jerarquía normativa»; como ya hacía el art. 1.2 CC: «Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior». Véase VELA SÁNCHEZ; *Maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo,* Comares, 2012.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

El Tribunal Supremo reconoce que el no reconocimiento de la filiación establecida por la inscripción registral extranjera puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores pero, acto seguido, señala que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación, supone también un perjuicio para aquellos. Y señala, como alternativa, que la propia Ley de Técnicas de Reproducción Asistida española concede acción al progenitor biológico para reclamar la filiación, aun nacida de un contrato nulo de gestación por sustitución. De este modo, dicho progenitor tiene un instrumento adecuado para lograr la determinación de la filiación jurídica respecto del hijo así concebido y nacido. Filiación que, evidentemente, una vez determinada, podrá inscribirse en nuestro Registro Civil. Y, en el caso del otro padre o madre intencional, deberá acudir a la institución jurídica de la adopción, convirtiéndose en padre/madre adoptivos sin requerir siquiera la propuesta de la entidad pública competente, esto es, sin necesidad de que medie declaración de idoneidad del adoptante.

La incompatibilidad entre lo dispuesto por la Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado del año 2010 y la citada doctrina del Tribunal Supremo es clara. Por lo que, el hecho de que la Dirección General del Ministerio de Justicia siga considerando vigente y aplicable tal Instrucción, posibilitando con ello la inscripción registral en España de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución celebrado en el extranjero, constituye un auténtico fraude de ley y una clara vulneración del sistema de fuentes, pues implica el reconocimiento por vía reglamentaria de una práctica legalmente inadmitida[23].

2. El «interés superior del menor» en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Como se señalaba con anterioridad, la disparidad de regulaciones en materia de maternidad subrogada ha generado innumerables problemas en relación con la inscripción registral de la filiación de los niños nacidos bajo este tipo de contratos. No es casual, por tanto, que los casos que han llegado hasta el TEDH tengan su origen en este tipo de conflictos.

23 La Dirección General de Registros y del Notariado emitió un informe, de fecha 11 de julio de 2014, en relación al régimen registral de la filiación de los nacidos fuera de España mediante gestación por sustitución, en el que afirmaba que: «en el estado legislativo y jurisprudencial actual, la instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello».

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Así, la primera de las sentencias del Juez de Estrasburgo sobre la materia, de 26 de junio de 2014, en los asuntos *Mennesson contra Francia* y *Labasse contra Francia,* dirimía la negativa del Estado francés a inscribir la filiación de tres niñas nacidas por contrato de subrogación en el extranjero por contradecir el orden público y, en consecuencia, la legislación francesa vigente.

En los dos casos el supuesto de hecho es similar, y por ello el Tribunal de Estrasburgo resuelve en la misma sentencia. Dos matrimonios, los Mennesson y los Labasse, decidieron recurrir ante sus problemas de infertilidad a la maternidad subrogada en California y Minessota respectivamente, donde es legal, y el resultado fue el nacimiento de dos gemelas en el primer caso y de una niña en el segundo.

El Tribunal Supremo de ambos estados estadounidenses atribuyeron la paternidad legal de las niñas a los Mennesson y Labasse respectivamente con el consentimiento de todas las partes implicadas. Pero, las autoridades consulares francesas rehusaron inscribir a las niñas en el Registro civil por vulneración de la ley francesa, que prohíbe la maternidad subrogada —artículo 16.3 del Código Civil francés—. Después de un largo y complejo proceso judicial, la Corte de Casación francesa acabó rechazando definitivamente dicha inscripción por vulnerar el orden público.

Recurridas ambas sentencias ante el TEDH, sus argumentos son los siguientes:

En primer lugar, el Tribunal europeo analizó si se produjo violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que reconoce el derecho a la vida privada personal y familiar[24]. Así, reconoció el amplio margen de apreciación de los Estados en lo relativo a la admisión de la maternidad subrogada y al reconocimiento de los vínculos de filiación entre los demandantes y los niños nacidos en el extranjero como consecuencia de esa técnica, debido a la falta de consenso europeo sobre tales cuestiones. Pero sostuvo que dicho margen debe ser reducido, matizado o relativizado cuando el problema se refiere a la filiación, en la medida en que ésta constituye un aspecto esencial de la identidad del niño.

Así, llegó a la conclusión de que el derecho de las menores a su vida privada, concretado en el derecho a su propia identidad, se había visto vulnerado por la imposibilidad de establecer vínculos jurídicos de filiación. Tal derecho, unido a la primacía del «interés del menor», determinaba que este último se viese vulnerado por la incertidumbre jurídica que producía no poder ser consideradas hijas

24 «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de los recurrentes, a pesar de que uno de los miembros de las parejas era su padre biológico, siendo esto fundamental en la configuración de la identidad personal.

En palabras del Tribunal: «Cabe la posibilidad de que Francia pueda querer disuadir a sus nacionales de recurrir al extranjero para utilizar un método de procreación que prohíbe en su territorio (…) Sin embargo, se deduce de lo anterior, que los efectos de la falta de reconocimiento en la ley francesa de parentesco entre los hijos así concebidos y los padres intencionales no se limitan a la situación de estos últimos, que sólo han hecho la elección de la modalidad de procreación que le reprochan las autoridades francesas: también afectan a los propios niños, pues el respeto al derecho de la vida privada, que significa que todo el mundo puede establecer la sustancia de su identidad, incluyendo su filiación, se encuentra afectado significativamente. Esto plantea una cuestión grave de la compatibilidad de esta situación con el interés superior de los niños, pues el respeto debe regir toda decisión que les concierna». —Apartado 99 (Asunto *Menesson*) y apartado 78 (Asunto *Labasse*).

De modo que, a ojos del Tribunal de Estrasburgo, con la denegación del reconocimiento de efectos a las respectivas sentencias extranjeras, se impedía la condición de hijas a las menores nacidas por subrogación, lo cual implicaba que se veían privadas de los derechos inherentes a su identidad filial: incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa; limitación de sus derechos sucesorios; o, restricciones en la responsabilidad paterna. Ello suponía una vulneración de su interés superior que resultaba especialmente flagrante en la medida en que uno de los miembros de la pareja era el padre biológico.

En consecuencia, consideró el Juez de Estrasburgo que, no permitiéndose el reconocimiento de la filiación entre los padres intencionales y las niñas gestadas por subrogación por ningún medio —transcripción de actas de nacimiento, filiación biológica paterna, adopción o posesión de estado—, el Estado francés había ido más allá de lo que le permitía su margen de apreciación, ignorando el derecho de las niñas al respeto a su vida privada reconocido por el artículo 8 del Convenio.

En la Sentencia de 27 de enero de 2015, en el asunto *Paradiso et Campanelli contra Italia*, se dirimía un caso similar a los anteriores, a excepción de que en él ninguno de los recurrentes eran padres biológicos del niño nacido en Rusia futo de un contrato de maternidad subrogada. El Estado italiano se negó a inscribir en el Registro civil la filiación por ser este tipo de contratos contrarios al orden público.

Pero la Sala del TEDH sostuvo que el hecho de que el matrimonio hubiese pasado seis meses de convivencia con el menor, creaba unos vínculos familiares de facto cuya ruptura producía una clara vulneración de su interés superior. Y ello aunque no existiera vínculo genético alguno entre los demandantes y el hijo pues, según el Tribunal, el artículo 8 del Convenio protege no sólo la «vida familiar», sino también la «vida privada».

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Y, por lo que respecta a la invocación del orden público por parte del Estado italiano, el TEDH entendió que éste no era una carta blanca, sino que debía ser ponderado con el interés superior del menor con independencia de que existiese o no una relación genética con los padres intencionales identificado, en este caso, con la conveniencia de mantener al niño en su contexto familiar.

Sin embargo, Italia recurrió la Sentencia de la Sala y recientemente la Gran Sala del TEDH la ha revocado, acuñando una nueva e importantísima doctrina que implica un giro de ciento ochenta grados con respecto a la mantenida hasta entonces en materia de gestación por sustitución.

En su Sentencia de 24 de enero de 2017, la Gran Sala ha afirmado rotundamente que la retirada de la custodia del menor a los padres de intención no implica en modo alguno una vulneración del derecho a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del CEDH, por los siguientes motivos: entre el menor y los padres intencionales no existe relación biológica alguna, lo que diferencia a éste de los casos *Menesson* y *Labasse* contra Francia; porque no puede hablarse de vida familiar propiamente dicha al ser el periodo de convivencia entre los padres intencionales y el menor de tan solo 6 meses; porque no existe un derecho a ser padre o madre, sino que este es un mero deseo, pero lo que sí existe es un derecho del hijo a conocer su origen biológico; y, porque los padres de intención acudieron a la gestación por sustitución a Rusia a sabiendas de que en su país de origen, Italia, la misma está prohibida al vulnerar el orden público. Pero, quizás, el motivo más importante de entre los señalados por el Tribunal Europeo, consiste en afirmar que no puede establecerse la existencia de unos lazos familiares que deban ser protegidos por el Derecho cuando esos lazos se han constituido en violación de la ley. Por todo ello el TEDH concluye que debe prevalecer el orden público y la necesidad de garantizar el derecho de los menores a conocer su origen biológico sobre el deseo de ser padre/madre.

Se observa cómo, con esta Sentencia el Tribunal de Estrasburgo se posiciona, aunque no lo diga expresamente, con las posturas que consideran que la maternidad subrogada, además de vulnerar los derechos más fundamentales de las madres gestantes, atenta contra el interés de los menores que nacen bajo el paraguas de dicha práctica. Así pues, esperamos que España y el resto de los países miembros del Consejo de Europa, den traslado de su contenido no tanto a sus legislaciones que, como hemos visto, se adscriben mayoritariamente a este tipo de planteamientos, sino a una práctica administrativa atentatoria de su propia legislación interna.

VI. CONCLUSIONES

El recurso a las llamadas «madres de alquiler» se ha convertido en un negocio mundial que mueve millones de euros al año. El hecho de que en España no esté permitida esta práctica no disuade a sus demandantes, que ven cómo con

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

teclear el término «maternidad subrogada» en Google pueden acceder a múltiples opciones para llevarla a cabo en el extranjero, algo que sucede asimismo en los demás países europeos que prohíben la maternidad subrogada. Así, son innumerables las agencias que ofrecen libremente sus servicios en países donde la maternidad subrogada está permitida.

La «maternidad altruista» es un mito que legitima y encubre el auténtico negocio a nivel mundial —principalmente para los agentes intermediarios— que supone la comercialización del cuerpo de mujeres en clara situación de necesidad económica y social.

Esta práctica, que no es una técnica de reproducción asistida, vulnera muchos derechos y bienes jurídicos: así, se ha documentado el abandono de niños cuando la mujer gestante ha dado a luz a gemelos; cuando el número de fetos ha excedido del deseado por los contratantes; en el caso de que el niño nazca con algún tipo de enfermedad; o por el mero hecho de que el niño no resulte ser del sexo deseado por aquellos.

Por otro lado, han sido documentadas prácticas que indudablemente afectan a la dignidad y a la integridad física y moral de las madres gestantes, pues es común que las agencias que median en este tipo de contratos intenten atraer la demanda ofreciendo una amplia gama de posibilidades de elección para los contratantes relacionadas con las características de la gestante, el seguimiento del embarazo, la modalidad de parto y, por supuesto, las características del niño.

Por todo ello, la última e importante jurisprudencia del TEDH —coincidente con la del Tribunal Supremo español— tras llevar a cabo la preceptiva ponderación, ha llegado a la conclusión de que la maternidad subrogada vulnera aspectos esenciales de la dignidad humana y de la integridad física y moral de la madre gestante, así como derechos fundamentales del hijo nacido bajo este tipo de contratos, como su derecho a conocer su origen biológico.

***

TITLE: *Surrogate Motherhood: a matter of fundamental rights.*

ABSTRACT: *In recent years we are immersed in a deep social, political and legal debate about the so-called surrogate motherhood. This practice, which consists of the implantation by in vitro fertilization or artificial insemination of an embryo in a mother, with which the parents of intention have signed a previous contract, with or without economic remuneration, implies a real conflict of fundamental rights. The present study intends, through the analysis of existing jurisprudence, to detect the rights of all the subjects involved and extract balancing parameters that guarantee the protection of those that must be prioritized, in order to guide the resolution of future cases and the design of policies in this area.*

RESUMEN: *En los últimos años nos encontramos inmersos en un profundo debate social, político y jurídico en torno a la llamada maternidad subrogada. Ésta, que consiste en la implantación por fecundación in vitro o inseminación artificial de un embrión en una madre gestante, con la que los padres de intención han firmado un contrato previo, con o sin remuneración económica, implica un auténtico conflicto de derechos fundamentales y bienes jurídicos. El presente estudio pretende, a través del análisis de la jurisprudencia existente, detectar los derechos de todos los sujetos implicados y extraer parámetros de ponderación que garanticen la*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

protección de aquellos que deben priorizarse. Y ello con el fin de orientar la resolución de futuros casos y en el diseño de políticas en materia.

Key words: *subrogated motherhood, dignity of the person, right to reproduction, right to autonomy, right to physical and moral integrity, higher interest of the minor.*

Palabras clave: *maternidad subrogada, dignidad de la persona, derecho a la reproducción, derecho a la autonomía, derecho a la integridad física y moral, interés superior del menor.*

Fecha de recepción: *01.06.2018* Fecha de aceptación: *05.02.2019*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

LA IMPLANTACIÓN DEL '*VOTO ROGADO*' EN ESPAÑA: EL PERJUDICIAL LÍMITE A LA PARTICIPACIÓN ELECTORAL DE LOS ESPAÑOLES RESIDENTES EN EL EXTRANJERO A PUNTO DE ENMENDARSE[1]

JOSÉ LUIS MATEOS CRESPO
Investigador de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca

SUMARIO

I. Introducción. II. Vínculo entre nacionalidad, ciudadanía y Constitución. III. El incremento de las garantías del voto en el origen de la generalización del *voto rogado* en el exterior. IV. La incidencia en la participación de los españoles residentes- ausentes tras la reforma. V. La contrarreforma como única opción para paliar los efectos perjudiciales del *voto rogado* en el exterior. V. Pronunciamientos del tribunal Constitucional. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En 2011 se aprobaron de forma simultánea dos reformas en la legislación electoral a través de sendas leyes orgánicas, pero tan sólo una de ellas ha resultado pacífica con el paso de los años. La reforma que mayor rechazo ha generado en los sucesivos comicios electorales ha sido la llevada a cabo por la LO 2/2011, en lo referente a la modificación del artículo 75 de la LOREG. Esta reforma extendió a las elecciones generales el denominado *voto rogado* para los españoles residentes ausentes en el extranjero —integrantes del Censo de Españoles Residentes Ausentes (CERA)—, vigente en las elecciones municipales con anterioridad a 2011.

La incorporación generalizada del *voto rogado* ha arrojado cifras preocupantes en torno a la participación electoral. Desde 2011, se han celebrado elecciones

1 Estando en pruebas este trabajo se han disuelto las Cámaras (RD 129/2019, de 4 de marzo) impidiendo la derogación del voto rogado.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

generales en los años 2011, 2015 y 2016, así como municipales y autonómicas en 2015; y en todas ellas la participación de los españoles en el extranjero ha descendido de forma notable, a pesar del incremento de electores inscritos en el CERA. Es indudable, por tanto, que esta reforma ha limitado de hecho el ejercicio del derecho fundamental a la participación política, de modo que la intencionalidad primigenia del legislador para incrementar las garantías en la emisión del voto desde el extranjero, ha fracasado por los perjudiciales efectos provocados.

La principal intención de este trabajo es contribuir al debate tanto doctrinal como social y político en torno a la participación electoral de los españoles en el extranjero en general, y al *voto rogado* en particular, realizando un análisis lo más sistemático posible; con esta finalidad, se acudirá al Derecho comparado y a lo dicho por el TC. De igual modo, se plantearán propuestas de mejora en el actual sistema con el objetivo de incrementar las garantías en el ejercicio del derecho al voto y permitir mayores cotas de participación electoral, asegurando en todo caso el encaje de todas las propuestas en nuestro marco constitucional.

II. VÍNCULO ENTRE NACIONALIDAD, CIUDADANÍA Y CONSTITUCIÓN

La *cuasi* identidad conceptual entre nacionalidad y ciudadanía es «resultado de un proceso histórico de construcción que ha concluido con la pérdida del estatuto privilegiado de ciertas categorías de individuos», de forma que la extensión del sufragio universal ha supuesto que, en la actualidad, tan sólo la edad y determinadas causas legalmente establecidas —los límites naturales de los que hablaba Kelsen[2]—, son los factores de exclusión del derecho de sufragio de los nacionales[3]. En este proceso, a medida que los *súbditos* se convirtieron en *soberanos* «la ciudadanía pasa a ser el instituto jurídico imprescindible que recoge las condiciones subjetivas necesarias para esa conversión, así como el haz de derechos en los que se ha de plasmar la participación en el ejercicio del poder de una comunidad, consustancial a la soberanía democrática»[4]. La pertenencia individual al «pueblo» de un determinado Estado-nación como sujeto colectivo en tanto nacional y a la comunidad política como miembro con derechos subjetivos —tales como el de participación es, en buena medida, equiparable—. Además, «el moderno concepto de ciudadanía habría nacido de la mano del de nacionalidad como el concreto contenido jurídico-participativo que se anuda a la pertenencia del individuo a la comunidad, y tiende, en la actual era posnacional, a desvincular su base

2 Kelsen, H., *Esencia y valor de la Democracia*, Labor, Barcelona, 1934, p. 33.

3 Santolaya Machetti, P., Díaz Crego, M., *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de Derecho comparado*, Cuadernos y Debates, n.º 183, CEPC, Madrid, 2008, pp. 11 y ss.

4 Aláez Corral, B., «Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del Estado constitucional democrático», *REP (Nueva época)*, n.º 127, 2005, p. 135.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

teórica de la de la nacionalidad y a crear diferentes niveles de pertenencia a la comunidad (política, social, económica, cultural, etc.) ligados a la titularidad de diferentes grupos de derechos fundamentales»[5]. En este escenario, los nacionales están vinculados con mayor intensidad al ejercicio de la participación política en la comunidad[6], lo que así ocurre por ejemplo con el derecho al sufragio, que se reconoce en el ordenamiento jurídico español de forma más amplia a los nacionales, ya sean o no residentes en territorio nacional, pero no así a los residentes no nacionales, que sólo en determinados supuestos ven reconocido el derecho de sufragio y no en todo tipo de elecciones; esto es: el grado de ciudadanía en torno al derecho de sufragio como parte del derecho de participación política es mayor para los nacionales[7].

Si bien, el *pueblo* en quien reside la soberanía nacional no es identificable al conjunto de *todos los ciudadanos*, ni siquiera aunque participaran todos ellos, se podría asegurar que no lo hicieron en ejercicio de su soberanía individualmente considerada, sino en el de la soberanía del *pueblo/nación*; por lo que es posible, además, diferenciar titularidad y ejercicio de la soberanía[8], siendo el mecanismo de la representación un artificio consustancial a la idea de soberanía nacional/popular[9]. Además, acudiendo a las palabras de Espósito: «el contenido de la democracia no radica en que el pueblo tenga la titularidad de la soberanía, que prácticamente no es nada, sino su ejercicio, que prácticamente lo es todo»[10], nos permite sostener que de nada sirve el reconocimiento formal de la titularidad del derecho de sufragio a los nacionales residentes en el exterior, si de forma efectiva no se posibilita su ejercicio[11].

La exclusión del ejercicio del derecho al sufragio activo, pero conservando su titularidad, a los nacionales que no residen de forma habitual en el país de su nacionalidad y tampoco tengan reconocido el ejercicio del derecho político al sufragio en el país de residencia, produciría un efecto ciertamente inusual, convirtiendo a estos ciudadanos en verdaderos «apátridas del derecho de participar en la toma de decisiones tanto de su comunidad nacional como de su comunidad

5 *Ibídem*, p. 139.

6 *Ibídem*, p. 147.

7 Aláez Corral señala que «La nacionalidad y la ciudadanía van a servir para medir respectivamente el mayor o menor grado de sujeción del individuo a dicho ordenamiento constitucional y su mayor o menor grado de participación social», «Nacionalidad, ciudadanía y democracia en la configuración de la nación/pueblo», *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, n.º 7, 2012, p. 90.

8 Es interesante en este punto remitirnos a la obra de Bastida Freijedo, F.J., «La soberanía borrosa: la Democracia», *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, n.º 1, 1998, pp. 381-460.

9 Bastida Freijedo, F.J., «Elecciones y Estado democrático de Derecho», *REDC,* n.º 32, 1991, p. 119. Del mismo autor, «Constitución, soberanía y democracia», *RCEC,* n.º 8, 1991, p. 12.

10 Bastida Freijedo, F.J., *op, cit.*, «Elecciones y Estado democrático de Derecho», p. 125.

11 Arnaldo Alcubilla, E., *El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español*, CEC, Madrid, 1995, p. 47.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de residencia»[12]. Además, el hecho de dividir en función de su lugar de residencia al cuerpo electoral del pueblo perteneciente a un mismo Estado en tanto nacionales, sería más propio de la teoría del electorado-función[13] y un claro caso de discriminación[14]. Con lo cual, esta opción queda absolutamente descartada, al menos por nuestra parte.

En nuestro texto constitucional, el poder soberano reside en todos y cada uno de los nacionales españoles con independencia de su lugar de residencia, incluyendo por tanto a los nacionales residentes en el extranjero (art. 1.2 CE). Resulta conveniente, además, relacionar el mencionado poder soberano del pueblo español con el derecho fundamental a la participación política (art. 23 CE) y el reconocimiento como electores y elegibles a todos los españoles en pleno uso de sus derechos políticos, así como indicar que el Estado debe «facilitar el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España» (art. 68.5 CE) que, a su vez, se conecta con lo dispuesto en el artículo 42 CE. En síntesis: «sólo los españoles tienen derecho a participar y a elegir a los representantes nacionales en el Parlamento y a ser elegidos para formar parte de los diferentes poderes del Estado»[15]. Así, consideramos que la participación de los ciudadanos-nacionales —en este caso, españoles— en la elección de sus representantes a través de canales auténticos, institucionalizados y representativos, es la auténtica esencia de la democracia[16].

El reconocimiento expreso en la Constitución de 1978 del derecho de sufragio a los españoles residentes fuera del territorio nacional en el artículo 68.5 CE[17] es una novedad en nuestra historia constitucional con explicación en la incidencia del fenómeno migratorio durante la dictadura franquista, por influencia del texto portugués y con reflejo en otros como el italiano. Existen dudas sobre si lo establecido en el artículo 68.5 CE vincula directamente a los poderes públicos, por las dificultades técnicas para garantizar este derecho a todos los españoles residentes en el extranjero[18]. No obstante, el mandato del artículo 9.2 CE obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos para que los españoles ejerzan, entre otros, su derecho fundamental a la participación política[19], por lo

12 Arnaldo Alcubilla, E., *op. cit.*, p. 49.

13 «Como diría Duverger, la noción del electorado-función por la que sólo un grupo tiene reconocida la misión de querer por toda la nación, no representando a sus electores ni a su circunscripción, sino que el conjunto de diputados representa a toda la nación». En García Canales, M., *La teoría de la representación en la España del siglo xx,* Publicaciones del Departamento de Derecho Político, Murcia, 1977, p. 95.

14 Arnaldo Alcubilla, E., *El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español*, CEPC, Madrid, 1995, p. 54.

15 Rubio Castro, A., Moya Escudero, M., «Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 37, 2003, p. 108.

16 Ramírez Jiménez, M., *La participación política*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 32.

17 Arnaldo Alcubilla, E., *op. cit.*, pp. 272-287.

18 Alzaga Villaamil, O., *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 472.

19 Arnaldo Alcubilla, E., *op. cit.*, p. 281.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que el contenido del artículo 68.5 CE es vinculante para los poderes públicos, aun cuando existan las mencionadas dificultades técnicas en la práctica.

Ahora bien, el escenario no ha permanecido inmutable en las últimas décadas, de modo que el derecho de sufragio se ha ido extendiendo considerablemente, incluyendo cada vez más la participación de no nacionales en procesos electorales tales como elecciones municipales, primando la residencia sobre la nacionalidad, lo que ha supuesto una «progresiva disociación entre nacionalidad y ciudadanía»[20] y recelos por el menoscabo en la soberanía nacional debido a la intervención en la formación de decisiones políticas de nacionales de otro Estado[21]. En este sentido, la integración de España en la Unión Europea y la firma de tratados tales como el de Maastricht y restante normativa comunitaria, han configurado la «ciudadanía europea»[22] con repercusión en el ejercicio de derechos fundamentales por parte de los ciudadanos de países miembros de la Unión Europea.

III. EL INCREMENTO DE LAS GARANTÍAS DEL VOTO EN EL ORIGEN DE LA GENERALIZACIÓN DEL *VOTO ROGADO* EN EL EXTERIOR

El legislador incorporó a través de una modificación de la LOREG nuevos condicionantes para el ejercicio del derecho al sufragio por los españoles residentes en el extranjero, lo que ha producido efectos en la participación electoral, ya advertidos por la JEC en su informe de 2009. La intención principal de la reforma legal fue incrementar las garantías en la emisión del voto desde el extranjero, al haberse detectado irregularidades en diferentes elecciones celebradas con anterioridad. No obstante, hay parte de la doctrina que defiende el reconocimiento de la participación en los procesos de tomas de decisión sólo a los destinatarios de las mismas, excluyendo a aquéllos que han perdido el vínculo real con el ámbito geográfico al haber trasladado su residencia y que, de forma efectiva, no son destinatarios de las decisiones, si bien nuestra Constitución les reconoce su participación por mantener vivo el vínculo de la nacionalidad[23].

Como premisa, además de lo ya indicado, es necesario señalar que toda reforma de la legislación electoral tiene un *leitmotiv* y, en bastantes ocasiones, razones más o menos transparentes por parte de quienes las promueven y llevan a

20 Presno Linera, M.A., «El voto de los extranjeros en España y el voto de los españoles residentes en el extranjero. A propósito del Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General», *REDC,* n.º 87, 2009, p. 186.

21 Ibídem, p. 189.

22 Maas, W., «La creación y la evolución de la ciudadanía europea», *Panorama social*, n.º 17, 2013, pp. 9-19.

23 Presno Linera, M.A., *op. cit.*, p. 209.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cabo. En este sentido, «ninguna reforma electoral es inocente ni neutral»[24], siendo los intereses de los partidos políticos la variable explicativa de la configuración de un concreto sistema electoral que, por lo general, buscan el mantenimiento del *status quo*. Así mismo, cualquier «pequeña y aparentemente inocua modificación puede dar al traste con un edificio construido mediante complejos equilibrios, ajustes de cargas y de tensiones perfectamente previstos»[25]. En esta ocasión, la principal motivación para la reforma legal objeto de este trabajo fue, como se ha indicado, incrementar las garantías del voto en el exterior, lejos de las especulaciones suscitadas en el debate político *a posteriori* en torno al interés que determinadas formaciones políticas tuvieran para dificultar el voto de los españoles residentes en el extranjero y cuyos votos pudieran no ser favorables a las mismas, por tratarse de meras conjeturas sin base alguna para siquiera considerar a éste como el principal motivo de la reforma para generalizar el *voto rogado*.

Ciertamente, con la regulación del voto en el exterior previa a la modificación de 2011, bastaba con una copia del pasaporte y un garabato ilegible para que los partidos políticos pusieran en marcha su maquinaria dirigida a solicitar a la Junta Electoral el envío a una dirección concreta del certificado censal como residente ausente[26]. La facilidad con que se podía emitir el voto por persona distinta del votante «habida cuenta de la falta de recepción personal de la documentación»[27], favorecía la aparición de supuestos de manipulación y suplantación de la identidad de electores, lo que motivó algunas denuncias por fraude del procedimiento.

El origen parlamentario de la LO 2/2011 se encuentra en los trabajos de la Subcomisión de la Comisión Constitucional creada para el estudio de la reforma electoral sobre la base del Informe del Consejo de Estado y de la JEC, ambos de 2009. Estos trabajos y las conclusiones dieron como resultado la presentación de una Proposición de Ley[28] en 2010, por los GGPP Socialista, Popular, Catalán (la extinta Convergència i Unió-CiU) y Vasco (EAJ-PNV), que, entre otros aspectos más técnicos, destacaban: la modificación del art. 75 LOREG introduciendo el conocido como voto a instancia de parte o rogado, el voto en urna en el exterior y la supresión del artículo 190 LOREG[29]. La tramitación parlamentaria de esta

24 Reviriego Picón, F., «Las reformas electorales y la magnitud de las circunscripciones», *Estudios de Deusto,* vol. 63, n.º 2, 2015, p. 193.

25 Ripollés Serrano, M.R., «La nueva regulación del derecho al voto de los españoles que se encuentran en el extranjero, especial consideración al CERA tras la reforma de la LOREG por la LO 2/2011», *Estudios sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: la Reforma continua y discontinua*, (Dirs. Álvarez Conde, E. y López De Los Mozos Díaz, A.), p. 203, IDP, Madrid, 2011.

26 Pauner Chulvi, C., «Reflexiones constitucionales sobre la propuesta limitativa del derecho de sufragio activo de los emigrantes», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n.º 19, 2007, p. 190.

27 Gálvez Muñoz, L., «El sistema de votación español a la luz de la Constitución», *REDC,* n.º 87, 2009, p. 96.

28 *BOCG-B, CD,* 22 de octubre de 2010, n.º 282-1.

29 El art. 190 de la LOREG, derogado en 2011, ya establecía la obligatoriedad de comunicar a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral su deseo para ejercer el voto en las elecciones del municipio donde estuvieran inscritos, esto es, el *voto rogado*.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Proposición de Ley se hizo paralelamente con otra proposición de la misma naturaleza que dio lugar a la LO 3/2011, que fue presentada por los GGPP Socialista y Popular[30], con el objetivo de endurecer la participación electoral del entorno político de la banda terrorista ETA.

Tras su aprobación y entrada en vigor, los españoles residentes-ausentes en el extranjero actualmente no tienen derecho al voto en las elecciones municipales tras la supresión del art. 190 LOREG, ni tampoco pueden ser elegidos en virtud del art. 6.1 LOREG, que determina la elegibilidad únicamente de quienes ostenten la cualidad de electores, es decir, los que figuren en el Censo de Españoles Residentes en España —art. 2.3 LOREG—. Por tanto, desde 2011, los residentes-ausentes no tienen reconocido el derecho al sufragio activo ni al sufragio pasivo[31] en las elecciones municipales (Acuerdo JEC n.º 21/2011). Así las cosas, en comicios locales, el legislador ha primado la vecindad sobre la nacionalidad como criterio a la hora de reconocer el derecho de sufragio de los electores, prevaleciendo el binomio vecino-elector al de nacional-elector. Esto es así, además, por la interpretación del art. 140 CE, que determina la elección de los alcaldes por los concejales o *por los vecinos*.

La eliminación del sufragio para los españoles residentes en el extranjero en los comicios locales, vía supresión del art. 190 LOREG, fue resultado de las recomendaciones del Informe del Consejo de Estado y de los debates en la Subcomisión sobre las posibles modificaciones del Régimen Electoral General, teniendo reflejo en el acuerdo sobre el Informe emitido por ésta[32]. En su mayoría, los cambios legislativos en torno al régimen electoral fruto del trabajo de la Subcomisión fueron unánimes, excepto en lo referente al voto emigrante, especialmente en torno a la derogación del voto en las elecciones municipales. No obstante, otros grupos se apoyaron en la postura del Consejo de Estado que declaraba discutible la participación de los españoles ausentes en la elección de las corporaciones locales, una adscripción basada en una ficción; si bien es cierto que al mismo tiempo planteaba soluciones híbridas a medio camino entre la regulación anterior y la supresión total[33].

Respecto a la reforma realizada a través de la LO 3/1995, se ha pasado de contar con una de las legislaciones más avanzadas en torno a la votación de

30 *BOCG-B, CD,* 22 de octubre de 2010, n.º 283-1.

31 Es preciso recordar cómo el TC, a la hora de abordar el derecho de sufragio activo y pasivo, derivados del art. 23 CE, ha asegurado en alguna de sus sentencias: «el derecho de sufragio activo y el pasivo son aspectos indisociables de una misma institución, nervio y sustento de la democracia: el sufragio universal, libre, igual, directo y secreto» (STC 24/1990, FJ 2); añadiendo que son «dos derechos que encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político consagrados en el art. 1 CE» (SSTC 71/1989, FJ 3; y 119/1995, FJ 2), lo que «permite concluir que tales derechos se circunscriben al ámbito de la legitimación democrática directa del Estado y de las distintas entidades territoriales que lo integran» (SSTC 119/1985, FJ 3; y 153/2003, FJ 8).

32 BOCG-D, Congreso de los Diputados, n.º 438, 4 de agosto de 2010, p. 10.

33 *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos,* CEPC, 2009, pp. 92 y ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nacionales residentes en el extranjero[34], a otra con importantes restricciones para el ejercicio del derecho al voto. Entre otros aspectos novedosos, la reforma de 1995 contemplaba: la revisión continua y actualización mensual del censo electoral de modo que estuviera permanentemente actualizado[35], la inscripción censal obligatoria, y la tramitación de oficio por las oficinas y secciones consulares. La premura de la entrada en vigor del cambio legislativo, hizo imposible el cambio de sistema de actualización censal, obligando a hacer un vuelco de los datos contenidos en los Registros de Matrícula consulares en el CERA de cada consulado, de origen decimonónico y cuya última regulación es por RD 3425/2000, de 15 de diciembre[36]. El Registro de Matrícula consular se compone, a su vez, de dos categorías de españoles: residentes y no residentes, siendo la primera categoría coincidente con el padrón de españoles residentes en el extranjero (PERE), del que se obtiene el CERA, que está formado por los inscritos en el PERE mayores de edad. No obstante, la realidad demostró deficiencias en la composición del CERA con los datos de los Registros de Matrícula consulares, lo que obligó a la Oficina del Censo Electoral a realizar una serie de recomendaciones para su depuración, tales como: contrastar datos de defunciones del INE para detectar fallecidos que seguían inscritos en el CERA, comunicación directa de la información a los propios electores, remisión de información para la comprobación por los consulados de la pervivencia de los inscritos con mayor edad, y el estudio de las devoluciones de la documentación electoral en elecciones precedentes[37].

No obstante y a modo de inciso, para abordar el voto de los españoles residentes en el extranjero también es necesario hacer referencia a la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, y a la Ley 52/2007, conocida como la Ley de Memoria Histórica. La entrada en vigor de la Ley de Memoria Histórica permitió —como reconocimiento singularizado— acceder a la nacionalidad española a los voluntarios de las Brigadas Internacionales sin renunciar a su anterior nacionalidad —art. 18—, así como a los hijos de padre o madre originariamente españoles y a los nietos de españoles exiliados y que tuvieron que renunciar a su nacionalidad. El plazo para adquirir la nacionalidad por consanguinidad en primer grado con ascendientes originariamente españoles o por ascendientes en segundo grado de consanguinidad exiliados,

34 Ripollés Serrano, M.R., *op. cit.*, p. 207.

35 RD 157/1996, por el que se dispone la actualización mensual del censo electoral y se regulan los datos necesarios para la inscripción en el mismo.

36 La función de los Registros de Matrícula, como el propio R.D. 3425/2000 determina es: «ser instrumento eficacísimo en nuestras Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares para extender la protección diplomática y consular de España a todos los españoles que se encuentren viviendo en el extranjero, bien sea como residentes permanentes, bien en una estancia provisional o temporal, pues, cuando se desata una catástrofe natural o un conflicto bélico o, simplemente, se produce un accidente o una situación personal digna de protección, todos los españoles tienen el mismo derecho a ser protegidos por nuestros agentes diplomáticos o consulares».

37 Ripollés Serrano, M.R, *op. cit.*, p. 208.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

finalizó a los cuatro años de la entrada en vigor de la Ley. Pese al gran número de solicitudes, en 2014 se registró una PNL del Grupo parlamentario Socialista que, entre otras cuestiones, instaba al Gobierno a articular medidas para facilitar el acceso a la nacionalidad por esta vía a más personas, cuestión también reflejada en una Proposición de Ley del Grupo parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea del año 2017.

Así mismo, la Ley 36/2002, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad, trajo consigo un incremento sustancial de españoles inscritos en el CERA, al reconocer: el derecho de adquisición de la nacionalidad española a los hijos de padre o madre originariamente español y nacido en España, a quien haya estado o esté sujeto a patria potestad de un español, y la posibilidad de recuperar la nacionalidad, sin ser residente legal en España, para los emigrantes e hijos de emigrantes. De estos cambios legislativos y para tomar conciencia del impacto real, entre 2013 y 2016 —únicos publicados por el INE—, más de medio millón de personas adquirieron la nacionalidad por algún motivo, lo que da cuenta del gran número de personas que se han incorporado como nacionales, muchos de ellos sin residir en España. Por último, también se explica el mayor número de españoles en el extranjero como consecuencia de la emigración debida a factores de naturaleza económica —la crisis desde 2009 ha expulsado a miles de españoles en busca de oportunidades fuera del territorio nacional—.

El procedimiento de voto de los españoles residentes en el extranjero inscritos en el CERA tras la reforma electoral de 2011:

La reforma operada por la LO 2/2011 introducía la opción para los españoles residentes en el extranjero del voto en urna durante los tres últimos días de campaña, además del voto por correspondencia, lo que a juicio del legislador permitía incrementar las garantías en el ejercicio del derecho al sufragio activo. Es decir, desde 2011, los españoles inscritos en el CERA pueden optar por ejercer su derecho al voto a través de dos procedimientos distintos: el voto por correo o el voto en urna en la embajada o consulado correspondiente a su lugar de residencia en el extranjero.

Pero, sin lugar a dudas, la introducción del *voto rogado* ha sido una de las cuestiones más denostadas desde su implantación. El nuevo art. 75 LOREG establece, en su primer apartado, que los españoles residentes-ausentes deben formular mediante impreso oficial la solicitud de voto dirigida a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral antes del vigésimo quinto día posterior a la convocatoria[38]; solicitud que debe hacerse en cada convocatoria electoral, sin que tenga carácter permanente en el tiempo. Recibida esta solicitud, las diferentes Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral remiten a la dirección facilitada por el elector la documentación electoral —el sobre o los

38 La previa inscripción en el censo electoral para los residentes en el extranjero también es obligatoria, por ejemplo, en países como Portugal o Francia.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sobres y las papeletas—, dos certificados para atestiguar la inscripción en el CERA y un sobre donde debe figurar la dirección de la Junta Electoral competente, y otro con la dirección de la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática en la que estén inscritos (art. 75.2 LOREG). El art. 75.3 LOREG establece que el envío de los sobres se realizará por correo certificado y antes del trigésimo cuarto día posterior a la convocatoria electoral si no ha habido impugnación de las candidaturas y antes del cuadragésimo segundo de haberse producido tal impugnación.

En este momento, los electores pueden optar por una de las dos modalidades para ejercer el derecho al voto: voto por correo o en urna. Si se opta por el voto por correo, deben incluir en el sobre dirigido a la correspondiente Junta Electoral los sobres de votación, el certificado de inscripción en el censo, fotocopia del pasaporte o DNI o certificación de nacionalidad o de inscripción en el Registro de Matrícula Consular, y enviarlo en el sobre dirigido a la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Misión Diplomática a la que el elector esté adscrito, por correo certificado no más tarde del quinto día anterior al día de la elección (art. 75.4 LOREG). Como hemos indicado, también pueden optar por el voto en urna en los tres últimos días de campaña (entre el cuarto y segundo día, ambos inclusive, antes del día de la votación) y lo podrán hacer mediante la entrega personal de los sobres en las oficinas o secciones consulares donde estén inscritos o los lugares habilitados para ello (art. 75.5 LOREG). Para el voto en urna, el elector debe acreditar su identidad ante el funcionario consular mediante pasaporte, DNI, certificación de nacionalidad o de inscripción en el Registro de Matrícula Consular, así como entregar uno de los certificados de inscripción en el censo de residentes ausentes recibido, tras lo que el elector depositará el sobre dirigido a la Junta Electoral correspondiente para su escrutinio, siendo el funcionario consular el encargado de estampar el sello de la oficina consular en el sobre para hacer constar la fecha del depósito del voto (art. 75.6 LOREG). Al extenderse la votación durante varias jornadas, deberán tomarse las medidas oportunas para garantizar la guarda y custodia de las urnas —con su precinto al finalizar cada una de las jornadas de votación—, así como facilitar la presencia de los representantes de las candidaturas en las dependencias consulares habilitadas para el depósito del voto en urna (art. 75.7 LOREG).

Transcurrido el plazo del depósito del voto en urna, el funcionario consular expedirá un acta que contendrá el número de certificaciones censales recibidas —y las incidencias que hubieran podido producirse—, así como el número de sobres recibidos por correo hasta la finalización del plazo de depósito del voto en urna. Al día siguiente, los sobres depositados por los electores y los recibidos por correo junto al acta expedida por el funcionario consular deberán ser remitidos, mediante envío electoral, a la Oficina constituida al efecto en el Ministerio de Asuntos Exteriores, que procederá al envío urgente de estos sobres a las Juntas Electorales correspondientes (art. 75.8 LOREG). Para la validez de los votos, deberá acreditarse el cumplimiento de los plazos mediante los sellos o

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

inscripciones de las secciones consulares y oficinas de correos correspondientes (art. 75.9 LOREG). Son múltiples los fallos detectados en los envíos, más allá de los retrasos producidos, por lo que parece oportuno que el Gobierno desarrolle y complemente aspectos procedimentales para dotar de seguridad jurídica a todo el proceso de emisión de votos, «especialmente aquellos que tengan que ver con la pureza y verdad del sufragio»[39].

Por último, la fase del escrutinio de los votos de los españoles inscritos en el CERA, de la que se encargan los apartados 10 y 11 del art. 75 LOREG: el día del escrutinio general, y antes de proceder al mismo, la Junta Electoral competente se constituye en Mesa Electoral, a las ocho horas de la mañana, con los Interventores que a tal efecto designen las candidaturas concurrentes. A continuación, su Presidente procede a introducir en la urna o urnas los sobres de votación de los residentes ausentes recibidos hasta ese día y el Secretario anota los nombres de los votantes en la correspondiente lista. Acto seguido, la Junta escruta todos estos votos e incorpora los resultados al escrutinio general.

Mención aparte merece el caso de los electores inscritos en el CERA que, eventualmente, se encuentren en España durante el periodo electoral, a quienes se permite el voto por correspondencia pero, en ningún caso, el voto presencial en Mesa electoral. Es, en nuestra opinión, lógico que se permita en estas situaciones el mecanismo ordinario del voto por correo y no el presencial (art. 73.1 LOREG; también resulta de interés, por todas, la STC 169/1991) porque, en caso de permitirse, un español residente-ausente podría votar hasta en dos ocasiones, si tenemos en cuenta que el escrutinio de los votos del CERA se realiza en día posterior y distinto al de los votos del CER, de tal forma que podría darse la casuística de un español residente-ausente que hubiera emitido su voto en el extranjero —en las oficinas o secciones consulares o lugares habilitados al efecto, pueden hacerlo hasta dos días antes del día de celebración de las elecciones— y, por circunstancias, el día de la votación se encontrase en España para emitir también su voto de forma presencial. En todo caso, de haber duplicidad de voto, el ordinario y el emitido desde el extranjero, será válido el primero y nulo el segundo.

Como hemos podido comprobar, el procedimiento para ejercer el derecho al voto por los españoles residentes en el extranjero es largo y comienza con la solicitud del voto —*voto rogado*— como primera dificultad, a las que se suman la distancia hasta la embajada o el consulado, los retrasos en la recepción y envío de documentación, etc. Sin lugar a dudas, el procedimiento establecido es una verdadera carrera de obstáculos que provoca el desánimo inicial y, en última instancia, un sentimiento de frustración porque aun completando todo el proceso de solicitudes y envíos, la documentación con el voto puede no llegar a tiempo para

39 García Mahamut, R., «La reforma electoral (LO 2/2011) y el voto de los españoles en el exterior (CERA). La inefectividad del derecho de sufragio de los españoles en el exterior. Una necesaria revisión», *TRC*, n.º 30, 2012, p. 274.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

su escrutinio. Ante esta realidad, el legislador incluyó en el último apartado del artículo 75 de la LOREG la posibilidad de que el Gobierno, previo informe de la JEC, pudiera «regular los criterios y limitar los supuestos de aplicación de este artículo, así como establecer otros procedimientos para el voto de los residentes ausentes que vivan en Estados extranjeros donde no es practicable lo dispuesto en este artículo» pero, a grandes rasgos, como comprobaremos en este trabajo, las medidas han sido escasas y los efectos del procedimiento, nefastos para la participación electoral.

IV. LA INCIDENCIA EN LA PARTICIPACIÓN DE LOS ESPAÑOLES RESIDENTES-AUSENTES TRAS LA REFORMA

Hay pocas cuestiones que generen menos dudas que la tozudez de los datos expresados en cifras numéricas y, en esta ocasión, no es diferente. Para ver en qué medida el nuevo procedimiento de voto ha incidido sobre los datos de participación de los españoles residentes-ausente, compararemos la participación en elecciones equivalentes antes y después de la entrada en vigor de la reforma de 2011. En las Elecciones a Cortes Generales de 2004, los inscritos en el CERA eran 1.009.209, de los que 304.629 votos llegaron por correo a las Juntas Electorales Provinciales (JEP), esto es, el 30'17% del total; en las Elecciones a Cortes Generales de 2008, los inscritos en el CERA eran 1.205.132, de los que 384.154 se recibieron por correo en las JEP, el 31'88% del total. En las Elecciones a Cortes Generales de 2011, el número de inscritos en el CERA ascendía a 1.482.750 y de ellos, se presentaron 164.943 solicitudes de voto, siendo aceptadas 138.037 y 73.359 votos fueron entregados en las JEP; es decir, el 11'12% de los electores con derecho al sufragio activo solicitaron el voto, el 84% fueron aceptadas, pero sólo el 53'14% de las solicitudes aceptadas llegaron a las JEP y apenas el 4'95% del total de electores inscritos en el CERA participaron de forma efectiva. En las Elecciones a Cortes Generales de 2015, el número de inscritos en el CERA ascendía a 1.880.026 (el 5'15% del total de electores resultante de sumar CER y CERA), se presentaron 161.228 solicitudes, aceptándose 151.061 —el 94% de las presentadas— y entregándose en las JEP 88.899 votos —el 58'85% de las solicitudes aceptadas—, con un porcentaje real de participación del 4'73% de los inscritos en el CERA. Por último, en este tipo de elecciones, en las celebradas a Cortes Generales en 2016, el número de inscritos en el CERA fue de 1.924.012, se presentaron 175.551 solicitudes de voto, siendo 169.658 aceptadas —el 97% de las presentadas—, y 121.277 votos fueron entregados en las Juntas Electorales Provinciales —71'48% de las solicitudes aceptadas—, lo que representa el 6'30% del total de inscritos en el CERA.

Veamos ahora la participación de los españoles residentes ausentes durante el mismo periodo en las elecciones municipales y hasta 2011, primer año en que fueron excluidos como electores tras la entrada en vigor de la reforma. En las

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

elecciones de 2003, había 1.063.876 inscritos en el CERA, presentándose 122.295 solicitudes de voto por correo de las que se aceptaron 97.785 —el 79'96%— y 47.718 fueron entregados en las mesas electorales, dejando la participación en el 4'49%; 5.294 votos fueron depositados en las oficinas consulares. En los comicios locales de 2007, se presentaron 128.483 solicitudes para votar por correo —103.862 aceptadas, de las que 67.235 se entregaron en las mesas electorales, el 64'73% sobre las aceptadas—, con 5.367 votos depositados en las oficinas consulares; de un CERA con 1.168.638 nacionales, la participación fue del 5'75%. La baja participación de los españoles residentes en el extranjero en las elecciones municipales como tónica habitual, tiene una explicación práctica bastante lógica bajo nuestro punto de vista —además de por la obligación de rogar el voto con anterioridad a 2011—, relacionada principalmente en torno a dos razones a su vez relacionadas entre sí: la práctica partidista en este tipo de elecciones suele concentrarse más en los vecinos del propio municipio, y la pérdida de relación y vínculo de los residentes en el extranjero con la vida del municipio. En primer término, en efecto, la práctica partidista en las elecciones locales se dirige al electorado más próximo, con un tipo de campañas electorales centradas en propuestas con los vecinos residentes en el propio municipio como destinatarios, sobre todo porque la cercanía de la administración local invita a este tipo de planteamientos por los partidos políticos, que no muestran excesivo interés por captar los sufragios de quienes viven lejos del municipio. Y, por otro lado, relacionado con lo anterior, los españoles que residen en el extranjero, lejos del municipio de origen, pierden interés por la política local, basada decisiones en torno a servicios públicos que sólo afectan a los vecinos residentes en el mismo municipios; por lo que esta falta de conexión entre las decisiones del ámbito local y la vida de los españoles en el extranjero es lo que en buena medida explica también su baja participación en las elecciones.

Y, por último, la participación en los últimos cuatro comicios autonómicos. En 2003, se entregaron en las JEP 100.930 votos, que representaban el 20'31% de los electores inscritos en el CERA. En 2007, 130.510 votos que representaban el 23'57% del total de electores residentes ausentes. En 2011, 705.781 figuraban como inscritos en el CERA, 69.234 presentaron solicitud de voto —se aceptaron 58.097, el 83'91%— y 26.030 fueron entregados en las JEP, arrojando un dato de participación del 3'69%. Y, en las recientes elecciones autonómicas de 2015, 919.082 españoles figuraban como inscritos en el CERA para este tipo de elecciones, de los que 50.256 presentaron solicitud de voto, siendo el 93% de ellas aceptadas —en concreto, 46.543— y fueron entregadas en las JEP el 58'73% de las aceptadas —en términos absolutos: 27.336—, obteniendo como resultado de participación del 2'97%.

Tras revisar los datos públicos de los principales procesos electorales, desde la entrada en vigor de la reforma de 2011 y hasta la fecha, la introducción del *voto rogado* ha supuesto un verdadero obstáculo para el ejercicio del derecho al voto vulnerando, a nuestro juicio, la previsión del artículo 68.5 CE en conexión con el

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

contenido de los artículos 1.2, 9.2, 23 y 42 CE. Así, y como hemos podido comprobar, las cifras de participación electoral han disminuido en hasta seis veces menos de las registradas con anterioridad a la reforma de 2011 en los procesos electorales equivalentes, lo que demuestra que el *voto rogado* es un límite para el efectivo ejercicio del derecho a la participación política a través del sufragio activo.

V. LA CONTRARREFORMA COMO ÚNICA OPCIÓN PARA PALIAR LOS EFECTOS PERJUDICIALES DEL *VOTO ROGADO* EN EL EXTERIOR

Las consecuencias del *voto rogado*, con cotas de participación electoral de los residentes-ausentes, como hemos comprobado muy por debajo de lo previsible, ha provocado que uno de los partidos proponentes de la modificación legislativa vigente desde 2011 planteara, apenas transcurrido poco más de año y medio desde su entrada en vigor, suprimir la modalidad del voto rogado[40] y reinstaurar el envío de oficio de la documentación electoral. De hecho, de los dos principales partidos políticos que respaldaron la reforma electoral, PSOE y PP, tan sólo el PP defiende hoy en día en buena medida la decisión adoptada por amplia mayoría parlamentaria en el momento de su aprobación; el PSOE, en cambio, ha virado en su posición política sobre esta reforma, dando un giro de ciento ochenta grados. La «mala prensa» asociada, en particular, a estos dos partidos políticos por los efectos sobre la participación de la puesta en marcha del *voto rogado*, es con toda probabilidad el motivo de explicación del viraje político. Incluso, y debido a la baja participación efectiva en los comicios de los últimos años, tras la entrada en vigor de la reforma de la LOREG, se ha llegado a registrar la propuesta de crear una Comisión de Investigación sobre el procedimiento del voto desde el extranjero.

El voto de los españoles en el extranjero se ha convertido en una de las cuestiones principales objeto de la Subcomisión para la reforma electoral, creada en el seno de la Comisión Constitucional en la presente XII legislatura[41], y cuyos trabajos siguen hoy en día tras sucesivas prórrogas[42]. Para intentar sintetizar los trabajos de la Subcomisión, parece oportuno destacar, de entre todas las comparecencias celebradas, tres de ellas: la del Presidente de la JEC, la de la Directora General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios del Ministerio de

40 Proposición de LO de reforma de la LOREG para facilitar el ejercicio del voto de los españoles en el exterior, del GPPSOE, BOCG-B, n.º 96-1, de 25 de octubre de 2012. Reiterada en BOCG-B, n.º 10-1, de 10 de febrero de 2016, y BOCG-B, n.º 13-1, de 9 de septiembre de 2016.

41 *BOCG-D, CD,* n.º 137, de 5 de abril de 2017, p. 12.

42 *BOCG-D, CD,* n.º 271, de 20 de diciembre de 2017, p. 3; y *BOCG-D, CD*, n.º 410, de 13 de septiembre de 2018, p. 38.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Asuntos Exteriores y de Cooperación, y la de los representantes de la «Marea Granate»; en las que se mencionaron los problemas de procedimiento detectados, así como posibles soluciones para paliar los efectos del *voto rogado*.

Comparecencias ante la Subcomisión para la reforma electoral:

La primera de las comparecencias que pretendemos sintetizar y destacar su contenido en este trabajo es la del Presidente de la JEC de octubre de 2017[43], que atribuye los problemas del *voto rogado* manifestados en la baja participación desde su generalización, a tres razones fundamentalmente: primero, por la obligación impuesta al elector a tomar la iniciativa de comunicar su propósito de votar; segundo, por el retraso en la recepción por los electores de la documentación remitida por la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral y por las oficinas consulares de los sobres que les remiten los electores —retraso que se debe, en la mayor parte de los casos, al funcionamiento de los servicios postales del país extranjero—, así como defectos en el funcionamiento de las oficinas consulares, singularmente por las limitaciones de medios para organizar los horarios del depósito de los sobres electorales en las urnas y organizar la posterior remisión a las juntas electorales provinciales de los votos recibidos; y tercero, por el escaso tiempo en que han de realizarse todas las operaciones necesarias para que el voto emitido fuera de España llegue a ser escrutado. En torno a los problemas detectados por el Presidente de la JEC, aporta algunas soluciones[44], aunque destacaremos de forma especial la referencia al sistema de voto telemático.

Así, el Presidente de la JEC recuerda la propuesta de la JEC en su informe de 16 de noviembre de 2016 (Acuerdo JEC n.º 261/2016), para establecer un sistema de voto telemático para los electores inscritos en el CERA y los del ERTA. Según su criterio, ésta sería la solución menos costosa y más eficaz, al ofrecer la tecnología en la actualidad instrumentos idóneos para comprobar la identidad de quienes intervienen en las comunicaciones producidas por medios electrónicos y

43 *DSCD,* n.º 342, de 18 de octubre de 2017, pp. 2-17.

44 En primer lugar, apuesta por dotar de una mayor eficiencia al voto CERA sin menoscabar gravemente las garantías de pureza del mismo, remitiéndose al informe de la JEC de noviembre de 2016, donde señala que debe considerarse la posibilidad de que la Administración consular se ponga en contacto con los electores CERA inscritos en su registro de matrícula y con los residentes temporales que se hayan inscrito con tal condición para facilitarles, respecto de cada proceso electoral, la información pertinente. Para ello, debía establecerse un procedimiento adecuado, a fin de que los consulados, nada más producirse una convocatoria electoral, comunicaran electrónicamente a los españoles inscritos en su registro la posibilidad de servirse de él —del consulado— y recibir la documentación necesaria. En segundo lugar, apuesta por dotar a las oficinas consulares de medios personales y materiales suficientes para desempeñar adecuadamente sus tareas electorales. De hecho, y manteniendo la modalidad del voto rogado, propone arbitrar una solución parecida a contemplada por el art. 190 LOREG para el voto en las elecciones locales antes de 2011. En tercer lugar y último lugar, plantea medidas en sistema de plazos, reconociendo la dificultad del encaje de cualquier modificación en este sentido porque la ampliación del plazo íntegro que debe durar el proceso electoral —cincuenta y cuatro días— conllevaría una prolongación del tiempo de interinidad en que se encuentran muchas de las instituciones públicas; y, además, esta modificación del plazo, así como el cambio del día de realización del escrutinio general, habría de respetar lo contenido en el art. 68.6 CE, que establece la fecha de las elecciones tendrán lugar entre los treinta y los sesenta días de la terminación del mandato de los diputados.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

para garantizar el secreto de aquellos contenidos de la misma que lo requieran. Así mismo, posibilita que la Administración exterior ponga a disposición de los electores CERA y ERTA terminales desde las que efectuar las comunicaciones precisas con la Oficina del Censo Electoral y con las juntas electorales. Y respecto a esta cuestión, apunta a que la introducción de un sistema de voto telemático vía internet sería excepcional, siendo consciente que no es totalmente equiparable a la emisión presencial del voto porque no ofrece, en modo alguno, las mismas garantías de visibilidad, transparencia e implicación individual.

Por otro lado, la Directora General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación[45], señaló que la institución a la que representa es la encargada de coordinar y supervisar las oficinas consulares, englobando la gestión del Registro de Matrícula Consular, la coordinación del CERA y la participación en las elecciones de los españoles en el exterior; y explicó el protocolo seguido en cada proceso electoral. También se refirió a la forma en que se establece comunicación con los españoles residentes en el extranjero, manifestando que «cada vez más frecuentemente las oficinas consulares se dirigen mediante correo electrónico a los electores para informarles de las cuestiones sobre la información electoral», aunque no existe obligación por parte de los inscritos en el padrón de españoles residentes en el extranjero (PERE) de facilitar su correo electrónico o teléfono móvil ni tampoco existen medios técnicos para realizar envíos masivos, lo que sin duda dificulta enormemente la labor informativa para hacer llegar todos los datos relativos a las elecciones y el ejercicio del derecho del sufragio desde el extranjero.

Además, destacó algunas de las dificultades que, a su juicio, existen para garantizar el ejercicio del voto de los españoles residentes en el extranjero. La primera dificultad estriba en que algunos ciudadanos españoles no están inscritos en el censo, pese a la obligación de los españoles que residen habitualmente en el extranjero de inscribirse en el Registro de Matrícula Consular. El hecho de no estar inscrito en el Registro de Matrícula Consular en el momento de la convocatoria electoral impide formar parte del censo y, por tanto, no pueden participar en las elecciones. Por otro lado, para el caso de los no residentes, la inscripción no es obligatoria, pero sí preceptiva para participar en los procesos electorales desde el extranjero (art. 2.2 del RD 1621/2007). Por tanto, la inscripción en el Registro de Matrícula Consular es *conditio sine qua non* para poder ejercer el derecho al voto por los españoles en el extranjero. Tras la inscripción en el Registro de Matrícula como españoles no residentes, la solicitud de voto debe ser realizada en la Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de la Embajada personalmente y de forma presencial (art. 3.3 del RD 1621/2007), lo que dificulta el ejercicio del derecho de voto porque pueden darse casos en los que un español se encuentre a centenares o miles de kilómetros de la oficina o sección consular más cercana. El

45 *DSCD*, n.º 403, de 13 de diciembre de 2017, pp. 2-12.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

voto de los españoles temporalmente en el extranjero —voto ERTA— se realiza por correo y con destino a España; estos electores, ausentes del territorio nacional temporalmente, figuran inscritos en el Censo de Electores Residentes (CER) y no en el CERA. En el caso de los votantes integrados en el CERA, la legislación electoral permite ejercer el derecho al voto en dos modalidades: voto por correspondencia o voto presencial en la oficina consular[46].

Pero, sin duda, las mayores dificultades del voto por correo en el extranjero identificadas por la Directora General, tanto en los envíos a las oficinas consulares para el voto CERA como los dirigidos a España con el voto ERTA, dependen de dos cuestiones: de la existencia de convenio con el país de procedencia para la gratuidad del envío y de la eficacia de sus servicios postales. Sobre la primera cuestión, a día de hoy España mantiene convenio con los servicios postales de 16 países donde se concentra el 75% de los españoles en el extranjero, pero no con algunos de nuestro entorno más inmediato como, por ejemplo, Italia. Y, en cuanto a la eficacia de los servicios postales, es posible encontrar países sin un servicio de correo postal formalizado, otros países donde las huelgas son frecuentes y en otros la saturación es tal que no absorben la carga de trabajo extra de los envíos electorales; lo que provoca que haya situaciones en las que los electores reciben con retraso la documentación o ni siquiera la reciben, y lo mismo sucede cuando el elector envía su voto y no es recibido a tiempo en las oficinas consulares o en España.

Por último, destacamos el contenido de la comparecencia de la portavoz del colectivo «Marea Granate»[47], que se basó en un informe de propuestas para la reforma de la LOREG sobre algunos aspectos relevantes que merecen mención: derogación del *voto rogado*, ampliación de los plazos de los envíos electorales, la dotación de medios a los consulados y a la Administración en el exterior en general, y la reforma del sistema de voto dotando de mayor transparencia al proceso electoral en el exterior. Para el colectivo, hay una relación causa-efecto indudable de la introducción del *voto rogado* y la baja participación porque, a su vez, traslada obligaciones de la Administración al ciudadano en cuanto a la depuración del censo; pero además, a su juicio, el principal problema para que los votos lleguen desde el extranjero no es tanto el funcionamiento de los servicios postales de los países, sino la brevedad de los plazos —quince días en el caso de una situación normal y siete si hay impugnación de candidaturas—.

Así mismo, ponen de manifiesto las enormes dificultades para las inscripciones consulares, existiendo un desfase entre inscritos y residentes reales en el extranjero, por lo que proponen la elaboración de un protocolo de actualización del censo que permita la informatización de los procesos de inscripción, y crear

46 García Mahamut, R., *op. cit.*, p. 275, ha calificado al voto presencial en las embajadas y en las oficinas consulares como una «ficción jurídica», puesto que los votos se acaban finalmente remitiendo por correo a las Juntas Electorales Provinciales en España.

47 *DSCD*, n.º 403, de 13 de diciembre de 2017, pp. 26-36.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

una sede electrónica para los trámites de inscripción, modificación de domicilio o subsanación de censo. Por otro lado, se propone un sistema de voto múltiple: por correo, presencial y por delegación de poder —esta última modalidad, basada en las experiencias de países como Francia, Reino Unido o Bélgica—. Y, de manera central, consideran que la modificación de los plazos es *conditio sine qua non* para la mejora del derecho al voto desde el exterior, además de la derogación del ruego del voto, proponiendo un adelanto de la convocatoria electoral, la ampliación del tiempo de subsanaciones de las inscripciones en el censo, la ampliación de los tiempos de envíos desde las oficinas del censo electoral de la documentación al elector y la ampliación de plazos de escrutinio, así como habilitar la posibilidad de descargar el material de votación por el elector en caso de que no haya sido recibido. Muestran, además, su oposición total a la incorporación del voto electrónico como posible solución a los problemas para el ejercicio del derecho al voto desde el exterior, y para sostener el fracaso de este medio de votación aluden a casos en los que se ha dado marcha atrás en su uso —Francia, Holanda o México— y a la vulneración de principios básicos asociados al proceso electoral, tales como posibilitar la auditoría de los resultados o la universalidad, igualdad, libertad y secreto del voto. Por último, destacan la necesidad de incorporar mejoras en las garantías del proceso electoral en el exterior: incremento de canales para transmitir la información, aumento de la transparencia y la seguridad, garantizar la gratuidad del voto, adecuar los recursos humanos y técnicos al incremento de la emigración, y solicitando la creación de una circunscripción exterior para reforzar su vinculación con la política nacional.

El papel de la JEC ha sido clave, tanto para el inicio de la reforma con el informe de 2009 que, junto con el del Consejo de Estado, sirvió de base como, en determinadas ocasiones, para intentar paliar a través de instrucciones y acuerdos —de los que haremos mención a algunos de ellos, a modo de muestra— los efectos negativos que en la práctica producía el nuevo marco legislativo, siempre dentro del margen que el mismo permitía, así como para conocer de los recursos que se le planteaban al respecto. Tanto es así que, incluso, llegó a conocer de un recurso contra la convocatoria de las elecciones generales de diciembre de 2015 por violación del derecho fundamental del voto de los residentes-ausentes, basándose en las trabas burocráticas generadas por el *voto rogado*, que fue inadmitido por la JEC.

De hecho, la propia JEC, en las primeras elecciones de vigencia de la reforma de 2011, y a la vista de las restricciones que de por sí planteaba el *voto rogado* para el ejercicio del derecho de sufragio activo, hizo una interpretación flexible en torno a las condiciones de la solicitud, permitiendo solicitudes presentadas por fax y las solicitudes por correo de varias personas en un mismo sobre, siempre que éstas estuvieran vinculadas entre sí por lazos familiares o similares (Acuerdo JEC n.º 583/2011). Además, la JEC emitió una circular para la resolución de posibles dudas en relación con el voto en urna en las Oficinas Consulares de España (Acuerdo JEC n.º 685/2011), destacando los siguientes aspectos sobre el funcionamiento de

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

las Oficinas Consulares en la semana previa a las elecciones: establecimiento de un horario especial —de mañana y tarde— con posibilidad de acudir después de la jornada laboral ordinaria del país, derecho de presencia durante toda la jornada de los representantes de las candidaturas, presencia de al menos un funcionario en cada misión consular para la resolución de cuestiones que pudieran surgir durante la jornada, y sellado y precinto de las urnas al final de cada jornada de depósito de los votos.

Respecto a la insuficiencia de los plazos establecidos para emitir el voto desde el extranjero, también se pronunció nítidamente de la siguiente manera: «Las principales dificultades para la efectividad de la recepción en tiempo hábil del voto de los electores inscritos en el CERA y de los electores residentes temporalmente en el extranjero reside en la insuficiencia de los plazos establecidos en la LOREG, particularmente en los casos en los que se presentan recursos contra los acuerdos de proclamación de candidaturas, así como en los problemas derivados del funcionamiento de los servicios postales de otros Estados, circunstancias ajenas a las competencias de la JEC» (Acuerdo JEC n.º 167/2015). Porque, además, en el caso de estar pendiente la resolución de recurso de amparo por el TC respecto la proclamación de candidaturas, el envío de la documentación electoral se realiza una vez que se haya producido la resolución del recurso de amparo por el TC (Acuerdo JEC n.º 154/2012).

Pero, sobre todo, ante las deficiencias y problemas detectados en las diferentes elecciones celebradas desde 2011, la JEC elaboró un informe (261/2016) al que hemos hecho referencia en varias ocasiones, de 16 de noviembre de 2016, donde constató «notables disfunciones en el sistema establecido por el legislador que agudizan su falta de efectividad, ya manifestada en las primeras elecciones generales en que se aplicó, las de 2011». Además, la JEC identificó las principales causas que pueden explicar esta realidad[48]. Sin olvidar, además, que todo el procedimiento depende, a su vez, del buen o mal funcionamiento de los servicios postales extranjeros. Estos retrasos, añade la JEC, se podrían mitigar con la recepción del elector de la documentación de votación por vía telemática o a través de una papeleta en blanco donde se manifieste el sentido del voto a una candidatura, como ocurría para las elecciones locales antes de la supresión del artículo 190 de la LOREG.

48 «(i) la disposición del elector a tomar la iniciativa de comunicar su propósito de votar, de muy difícil valoración, (ii) el retraso en la recepción por los electores de la documentación remitida por la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral; (iii) el retraso con que las oficinas consulares reciben los sobres que les remiten los electores; (iv) las limitaciones de dichas oficinas para organizar los horarios de depósito de los sobres electorales en las urnas; (v) algunos defectos en el funcionamiento de las oficinas consulares; (vi) la necesaria remisión desde la Oficina del Ministerio de Asuntos Exteriores a las Juntas Electorales Provinciales de los sobres recibidos; y (vii) el escaso tiempo en que han de realizarse todas las operaciones necesarias para que el voto del elector que desee acogerse a este sistema llegue a ser escrutado».

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Así mismo, la JEC ha mostrado «preocupación por la precariedad de medios de que disponen las Oficinas Consulares para realizar las funciones electorales que les corresponden, que ha podido apreciar en este caso y en otros análogos, y requiere al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación para que adopte las medidas personales y materiales que resulten necesarias para hacer frente a esta situación y evitar que puedan producirse situaciones como la ocurrida en el presente asunto» (Acuerdo JEC n.º 59/2016). De igual modo, constata el estrecho margen temporal para realizar todos los trámites necesarios que garanticen la llegada de los votos a las correspondientes juntas electorales para su escrutinio. Por ello, plantea la posibilidad de que tanto la recepción y entrega de la documentación, así como la emisión del voto, se pueda realizar conforme a medios telemáticos. Incluso, plantea como propuesta la introducción del voto por internet para los electores residentes en el exterior, como ya hiciera en 2009 el Consejo de Estado.

En torno a la opción de introducir el voto por internet para facilitar el derecho de sufragio activo de los españoles residentes en el extranjero, la JEC en el citado informe de 2016 hizo un recorrido por el marco legislativo tanto nacional como internacional que lo posibilitaría, así como mencionar ejemplos de países con experiencias en voto a través de internet —Noruega, Holanda, Francia, Estonia o Suiza—. La JEC no ve obstáculo en la Constitución española actual para introducir la modalidad del voto por internet, siempre de forma excepcional y con una nueva previsión legal que lo incorporara. Del mismo modo, debe garantizarse en todo momento que el voto por internet sea universal, igual, libre, directo y secreto, ante lo cual existen algunas dudas notables que la propia JEC manifiesta en su informe.

Partimos de la siguiente premisa respecto a las modalidades de voto que establece el legislador: «la determinación de los instrumentos materiales de votación, es decir, de todos aquellos medios que ha de utilizar el elector a la hora de elaborar y expresar su opción política, es una de las decisiones más relevantes que ha de tomar el legislador a la hora de regular la organización de las elecciones»[49] que, a día de hoy, se basa en el papel y donde los elementos principales son: papeletas, sobres, urnas y cabinas de votación. Cambiar los instrumentos materiales de votación eliminando las papeletas y los sobres con la introducción del voto electrónico presencial[50], no supondría ninguna mejora sustancial para los electores españoles residentes en el extranjero, salvo que fuera telemático[51], esto es, a través de

49 Gálvez Muñoz, L., «Aproximación al voto electrónico presencial: estado de la cuestión y recomendaciones para su implantación», *TRC,* n.º 23, 2009, p. 259.

50 El legislador en el País Vasco ya introdujo esta posibilidad de voto electrónico en 1998, siendo de interés el trabajo de Fernández Riveira, R.M., «El voto electrónico: el caso vasco», *REP (Nueva Época)*, n.º 112, 2011, pp. 199-236.

51 Presno Linera, M.A., «Premisas para la introducción del voto electrónico en la legislación electoral española», *REP*, n.º 173, 2016, pp. 287 y ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

internet. El voto por internet puede contribuir a facilitar el voto sin necesidad de desplazarse al colegio electoral, lo que podría traducirse en mayor participación, aunque también tiene muchos argumentos en contra de su implantación: se pierden garantías para comprobar que el voto corresponde efectivamente al elector, que lo hace en libertad sin coacciones y de forma secreta, así como la pérdida de control por los propios electores y los representantes de los partidos políticos del proceso electoral, rompiendo la liturgia de las elecciones y quedando al albur de la seguridad que ofrezcan las conexiones a distancia, no exentas de posibles ataques por parte de *hackers* o simples cibernautas delincuentes[52]. Respecto de la viabilidad de introducir el voto por internet para solventar los problemas en torno al ejercicio del derecho de sufragio activo por los españoles en el extranjero, no parece una solución viable desde un punto de vista de las garantías constitucionalmente exigibles respecto al voto —sufragio universal, igual, libre, directo y secreto; arts. 68.1 y 140 CE—. En este sentido, el sistema de voto por internet plantea dudas razonables en torno a, al menos, las siguientes cuestiones: seguridad y transparencia en el procedimiento de votación, la relevancia del elemento técnico del que depende el desarrollo del procedimiento[53], el carácter personal y secreto del voto, la personalidad, la igualdad y la universalidad en el acceso a la votación —la brecha digital dificulta el acceso a este sistema de voto a una parte importante de la población—. Pero, sobre todo, el mayor temor es «que el sistema falle, de que surja un problema en su aplicación y se genere entre los partidos y la ciudadanía una desconfianza sobre la pureza de los resultados electorales»[54], cuyos efectos sobre la confianza en el sistema electoral y su legitimidad serían demoledores. Por último, como aspecto positivo fuera de toda duda, es preciso señalar que el voto electrónico implicaría una reducción de los costes con respecto al actual procedimiento de votación, aunque debería evaluarse el coste inicial que conlleva la adquisición del *software* y los elementos físicos necesarios para su implantación[55].

Al margen de las consideraciones sobre el voto electrónico, el resto de las observaciones realizadas por la JEC son, en buena medida, el sustento de la previsible contrarreforma en ciernes que abordaremos a continuación en el siguiente apartado, donde se analizarán también algunas de las comparecencias de diferentes representantes de organismos públicos y colectivos, producidas en la Subcomisión parlamentaria creada al efecto para la reforma electoral y cuyos trabajos están a punto de concluir.

La contrarreforma en ciernes para paliar los perjudiciales efectos del *voto rogado* y propuestas de mejora:

52 Gálvez Muñoz, L., «Aproximación al voto electrónico presencial…», *op. cit.*, p. 263.

53 González De La Garza, L.M., «Voto electrónico por internet y riesgos para la democracia (I)», *RDP*, n.º 74, 2009, p. 174.

54 Gálvez Muñoz, L., Ruiz González, J.G., «El voto electrónico y el test de calidad; o de cuatro bodas complicadas y un posible funeral», *RDP,* n.º 81, 2011, p. 261.

55 *Ibídem*, p. 267.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Los trabajos de la Subcomisión parlamentaria, salvo nueva prórroga, están a punto de finalizar. Recientemente, se ha trasladado una propuesta a los miembros de la Subcomisión para suprimir el *voto rogado* y ampliar los plazos del procedimiento de forma que se facilite el envío y la recepción de la documentación electoral, pero no ha sido publicada y su literalidad se mantiene a día de hoy con carácter confidencial por los grupos parlamentarios, por lo que únicamente se han conocido algunos detalles a través de los medios de comunicación. En las informaciones publicadas, se hace mención a la supresión del *voto rogado*, de forma que la documentación electoral para votar se remitirá de oficio a partir del décimo octavo día posterior a la convocatoria electoral. En la documentación el elector encontrará una papeleta en blanco que deberá rellenar —esto plantea dificultades, por ejemplo, para las elecciones al Senado, con listas abiertas—, del mismo modo a como sucedía con anterioridad a la supresión del art. 190 LOREG para las elecciones locales. Además, se pretende ampliar el plazo en dos días para votar en urna en las oficinas consulares, de forma que a partir de ahora se establecerá un plazo entre el sexto y el segundo día anterior al día de las elecciones, pero sin posibilidad de prórroga por la JEC. Por último, se pretende garantizar la gratuidad total del voto para los españoles residentes en el extranjero, habilitando apartados de correos específicos para ello. Estas medidas, *a priori*, cuentan con un amplio acuerdo en el seno de la Subcomisión, aunque los representantes del Grupo Parlamentario Popular han mostrado alguna reticencia al respecto.

Al margen de los aspectos cuya modificación se pretende y ante lo que no hay mucho que objetar, sí es preciso indicar que los cambios son insuficientes y carentes de ambición, más bien parches para salir del paso. En este sentido, llama poderosamente la atención la omisión, al menos por las informaciones conocidas, de facilitar a los electores españoles residentes en el extranjero la descarga de la documentación electoral de forma telemática, teniendo en cuenta además que el envío de oficio a más de dos millones de electores en el extranjero supondrá, con total seguridad, un incremento considerable de los gastos asociados al proceso electoral. Así mismo, se podría plantear la posibilidad de realizar el escrutinio en la propia oficina consular, siempre que exista un número de votos en urna suficientes como para preservar el secreto del voto (se podría establecer, por ejemplo, que en el caso de haberse emitido al menos 10 votos por urna, el escrutinio se producirá en la propia sede diplomática, del que se levantará acta, dando fe el responsable de la misma y se enviará telemáticamente a la correspondiente Junta Electoral para proceder al cómputo de los votos). En todo caso, esta forma de proceder para el escrutinio sería más coherente si se constituyera una circunscripción exterior en el futuro. En todo caso, no parece ser una medida a incorporar en la futura legislación electoral la ampliación del plazo para proceder al escrutinio general, de manera que se puedan recibir más votos emitidos en el exterior por los españoles inscritos en el CERA que, como sabemos, dependen en buena medida de los servicios postales de terceros países.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Tampoco parece abordarse una cuestión relevante, a nuestro juicio, como es el desarrollo de las actividades propias de la campaña electoral en el exterior por las formaciones políticas concurrentes a los procesos electorales, en línea con lo sucedido con anterioridad, puesto que las diferentes reformas legislativas anteriores apenas han cambiado sustancialmente las dinámicas tradicionales de la campaña electoral[56], aunque sí han contribuido a la mejora de su desarrollo[57]. Al haberse modificado las condiciones para el ejercicio del derecho del voto para los españoles en el extranjero, hubiera sido una buena oportunidad para haberlo hecho también con la regulación de la campaña electoral en el exterior. La ausencia de regulación en nuestro Derecho de la campaña electoral para quienes se establecen fuera de España es un aspecto negativo de nuestra legislación electoral, en tanto coloca a los españoles residentes-ausentes en clara situación de inferioridad, entre otras cuestiones, por la no recepción de información sobre las distintas opciones políticas concurrentes al proceso electoral[58] en igualdad de condiciones con respecto a los electores inscritos en el CER, aunque en el Derecho comparado encontramos casos en los que se contempla restrictivamente.

Por otro lado, también resulta conveniente reforzar los recursos técnicos y humanos en las embajadas y consulados españoles en el futuro, lo que depende de la voluntad gubernamental. Pero además del necesario refuerzo, también es posible que el legislador habilite a las oficinas consulares para que asuman auténticas funciones delegadas del Censo para que puedan gestionar el envío de la correspondencia a los electores[59], así como mantener una fluida relación de información sobre los procesos electorales, que también pasaría por establecer la obligatoriedad para facilitar medios electrónicos de comunicación —facilitar un correo electrónico, además de un teléfono móvil— como requisito para mantener la inscripción en el CERA.

También, a nuestro juicio, para mejorar la representación y la participación de los españoles residentes en el extranjero, se debe considerar la creación de una circunscripción especial para los españoles residentes en el exterior. Ahora bien, para que esta opción no requiera la necesaria reforma constitucional por no respetar en sentido estricto el carácter provincial de la circunscripción electoral (artículos 68.2 y 69 CE), sería preciso forzar en exceso el texto constitucional con una ficción jurídica para aglutinar al conjunto del electorado residente en el

56 Esta opinión, en cambio, no es compartida por el prof. Aranda Álvarez, E., *Estudios sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: la Reforma continua y discontinua*, (Dirs. Álvarez Conde, E. y López De Los Mozos Díaz, A.), p. 355, IDP, Madrid, 2011.

57 La LO 2/2011 modificó aspectos relativos a la regulación de la campaña, centrándose fundamentalmente en dos cuestiones: evitar la incidencia de los poderes públicos mediante campañas de carácter institucional e inauguración de obras, y la reducción del gasto realizado por las formaciones políticas en publicidad y propaganda durante el periodo electoral —incorporación de los nuevos apartados 2 y 3 del art. 50, y cambios en los arts. 53, 54.1 y 55.3 LOREG—.

58 «El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos», CEPC, 2009, p. 65.

59 García Mahamut, R., *op. cit.*, p. 287.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

extranjero en una provincia adicional. Ciertamente, es difícil encontrar encaje en nuestra actual Carta Magna sin su reforma en este punto, por cuanto supone crear una nueva circunscripción electoral sobre la base de las circunstancias personales de los electores y no teniendo en cuenta el elemento territorial establecido en la Constitución. De considerarse esta opción por el legislador, sin duda, bordearía la previsión constitucional sobre la circunscripción electoral pero, en última instancia, podría encontrar cobertura si lograra adaptar de manera consecuente la legislación orgánica —conforme establece el artículo 141.1 CE—.

Esta ficción de adscribir a los residentes en el exterior a una provincia adicional no es diferente a la mecánica actual, también llena de ficción, donde se vincula a los españoles residentes en el exterior a un municipio y la provincia, a efectos de su integración en el censo electoral correspondiente. Esta opción fue objeto de análisis en el Informe del Consejo de Estado de 2009[60], tomando como referencia también algunos ejemplos existentes en el Derecho comparado (Italia, Portugal y Colombia), y asegurando que sería «un medio idóneo para favorecer la implicación de los ciudadanos ausentes en la vida política de su país, al darles más peso en la toma de decisiones». El tamaño de una provincia única, adicional y especial para los españoles inscritos en el CERA sería asimilable en términos de censo electoral, a día de hoy, a provincias como Valencia; y situándose como la tercera «provincia» española con mayor censo electoral, sólo por detrás de Madrid y Barcelona. El propio Consejo de Estado en el citado informe[61], encuentra una solución intermedia que no precisaría de forzar en exceso la Constitución y permitiría vincular de forma directa a los españoles residentes en el extranjero con un número de diputados a elegir. Se trataría, en este caso, de adscribir a los inscritos en el CERA a una de las circunscripciones provinciales actuales, siguiendo el sistema neerlandés. Si bien, y suscribiendo los motivos del Consejo de Estado, esta opción plantea serios hándicap insalvables tales como, por ejemplo, alterar y desvirtuar la relación entre representantes y representados de la correspondiente provincia de adscripción de estos electores, pudiendo superar en número a los que en la actualidad componen su censo electoral.

V. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pese a la importante trascendencia de la modificación normativa en materia electoral y la contestación política y doctrinal posterior, tras apreciar las negativas consecuencias en la práctica que el ejercicio del voto rogado implica para la participación electoral de los españoles residentes-ausentes, apenas hay

60 «El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos», CEPC, 2009, pp. 97 y ss.

61 «El informe del Consejo de Estado…», *op. cit.*, p. 99.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

pronunciamientos al respecto del TC. Ello es debido, fundamentalmente, al apoyo parlamentario en la aprobación de la Ley, con el acuerdo de los dos principales partidos políticos en las Cortes Generales de la IX Legislatura, PSOE y PP, que sumaban, entre ambos, 323 de los 350 diputados del Congreso; pero, además, esta reforma contó con el respaldo de los diputados de CiU y PNV (en total: 339 diputados favorables a la reforma para la implantación, entre otras cuestiones, del voto rogado). Pese a la oposición de otras formaciones políticas representativas, ninguna de ellas contaba con representación parlamentaria suficiente —cincuenta diputados o cincuenta senadores— para la presentación del recurso de inconstitucionalidad, por lo que el plazo para recurrir la Ley ante el TC expiró sin la presentación de recurso. Hoy en día, con la actual conformación política de las Cortes Generales, la situación hubiera sido diferente y, con cierta seguridad, es posible afirmar que, de haber sido aprobada la LO 2/2011, ésta hubiera sido objeto de recurso de inconstitucionalidad por algún grupo parlamentario que en las actuales Cortes Generales sí cuenta con representación parlamentaria suficiente.

El primer pronunciamiento cronológico del TC (STC 105/2012), después de la entrada en vigor de la LO 2/2011, tuvo lugar tras el recurso presentado por las candidaturas de IU de Asturias y el PSOE, frente a una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias por anulación del recuento de la mesa electoral del censo de electores residentes-ausentes de la circunscripción de occidente. Los recurrentes en amparo solicitan al Alto Tribunal que se declaren válidos los votos de los residentes-ausentes emitidos en la circunscripción occidental de Asturias, invalidados por el TSJ que emplazó a una nueva convocatoria electoral a los electores de la correspondiente mesa por haberse dirigido una parte de estos votos a la Junta Electoral Provincial y no a la oficina o sección consular, como es preceptivo tras la reforma del art. 75 LOREG. En esta sentencia, aunque no de manera central, el TC sí declara respecto al nuevo procedimiento de voto para los residentes ausentes tras la reforma de 2011[62]. Más allá de esta consideración, el objeto de la sentencia del TC era otro y, en consecuencia, termina por declarar la nulidad de la sentencia del TSJ asturiano que mandataba la anulación de los votos de los residentes-ausentes puestos en duda por haber sido remitidos erróneamente a la junta electoral provincial y la repetición electoral, de modo que valida el resultado electoral y la proclamación del sexto escaño en liza de la candidatura del PSOE en la circunscripción occidental de Asturias.

El recurso de amparo ha servido en esta ocasión, en ausencia de la presentación de un recurso de inconstitucionalidad por parte de un grupo parlamentario, como vía alternativa para la interpretación o control objetivo del ordenamiento,

62 «Ha sido el legislador, en el ejercicio legítimo de la función constitucionalmente conferida ex artículos 66 y 81 CE, quien ha configurado en el extremo que ahora importa el procedimiento del ejercicio del derecho de voto por correo de los electores residentes-ausentes y que dicha configuración, no merece reproche constitucional desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego» (STC 105/2012, FJ 13).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que corresponde a los órganos jurisdiccionales —en este caso, al TC—, en contraposición con el control subjetivo de naturaleza política[63]. Ahora bien, el Tribunal Constitucional sólo puede manifestarse sobre las concretas cuestiones planteadas vía amparo, que no giraban en torno a la generalización del *voto rogado* para los españoles residentes en el extranjero, por lo que la falta de impulso del control político a la norma —sujeto a los vaivenes e intereses de la política partidista, esto es, que responde a razones subjetivas— ha impedido, en esta ocasión, una sentencia de interpretación objetiva sobre la adecuación constitucional del *voto rogado* como requisito previo para ejercer el derecho al voto en el exterior, con relación indudable con el ejercicio de derechos fundamentales. Y ello porque, en última instancia, sólo la interpretación de la ley a través de la interpretación constitucional, puede encontrar su tratamiento adecuado[64].

Por otro lado, el segundo pronunciamiento del TC, esta vez sí sobre la exclusión de nacionales del derecho al sufragio tanto activo como pasivo determinada por la LO 2/2011 en elecciones locales, referido al recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno autonómico de Canarias contra varios apartados del artículo único de la citada Ley, al considerar la supresión del sufragio de los españoles residentes-ausentes en los comicios locales y a cabildos insulares, contraria al bloque de constitucionalidad y a preceptos de la propia Constitución. En su recurso, el Gobierno canario recurre la norma conectando los arts. 149.1.1 y 14 con los arts. 13.2 y 23.1 de la Constitución, apreciando desigualdad entre españoles para el ejercicio del derecho a la participación política mediante el sufragio; y la lesión de los artículos 13.1 y 23.1 en relación con el 68.5 CE, al privar del voto a los españoles residentes-ausentes en las elecciones municipales y a los cabildos insulares. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 153/2014 desestimó el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno canario, al no apreciar vulneración del principio de igualdad ni de los preceptos de la Constitución (FJ 3), infracción de las normas encuadradas en el bloque de constitucionalidad (FJ 4), ni que la extensión de la exclusión de los residentes-ausentes a participar en la elección de los cabildos insulares fuera contraria a la Carta Magna (FJ 5).

En ausencia de pronunciamiento contrario a la constitucionalidad de la Ley, no es posible asegurar *a priori* que la norma adolezca de este vicio. No obstante, los asuntos relacionados que han sido objeto de estudio por el TC, no han permitido entrar a conocer del fondo de la cuestión, es decir, sobre si la nueva configuración del ejercicio del derecho de sufragio por los españoles residentes-ausentes supone, en realidad, un verdadero obstáculo que impide su efectivo ejercicio. De este modo, a nuestro juicio, existen dudas razonables sobre si, en realidad, la reforma planteada por el legislador puede considerarse conforme al mandato

63 Aragón Reyes, M., «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional», *REDC,* n.º 17, 1986, pp. 101 y ss.

64 Ibídem, p. 120.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

constitucional del art. 23 CE, en relación con el art. 42 CE[65], una vez comprobado que la práctica del voto rogado limita de hecho el derecho al sufragio por los nacionales residentes-ausentes, hasta el punto de encontrar supuestos en que su ejercicio es prácticamente imposible.

VI. CONCLUSIONES

La reforma de la LOREG de 2011, con la generalización del *voto rogado*, supuso un cambio sustancial en la forma en que los españoles residentes en el extranjero ejercen su derecho al sufragio activo. En su origen, la reforma fue aprobada con amplio respaldo parlamentario, e incluso desde la doctrina se consideró el voto a instancias del elector en el extranjero como medida proporcionada para solventar los problemas de fraude detectados en el pasado, catalogándose como «la mejor manera de garantizar la limpieza del voto así como que éste sea personal y que no se gestione o emita a través de terceros»[66]. En realidad, las consecuencias sobre la participación electoral de los españoles residentes-ausentes han sido nefastas.

La generalización del *voto rogado* para los españoles residentes en el extranjero, además de ser un error político, es un menoscabo del principio democrático y del principio de igualdad, así como una lesión del derecho fundamental contenido en el artículo 23 CE. El *voto rogado* ha tenido un *efecto de desaliento*[67] en el ejercicio del derecho fundamental a la participación política de los españoles residentes en el extranjero. Como efecto, ha producido un incremento de la desconfianza hacia el sistema electoral, al haber obstaculizado de hecho el ejercicio del voto a centenares de miles de españoles, muchos de ellos emigrados como consecuencia de la crisis económica, que lejos de romper el vínculo con nuestro país, querían seguir manteniéndolo al menos como electores de pleno derecho. Es decir: el *voto rogado* ha mermado el derecho fundamental a la participación política, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, como consecuencia directa de la acción del legislador, cuya labor no debería responder a la lógica partidista cuando se habla de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, sino que debe atenerse a la lógica de los mandatos constitucionales que le obligan a remover los obstáculos para el ejercicio de todo derecho fundamental y no a introducirlos, como ha sido en la práctica, el *voto rogado*. Por ello, es imprescindible la aprobación inmediata

65 Ripollés Serrano, M.R., «La nueva regulación del derecho al voto de los españoles que se encuentran en el extranjero, especial consideración al CERA tras la reforma de la LOREG por la LO 2/2011», *Estudios sobre la Reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: la Reforma continua y discontinua*, (Dirs. Álvarez Conde, E. y López De Los Mozos Díaz, A.), p. 201, IDP, Madrid, 2011.

66 García Mahamut, R., «La reforma electoral (LO 2/2011) y el voto de los españoles en el exterior (CERA). La inefectividad del derecho de sufragio de los españoles en el exterior. Una necesaria revisión», *TRC*, n.º 30, 2012, p. 285.

67 De Domingo Pérez, T., «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado 'chilling effect' o 'efecto desaliento'», *REP*, n.º 122, 2003, pp. 141-166.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de la contrarreforma que derogue el *voto rogado*, así como articular las medidas oportunas para garantizar de forma efectiva la gratuidad en la emisión del voto por los españoles residentes-ausentes en el extranjero.

Así mismo, el legislador debe contemplar en la contrarreforma otros aspectos procedimentales relevantes, tales como: por un lado, aumentar el plazo de días para recibir la documentación electoral y el posterior para enviar o depositar el voto y, por otro, permitir el escrutinio en las embajadas y oficinas consulares, en vez de remitir los votos a las Juntas Electorales Provinciales, aunque este aspecto debe ser regulado con cautela para que no impida mantener el secreto del voto en urnas con pocos electores, en las que también deberían introducirse los votos por correspondencia, dirigidos a las delegaciones diplomáticas habilitadas como centros de votación. El recuento de los votos recibidos —tanto por correspondencia como presencialmente en urna—, se producirá en las sedes diplomáticas bajo la responsabilidad última de los encargados de las mismas, que actuarán como fedatarios públicos de los resultados reflejados en las actas de escrutinio tras el recuento de los votos, enviadas posteriormente por vía telemática para su cómputo con el resto de sufragios escrutados en territorio nacional. Este cómputo podría unificarse en una circunscripción si se optara por la creación de una propia para computar los votos de los españoles residentes en el exterior.

El envío de oficio de la documentación electoral es, a nuestro juicio, un coste excesivo cuya eficiencia debería valorarse. La descarga telemática de la documentación electoral parece la alternativa más factible, no sólo por el ahorro en costes, sino por la rapidez para disponer de la documentación para emitir el voto, que debería hacerse en papeleta en blanco con posibilidad de indicar la opción política a la que se desea otorgar el sufragio, aunque se plantea la dificultad de que esta modalidad de voto para el caso de la elección de los representantes en el Senado. Los sobres para depositar el voto podrían ponerse a disposición en las oficinas postales —para lo que es necesaria la coordinación con los servicios de correos de los terceros países— para quienes opten por emitir su voto por correspondencia, y en las sedes diplomáticas para el caso de quienes opten por el voto en urna. Para facilitar el flujo de información en el periodo electoral, debería hacerse un esfuerzo por recabar datos de los residentes en el extranjero que permitan un contacto permanente, tales como el teléfono móvil y, sobre todo, el correo electrónico.

Ha de explorarse la creación de la circunscripción «provincial» exterior con un número fijo de escaños asignados a elegir en Congreso y Senado, si bien deben resolverse las cuestiones suscitadas en este trabajo en torno al encaje constitucional. Esta nueva circunscripción permitiría *cristalizar* la relevancia electoral de la población española residente en el extranjero, favoreciendo la conexión del electorado con sus representantes, aunque éstos no tengan vocación de representación particular únicamente de los intereses de los españoles en el exterior. Habría que plantear, además, como ocurre en Italia o Portugal, si a su vez es conveniente

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

dividir el electorado exterior en varios distritos o zonas, para intentar corregir el desequilibrio en la distribución de españoles residentes en el extranjero.

Por último, resultaría conveniente que el legislador incorporara disposiciones acerca de las actividades de la campaña electoral realizadas en el exterior, posibilitando incrementar el límite del gasto electoral para aquellos partidos que hagan campaña en el extranjero. Así mismo, las formaciones concurrentes a las elecciones deberían poder comunicarse con los electores inscritos en el CERA a través de las delegaciones diplomáticas, que deberán remitir la información vía correo electrónico a través de los datos de contacto disponibles. Y, de articularse la creación de la circunscripción «provincial» exterior, sería oportuno facilitar la celebración de debates electorales entre los cabezas de las candidaturas que optasen a la elección de representantes por esta circunscripción, lo que permitiría incrementar el interés por el desarrollo de la propia campaña electoral, incentivaría el voto y el vínculo entre representados y futuros representantes.

En definitiva, este trabajo ha pretendido contribuir a la mejora del sistema de representación, con un debate en torno al denominado *voto rogado* y la práctica del mismo desde su generalización en 2011. En conexión, hemos realizado propuestas para mejorar la participación de los españoles residentes en el extranjero, con respeto a los principios democrático y de igualdad. En nuestra opinión, de no atender al menos los cambios aquí planteados, el sistema de representación permanecerá incompleto y sobre el que seguirá creciendo la desconfianza por parte de la ciudadanía, tarea que sin duda no puede ser ajena al Derecho constitucional.

***

TITLE: *Implementation of 'voto rogado' in Spain: harmful limit to electoral participation of the spanish residents abroad on point of amendment*

ABSTRACT: *The reform of electoral legislation about the vote of Spanish citizens residing abroad has generated a political and social debate on the convenience of maintaining the so-called "voto rogado" since its approval in 2011. The legal change sought to increase the guarantees in the exercise of the right to active suffrage abroad, but it actually incorporated another obstacle in the procedure, making it difficult for Spanish residents abroad to vote. As a result, the voter turnout rates of Spanish citizens residing abroad in the electoral processes held from 2011 are lower than those registered before this reform. Recently, the Parliamentary Subcommittee for the electoral reform is debating a legal amendment to repeal "voto rogado", although there is still no unanimous agreement around the new formula for exercising the right to vote of Spanish citizens residing abroad.*

RESUMEN: *La reforma de 2011 de la legislación electoral, relativa al voto de los españoles en el extranjero, ha generado un debate político y social desde su aprobación sobre la conveniencia de mantener el denominado voto rogado. El cambio legal buscaba incrementar las garantías en el ejercicio del derecho al sufragio activo en el exterior, pero realmente incorporó una traba más al procedimiento dificultando la participación electoral de los españoles residentes en el extranjero. Como consecuencia, las cifras de participación de españoles en el extranjero en los procesos electorales celebrados desde 2011, son inferiores a las registradas antes de la reforma. Recientemente, la Subcomisión parlamentaria para la reforma electoral debate una modificación legal para derogar el voto rogado, aunque todavía no existe un acuerdo unánime en torno a la nueva fórmula para el ejercicio del derecho al voto de los españoles residentes en el extranjero.*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

KEY WORDS: *political paticipation, abroad, right to vote, elections, Democracy.*

PALABRAS CLAVE: *participación política, extranjero, derecho de sufragio, elecciones, Democracia.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *15.06.2018* FECHA DE ACEPTACIÓN: *05.02.2019*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

¿DIFERENCIAR O *SEGREGAR* POR RAZÓN DE SEXO? A PROPÓSITO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA POR SEXO Y SU FINANCIACIÓN PÚBLICA. COMENTARIO A LA STC 31/2018 Y CONEXAS

MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Málaga

SUMARIO

I. Introducción. II. Sobre la constitucionalidad de la educación diferenciada por sexos. III. Sobre su financiación pública. IV. A modo de valoración.

I. INTRODUCCIÓN

Afirmar que el pretendido consenso que presidió la elaboración del art. 27 CE no fue verdaderamente tal o, en todo caso, hace ya bastante tiempo que se vio superado sin que llegara a proyectarse realmente sobre las sucesivas leyes que tras la entrada en vigor de la Constitución han desarrollado el derecho fundamental a la educación no es algo que, a estas alturas, deba causar sorpresa alguna[1]. Como

1 De «consenso de inclusión de mínimos» basado en la yuxtaposición de los rasgos más importantes de los modelos de escuela privada y de escuela pública habla G. CÁMARA VILLAR, «Constitución y educación. Los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución de 1978), G. TRUJILLO; L. LÓPEZ GUERRA y P. GONZÁLEZ-TREVIJANO (dirs.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, CEPC, Madrid, 2000, p. 267; A. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR y A. J. SÁNCHEZ NAVARRO, por su parte, subrayan que el consenso que presidió la elaboración de este artículo no se debió tanto a la actitud generosa de diálogo y transacción de los grupos políticos como a un «notable malentendido sobre su alcance real» que es lo que explica que las sucesivas leyes que han desarrollado los derechos allí contenidos hayan sido objeto de una dura polémica y de contestación social y parlamentaria, «Artículo 27. Enseñanza», O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III (Artículos 24 a 38), Edersa, Madrid, 1996, p. 187. Para J. NICOLÁS MUÑIZ, el compromiso plasmado en el art. 27 —al que califica como «una auténtica fórmula de compromiso muy apurado en todos sus términos»— representó más bien «una especie de tregua» a la que pondría definitivamente fin «la discusión y

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

tampoco lo es constatar una vez más que la educación sigue siendo un terreno abonado para la polémica y la controversia sobre la que cada cierto tiempo se reaviva la tensión nunca resuelta del todo entre los dos grandes modelos educativos confrontados y sostenidos, a su vez, por las dos principales opciones políticas e ideológicas articuladas en torno a los mismos. La última de estas ocasiones, al menos hasta el momento, a propósito de la comúnmente conocida en nuestro país como *educación diferencia por razón de sexo*. Esto es, aquella que consiste en escolarizar al alumnado de uno sólo de los sexos o, menos frecuente entre nosotros, la que, admitiendo a ambos organiza, sin embargo, la docencia en aulas separadas para unos y otras. Hablamos pues de la monoeducación por contraposición a la educación mixta o coeducación.

Cabe recordar que este modelo monoeducativo hunde sus raíces en una época anterior a la propia Constitución pero va a pervivir tras la entrada en vigor de la misma, aunque limitado al ámbito de la enseñanza privada y coexistiendo con la educación mixta, única en el ámbito de la educación pública y de mayoritaria implantación entre los privados, sin bien algunos de estos centros alcanzarán la condición de concertados pasando a estar financiados por el Estado. No será hasta iniciado el presente siglo cuando se plantee la modificación de la normativa estatal que vía omisión había hecho posible el mantenimiento de este *statu quo*[2]. Lo hará la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante, LOE) mediante la mención expresa en el apartado 3 de su art. 84 —que regula el proceso de admisión del alumnado en los centros públicos y privados concertados— de una causa que hasta entonces había permanecido ausente en el listado de las expresamente proscritas de discriminación: el *sexo*[3]. A la que se acompaña (Disposición adicional vigesimoquinta), con la intención declarada de fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, la declaración de que serán objeto de una atención preferente y prioritaria aquellos centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas.

aprobación de la primera ley de desarrollo del artículo 27 de la Constitución, la Ley Orgánica del Estatuto de Centros de Enseñanza no Universitarios», «Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución Española», *REDC,* n.º 7, 1983, pp. 335 y 337.

2 No obstante, ya con anterioridad algunas Comunidades Autónomas habían intentado excluir, mediante la aprobación de normas propias, a estos centros de la financiación pública. Cfr. O. Salazar Benítez, «Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación. Sobre la inconstitucionalidad de la reforma del artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación», *REDC,* n.º 106, 2016, p. 454, nota 7.

3 De acuerdo con el cual: «En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, *sexo*, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.» (énfasis añadido). Frente a esta redacción, el art. 35.Uno de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares (LOECE) disponía que «En ningún caso habrá discriminación en el ejercicio de este derecho por razones de lenguas, raza, creencia y situación económico-social»; el art. 20.2 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE) que «En ningún caso habrá discriminación en la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento»; y el art. 72.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE) que «En ningún caso habrá discriminación en la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento.» Ninguna alusión, pues, en ellas al sexo entre las causas de discriminación prohibidas.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

No obstante la polémica que, al igual que en el caso de leyes educativas precedentes, rodeó la tramitación y entrada en vigor de esta Ley, no fue objeto de impugnación directa ante el Tribunal Constitucional (en adelante, también TC o el Tribunal). Tampoco, por tanto, en lo relativo a esta cuestión sobre la que sin embargo sí acabará pronunciándose el TC con ocasión del recurso de amparo planteado por un centro privado que escolarizaba sólo a alumnado masculino al que la Consejería de Educación del Gobierno de Cantabria le denegó, tras la entrada en vigor de la LOE, la renovación del concierto educativo[4].

Sí lo será, por el contrario, la LO 8/2013, de 9 de diciembre, de mejora de la calidad educativa (en adelante, LOMCE) que, por lo que aquí interesa, modifica la redacción originaria del art. 84.3 de la LOE mediante la adición de dos nuevos apartados que vienen a matizar la rotunda prohibición de toda discriminación en el proceso de admisión del alumnado por razón de sexo. Así, se dispone ahora que: «No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferencias por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960. En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad.»[5]

Además, y al objeto de regular la aplicación temporal del nuevo art. 84.3 LOE, la LOMCE incluye una Disposición transitoria segunda con el siguiente contenido: «Los centros privados a los que en 2013 se les haya denegado la renovación del concierto educativo o reducido las unidades escolares concertadas por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos podrán solicitar que se les aplique lo indicado en el artículo 84.3 de esta Ley Orgánica para el resto del actual período de conciertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor».

Ambas, juntos con otras disposiciones de la LOMCE a las que, sin embargo, ninguna referencia se hará aquí por no formar parte del objeto de este estudio, serán objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Resueltos mediante otras tantas SSTC. Empezando por la STC 31/2018, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad n.º 1406-2014

4 Resuelto mediante la STC 74/2018. También la STC 73/2014 se dicta a propósito de un recurso de amparo similar al anterior, pero aquí el TC se limitó a declarar la extinción del recurso por pérdida sobrevenida de su objeto sin realizar pronunciamiento alguno sobre la LOE.

5 Apartados 2 y 3 del art. 84.3 LOE, en la redacción dada al mismo por el apartado sexagésimo primero del artículo único de la LOMCE.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario socialista en el Congreso. A la que siguen las SSTC 49/2018 (recurso de inconstitucionalidad n.º 1385-2014, interpuesto por el Parlamento de Cataluña por lo que aquí interesa sólo contra la Disposición transitoria segunda de la LOMCE al entender que invade competencias propias de la Comunidad Autónoma de Cataluña); 53/2018 (recurso de inconstitucionalidad n.º 1433-2014, interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias); 66/2018 (recurso de inconstitucionalidad n.º 1435-2014, interpuesto por el Gobierno de Canarias); y STC 67/2018 (recurso de inconstitucionalidad n.º 1455-2014 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía)[6]. A las que hay que añadir la STC 74/2018 que, aunque dictada en un recurso de amparo y respecto de la decisión adoptada por una Comunidad Autónoma de no renovar, bajo la vigencia de la LOE, el concierto a un centro educativo que escolarizaba únicamente a niños, contiene, sin embargo, pronunciamientos de gran interés para el objeto de nuestro estudio.

Todas ellas, particularmente la que inicia la saga (STC 31/2018), constituyen un conjunto de sentencias que presentan un interés indudable por diversas razones. La primera, y probablemente más evidente, porque se trata de la primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre esta cuestión y, por tanto, sobre el alcance del derecho del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo e identidad de género en el ámbito de la educación, fijando su doctrina constitucional al respecto. Es por ello que, con razón, se ha calificado a la STC 31/2018 como un *leading case*. Además, en ellas el Tribunal pone fin, dice la *última palabra* en un debate que ya había suscitado la atención de la doctrina[7] y sobre la que también se había pronunciado la jurisdicción ordinaria,

6 Además de en las citadas, el TC se ha pronunciado sobre la LOMCE en las SSTC 14/2018, 34/2018 y 68/2018, si bien en ninguna de ellas en relación con las disposiciones relativas a la educación diferenciada por razón de sexo, razón por la que no se incluyen en la enumeración anterior.

7 Sobre el que, sin ánimo de exhaustividad en la enumeración, se habían pronunciado ya al menos los siguientes autores: B. Aláez Corral, «El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública», *REDC,* n.º 86, 2009, pp. 31-64, y también del mismo autor, «El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas, *REDF*, n.º 17, 2011, pp. 91-129; M. Calvo Charro, «Los colegios diferenciados por sexo en Estados Unidos: constitucionalidad y actualidad de una tendencia imparable», *Revista de Derecho Político*, n.º 86, 2013, pp. 159-194 y también de la misma autora, «Régimen de admisión a los centros sostenidos con fondos públicos», *CDJ*, n.º 11 (monográfico dedicado a *Los derechos fundamentales en la educación*), 2007, en particular pp. 105 y ss.; O. Celador Angón, «Educación diferenciada y régimen de conciertos en la LOMCE», *Anuario de Derecho a la Educación. 2014*, 2016, pp. 9-28; L. Cotino Hueso, *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, CEPC, Madrid, 2012, pp. 266-271; J. Esteve Pardo, «Paradojas de la discriminación en materia educativa», *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 37, 2013, pp. 4-12; J. L. Martínez López-Muñiz, «Escolarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad», *REDA*, n.º 154, 2012, pp. 71-108, y también del mismo autor, *Siete tesis sobre la legalidad de una educación escolar especializada por razón de sexo* (http://www.diferenciada.org/node/172); P. Nuevo López, «Derechos fundamentales e ideario educativo constitucional», *Revista de Derecho Político*, n.º 89, 2014, en particular pp. 226 y ss.; O. Salazar Benítez, «Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación…, *cit.*, pp. 451-478; y C. Vidal Prado, «El diseño constitucional de los derechos educativos ante los retos presentes y futuros», *RDP*, n.º 100, 2017, en particular pp. 761 y ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

particularmente el Tribunal Supremo, si bien en un sentido diferente, al menos parcialmente, al que ahora lo hará el Tribunal Constitucional[8]. Sólo por ello ya son dignas de atención. Pero es que, además, y más allá de cual sea la concreta interpretación alcanzada por el Tribunal en esta cuestión y de su condición de *caso difícil*, o tal vez justamente por todo ello, estas sentencias presentan la importancia singular de proyectarse sobre la esencia misma de la función jurisdiccional y sus límites, particularmente en relación con la labor de concretización de los derechos fundamentales que, dentro del marco diseñado por la Constitución, corresponde al legislador democrático.

En todo caso y en la medida en que esta doctrina del TC se establece en la STC 31/2018 es de ella de la que nos vamos a ocupar preferentemente y a la que irán dirigidas nuestros comentarios y objeciones. Sin perjuicio de que puntualmente se pueda hacer también referencia a las restantes. Seguiremos, además, a efectos expositivos, el mismo orden empleado tanto por los recurrentes como por el Tribunal. Así, nos ocuparemos primero de la constitucionalidad o no de la monoeducación o educación diferenciada por razón de sexo, y a la que la STC 31/2018 le dedica su FJ4.a). Para abordar después la relativa a la financiación pública a través del régimen de conciertos educativos de este tipo de centros [STC 31/2018, FJ4.b)].

8 Por todas, la STS de 23 de junio de 2014, fundamento de derecho quinto, dictada en relación con el art. 84.3 LOE en su redacción originaria, que transcribimos aquí, a pesar de su extensión por cuanto se refiere a todos los aspectos sobre los que, tras su modificación por la LOMCE, se pronunciará el TC con un resultado muy diferente: «Antes de nada, conviene advertir que no está en cuestión la existencia de la educación diferenciada, tan legítima como el modelo de coeducación que establece la Ley. Lo que se cuestiona es que ese tipo de enseñanza aceda a la financiación pública propia de un concierto educativo. El mandato legal, en definitiva, descarta que la enseñanza separada, por razón de sexo, pueda acogerse al sistema de enseñanza gratuita de centros concertados sostenidos con fondos públicos. El mentado artículo 84.3 expresa, por tanto, una opción legítima que adopta el legislador y que no contraría el artículo 27.9 de la CE que dispone que «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca». De modo que ese derecho que es de configuración legal no alcanza, de conformidad con lo que dispone la Ley Orgánica de Educación de 2006, a los centros docentes que opten por el modelo de educación diferenciada que no pueden ser concertados, y por ello no pueden ser sostenidos con fondos públicos. Tras la expresada Ley Orgánica de Educación no resulta conforme a Derecho que esos centros privados, de educación no mixta, puedan tener la condición de concertados sostenidos con fondos públicos, cuando expresamente, insistimos, en el régimen de admisión de alumnos se prohíbe la discriminación por razón de sexo, ex artículo 84.3 de la Ley. Y esa imposibilidad de obtener conciertos para esos centros docentes tampoco perturba ningún derecho constitucional de los padres, que conservan el derecho de libre elección de centro y el de los titulares a la creación de centros con ideario o carácter propio. Sin que se vulnere el número 9 del artículo 27 de la CE porque determinados centros no puedan acceder al concierto si no reúnen los requisitos que la Ley establece. También hemos señalado que ni la LODE ni la LOCE reconocen a los titulares de los centros concertados el derecho a establecer en ellos un sistema de enseñanza diferenciada como parte integrante de su derecho de creación y dirección de centros privados y que, por esta razón, deba ser aceptado como un contenido adicional de lo directamente establecido en el artículo 27 de la CE. El sistema de enseñanza mixta, en el caso de los centros concertados, es una manifestación o faceta más de esa competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados. Esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros privados que reciben ayudas públicas, en virtud de lo establecido en el artículo 27.9 de la CE.»

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

No obstante, aún nos gustaría realizar una última observación. De la lectura y análisis de la STC 31/2018 se desprende que es posible diferenciar tres posiciones entre los magistrados y magistradas del TC que en ella se pronuncian. Dos, de máximos y antagónicas entre sí y una tercera, intermedia.

Una de ellas, de acuerdo con la cual la educación diferenciada no sólo no es inconstitucional, sino que el Estado está obligado a financiar este tipo de centros en igualdad de condiciones con los privados que coeducan por cuanto que, no hacerlo sería, justamente, discriminatorio para los monoeducativos. Esta es la interpretación que conseguirá concitar la mayoría de votos necesaria para conformar la posición del Tribunal.

Frente a ella, la posición minoritaria sostenida por los magistrados y la magistrada discrepantes según la cual el modelo educativo que separa al alumnado en función de su sexo, bien en el momento de su admisión —escolarizando sólo a niños o a niñas— bien en su organización mediante aulas separadas es inconstitucional. Porque supone una discriminación por razón de sexo e identidad de género y/o porque resulta incompatible con el denominado ideario educativo de la Constitución o ideario educativo constitucional, esto es, con los fines que el art. 27.2 CE atribuye a la educación[9]. Dada su inconstitucionalidad no tiene ningún sentido plantearse nada acerca de su posible financiación pública que estaría absolutamente prohibida.

Se trata por lo demás de dos posiciones diametralmente opuestas que se refleja incluso en la terminología empleada por unos y otros. *Diferenciación* frente a *segregación*. Así mientras que para la mayoría, y por tanto para el Tribunal se trata de una mera diferenciación por razón de sexo sin trascendencia constitucional, para los magistrados y la magistrada que suscriben los votos particulares discrepantes nos encontramos ante una segregación por razón de género, entendido este término en un sentido amplio, que, por tanto, no tiene cabida en nuestro sistema constitucional.

Frente a ellas, todavía es posible sistematizar una tercera posición, intermedia entre ambas: El modelo monoeducativo no es en sí mismo inconstitucional pero el legislador es libre para decidir lo que estime oportuno acerca de su financiación, pudiendo tanto regular su acceso al régimen de conciertos como excluirlos, limitando la financiación pública sólo a los centros privados mixtos. Se correspondería con la posición que sostiene la Magistrada y vicepresidenta del TC Roca Trías en su voto particular concurrente.

Todavía y a la luz de la doctrina establecida en la STC 31/2018 —que avala su constitucionalidad— cabe articular una cuarta posición, como adelanta el

9 Como es sabido la expresión ideario educativo de la Constitución la acuña el Magistrado Tomás y Valiente en su voto particular a la STC 5/1981. Desde entonces se ha generalizado —bien así o como *ideario educativo constitucional*— y es habitual su uso para referirse al contenido del art. 27.2 CE. Rechaza, sin embargo, su empleo J. Esteve Pardo, quien prefiere hablar de ideario educativo común, «Paradojas de la discriminación en materia educativa», *cit.*, p. 11.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Magistrado Xiol Ríos al inicio de su voto particular y que suscribe completamente quien esto escribe. La educación diferenciada por razón de sexo sólo tiene cabida en el ámbito de la enseñanza privada y privada concertada. Nunca en el de la educación pública. Esto es, el pronunciamiento del TC de acuerdo con el cual la educación diferenciada por razón de sexo no es *per se* inconstitucional y en consecuencia el Estado está obligado a financiar a los centros privados monoeducativos en igualdad de condiciones con los privados mixtos se refiere única y exclusivamente a los centros privados y privados concertados. Sobre ello volveremos al final de este trabajo.

II. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA POR SEXOS

La primera de las objeciones se formula respecto del apartado segundo del art. 84.3 LOE en la redacción dada por la LOMCE y, por tanto, respecto del mismo modelo monoeducativo al que se considera incompatible con los arts. 14, 9.2 y 27.2 CE y, por tanto, inconstitucional. Sostienen los recurrentes que este tipo de educación es discriminatoria por razón de sexo y, además, resulta contrario a los fines de la educación establecidos en el art. 27.2 CE, en particular por lo que se refiere al respeto y fomento de la plena igualdad entre hombres y mujeres (art. 9.2 CE).

El TC va a rechazar, sin embargo, esta pretendida inconstitucionalidad mediante un razonamiento en tres pasos cuyo punto de partida —*paso primero*— viene constituido por la consideración de que la educación diferenciada por razón de sexo constituye tan sólo un modelo u opción pedagógica, de carácter meramente instrumental, fundado en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos. Al que sigue —*paso segundo*— su ubicación dentro del ámbito constitucionalmente protegido por el art. 27.6 CE y, por tanto, de la libertad de creación de centros docentes y del derecho a dotar a estos de un ideario o carácter propio del que la educación diferenciada, como opción pedagógica que es, formaría parte. Excluye así el Tribunal que su cobertura constitucional venga dada por el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE) «con el contenido y los límites que le son inherentes» —más angostos, habría que añadir, que los del art. 27.6 CE— lo que hubiera sucedido si la educación diferenciada pudiera ser concebida como «una determinada concepción de la vida o cosmovisión con un contenido filosófico, moral o ideológico», algo que el Tribunal expresamente rechaza.

No obstante, es preciso destacar que este encaje constitucional en el art. 27.6 CE en vez de en el más restrictivo art. 27.3 CE y todo el esfuerzo argumentativo que el Tribunal realiza aquí (STC 31/2018) para justificarlo va a ser ignorado por él mismo poco después. Concretamente en la STC 74/2018 en la que otorga el amparo solicitado por la asociación de padres de alumnos Torrevelo del colegio

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

homónimo al entender que la decisión de la Consejería de Educación y del Gobierno de Cantabria de no renovar el concierto al colegio antes referido por la razón de que escolarizaba sólo a niños lesionó, entre otros, el derecho de los recurrentes a elegir la formación religiosa y moral más acorde con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). Justamente el derecho que en este primer momento el Tribunal está negando que entre en juego en relación con la educación diferenciada por sexo.

En todo caso, y como quiera que esta incongruencia no se va a producir hasta más adelante, una vez fijado en el art. 27.6 CE el anclaje constitucional de este modelo educativo, aún le quedaría al Tribunal por examinar —*paso tercero*— si no obstante esta protección constitucional, si no obstante formar parte del ideario o carácter propio de los centros privados que han optado por esta fórmula educativa, la educación diferenciada por sexo resulta inconstitucional por contravenir otros preceptos constitucionales (principios, derechos, fines) que actúan como límites a la libertad de creación de centros docentes y al derecho a dotarlos de un ideario educativo. En este sentido, afirma expresamente el Tribunal que «resulta claro que el carácter propio no sería aceptable si tiene un contenido incompatible por sí mismo con los derechos fundamentales o si, sin vulnerarlos frontalmente, incumple la obligación derivada del artículo 27.2 de la Constitución, de que la educación prestada en el centro tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia, y a los derechos y libertades fundamentales en su concreta plasmación constitucional, pues estos han de inspirar cualquier modelo educativo, público o privado.» Sucede, sin embargo, que a pesar de esta afirmación y de que los recurrentes habían fundamentado su pretensión de inconstitucionalidad no sólo en el art. 14 CE sino también en los arts. 9.2 y 27.2 CE, el Tribunal Constitucional va a centrar su análisis sobre la constitucionalidad de la educación diferenciada casi exclusivamente en el art. 14 CE y, por tanto, en si la misma constituye una discriminación por razón de sexo. Pero sin confrontarla con los arts. 27.2 CE y 9.2 CE. Sólo de manera incidental se refiere a la necesidad de que este modelo educativo, como cualquier otro, respete los fines de la educación tal y como han sido establecidos en el art. 27.2 CE, pero sin extraer todavía ninguna conclusión al respecto, lo que sólo hará al abordar la segunda de las objeciones de inconstitucionalidad planteadas, la relativa a su financiación con fondos públicos.

Centrado en este punto el debate en el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, excluye el Tribunal que la educación diferenciada por sexo constituya *per se* una discriminación por razón de sexo. Lo que les exime de cualquier indagación ulterior acerca de la especial justificación y proporcionalidad de la decisión del legislador de validar una educación de este tipo. La mayoría de los integrantes del Tribunal Constitucional y, por tanto, el mismo Tribunal, alcanzan esta decisión tras un proceso hermenéutico en el que, aplicando el canon contenido en el art. 10.2 CE, el argumento fuerte —el único cabría decir— va a venir constituido por la regla de equivalencia o equiparabilidad respecto de

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los centros escolares y las enseñanzas que en ellos se prestan contenida en el art. 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960 y a la que el propio precepto legal impugnado remite para justificar el carácter no discriminatorio de la educación diferenciada por sexos y que ahora el Tribunal valida[10].

Por tanto, siempre que se cumplan estas condiciones de equiparabilidad, y para el TC esto es algo que «está fuera de toda duda, pues está garantizado el puesto escolar en todos los casos; y la programación de las enseñanzas que corresponde a los poderes públicos ex artículo 27.5 CE, así como la forma esencial de prestación de las mismas, no hacen distinción alguna entre centros mixtos, centros femeninos y centros masculinos», la «educación diferenciada no puede ser considerada discriminatoria.» De modo tal que, si alguna diferencia de trato indebida se produjera, esta no sería imputable al modelo en sí, sino que habría que atribuirla al concreto centro escolar en que tuviera lugar {STC 31/2018, f.j. 4.a) *in fine*}

Frente a esta decisión mayoritaria del Tribunal Constitucional, tres Magistrados (Valdés Dal-Ré, Conde-Pumpido Tourón que se adhiere al formulado por el primero y Xiol Ríos) y una Magistrada (Balaguer Callejón) van a formular votos particulares discrepantes.

Con diferentes matices hay en ellos plena coincidencia en que la educación diferenciada por sexo es inconstitucional y así debió ser declarada por el Tribunal Constitucional. Discrepan también del proceso hermenéutico seguido por el Tribunal para rechazar tal inconstitucionalidad e incluso respecto de cuál debió ser la perspectiva principal desde la que analizar y resolver la compatibilidad con la Constitución de este modelo educativo.

Así, todos coinciden en lo evidente: el modelo educativo conocido como educación diferenciada o segregada por razón de sexo toma como elemento diferenciador —ya sea en la admisión del alumnado o en la organización de la enseñanza— uno de los rasgos o características expresamente recogidos en la Constitución (art. 14 CE) como sospechosos de ser discriminatorios: el sexo. Lo que convierte a este modelo educativo basado en su utilización cuanto menos en sospechosamente inconstitucional, por discriminatorio (de «situación intrínsecamente sospechosa de discriminación» lo califica el Magistrado Xiol Ríos en su voto particular). No sólo por razón de sexo en sentido estricto, sino también

10 De acuerdo con el cual: «En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención: a. La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes.»

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

—como destaca el Magistrado Xiol Ríos y la Magistrada Balaguer Callejón— por razón de la identidad sexual o de género de aquellos niños, niñas y adolescentes que no se identifican claramente con ninguno de los géneros binarios tradicionales (masculino/femenino), sino que son intersexuales. Sólo por esta razón, debió ser sometido al juicio —en cualquier caso, mucho más riguroso que el genérico de la igualdad al utilizar precisamente el sexo como causa de diferenciación— acerca de su legitimidad constitucional. Y sin que la apelación que la mayoría del TC hace al art. 2 de la Convención de la UNESCO sea suficiente para disipar esta presunción de inconstitucionalidad por discriminación. Las razones que se aducen para ello son varias, pero podemos sistematizarlas en las dos siguientes. En primer lugar, porque al integrar de este modo nuestro derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo en el ámbito educativo —conforme a lo previsto en el art. 2 de la Convención— la mayoría del TC incurre en una interpretación y aplicación descontextualizada de dicho precepto convencional, que prescinde de la finalidad teleológica última de esta norma en el momento histórico en el que se elabora y de la existencia de otras normas internacionales más recientes, igualmente ratificadas por España, en las que se aboga por la educación mixta como una de las herramientas principales para luchar contra los estereotipos y las discriminaciones de mujeres y niñas en el ámbito educativo, así como de la evolución habida en el Derecho antidiscriminatorio, en general. En segundo lugar, porque, además, al razonar así se impone una interpretación regresiva de este derecho constitucional, contraria al más elemental entendimiento de la cláusula interpretativa contenida en el art. 10.2 CE.

A ello todavía habría que añadir que, a nuestro juicio, en ningún momento debió otorgársele el protagonismo que el Tribunal le concede a la hora de integrar el contenido del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo en el ámbito educativo. Por la sencilla razón de que el propio art. 2 de la Convención de la UNESCO remite previamente a los Estados para determinar la admisibilidad de este tipo de educación. Sólo en el caso de que los Estados admitan la educación diferenciada del alumnado en función de su sexo podrá la misma no entenderse como discriminatoria a los efectos de lo previsto en la norma convencional. Por eso, como afirma con acierto Balaguer, tan compatible con la Convención es la admisión como la prohibición de este tipo modelo educativo, pero sin que sea posible deducir de la ausencia de su prohibición en un Tratado Internacional su constitucionalidad. Porque de eso es de lo que se trata aquí: de determinar si la educación diferenciada por sexo, en todo caso admitida por el ordenamiento internacional, tiene, además, cabida en nuestro ordenamiento. Lo que indefectiblemente dependerá de si resulta constitucional o no[11].

11 En palabras de O. Celador Angón: «una cosa es que la LOMCE pueda encajar en el espíritu de la Convención, y otra muy diferente que ésta sea coherente con el mandato constitucional», «Educación diferenciada y régimen de conciertos en la LOMCE», *cit.*, p. 28.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Descartado, pues, en los votos particulares que el art. 2 de la Convención de la UNESCO pueda otorgar la cobertura constitucional —vía art. 10.2 CE— pretendida por el legislador y aceptada por la mayoría del Tribunal Constitucional, resulta aún más diáfano —a juicio de los magistrados discrepantes— que la previsión introducida por el legislador en el art. 84 de la LOMCE debió ser sometida al juicio más estricto de igualdad. Aquel consistente en su razonabilidad y proporcionalidad. Que, sin embargo, entienden que en ningún caso hubiera superado. Porque incluso si se tuviera por subsanado el incumplimiento por parte del legislador de la carga que le incumbe de probar el carácter justificado y proporcionado de permitir la segregación escolar en los centros educativos concertados, explicitando cuanto menos las razones que le han llevado a acoger esta modalidad educativa; incluso si se diesen por buenas las razones tradicionalmente esgrimidas para justificar su bondad y constitucionalidad consistente en la mejora en el rendimiento académico de los niños, niñas y adolescentes al tener en cuenta las diferentes capacidades cognitivas de unos y otras; en ningún caso salvaría las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

Para el Magistrado Xiol Ríos porque el modelo de segregación sexual en las escuelas adolece de al menos dos problemas estructurales que la convierten en intrínsecamente desproporcional: el primero «que la formación de personas responsables llamadas a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural en condiciones de igualdad y tolerancia, como función encomendada al sistema educativo, no es una cuestión de aprendizaje teórico que dependa de medidas académicas, sino vivencial». El segundo, «que excluye, por su carácter binario, cualquier posibilidad de integrar a las personas intersexuales.». Sin que la exigencia prevista en la Ley acerca de que los centros privados que opten por la fórmula de la segregación y pretendan acceder a los conciertos educativos deban justificar en su proyecto educativo, además de las razones educativas de la elección de dicho sistema, las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad y el control de la administración educativo sobre dicha justificación «sea suficiente» «ni siquiera en abstracto» «para solventar los problemas de desproporcionalidad intrínsecos a la segregación sexual binaria escolar».

También la Magistrada Balaguer Callejón, partiendo de la consideración de que «la educación como derecho constitucionalmente reconocido, no puede aspirar solo a garantizar la transmisión de conocimientos, y el consecuente éxito académico, sino que busca formar ciudadanos y ciudadanas responsables, llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad igualitaria, a la que llaman con insistencia los artículos 14 y 9.2 CE» y de que la educación diferenciada «no es capaz de superar los estereotipos, y las dificultades de igualación entre hombres y mujeres, que demanda el artículo 9.2 CE» concluye que el «equilibrio entre la formación de la ciudadanía, y la educación del alumnado, quiebra con esta medida, que por ello no puede considerarse proporcional a la hora de asegurar la garantía del derecho a la igualdad (art. 14 CE) y a la educación, con el objeto que a ella asocia el artículo 27.2 CE».

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por su parte, el Magistrado Valdés Dal-Ré, para el que ninguna hay acerca de la inconstitucionalidad por vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo de un modelo educativo como el que aquí se debate, destaca en su voto particular —al que se adhiere el Magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón— que el punto de partida del análisis de la constitucionalidad del mismo debió ser otro bien distinto: «Desde una perspectiva constitucional, que es la única en la que importa aquí reparar, el debido test al que ha de someterse y, por consiguiente, superar el ideario de todo centro escolar, incluida la técnica pedagógica adoptada, no consiste en discernir si con dicho ideario se obtienen buenos, mediocres o malos rendimientos académicos sino, y ello es bien diferente, si el resultado educativo se mantiene en o se separa del marco del ideario constitucional. (…) ¿la educación diferenciada por sexo es acorde con el ideario constitucional o, por el contrario, pugna con él?»[12].

Para alcanzar un resultado negativo: «En este sentido (…) la educación segregada por sexo priva a los alumnos y a los profesores del escenario o contexto necesarios para educar a partir de una percepción democrática de los acusados conflictos de género que en nuestra sociedad aún se mantienen, sin que, lamentablemente, los poderes públicos adopten las medidas necesarias para su prevención y consiguiente solución. Los modelos pedagógicos de la educación diferenciada, al confrontar con ese ideario educativo, se sitúan fuera del contenido esencial del derecho a la educación; o, si se prefiere, de la libertad de enseñanza y de creación de centros escolares.»[13]

Se trata de un análisis que, como ya hemos mencionado, está, sin embargo, ausente en esta fase del control de constitucionalidad de la educación diferenciada y que sólo abordará el TC con ocasión de la segunda de las tachas de inconstitucionalidad alegadas, la que tiene que ver con su financiación con fondos públicos.

12 También para B. Aláez Corral esta es la *prueba de fuego* a la que se debe someter el ideario propio de un centro escolar, incluida, en su caso, la educación diferenciada que se incluya en aquél, «El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada …, *cit*., p. 40 (énfasis añadido); y en «El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas», *cit.* p. 120. Para G. Cámara Villar, el art. 27.2 CE es «la construcción medular a partir de la cual es necesario interpretar las demás normas contenidas en el artículo 27, a las que, por otra parte, limita», «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución Española», *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, vol. III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, p. 2185; y en «Los derechos y libertades del ámbito educativo …, *cit.*, p. 272. Sin negar la centralidad del art. 27.2 CE pero cuestionando las consecuencias que cabe extraer de dicha relevancia, C. Vidal Prado, «El diseño constitucional de los derechos educativos …, *cit.*, pp. 749 y ss.

13 En idéntico sentido, B. Aláez Corral [«El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada …, *cit.*, p. 44; y «El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas», *cit.*, pp. 122-123]. En sentido contrario, C. Vidal Prado para quien, a partir del punto de vista de la libertad de creación de centros y el derecho a dotarles de carácter propio, «resulta sumamente discutible que el modelo de educación diferenciada no forme parte del contenido esencial de la libertad de enseñanza» («El diseño constitucional de los derechos educativos …, *cit.*, p. 762). De modo más rotundo sobre su encaje en la libertad de enseñanza, tanto en el derecho a la libre elección de centro de los padres como en el derecho a crear nuevos centros docentes con un ideario propio del que formaría parte la educación diferenciada, M. Calvo Charro, «Régimen de admisión a los centros sostenidos con fondos públicos», *cit.,* pp. 109-110.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

III. SOBRE SU FINANCIACIÓN PÚBLICA

Desestimado, pues, que la educación diferenciada por sexos sea *per se* discriminatoria y por tanto, inconstitucional, aborda el Tribunal en su FJ4.b) de la STC 31/2018 la segunda de las objeciones planteadas, de modo subsidiario, por los recurrentes.

Se trata ahora de determinar si resulta compatible con la Constitución, —y particularmente, como en el caso anterior, con sus arts. 9.2, 14 y 27 CE— un precepto legal como el último párrafo del art. 84.3 LOE en la redacción dada por la LOMCE, en la medida en que impide a los poderes públicos excluir a los centros privados que acogen este tipo o modelo de educación del sistema de financiación pública articulada a través del régimen de conciertos, imponiéndoles la obligación de financiarlos en igualdad de condiciones con los coeducativos. Cuestión que igualmente se plantea, por conexión, respecto de la Disposición Transitoria segunda de la LOMCE.

Pues bien, partiendo de la consideración de que nuestra Constitución no contiene un derecho fundamental a la diferencia (del derecho «a ser tratado de forma diferenciada» o «a la singularización normativa» habla aquí el TC) se concluye que «sólo en el caso de que el régimen de educación diferenciada fuera inconstitucional, podría objetarse la opción del legislador de tratar de manera igualitaria ambos modelos pedagógicos en el ámbito de los conciertos educativos.» Descartada ya su inconstitucionalidad por el Tribunal la solución se presenta como obvia, resultando, además, coherente con el razonamiento desarrollado hasta este momento por el TC. La decisión del legislador, contenida en la LOMCE y consistente en financiar a los centros privados que separan entre niños y niñas en igualdad de condiciones respecto de los centros privados coeducativos *no* es inconstitucional. Sencillamente porque —cabría afirmar siguiendo al TC— nada hay en la Constitución que le impida hacerlo. Dicho de otro modo, la Constitución no habría configurado ningún límite al legislador a la hora de regular los centros educativos privados que pueden beneficiarse de las ayudas públicas establecidas al amparo del art. 27. 9 CE, salvo lógicamente la prohibición de financiar aquellas opciones, fórmulas o modelos que resulten absoluta y frontalmente inconstitucionales. No siéndolo la educación diferenciada, la decisión correspondería, en todo caso, al legislador.

Llegados a este punto y más allá de que se compartan o no los argumentos utilizados por el Tribunal para descartar la inconstitucionalidad de este modelo monoeducativo y que sirve de premisa a este razonamiento ulterior, sería perfectamente posible reconocer la corrección formal de esta interpretación. Si es que esta fuese la alcanzada por el Tribunal. Sucede, sin embargo, que no es así. Antes al contrario, continúa razonando hasta acabar afirmando que «dado que las ayudas públicas previstas en el artículo 27.9 CE han de ser configuradas en el respeto al principio de igualdad (STC 86/1985, FJ 3), sin que quepa justificar un diferente tratamiento entre ambos modelos pedagógicos, en orden a su percepción, la

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

conclusión a la que ha de llegarse es la de que los centros de educación diferenciada podrán acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos; dicho acceso vendrá condicionado por el cumplimiento de los criterios o requisitos que se establezcan en la legislación ordinaria, pero sin que el carácter del centro como centro de educación diferenciada pueda alzarse en obstáculo para dicho acceso.» [STC 31/2018, f.j. 4 b) *in fine*].

De este modo, en un giro argumental difícilmente compartible, por las razones que a continuación se expondrán, el TC transforma lo que inicialmente podía entenderse que no era sino una *opción* del legislador en una *obligación* constitucional. O lo que es lo mismo, de la ausencia de una prohibición constitucional que impida al legislador financiar este tipo de centros se pasa a afirmar la existencia de la obligación constitucional de financiarlos en todo caso. Y esta es precisamente una de las objeciones principales —si no, la principal— que, a nuestro juicio, cabe hacer a esta doctrina del TC. Como por lo demás, y formulando votos particulares divergentes entre sí, formalmente concurrente uno, expresamente discrepante el otro, hacen las Magistradas Roca Trías y Balaguer Callejón. Se trata en todo caso de una crítica que puede articularse en torno a tres ideas principales.

La primera, es que al razonar de este modo el TC se excede de lo requerido para dar adecuada respuesta a la objeción de inconstitucionalidad tal y como ha sido planteada por los recurrentes. La segunda, consistente en que, al resolver en el modo en que lo hace, constriñe las legítimas opciones constitucionales del legislador democrático en esta cuestión, estrechando indebidamente el marco constitucional, otrora abierto, hasta dejarlo prácticamente reducido a la nada. La tercera, atinente a que los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional no resultan lo suficientemente incontrovertibles como para que la interpretación por él realizada puede entenderse inequívocamente inferida de la propia Constitución[14].

Así, por lo que se refiere a la primera de ellas, ambas magistradas coinciden en lo esencial. De incurrir en el «claro defecto de superar la queja planteada por los recurrentes» habla la Magistrada Roca Trías. De forma mucho más rotunda, la también Magistrada Balaguer Callejón lo califica como «como un exceso de jurisdicción que olvida el principio de justicia rogada que debe inspirar la acción del Tribunal Constitucional». No siendo necesario este pronunciamiento ulterior para dar adecuada respuesta a la queja planteada por los recurrentes, el TC, en un elemental ejercicio de autocontención, no sólo podría sino que a debería haber dejado imprejuzgada una cuestión que en ningún momento ha sido planteada de modo expreso por los recurrentes en este proceso constitucional: la constitucionalidad o no de la opción opuesta, esto es, la de excluir de la financiación pública a

14 Señala E. García De Enterría la importancia de que los jueces constitucionales acierten a aparecer como intérpretes de la Constitución, lo que sólo sucederá «en cuanto puedan imputar razonablemente a la norma suprema sus decisiones singulares», *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1981, Civitas, Madrid, p. 184.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

aquellos centros educativos privados que no se organicen conforme al principio de coeducación o enseñanza mixta. Su acción debió, pues limitarse a determinar si el último párrafo del art. 84.3 LOE —tras su reforma— excedió o no los límites impuestos por la Constitución sobre esta cuestión, absteniéndose de examinar si otras posibles opciones legislativas lo harían o no.

Pero es que, además, al resolver en el sentido en que lo hace, afirmando que la opción elegida por el legislador de la LOMCE no sólo no es inconstitucional sino que es la *única* constitucionalmente posible, el TC excede y con mucho, la función que le corresponde en el juicio sobre la constitucionalidad de la Ley. Contraviniendo, por lo demás, su propia doctrina al respecto. En efecto, ya en una de sus primeras sentencias (STC 11/1981, f.j. 7) dejó bien claro cuáles eran estos límites, por contraposición a la libertad de que dispone el legislador democrático[15]. «La Constitución —afirmó entonces el TC y ha reiterado después en numerosas ocasiones— es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo». Si esto es así con carácter general (la «Constitución como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios» afirma el TC en su STC 194/1989, f.j. 2) dado el carácter abierto y ambiguo de la mayoría de las normas constitucionales, con más razón cabe afirmarlo aun cuando se trata de la interpretación del precepto constitucional que ahora nos ocupa: el artículo 27 CE, del que se ha afirmado que deja «teóricamente abiertas al máximo las posibilidades del pluralismo»[16]. De modo tal que la función del legislador —y así lo ha precisado en numerosas ocasiones el TC— en modo alguna puede ser concebida como una mera ejecución o aplicación de la Constitución, como sucedería si todas las opciones políticas y de gobierno estuvieran ya previamente determinadas en la Constitución y el legislador se limitase tan sólo a desarrollarlas normativamente. Por el contrario, y justamente porque no es así, el legislador dentro de ese marco constitucional *crea Derecho*, esto es, adopta las opciones políticas que en cada momento estime más oportunas, que mejor se correspondan con sus preferencias ideológicas y/o políticas y las convierte en *Ley*[17]. Sin que quepa al Tribunal Constitucional limitar indebidamente esta libertad de legislador, imponiendo una única opción «allá donde la Constitución no lo haga de manera *inequívoca*»[18]. «A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando

15 Teniendo en cuenta que, en opinión de J. Pérez Royo, la sociedad, que debe tener «una libertad prácticamente total» para decidir a través de sus representantes, sólo se habría autoimpuesto a través de la Constitución unos «límites extremos» ya que, «de lo contrario, se habría maniatado para enfrentarse al cambio», *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 12.ª ed., 2010, p. 109. Límites que, a su vez, han de ser interpretados restrictivamente, I. De Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 148.

16 G. Cámara Villar, «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución Española», *cit.*, p. 2179.

17 SSTC 11/1981, FJ 7; 209/1987, FJ 3; 194/1989, FJ 2; 55/1996, FJ 6; 49/2008, FJ 12; 191/2016, FJ 3b), entre otras.

18 STC 191/2016, FJ 3 b); énfasis añadido.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

el carácter *unívoco* de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos.»[19]. Lo contrario supondría para el Tribunal Constitucional ocupar indebidamente el lugar que corresponde al legislador, «hacer las veces de propio legislador»[20].

¿Nos encontramos, entonces, ante uno de esos supuestos en los que la Constitución inequívocamente limita la libertad del legislador, en el sentido, además, en que lo ha entendido el TC en la *ratio decidendi* contenida en el FJ4.b) de la STC 31/2018? ¿Cabe entender que la interpretación de los diferentes preceptos que integran el art. 27 CE, particularmente de sus párrafos 1, 4 y 6 en relación con el párrafo 9 del mismo lleva indefectiblemente a la conclusión de que el Estado no puede no financiar a este tipo de centros en igualdad de condiciones con los restantes que concurran al concierto educativo? No, desde luego a juicio de las Magistradas Roca Trías y Balaguer Callejón. Tampoco según el parecer de quien esto escribe.

La mayoría de magistrados y, por tanto, el propio Tribunal fundamenta su decisión en un doble argumento. Por un lado, partiendo de la tesis de que la gratuidad de la enseñanza básica no puede ir referida exclusivamente a la escuela pública por cuanto ello implicaría privar de posibilidades reales a la libertad de elección de centro docente que incumbe a los padres, en lo que se refiere a los centros privados, así como de creación de esos mismos centros docentes por los particulares, se concluye que el Estado está obligado a financiar a los centros educativos privados. («En este sentido —afirma el Tribunal— la financiación pública de los centros privados sirve al contenido prestacional consagrado en el artículo 27.4 CE»). Al menos en tanto en cuanto existan recursos públicos. Sólo acreditada «la inexistencia de recursos públicos para financiar en cada caso el centro privado de que se trate, los poderes públicos podrán aplicar los criterios establecidos en la norma legal en desarrollo del artículo 27.9 CE, para priorizar el alcance de esa financiación.» Por otro, incluso en estos casos de insuficiencia de recursos, el legislador no puede tomar el carácter diferenciado por razón de sexo de los centros privados como uno de esos criterios que le permita modular el alcance de la financiación pública. En palabras del Tribunal Constitucional, «dado que las ayudas públicas previstas en el artículo 27.9 CE han de ser configuradas <<en el respeto al principio de igualdad>> (STC 86/1985, FJ 3), sin que quepa justificar un diferente tratamiento entre ambos modelos pedagógicos, en

19 STC 11/1981, FJ 7; énfasis añadido.

20 STC 191/2016, FJ 3 b). Advertía ya del riesgo —aunque referido incluso a la posibilidad de que el legislador prohibiese este modelo educativo de educación diferenciada y no sólo lo excluyese de la financiación pública— de que el Tribunal Constitucional sustituyese la concreción realizada por el legislador por «su propio juicio al respecto» B. Aláez Corral, «El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada …, *cit.*, pp. 48-49. Sobre el diferente papel que corresponde a legislador y Tribunal Constitucional en la concretización de las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales, X. Arzoz Santisteban, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2014, pp. 37-39.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

orden a su percepción, la conclusión a la que ha de llegarse es la de que los centros de educación diferenciada podrán acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos; dicho acceso vendrá condicionado por el cumplimiento de los criterios o requisitos que se establezcan en la legislación ordinaria, pero sin que el carácter del centro como centro de educación diferenciada pueda alzarse en obstáculo para dicho acceso.».

Pues bien, sucede que, con el primero de sus razonamientos el Tribunal Constitucional transforma lo que no es sino un derecho de libertad, el de los padres a elegir este tipo de centros educativos así como el de crearlos, en un derecho *prestacional*: al concierto de estos centros. Esto es, el de los centros así creados a ser financiados por el Estado mediante el concierto educativo y, en la misma línea, el de los padres a que el centro así elegido sea gratuito al estar financiado por el Estado. Pero al razonar de este modo, la mayoría parece olvidar no sólo que el concierto no viene impuesto directamente por la Constitución, tratándose, tan sólo de la fórmula en concreto elegida por el legislador, de entre otras posibles o imaginables, para dar efectivo cumplimiento al mandato del art. 27.9 CE, sino incluso su propia jurisprudencia anterior de acuerdo con la cual «el citado artículo 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública. Esta … habrá de ser dispuesta por la Ley, … Ley de la que nacerá, con los requisitos y condiciones que en la misma se establezcan, la posibilidad de instar dichas ayudas y el correlativo deber de las administraciones públicas de dispensarlas, según la previsión normativa.» (STC 86/1985, f.j. 3). Esto es precisamente lo que viene ahora a negar esta resolución del Tribunal Constitucional. La naturaleza exclusivamente legal del derecho al concierto educativo.

Pero es más, al adoptar esta decisión el TC acaba por dar carta de naturaleza constitucional, por ofrecer por vía interpretativa un anclaje constitucional a una pretensión intensamente anhelada por los defensores de un modelo de enseñanza privada pero sostenida con fondos públicos, defendida en los debates constituyentes por el entonces principal partido de la derecha y que no habría de ser acogido en la redacción final del art. 27 CE[21]. De este modo, y paradójicamente a través de un proceso en el que se cuestiona la constitucionalidad de un precepto legal que impone a los poderes públicos la obligación de financiar también a los centros privados que separan al alumnado en función de su sexo, el TC acaba por reconocer un derecho constitucional al concierto que trasciende incluso al caso concreto enjuiciado para proyectarse con alcance general a todos los centros edu-

21 Sobre esta cuestión, con indicación de los principales autores que, antes de la Constitución o en los años inmediatamente posteriores a su promulgación, se habían pronunciado a favor de esta obligación para el Estado de financiar a los centros privados, J. Barnés Vázquez, «La educación en la Constitución de 1978 (una reflexión conciliadora)», *REDC,* n.º 12, 1989, p. 26. Una síntesis de esta cuestión en los debates constituyentes, S. Gallego-Díaz y B. De La Cuadra, *Crónica secreta de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 116-117.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

cativos privados. Es por ello que compartimos la opinión de la Magistrada Balaguer Callejón cuando le reprocha al TC crear un derecho fundamental allí donde la Constitución no lo hace.

Porque, además, entendemos que ninguno de los argumentos empleados por el Tribunal para dotar de este contenido al art. 27.9 CE resulta en sí mismo concluyente. Ni negar la financiación pública a ese tipo de centros educativos supone limitar la gratuidad de la enseñanza tan sólo a los centros públicos por cuanto esta podría seguir siendo gratuita en cualquier otro centro privado mixto que, cumpliendo los criterios y requisitos establecidos en la Ley, solicitase el concierto, ni impediría tampoco la posibilidad de elegir centro privado o la realización del derecho de creación de centros docentes. Como destaca la Magistrada Roca Trías, «ni el derecho de los padres a elegir centro docente es absoluto, ni implica el derecho a elegir un centro concertado» ni la exclusión de la financiación pública de los centros privados que no impartan la enseñanza en un régimen mixto impide a los padres elegir la enseñanza básica en cualquier centro privado «sino, todo lo más, en aquellos que no se ajusten a la opciones de política educativa adoptadas por los poderes públicos y, señaladamente, el legislador.» Al igual que «tampoco vulnera la libertad de educación ni la libertad de creación de centros docentes reconocidas por los artículos 27.1 y 6 CE, ya que, al margen de la financiación pública, el modelo de educación diferenciada puede seguir aplicándose.»

Tampoco compartimos el segundo de sus razonamientos. Se ha mencionado antes como para el TC esta obligación de los poderes públicos de financiar, con carácter general, a los centros educativos privados sólo cede en caso de insuficiencia de recursos. Dándose esta situación, podrán las autoridades públicas priorizar la financiación de unos centros sobre otros tal y como resulte de la aplicación de los criterios previamente establecidos por el legislador. Pero sin que —matiza el Tribunal— pueda el legislador configurar como uno de esos criterios que permite la ordenación y priorización de unos recursos públicos escasos precisamente el carácter mixto o diferenciado por razón de sexo del centro educativo privado. Justamente porque ello sería contrario —sigue diciendo el TC— al principio de igualdad que debe regir la configuración de las ayudas públicas previstas en el art. 27.9 «sin que quepa justificar un diferente tratamiento entre ambos modelos pedagógicos»[22].

Pero olvida aquí el Tribunal que el cumplimiento principio de igualdad formal (art. 14 CE) no está reñido ni resulta incompatible con la obligación que incumbe a los poderes públicos de promover aquellas opciones de política educativa que fomenten y promuevan que la libertad y la igualdad entre mujeres y hombres, entre niñas y niños sean reales y efectivas (art. 9.2 CE en relación con el

22 Por cuanto que ello resultaría discriminatorio para este tipo de centros, tesis sostenida en la doctrina entre otros, por J. L. Martínez López-Muñiz, «Escolarización homogénea por razón del sexo y …, *cit*., p. 108 y J. Esteve Pardo, «Paradojas de la discriminación en materia educativa», *cit.*, en particular p. 12.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

art. 27.2 CE). Su propia jurisprudencia sobre la constitucionalidad de las medidas de acción positiva así lo corrobora.

Incluso si aceptáramos que el modelo educativo que organiza total o parcialmente su enseñanza en función del sexo de niños y niñas y adolescentes no constituye en sí mismo una discriminación por razón de sexo, eso no significa, sin embargo, que favorezca una igualdad real entre ambos sexos. Es más, parece bastante razonable afirmar que no parece el modelo más adecuado para ello. Hasta el propio legislador que valida esta opción en el art. 84.3 LOE, en la redacción dada por la LOMCE, es consciente de ello. De otro modo, carecería de sentido, por innecesaria, la exigencia contenida en dicho precepto legal de que este tipo de centros expliciten «las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad». Del mismo modo, que este modelo en sí no impida la consecución de los fines de la educación contenidos en el art. 27.2 CE —como afirma reiteradamente el TC— entre los cuales se encuentra el respeto al derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo no implica necesariamente que también favorezca su realización. Es en este espacio que media entre *no impedir* y *favorecer* en el que le corresponde moverse al legislador. No al Tribunal Constitucional. Un legislador al que no se le pide neutralidad desde un punto valorativo sino una apuesta clara y decidida por aquellas medidas, opciones y modelos educativos que *promuevan* las condiciones para que la libertad y la igualdad y la no discriminación por razón de sexo y de género sean reales y efectivas. Para lo cual puede optar por financiar tan sólo aquellas que, a su juicio, mejor responden a esta finalidad constitucional, excluyendo a las restantes, en este caso, a los centros que sólo escolarizan a alumnado de un sexo.

Algo por lo demás que ya podía entenderse contenido en la previa jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión —como subrayan ambas magistradas en sus votos particulares— de la que ahora, sin embargo, se prescinde: «Ahora bien, tampoco puede aceptarse el otro extremo, esto es, el afirmar, como hacen los recurrentes, que del art. 27.9 de la C.E. se desprende un deber de ayudar a todos y cada uno de los Centros docentes sólo por el hecho de serlo, pues la remisión a la Ley que se efectúa en el art. 27.9 de la C.E. puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales. Ejemplos de éstos podrían ser el mandato de gratuidad de la enseñanza básica (art. 27.4 de la C.E.), *la promoción por parte de los poderes públicos de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (arts. 1 y 9 de la C.E.)* o la distribución más equitativa de la renta regional y personal (art. 40.1 de la C.E.). El legislador se encuentra ante la necesidad de conjugar no sólo diversos valores y mandatos constitucionales entre sí, sino también tales mandatos con la insoslayable limitación de los recursos disponibles. Todo ello, desde luego, dentro de los límites que la Constitución establece.»[23]

23 STC 77/1985, FJ 11; énfasis añadido.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Finalmente es preciso observar que al interpretar de este modo el art. 27.9 CE y entender además este aspecto incluido dentro del régimen básico de los conciertos educativos cuya competencia corresponde al Estado [SSTC 49/2018, f.j. 7 y 67/2018, FJ 5 c)] el TC priva a las CCAA de la posibilidad de desarrollar una política legislativa propia en relación con la financiación de la educación diferenciada.

IV. A MODO DE VALORACIÓN

Como avanzamos ya al inicio de este trabajo la controversia en torno a la monoeducación o educación diferenciada por razón de sexo ha vuelto a poner de manifiesto la debilidad del pretendido consenso sobre el que se elaboró el art. 27 CE y si bien es cierto que los ámbitos susceptibles de polémica están cada vez más acotados y no se proyectan sobre la totalidad del modelo educativo consagrado en la Constitución, tampoco es que el tema que ahora nos ocupa pueda considerarse exactamente una cuestión menor, no sólo porque el TC aborda aquí una cuestión hasta entonces inédita en nuestra jurisprudencia constitucional como es el alcance y límites del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo e identidad de género en el ámbito de la educación, sino porque en el fondo de la misma lo que subyace es la sempiterna tensión entre enseñanza pública y privada y muy particularmente el asunto relativo a la financiación pública de esta última[24].

Una cuestión sobre la que el TC en cuanto intérprete supremo de la Constitución cuyas decisiones sobre constitucionalidad se imponen a todos los operadores jurídicos, ha dicho la última palabra. Cerrando, pues, el debate y la discusión en torno a la misma. O no. No necesariamente desde el mismo momento en que la decisión que le pone fin no se libra ella misma de la polémica. No sólo porque ha puesto de manifiesto la división que sobre este punto existe entre los miembros del TC, reflejo a su vez de la existente en la propia sociedad, sino porque la que ha formalizado como la decisión de la mayoría y, por tanto, del Tribunal adolece a nuestro juicio de ciertas debilidades, particularmente argumentativas, que la hacen especialmente susceptible a la crítica y al disenso doctrinal.

En este sentido, resulta evidente que nos encontramos ante uno de esos casos controvertidos, no ya ideológicamente sino desde un punto de vista estrictamente jurídico o *difíciles,* en los que resulta evidente que no existe una única solución correcta que corresponda al juez constitucional descubrir[25], sino en los que

24 Uno de los grandes temas que, junto con la posición de la enseñanza de la religión en la escuela y el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, están en la base de las diferentes polémicas habidas en torno a la educación en nuestro país, A. Embid Irujo, «La educación para la ciudadanía en el sistema educativo español. Reflexiones jurídicas» *REDC,* n.º 83, 2008, pp. 12-13.

25 Mª L. Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 105-106 .

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

es posible articular varias soluciones jurídicamente fundadas que compiten entre sí. La existencia de cuatro opiniones discrepantes, articulada en tres votos particulares, a las que cabe añadir un voto particular formalmente concurrente con el fallo pero que, sin embargo, disiente del mismo en cuanto a la obligación de los poderes públicos de financiar a los centros privados monoeducativos en régimen de igualdad con los que coeducan constituye buena prueba de ello.

También ha puesto de manifiesto, al hilo de lo anterior, la importancia que tiene, especialmente en casos como este, el modo en que se construya el parámetro de constitucionalidad. No es lo mismo analizar la constitucionalidad de este modelo educativo —y su posible financiación con fondos públicos— desde la perspectiva de la libertad de enseñanza que hacerlo desde el derecho a la educación, como tampoco lo es confrontarlo tan sólo con el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de género que verificar también su compatibilidad con el denominado ideario educativo constitucional, no sólo para afirmar que no impide su realización sino también para constatar si, asimismo, contribuye a su realización.

Así, de la lectura del FJ4.a) de la STC 31/2018 se desprende que el Tribunal aborda esta cuestión desde la óptica de la libertad de enseñanza. La creación de centros educativos que diferencian en la admisión de su alumnado o en la organización de la enseñanza entre niños y niñas o adolescentes en función de su sexo formaría parte, así, de la libertad de enseñanza en un sentido amplio y más concretamente del derecho a dotar de un ideario propio a los centros educativos privados creados al amparo de dicha libertad. Planteado en estos términos, este derecho, esta protección constitucional sólo cedería —afirma expresamente el Tribunal— en los casos en que resultase incompatible con otros preceptos constitucionales, particularmente por resultar ser una discriminación por razón de sexo o porque, sin serlo, no fuese compatible con los fines educativos establecidos en el art. 27.2 CE. No obstante, esta afirmación lo cierto es que el Tribunal omite en un primer momento cualquier examen sobre su conformidad con el art. 27.2 CE lo que sólo hará a propósito de la segunda de las pretensiones de inconstitucionalidad alegadas, la relativa a su financiación. Centrando, pues, el análisis sobre la constitucionalidad del modelo exclusivamente en el primero de los límites, el derivado del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón, además, estrictamente de sexo, sin incluir referencia alguna a la identidad de género. Con el resultado que ya conocemos. La educación diferenciada por razón de sexo no resulta por sí misma, y siempre que se cumpla la condición de equiparabilidad legalmente prevista, discriminatoria.

Aun cuando pudiera aceptarse con carácter general una afirmación de este tipo, la educación diferenciada por razón de sexo no supone *per se*, necesariamente y en todo caso, una discriminación por razón de sexo (otra cosa es en relación con la identidad de género) lo cierto es que concurren en nuestro caso una serie de circunstancias que le otorgan un cariz particular. De un lado, la tradición histórica de sexismo en nuestras escuelas, mantenida hasta época muy cercana a la propia

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Constitución y, de otro, su vinculación con la religión y más concretamente con un sector especialmente conservador de la Iglesia Católica que no tiene entre sus objetivos prioritarios la defensa de la plena igualdad de la mujer y la lucha contra los estereotipos sexuales y al que pertenecen la mayoría, si no todos, de estos centros que monoeducan. ¿En qué medida debieron ser tenidos en cuenta por el Tribunal? Es difícil decirlo. Pero sí que parece claro que no debieron ser absolutamente ignorados por cuanto que eso supone ignorar la realidad sobre la que a día de hoy se sustenta la educación diferenciada por razón de sexo en nuestro país.

Pero es que además afirmar, como hace el Tribunal, que este tipo de educación no supone una discriminación por razón de sexo evidencia la diferente intensidad del control antidiscriminatorio cuando se trata de esta causa en vez de la raza. Porque si ninguna duda cabe de que toda diferenciación en el ámbito educativo que conlleve segregación racial es inconstitucional ¿por qué no se alcanza la misma conclusión cuando se trata del sexo? Probablemente la explicación se encuentre en las palabras pronunciadas por el Magistrado Xiol Ríos en su voto particular: «Con diferencia, este tipo de discriminación es uno de los más invisibilizados, persistentes, extendidos y trivializados. La normativa antidiscriminatoria en esta materia, además, se ha incorporado al ámbito del derecho internacional y regional de los derechos humanos y en las normativas estatales con bastante retraso respecto a otros motivos de discriminación y con significativas limitaciones.»

Ciertamente una resolución en sentido contrario al que realiza aquí el Tribunal, que hubiera declarado inconstitucional por discriminatoria este modelo educativo hubiera resultado indudablemente pionera y hubiera situado a nuestra jurisprudencia constitucional en la vanguardia del Derecho antidiscriminatorio por razón de género, entendiendo este término en un sentido amplio, comprensivo asimismo de la identidad de género. Pero tal vez eso era exigirle demasiado a este Tribunal. Cuestión diferente, sin embargo, es la que tiene que ver con la compatibilidad del modelo con los fines educativos establecidos en el art. 27.2 CE. Esto es, con el ideario educativo constitucional, en relación con el cual sólo es posible entender el pronunciamiento del Tribunal si asumimos que, a pesar de lo reiteradamente declarado al respecto[26], su capacidad para actuar como parámetro de la constitucionalidad tratándose de centros educativos privados y por tanto de particulares se contrae únicamente a su vertiente de límite negativo: sólo en la medida en que dicho ideario efectivamente suponga un obstáculo para su realización.

En cualquier caso, el alcance limitado de la decisión del Tribunal, referido sólo a la enseñanza privada y por tanto a los centros privados y privados concertados, respecto de los cuales también entra en juego la liberta de enseñanza así

26 En el sentido de que «existe la limitación "muy importante, derivada del artículo 27.2 de la Constitución, de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia…) que *no* cumplen una *función meramente limitativa*, *sino de inspiración positiva*"» (STC 31/2018, citando a la STC 5/1981; énfasis añadido).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

como la falta de consenso en este punto tanto entre los miembros del Tribunal como en la doctrina que se había ocupado previamente del tema[27], pueden llevar a entender que, en un ejercicio de *self restraint*, el parecer del Tribunal se haya inclinado a favor de preservar los preceptos legales impugnados y por tanto a no declarar inconstitucional la educación diferenciada por razón de sexo[28]. Otra cosa es el *iter* argumentativo seguido para alcanzar este fallo, que no compartimos y a cuyas consideraciones críticas efectuadas con anterioridad nos remitimos ahora.

Como tampoco es posible compartir en absoluto ni el fallo emitido por el Tribunal en relación con la financiación pública de este tipo de centros ni la *ratio decidendi* que lo sustenta [FJ4.b) de la STC 31/2018]. Es aquí donde a nuestro juicio la doctrina fijada por el TC no resulta acertada y es difícilmente compartible, más allá del obvio respeto y del obligado acatamiento que merecen todas sus resoluciones.

Las razones de nuestra objeción han sido expuestas ya de manera detallada, en el apartado correspondiente. Por eso ahora nos limitaremos únicamente a destacar que al establecer la obligación de los poderes públicos de financiar a estos centros privados que monoeducan *en condiciones de igualdad* respecto de los que coeducan, el Tribunal cercena las legítimas opciones del legislador democrático en esta materia, estrechando indebidamente el ámbito de libertad contenido dentro del marco constitucional hasta dejarlo prácticamente reducido a la nada. O lo que es lo mismo, a una única opción posible que deja así de ser tal para transformarse en un límite y obligación para el legislador: el Estado no puede no financiar a estos centros por razón de la diferenciación que establecen en su alumnado, bien admitiendo sólo a niños o a niñas o a adolescentes de uno sólo de los dos sexos, bien organizando la docencia en aulas separadas para unos y otras.

De la lectura del FJ4.b) de la STC 31/2018 se desprende que el razonamiento del Tribunal en esta cuestión es dicotómico. O *todo*, entendiendo por tal no sólo que el modelo de educación diferenciada no es inconstitucional, sino que, además, y precisamente porque no lo es, no es posible excluir a los centros que monoeducan de la financiación pública. O *nada*: el modelo es en sí mismo inconstitucional y, por tanto, no es que quepa excluirlos del régimen de conciertos

27 De hecho, salvo error por nuestra parte, tan sólo se había pronunciado claramente en contra de la constitucionalidad de la educación diferenciada por razón de sexo, O. Salazar Benítez, «Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación…», *cit.*, pp. 451-478. Por su parte, B. Aláez Corral sin llegar tan lejos (al admitir que este tipo de educación no es *per se* inconstitucional) sí que la sitúa «fuera del contenido esencial del derecho a la educación en libertad, o si se prefiere de las libertades de enseñanza y de creación de centros docentes como una de sus manifestaciones iusfundamentales.» («El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada …», *cit.*, p. 44; «El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas», *cit.*, pp. 122-123).

28 Jugaría aquí la que V. Ferreres Comella denomina presunción —con carácter general, moderada— de constitucionalidad de la ley, de acuerdo con la cual «sólo cuando existan suficientes argumentos en contra de la misma puede el juez dar el paso de invalidarla», *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 1997, pp. 215 y ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

educativos, sino que están absolutamente prohibidos por la Constitución. Clara e indubitamente el Tribunal se decanta por la primera de ellas, siendo así que, incluso partiendo de la constitucionalidad de la educación diferenciada por razón de sexo en el ámbito de los centros educativos privados, caben —a partir del entendimiento de que no se trata de una cuestión definitivamente resuelta por la Constitución— otras interpretaciones posibles, perfectamente constitucionales, que dejan espacio al legislador democrático para desarrollar distintas políticas educativas en lo atinente a esta cuestión. Desde permitir su acceso al régimen de conciertos en condiciones de igualdad hasta excluirlos absolutamente, pasando por la posibilidad de que sin llegar a excluirlos completamente se opte por priorizar la financiación de los centros privados que coeducan. Una interpretación por lo demás más coherente con su jurisprudencia anterior de la que ahora se aparta el Tribunal Constitucional sin ofrecer, sin embargo, razones de peso, lo suficientemente incontrovertidas como para entender que esta interpretación restrictiva de la función de concretización que, en relación con el derecho fundamental a la educación corresponde al legislador democrático, puede inferirse razonablemente del Texto Constitucional.

El mismo principio de *self restraint* o autocontención que debe inspirar toda actuación o pronunciamiento sobre la constitucionalidad del Tribunal y que permitiría en su caso explicar externamente y a posteriori —que no a partir de la lectura y análisis del FJ4.a) de la STC 31/2018— su pronunciamiento favorable a la misma cuando lo que se cuestiona es la compatibilidad con la Constitución del modelo monoeducativo en sí mismo considerado debería haber guiado este segundo pronunciamiento del Tribunal Constitucional y haberle llevado a declarar, en su caso, la constitucionalidad de la opción elegida por el legislador consistente en financiar también a este tipo de centros, pero sin incluir pronunciamiento ulterior alguno que la transformase en la única constitucionalmente correcta con la consiguiente e implícita declaración de inconstitucionalidad de cualquier otra que se le aparte.

Finalmente, y aunque ya hemos aludido a ello, queremos destacar que esta doctrina constitucional acerca de la constitucionalidad de la educación diferenciada por razón de sexo se refiere única y exclusivamente a los centros privados y privados concertados. No a los públicos, respecto de los cuales nada habría dicho el Tribunal y por tanto a los que no alcanzaría la declaración de constitucionalidad del modelo monoeducativo.

Incluso aunque pudiera aceptarse como afirmación de principio que una educación de este tipo no es formalmente discriminatoria por razón estrictamente de sexo, ello no la convierte en constitucional cuando de centros públicos se trata. Concurren respecto de ellos, a nuestro juicio, razones poderosas que justifican esta exclusión. Por un lado, que a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la enseñanza privada (o concertada) la creación de este tipo de centros en el ámbito público carece de toda cobertura constitucional. No existe un derecho a crear centros monoeducativos públicos ni en el ámbito de la educación pública cabe hablar

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de un ideario o carácter propio del que forma parte esta opción educativa. De otro ,que la vinculación de los poderes públicos y, por tanto, también de la escuela pública a los fines educativos establecidos en el art. 27. 2 CE es mucho más intensa. Ya no se trata sólo de un mero límite negativo, de constatar que no se impide conseguir las finalidades educativas o que no resulta incompatible con los principios democráticos de convivencia o con el respeto a los derechos y deberes fundamentales —excluyendo, en su caso, por inconstitucionales a los que sí lo hagan—, sino de una auténtica obligación positiva de organizar la educación del modo que mejor contribuya a su realización[29]. No sólo de los principios democráticos en una sociedad inevitablemente formada por hombres y mujeres, por niños, niñas y adolescentes que conviven juntos; no sólo del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de género, sino también de la plena consecución de una igualdad real y efectiva entre unos y otras.

En cualquier caso, sería deseable un nuevo pronunciamiento del TC que despejase cualquier atisbo de duda sobre la posible constitucionalidad de la educación diferenciada por razón de sexo en el ámbito de la enseñanza pública y de paso, alejase cualquier tentación de trasladar a ella este modelo monoeducativo. Tal vez la intención anunciada por el Gobierno en forma de Anteproyecto de Ley (por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación) de derogar la normativa sobre la que se ha pronunciado aquí el Tribunal y de atribuir a las CCAA el desarrollo del régimen de conciertos educativos proporcione, caso de prosperar, esa oportunidad. E incluso, quién sabe, de modificar, revisar o al menos matizar la actualmente fijada respecto de la financiación pública de los centros privados que escolarizan sólo a niños o a niñas o que los separan en aulas diferentes en función de su sexo.

***

TITLE: *On the constitutionality of sex-single education and its financing with public funds. STC 31/2018 and others*

ABSTRACT: *This essay analyzes the case-law of the Constitutional Court on single-sex education. In particular, one of its sentences: STC 31/2018.*

RESUMEN: *En este trabajo se analiza críticamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la educación diferenciada por razón de sexo, con particular atención a la STC 31/2018. Se aborda así el pronunciamiento sobre su constitucionalidad así como la obligación allí contenida para los poderes públicos*

29 Para B. ALÁEZ CORRAL la estructura normativa del mandato contenido en el art. 27.2 CE es dual, actuando como «una *regla*, que fija el límite interno a las libertades educativas del art. 27 CE», respecto de los particulares y, además «como un *principio* que les ordena optimizar el logro de dicha finalidad a través de sus competencias en materia educativa» cuando se trata de los poderes públicos, «Artículo 27. El derecho a una educación democrática, libre y plural», P. PÉREZ TREMPS y A. SAIZ ARNAIZ (dirs.), *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018. Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 605-606.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de financiar, a través del concierto educativo, a los centros monoeducativos en igualdad de condiciones respecto de los demás centros privados mixtos.

KEY WORDS: *fundamental rights, right to education, freedoms in teaching, constitutional aims of education, single-sex education, gender equality.*

PALABRAS CLAVE: *derechos fundamentales, derecho a la educación, libertad de enseñanza, ideario educativo constitucional, educación diferenciada por razón de sexo, igualdad de género.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *08.12.2018* FECHA DE ACEPTACIÓN: *5.02.2019*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE GRUPOS PARLAMENTARIOS Y EL «PRESTAMO» DE DIPUTADOS Y SENADORES

DAVID DELGADO RAMOS
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

I. Introducción. II. La constitución de los grupos parlamentarios en las Cortes Generales. III. El préstamo de parlamentarios tras la constitución de las cámaras. IV. La sentencia 76/2017. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Tras la repetición de las elecciones generales del 20 de junio de 2016, y la posterior constitución de las Cámaras en el mes de julio, se inició el proceso de conformación de los diversos grupos parlamentarios que, sin embargo, se encontró en la XII Legislatura con la negativa de la Mesa del Senado a respaldar la constitución del Grupo Parlamentario Catalán (CDC), compuesto por senadores del Partido Demócrata Català, al sostener que no se cumplían los requisitos que establecía el Reglamento para la constitución de dicho grupo, conllevando el pase de sus cuatro senadores al Grupo Mixto, pese a que lograron sumar los exigidos para poder constituirse en grupo.

Una situación inédita, toda vez que, aunque existían fundamentos jurídicos que respaldasen la decisión de la Mesa, dichos fundamentos habían sido deliberadamente soslayados en legislaturas anteriores, estableciendo un precedente que se había consolidado en una suerte de *costumbre* parlamentaria.

Una decisión de hondas implicaciones, dado que, junto a los beneficios *políticos* que conlleva la pertenencia a un grupo parlamentario, —formar parte de la Junta de Portavoces, participación en la conformación del orden del día, mayor capacidad en el ejercicio del control parlamentario—, existen otros, *económicos y de medios*, no menores, —dotación de personal y medios materiales, incremento de las subvenciones recibidas—, que potencian la acción política parlamentaria de los partidos con grupo propio.

UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 43, 2019, pp. 499-513

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por ello, dicha negativa fue respondida con la interposición de un recurso de amparo que, estimado por el Tribunal Constitucional, declaró la nulidad de los acuerdos de la Mesa por vulneración del artículo 23.2 de la Constitución.

En este trabajo pretendemos analizar la sentencia y, previamente, los criterios utilizados en la constitución de los grupos parlamentarios, incidiendo especialmente en una práctica políticamente tan común como jurídicamente discutible: el «préstamo» de diputados y senadores, sin olvidar la jurisprudencia constitucional sobre la constitución de los grupos y su *praxis* política histórica.

II. LA CONSTITUCIÓN DE LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS EN LAS CORTES GENERALES

La constitución de los grupos parlamentarios se encuentra recogida, en el Congreso de los Diputados, en los artículos 23 y 24 de su Reglamento, articulándose en torno a la conjunción de una serie de requisitos materiales, —número mínimo de quince diputados, salvo que con carácter subsidiario se aplique el de número mínimo de cinco, siempre y cuando hubiesen obtenido el quince por ciento de los votos en las circunscripciones en las que se presentaron o el cinco por ciento nacional; la prohibición de constitución de grupos separados de diputados de un mismo partido o que pertenezcan a formaciones que no se hayan enfrentado electoralmente—, y formales, —constitución en los cinco días posteriores a la sesión constitutiva del Congreso mediante escrito a la Mesa; su denominación, portavoz e integrantes; y, por último, los diputados asociados a grupos.

Sin embargo, la aparente claridad del tenor de los artículos 23 y 24 del Reglamento no ha sido obstáculo para que, desde la primera legislatura, se tratasen de sortear dichos requisitos, bien sea por vía del cociente nacional del cinco por ciento, o bien por medio de la representatividad territorial en determinadas circunscripciones.

Hay que tener en cuenta que el apartado primero del artículo 23, relativo a las vías de constitución de los grupos parlamentarios, ha generado notable confusión, propiciando interpretaciones sesgadas al objeto de facilitar la constitución de los grupos. Una confusión explicable, dado que el cálculo del quince por ciento de los sufragios en las distintas circunscripciones podía interpretarse, bien en cada una de las circunscripciones, o bien en el conjunto de ellas. Finalmente, la Cámara, a mediados de los años noventa, aclaró la cuestión apostando por la segunda interpretación[1], aunque no por ello la problemática confusión haya sido resuelta, como veremos más adelante.

1 Explicó la Secretaría General de la Cámara que «*el 15 por 100 de los votos no ha de obtenerse en cada una de las circunscripciones en que presenta una candidatura una entidad política, sino en el conjunto de las circunscripciones, conclusión a la que se llega no solamente desde la interpretación literal del precepto sino también desde la analógica a tener de lo establecido en el supuesto anterior —el 5 por 100 del conjunto nacional, y no en cada una de las circunscripciones de*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

El apartado segundo del artículo 23 también ha sido objeto de sesgada interpretación, toda vez que se ha querido entender, —y se ha entendido—, bajo la expresión *«en ningún caso pueden constituir Grupo Parlamentario separado Diputados que pertenezcan a un mismo partido»*, en conexión con la figura del diputado «asociado» establecida por el artículo 24, que un diputado que forma parte de un grupo parlamentario puede asociarse a otro a efectos de su constitución, pero sin formar parte de él, obviando con ello la interpretación establecida por la Cámara, que entiende en este precepto que *«todos los diputados que concurren bajo las mismas siglas han de reunirse en el mismo grupo»*[2].

El resultado de esta falta de claridad normativa ha sido la formación, en demasiadas ocasiones, de grupos que, sorteando la letra y el sentido de las limitaciones reglamentarias, han desvirtuado la normativa parlamentaria y quebrado la estrecha relación entre la representación parlamentaria y la representación electoral[3]. Una circunstancia cuya gravedad se amplía si se tiene en cuenta que esta disfuncional anomalía abre la puerta a la constitución de grupos con miembros provenientes de otras candidaturas: es el mal llamado «préstamo» de parlamentarios.

En el caso del Senado, la cuestión plantea problemas similares, si bien el umbral mínimo para la conformación de un grupo parlamentario es superior y único, —al no existir el requisito subsidiario del Congreso—, situándose en diez el número de senadores requerido a tenor de lo dispuesto en el artículo 27.1 del Reglamento del Senado.

Sin embargo, la nota relevante radica en que, estableciendo los mismos criterios en cuanto a los plazos, —las prohibiciones de pertenecer a más de un grupo y no constituir grupos distintos si han formado parte de la misma candidatura electoral—, introduce dos variables no menores: el establecimiento de una cifra mínima de seis senadores para ser grupo (art. 27.2 del Reglamento del Senado), —no la mitad del constituido al inicio de la legislatura, como en el Congreso—, y la denominación del mismo *«conforme con la que sus miembros concurrieron a las elecciones»* (art. 27.4 del Reglamento).

III. EL PRÉSTAMO DE PARLAMENTARIOS TRAS LA CONSTITUCIÓN DE LAS CÁMARAS

Este «préstamo» de diputados o senadores se ha constituido en una suerte de *costumbre parlamentaria*, una práctica habitual de nuestro parlamentarismo cuyo

la nación—». «Nota de la Secretaría General del Congreso de los Diputados sobre requisitos materiales para la constitución de grupo parlamentario en el Congreso de los Diputados», *RCG*, n.º 34, 1995, p. 217.

2 «Nota de la Secretaría General del Congreso de los Diputados sobre requisitos materiales para la constitución de grupo parlamentario en el Congreso de los Diputados». *Op. cit.*, p. 222.

3 Presno Linera, M. A. «¿El fin del «préstamo» de parlamentarios?». *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 5, 2002, p. 2048.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

origen se remonta, en nuestra historia democrática, a la III Legislatura (1986-1989) en el Senado y a la V legislatura (1993-1996) en el Congreso de los Diputados, habiendo sido utilizada desde entonces en función de las conveniencias políticas de los grupos mayoritarios, y casi siempre con un único beneficiario: los grupos nacionalistas.

En ambas Cámaras, la potestad de verificación, de constatación, del cumplimiento de los requisitos para poder constituirse en grupo es única y exclusivamente de la Mesa como intérprete exclusivo del reglamento parlamentario, lo que introduce una variable de peligrosa discrecionalidad que se compadece poco con la vertiente institucional, de absoluta imparcialidad, que debe presidir su funcionamiento no sólo como órgano rector de la Cámara, sino como garante de las minorías.

En ese sentido, con ocasión de la constitución de la V Legislatura en el Congreso de los Diputados se planteó por vez primera esta cuestión, cuando Coalición Canaria, que sí había superado en las dos circunscripciones en las que se había presentado el quince por ciento de los sufragios, no había logrado los cinco escaños exigidos por el Reglamento, —había obtenido cuatro—, por lo que no podía formar grupo parlamentario propio.

Para constituirse en grupo, sumó a sus cuatro diputados uno más elegido por el Partido Aragonés Regionalista quien, pocos días después de haberse constituido el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, lo abandonó para integrarse en el Grupo Mixto, previsión permitida por el artículo 27.1 del Reglamento, que determina que el pase de un grupo a otro sólo se podrá realizar dentro de los cinco primeros días de cada periodo de sesiones, salvo el pase al Grupo Mixto, que se podrá efectuar en cualquier momento.

En este contexto, se planteó la posibilidad de que el Grupo Canario hubiese incurrido en causa de disolución, bien por ineficacia sobrevenida de la declaración de voluntad originaria de constitución del grupo, o bien por fraude de ley para eludir la norma. Cuestiones que, analizadas, llevaron a la conclusión de que no procedía la disolución[4].

Posteriormente, se volvió a plantear en la VI Legislatura (1996-2000), también con Coalición Canaria, aunque esta vez el protagonista fue Unión del Pueblo Navarro (UPN), que aportó no uno, sino dos diputados a los cuatro que había obtenido Coalición Canaria. De nuevo, la Mesa declaró constituido el Grupo Canario para, posteriormente, abandonar los dos diputados de UPN dicho Grupo para integrarse en el Grupo Popular.

No obstante, se produjo una paradójica interpretación reglamentaria, dado que, en puridad, los dos diputados de UPN no debieron ser autorizados a

4 Para dilucidar la cuestión se solicitó un informe a la Secretaría General del Congreso de los Diputados que, si bien consideró que no procedía la disolución, estimó que había argumentos a favor y en contra de la existencia de fraude de ley. «Nota de la Secretaría General del Congreso de los Diputados acerca de la incidencia sobre un grupo parlamentario del cambio de grupo por parte de un señor diputado». *RCG*, n.º 31, 1994, p. 197.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

integrarse en el Grupo Canario, dado que UPN sólo podía integrarse en el Grupo Popular por ser una formación «asociada» al Partido Popular en Navarra, donde éste no concurría y, por lo tanto, a tenor del artículo 23.2 del Reglamento del Congreso, no podía formar parte de otro grupo que no fuese el Popular porque no se habían enfrentado en las elecciones.

Pese a la evidencia en contra, la Mesa autorizó la constitución del Grupo al entender que el artículo 23.2 del Reglamento, que prohíbe la constitución de grupos parlamentarios separados cuando las formaciones políticas no se hayan enfrentado electoralmente, no impide, sin embargo, *«que alguna de ellas ceda sus Diputados a otra formación para el cumplimiento de los mínimos previstos en el párrafo primero de dicho precepto»*. Un planteamiento que veladamente trataba de esconder lo que era un auténtico fraude de ley[5], consagrando así el «préstamo» como *costumbre parlamentaria*.

En la VII Legislatura (2000-2004) se produjo una situación peculiar, objeto de recurso de amparo ante del TC, en la medida en que se volvió a declarar constituido el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, —formado por cuatro diputados de Coalición Canaria y tres de UPN—, mientras se denegaba la constitución del Grupo Parlamentario Galego, —constituido por tres diputados del BNG, uno del PNV y otro de CIU—.

En el caso de Coalición Canaria, se interpretó que, pese a que UPN no había competido contra Coalición Canaria, se producía una simple cesión de diputados, dado que el porcentaje de sus votos no se había utilizado para la constitución del Grupo Popular. Por el contrario, en el caso del BNG, a sus tres diputados sumaba dos, pero provenientes de dos candidaturas distintas que, además, no se habían enfrentado electoralmente, por lo que se infringía, doblemente, la prohibición del artículo 23.2 del Reglamento. Además, existía una infracción adicional: los porcentajes de votos de los diputados de CIU y PNV habían sido ya utilizados para constituir los Grupos Catalán y Vasco.

Por último, y como ejemplo de la discrecionalidad interpretativa atribuida a la Mesa, conviene analizar los casos de la constitución de los grupos parlamentarios de Esquerra Republicana, Amaiur, y Unión, Progreso y Democracia en legislaturas diferentes.

Respecto del primer caso, tuvo lugar tras la constitución de la VIII Legislatura (2004-2008), cuando la candidatura de ERC disparó sus resultados electorales, pasando de un escaño y el 5,64 por ciento de los votos en las Elecciones Generales de marzo de 2000 a ocho diputados y el 15,89 por ciento de los votos en las Elecciones de marzo de 2004.

Pese a no superar en todas las circunscripciones en las que concurría el quince por ciento, solicitó constituirse en grupo, lo que fue autorizado por la Mesa, que

5 Giménez Gluck, D., «Constitución y extinción de un grupo parlamentario en el Congreso de los Diputados (especial referencia al caso de Coalición Canaria en la VIII legislatura)». *CDP*, n.º 29, 2006, p. 117.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

consideró que dicho quince por ciento se debía entender en el conjunto de las circunscripciones, esto es, la media de todas ellas. Una interpretación que no se produjo *ex novo*, ya que ya se había aplicado en la III Legislatura (1986-1989), cuando se permitió la constitución del Grupo Vasco aun no alcanzando el quince por ciento en Navarra[6].

Por otro lado, en esa misma legislatura, Coalición Canaria tenía tres diputados pero, en este caso, quien contribuyó a la formación del Grupo de Coalición Canaria-Nueva Canarias fue el Grupo Socialista, vencedor de las Elecciones Generales que necesitaba de los votos de Coalición Canaria para lograr la investidura de su candidato a Presidente del Gobierno. De nuevo, los dos diputados socialistas pasaron en el siguiente periodo de sesiones al Grupo Socialista, por lo que el Grupo Canario se quedó en tres.

En segundo lugar, el caso de Amaiur en la X Legislatura (2011-2016) resulta aún más significativo de la discrecionalidad de la Mesa, dado que sus resultados guardaban un extraordinario parecido con los obtenidos recurrentemente por la candidatura del PNV, ya que, en ambos casos, las candidaturas habían superado el quince por ciento de los votos en todas las circunscripciones en las que se habían presentado, salvo en Navarra.

Sin embargo, pese a que la Mesa permitió la constitución del Grupo Vasco, fue mucho más restrictiva con Amaiur, al entender que, pese a haber obtenido escaño en la circunscripción de Navarra, el no alcanzar el quince por ciento exigido por el Reglamento le imposibilitaba para constituirse en grupo, por lo que tuvo que pasarse al Grupo Mixto. Amaiur recurrió en amparo, siendo inadmitido.

En este caso, la Mesa del Congreso utilizó la argumentación esgrimida por el TC en su sentencia 64/2002, según la cual, para la constitución efectiva del grupo parlamentario se exige que el quince por ciento de los votos se computen en las circunscripciones donde se ha presentado candidatura y, además, obtenido escaño, lo que no ocurría en el caso del PNV en Navarra, pero sí en el caso de Amaiur.

En la IX Legislatura (2008-2011), por otro lado, IU necesitó del «préstamo» de diputados, —dado que tenía dos diputados—, debiendo unirse a ERC y BNG no sólo para alcanzar —y superar— los cinco diputados, sino para poder superar también el cinco por ciento nacional de los votos, lo que les permitió constituirse en grupo que, ya constituido, fue abandonado por los dos diputados del BNG para pasar al Mixto.

6 Técnicamente, hay una diferencia entre los casos de ERC y PNV, dado que, en el primer caso, la media utilizada es fruto de la media de los porcentajes donde la candidatura ha obtenido escaño, mientras que, en el segundo caso, en la III Legislatura, se utilizó la media de las cuatro circunscripciones (las tres del País Vasco y la de Navarra). Además, en el caso de ERC, que no alcanzó el quince por ciento en Barcelona, se utilizó la media de votos a nivel autonómico, no la suma de los porcentajes de las cuatro circunscripciones por separado, cuya media hubiese sido inferior al quince por ciento. En el caso del PNV, no se utilizó la media autonómica (porcentaje total en País Vasco y Navarra), porque resultaba de media inferior al quince por ciento del total.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por último, en el caso del Grupo Parlamentario de UPyD en la X Legislatura, había obtenido cinco diputados y el 4,7% de los votos, por lo que sólo cumplía parcialmente los requisitos del artículo 23.1 del Reglamento, lo que requirió, al objeto de alcanzar el cinco por ciento nacional, que Foro Asturias le cediese su único diputado. Diputado que abandonaría una vez constituido el Grupo para integrarse en el Grupo Mixto.

Por otro lado, en el Senado, el «préstamo» de senadores comenzó antes que en el Congreso, ya que se ha producido desde la II Legislatura (1982-1986), teniendo como beneficiario principal al Grupo Vasco, que ha podido ser sistemáticamente constituido gracias al constante «préstamo» por parte de diversos grupos (II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X y XII Legislaturas), en una práctica también compartida por Coalición Canaria (V y VII Legislaturas) y CIU (VIII, IX y XI Legislaturas).

En la II Legislatura (1982-1986), el Grupo Parlamentario Socialista cedió un senador al grupo de senadores del PNV, que pudo así constituirse en el Grupo Vasco.

En la III Legislatura (1986-1989), los grupos parlamentarios del CDS y del PNV se beneficiaron del préstamo de senadores, —tres en el caso del CDS, elegidos en la candidatura de Coalición Popular; uno en el caso del PNV, de las Agrupaciones Independientes de Canarias—.

En la IV Legislatura (1989-1993), de nuevo el PNV y el CDS protagonizaron el «préstamo» de senadores entre grupos, ya que el Grupo Socialista volvió a ceder senadores al PNV, —tres—, ya que necesitó también de otros dos senadores del Grupo Catalán de CIU. El CDS, por su parte, necesitó cuatro senadores.

En la V Legislatura (1993-1996), Coalición Canaria se constituyó en grupo parlamentario gracias a la cesión de dos senadores de CIU y otros dos integrados en el Grupo Mixto, —uno del Partido Riojano y otro de IU—, mientras que el PNV, de nuevo, cambió de «prestador», dado que fue CIU quien le cedió los cuatro que necesitaba[7].

En la VI Legislatura (1996-2000), fue el Grupo Socialista quien cedió al PNV los cuatro senadores que le faltaban.

En la VII Legislatura (2000-2004), el PNV no necesitó de cesión alguna, pudiendo constituirse en grupo sin apoyo de otros grupos, pero sí lo necesitó Coalición Canaria, que requirió cuatro senadores al Grupo Popular.

En la VIII Legislatura (2004-2008), el Grupo Socialista volvió a ceder senadores, esta vez no sólo al PNV, sino también a Convergència, con tres y cuatro, respectivamente.

7 El PNV sólo alcanzó los tres senadores, un ejemplo más de una práctica después mucho más frecuente: el prestador cede más senadores de los que tiene el prestatario.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En la IX Legislatura (2008-2011), el Grupo Parlamentario Socialista prestó otra vez senadores a Convergència, tres esta vez, mientras que el PNV, que tenía tan sólo dos senadores, le prestó siete, que se sumarían a uno de Coalición Canaria y, posteriormente, uno del BNG, conformando el Grupo de Senadores Nacionalistas.

En la X Legislatura (2011-2016), de nuevo el PSOE cedió cinco senadores al PNV.

Tras las Elecciones Generales de 20 de diciembre de 2015, que dieron paso a la brevísima XI Legislatura, el «préstamo» de senadores se produjo en tres grupos parlamentarios, ya que el PNV constituyó su grupo gracias a la cesión de dos senadores de Coalición Canaria y la senadora de Cambio-Aldaketa, y ERC y Democràcia i Llibertat gracias a dos senadores del PSOE.

Sin embargo, esta *pacífica práctica*, que no había sido objeto de especiales conflictos en el Senado, más allá de la permanente constatación de un evidente fraude de ley reglamentario, quebró en los inicios de la XII Legislatura, —la vigente—, cuando, pese a que, una vez más, el PNV pudo constituirse en grupo gracias a la cesión de cuatro senadores del Partido Popular, se denegó la constitución de un grupo.

En este caso, la Mesa del Senado, —mediante Acuerdo que dará lugar al recurso de amparo que resolverá el TC en la sentencia 76/2017, de 29 de junio—, impidió la constitución del Grupo Parlamentario de Democràcia i Llibertat, que tenía cuatro senadores, al estimar que no se cumplían de ningún modo los requisitos establecidos por el Reglamento, —pese a que había intentado sumar a sus parlamentarios dos elegidos en la candidatura de ERC, otros dos de Coalición Canaria y uno más de Agrupación Socialista Gomera y de EH Bildu—, por lo que tuvieron que pasar al Grupo Mixto.

IV. LA SENTENCIA 76/2017

1. **Precedentes jurisprudenciales**

La STC 76/2017 ha tenido, al menos, dos precedentes jurisprudenciales ante el Tribunal Constitucional sobre la constitución de los grupos parlamentarios: las SSTC 64/2002, de 11 de marzo, y la 141/2007, de 18 de junio.

La primera de ellas, la STC 64/2002, de 11 de marzo, resolvía el recurso de amparo interpuesto contra el Acuerdo de la Mesa del Congreso que denegó la constitución del Grupo Parlamentario Galego (BNG) en la VII Legislatura (2000-2004).

En aquel momento, tras las Elecciones Generales del 12 de marzo del año 2000, el BNG había obtenido tres escaños, por lo que no alcanzaba el umbral mínimo establecido para poder constituirse en grupo, por lo que, con la anuencia y el «préstamo» de un diputado del PNV y otro de CIU, solicitó constituirse como Grupo Parlamentario Galego (BNG).

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La Mesa del Congreso, sin embargo, estimó que con base en el artículo 23.1 del Reglamento no se cumplían los requisitos, dado que, si bien sumaban cinco diputados, en conjunto no superaban el quince por ciento de los votos en las circunscripciones en las que se habían presentado, ya que los porcentajes del diputado del PNV y del de CIU habían sido ya utilizados para la conformación de los grupos parlamentarios Catalán y Vasco, por lo que no podían usarse dos veces para constituir grupos distintos.

Para los recurrentes, los Acuerdos de la Mesa suponían una vulneración de los artículos 23.1 y 2 CE, por dos motivos: la ausencia de motivación de la decisión, creando además una nueva línea interpretativa en el ámbito de la creación de los grupos parlamentarios única y exclusivamente para este caso concreto, obviando los precedentes; y, por otro lado, se había conculcado el principio de igualdad, ya que la negativa a la solicitud de creación del Grupo Galego no se ha producido en casos similares, como en el caso del Grupo de Coalición Canaria en la V, VI y VII Legislaturas (1993-1996, 1996-2000 y 2000-2004) o, remotamente, la del Grupo Andalucista en la I Legislatura (1979-1982).

Para el Tribunal, *«no cabe duda de alguna de que la facultad de constituir Grupo Parlamentario, en la forma y con los requisitos que el mismo Reglamento establece, corresponde a los Diputados»*, por lo que las facultades conferidas a la Mesa n este ámbito *«son de carácter reglado, debiendo circunscribirse a constatar si la constitución del Grupo Parlamentario reúne los requisitos reglamentariamente establecidos, debiendo rechazar, en caso de incumplimiento de aquellos requisitos, salvo que resulten subsanables, la pretensión de constituir Grupo Parlamentario»* (FJ 3). Con ello, establece una limitación clara a la discrecionalidad de la Mesa, que sólo debe recoger la declaración de voluntad de los diputados que pretenden constituirse en grupo y constatar el cumplimiento de los requisitos, pero no entrar en valoraciones.

En relación con los artículos 23.1 y 2 de la Constitución, y tras constatar el cómputo de porcentaje de votos por candidaturas en las circunscripciones a efectos de analizar si se ha alcanzado el quince por ciento exigido por el artículo 23.1 del Reglamento, el Tribunal entiende que, *«en una interpretación del mencionado precepto reglamentario coherente con la configuración constitucional de nuestro sistema electoral, únicamente puede ser entendida como referida a las candidaturas presentadas por las formaciones políticas en aquellas circunscripciones en que hubieran concurrido a las elecciones y en las que figuran y han sido elegidos los Diputados que pretenden constituir Grupo Parlamentario»* (FJ 5). Con ello, rechaza el carácter arbitrario o desproporcionado que para los demandantes ha tenido la interpretación reglamentaria de la Mesa.

Además, introduce con este argumento una aclaración interpretativa en la confusa redacción del artículo 23.1 del Reglamento que, poco después, servirá a la Mesa para validar la constitución del Grupo Parlamentario de ERC en 2004 y no hacerlo con ocasión, en 2011, del intento de constituir grupo de la coalición Amaiur: para computar el quince por ciento de los votos en una circunscripción a efectos de constituir grupo parlamentario, en ésta se debía haber obtenido, además del quince por ciento de los votos, diputado.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En ese sentido, el Tribunal entiende que el requisito subsidiario de cinco escaños y, al menos, el quince por ciento de los votos en las circunscripciones en las que se hubieren presentado para la constitución de grupo, tiene una naturaleza excepcional, al reducir *«el requisito numérico, pero a la vez adicionando al mismo la exigencia de un cierto respaldo electoral»* (FJ 6), por lo que no resulta admisible *«que el porcentaje de votos o el respaldo electoral obtenido por las candidaturas presentadas por una formación política sea utilizado o invocado para constituir un Grupo Parlamentario diferente al de éstos, en definitiva, que aquel porcentaje de votos sea utilizado o invocado para constituir dos Grupos Parlamentarios distintos por los Diputados elegidos en las candidaturas de una misma formación política»* (FJ 6). En suma, que una vez computado el porcentaje de votos de una candidatura a efectos del 23.1 del Reglamento, dicho porcentaje no puede ser de nuevo valorado para constituir otro grupo.

Por último, y en relación con la segunda de las vertientes del artículo 23.2 CE, relativa al principio de igualdad utilizando como base argumental los precedentes del Grupo Andalucista o el Grupo de Coalición Canaria, ambos ejemplos son rechazados, ya que el primero se produjo tras una reforma del Reglamento del Congreso, por lo que *«fue constituido por el número de Diputados reglamentariamente exigido»*; y, en el caso del segundo, porque en los dos supuestos planteados, en el primero, no se computaba el porcentaje de votos a efectos de su constitución como grupo parlamentario, *«sino la posible disolución del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria por haberlo abandonado uno de sus componentes»*. En definitiva, desestima el amparo y valida la interpretación de la Mesa en la denegación de la constitución del grupo parlamentario.

Por otro lado, la segunda de las sentencias sobre la constitución de grupos parlamentarios, la STC 141/2007, de 18 de junio, denegaba el amparo a un recurso interpuesto por dos diputados del Parlamento de La Rioja cuyo grupo parlamentario, —formado sólo por ellos dos—, había sido disuelto tras una modificación del reglamento de la cámara, provocando su pase al grupo mixto, constituido tan sólo por ellos.

Para los diputados recurrentes, elegidos en las elecciones de 1999 y constituidos en Grupo Parlamentario del Partido Riojano de acuerdo con el entonces vigente Reglamento del Parlamento, la modificación reglamentaria de 2001 les supuso la conculcación de los artículos 9, 23 y 24 CE, ya que se les había integrado en el grupo mixto, limitando su capacidad de intervención parlamentaria y sus recursos.

En ese sentido, sostenían que su pertenencia a un determinado grupo parlamentario era indisociable de su estatus representativo como diputados, careciendo la Mesa de potestad para declarar su disolución salvo en los casos reglamentariamente establecidos, ya que su intervención es meramente declarativa, de constatación del cumplimiento de los requisitos. Requisitos que, por otro lado, ya se habían cumplido, ya que el grupo parlamentario se había constituido según la normativa vigente en ese momento.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Por último, a tenor de los recurrentes, la Mesa había incurrido en un error de derecho al establecer un régimen transitorio sobre constitución de grupos no previsto por el Reglamento, aplicando retroactivamente una norma a un grupo previamente constituido.

Para el TC, y en relación con los artículos 23.1 y 2 CE, la participación de los ciudadanos en las funciones y cargos públicos a través de representantes se define como un derecho *«de configuración legal, en el sentido de que compete a los Reglamentos parlamentarios fijar y ordenar los derechos y atribuciones que a los parlamentarios corresponden»*, por lo que, para considerar su conculcación, no vale cualquier acto, sino sólo aquellos que tengan relevancia constitucional, esto es, los que *«pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria, como son, indudablemente, el ejercicio de la función legislativa o de control de la acción del Gobierno»* (FJ 3).

Así, el Tribunal rechaza la discriminación, ya que *«no se deduce una intención expresa de adecuar las normas sobre constitución de grupos parlamentarios a la situación de los demandantes sino más bien de adaptar las previsiones del Reglamento del Parlamento de La Rioja a las de la mayoría de normas parlamentarias similares»*, sin olvidar que, tratándose de una norma de carácter general, *«no puede considerarse que se aplicara exclusivamente a algunos parlamentarios por la única razón de que sólo ellos estuvieran incluidos en ese momento en el supuesto establecido por el Reglamento»* (FJ 5).

Sin embargo, reconoce el Constitucional, en relación con la retroactividad aplicada por el Reglamento que, aunque disponga de capacidad de organización derivada de la autonomía parlamentaria, sí ha restringido los derechos de los parlamentarios *«sin específica cobertura legal o reglamentaria. En ausencia de disposiciones relativas a la aplicación transitoria del nuevo Reglamento de la Cámara, los acuerdos cuestionados optaron por la interpretación más lesiva de los derechos a constituir grupo parlamentario y participar en los debates parlamentarios, alterando las normas que hasta el momento regían su ejercicio»*, lo que ha supuesto la lesión del artículo 23.2 CE, al *«privar ilegítimamente a los parlamentarios de los derechos básicos que integran la esencia de su función representativa»* (FJ 5). En suma, otorga el amparo a los recurrentes, anulando todos y cada uno de los acuerdos de la Mesa impugnados.

2. **La sentencia 76/2017**

Conviene resaltar una cuestión esencial, y es que los dos senadores elegidos en la candidatura del Partit Demòcrata Català incumplían doblemente en aquel momento lo dispuesto en el Reglamento del Senado para poder constituirse en grupo parlamentario, dado que no sólo no alcanzaban los diez senadores exigidos en el artículo 27.1, sino que, al manifestar su voluntad de constituirse en grupo, incumplían también lo dispuesto en el artículo 27.4, esto es, adoptar una denominación acorde a la utilizada por sus miembros al concurrir en las elecciones, ya que, pese a que sí lograron sumar otros ocho senadores, —«prestados»,

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

provenientes de las candidaturas de ERC (dos), Coalición Canaria (dos), Agrupación Socialista Gomera (uno) y Bildu (uno)—, el grupo pretendió constituirse bajo la denominación de «Grupo Parlamentario Catalán en el Senado (CDC)», que no era la candidatura común de todos los senadores.

Dicho esto, la negativa de la Mesa, —con un informe de los servicios jurídicos en contra—, se basó en una interpretación conjunta y sistemática de los artículos 27.1, 27.2 y 28.2 del Reglamento, al considerar, *pro futuro*, que dado que los senadores «prestados» se darían de baja del grupo una vez constituido para pasar al grupo mixto, y que el Grupo Catalán se quedaría con cuatro, el grupo incurriría en causa de disolución al estar formado por menos de seis miembros.

Este segundo punto fue contestado por los demandantes al afirmar que el grupo sí tenía vocación de permanencia y que sus miembros no descenderían de seis, ya que los dos senadores de Coalición Canaria no tenían intención alguna de darse de baja del Grupo Catalán, por lo que no habría causa de disolución.

Pese a ello, en su segundo Acuerdo reafirmó el planteamiento, estimando que se podría *«calificar de antijurídica la posibilidad de constituir un Grupo Parlamentario, aunque se reúnan diez o más firmas, si, nada más transcurrido el plazo reglamentario de cinco días hábiles, el número de los mismos resulta ser inferior a seis»*.

Los recurrentes, en ese sentido, entienden vulnerados los derechos de los artículos 14 y 23 CE, puesto que no existen razones jurídico-objetivas determinantes para denegar la constitución del Grupo Catalán, al cumplirse todos los requisitos reglamentarios.

Por un lado, la constitución establecida en el artículo 27.1 se cumple, toda vez que, no disponiendo de los diez senadores necesarios para formalizarla, se habilita la vía del «préstamo», parlamentariamente admitida y consagrada en precedentes, alcanzando gracias a otras cuatro formaciones políticas el número mínimo establecido.

Y, por el otro, en relación con la disolución del grupo del artículo 27.2, para los recurrentes opera sólo cuando el grupo haya sido formalmente constituido, nunca antes, por lo que la consideración de la Mesa es innecesaria por improcedente al adelantar un presupuesto de hecho inexistente.

El principio de igualdad, por su parte, lo entienden conculcado en la medida en que se ha denegado la constitución del Grupo Catalán mientras que se ha posibilitado la del Grupo Vasco, que también ha requerido de cuatro senadores «prestados» provenientes del Grupo Popular. Ciertamente, utilizándose el mismo criterio *ex post* que la Mesa, se advierte de la falta de concordancia entre ambos casos, porque el supuesto de hecho planteado por la Mesa en su argumentación no resulta válido, ya que el PNV, aún con los cuatro senadores «prestados», no descendería, en ningún caso, de los seis con los que cuenta y, por lo tanto, no incurriría en la causa de disolución del artículo 27.2.

Para el Tribunal, la constitución del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado-Partit Demòcrata Català fue realizada cumpliendo todos los requisitos reglamentarios, dado que ninguno de los diez senadores firmantes formaba parte

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de otro grupo parlamentario, y la denominación final escogida, —Grupo Parlamentario Catalán en el Senado—, era conforme *«con la que sus miembros concurrieron a las elecciones»*. Cuestión, ésta última, que habría que matizar, toda vez que, si bien es cierto que no es contrario a lo dispuesto en el artículo 27.4, no lo es el hecho de que no es la denominación con la que concurrieron *todos* los miembros del grupo constituido.

Los precedentes en cuanto al «préstamo» de senadores sirven al Alto Tribunal para recordar que en otras legislaturas, —en la VIII con Coalición Canaria y en la IX con el PNV—, ambos grupos recibieron seis escaños del PSOE, siendo por lo tanto su número originario inferior a seis, lo que, unido a la cesión de cuatro senadores del PP al PNV, le permite afirmar *«que descarta que la actual Mesa del Senado haya decidido apartarse de los citados precedentes parlamentarios»* (FJ 5).

Reconoce así el TC el amparo a los senadores recurrentes desde la perspectiva de la relevancia autoorganizativa, constitucionalmente reconocida, de los usos parlamentarios, entre los que se encuentra el «préstamo» de senadores. «Préstamo» en el que, en este caso concreto, es *«irrelevante la pluralidad de procedencia electoral de los senadores «prestados», la proporción numérica de los que tienen tal condición, o su pertenencia a una o varias formaciones políticas»* (FJ 5). Es decir, que para el Tribunal no es relevante ni cuántos senadores ni de qué formaciones políticas proceden los que se «prestan» para constituir el grupo, siempre y cuando no vulneren el Reglamento, obviando la perspectiva del «fraude de ley» en la que se incurre.

Por último, el Tribunal rechaza la presunción de fraude reglamentario efectuada por la Mesa, al considerar que la previsión del artículo 27.2 se ha aplicado *«sin haberse dado los presupuestos de hecho que lo justificaban y ha impedido la constitución de un grupo parlamentario anticipándose a lo que, a su juicio, entendió que podían hacer los senadores integrantes del mismo»*. La Mesa, ni podía ni debía adelantar un presupuesto de hecho que no se había producido por partida doble: ni se había constituido el Grupo Catalán ni, por lo tanto, su número se había reducido por debajo de los seis miembros. En suma, se ha aplicado *«de forma prematura a un grupo parlamentario non nato, una causa de disolución prevista en el artículo 27.2 RS»* (FJ 5).

Concluye el TC que tampoco se tomó en consideración lo declarado por los propios senadores, que reiteraron su compromiso con lo establecido en el artículo 27.2, esto es, que se mantendría de forma permanente el número mínimo de seis miembros.

En definitiva, reconoce el amparo y declara que sí había derecho a constituir el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado, por lo que anula los Acuerdos impugnados por vulneración del artículo 23.2 de la Constitución en conexión con el artículo 23.1.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

V. CONCLUSIONES

El llamado «préstamo» de senadores es una práctica parlamentaria que, aun formado parte de los llamados *usos y costumbres parlamentarios* constituye, sin atisbo de duda, un auténtico fraude de ley, sólo justificado por las sustanciales ventajas políticas y materiales que el reglamento otorga a los grupos constituidos.

La plena constitucionalidad de su uso, —y, sobre todo, abuso—, señalada en la STC 76/2017, de 19 de junio, en nada empece un juicio de racionalidad objetivo en torno a la necesidad de garantizar el cumplimiento del reglamento en su doble vertiente formal y material.

Formal, porque amparados en redacciones confusas, —como la del artículo 23.1 del Reglamento del Congreso—, se forman grupos parlamentarios que no cumplen ni los requisitos ordinarios ni los extraordinarios, —en el caso del Congreso—. La utilización del «préstamo» de diputados y senadores, en este punto, no viene a ser sino una forma de sustraerse a los requisitos cuantitativos exigidos, soslayando los criterios formales.

Y material, porque el sentido de los requisitos para la constitución de grupos parlamentarios contenidos en los reglamentos es doble y, en ningún caso, se cumple: en primer lugar, evitar el excesivo fraccionamiento de la Cámara, —al objeto de mejorar la eficacia de actividad parlamentaria desde la simplificación y el fortalecimiento de la representación de las formaciones políticas que han obtenido escaño—, y, en segundo lugar, favorecer una lógica y adecuada concordancia entre el *momento electoral* y el *momento parlamentario*, —evitando disonancias que no hagan fiel el mandato expresado en las elecciones—.

Por ello, quizá sería muy conveniente proceder a una modificación de los reglamentos parlamentarios de ambas Cámaras.

Así, el artículo 23.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados debería ser modificado en lo relativo a los requisitos subsidiarios, —cinco diputados y, al menos, el quince por ciento de los votos en las circunscripciones en las que se hubieren presentado, o un cinco por ciento nacional—, por una triple vía: bien reduciendo el número de diputados exigidos; bien evitando que diputados cuyo destino «natural» sea integrarse en el Grupo Mixto puedan adscribirse temporalmente a un grupo parlamentario en formación; o bien, que un diputado proveniente de una candidatura mayoritaria que se asocia a un grupo distinto en el momento de darse de baja no pueda, en toda la legislatura, ser adscrito más que al Grupo Mixto.

La primera de las opciones, relativa a la reducción del número de diputados exigidos, es una alternativa inadecuada, porque si reducimos el nuevo umbral mínimo se acabaría fragmentando en exceso el Congreso, diluyendo la eficacia de la acción parlamentaria y dificultando su adecuada organización.

La segunda vía, por otro lado, tendría la desventaja de que ampliaría el Grupo Mixto, pero fortalecería la representatividad de los grupos y mejoraría la

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

organización de la Cámara, evitando la sobrerrepresentación de las formaciones políticas.

La tercera, por último, evitaría el pernicioso espectáculo de los diputados *de ida y vuelta* de un grupo a su grupo «natural», dado que la mayoría de los diputados, ante la tesitura de verse incluidos contra su voluntad en el Grupo Mixto, evitarían ser utilizados para la formación de otros grupos parlamentarios.

En el caso del Senado, resulta imprescindible también proceder a la modificación del artículo 27.1 de su Reglamento, con una perspectiva prácticamente idéntica a la propuesta para el Congreso: sea reduciendo el umbral mínimo de senadores requeridos para formar grupo parlamentario; sea obstaculizando que senadores destinados al Grupo Mixto formen parte constitutiva de un grupo nuevo para luego recalar en el Mixto; sea, por último, que un senador de las formaciones políticas mayoritarias haga el camino de ida y vuelta a su grupo originario, obligándole a adscribirse, en ese caso, al Mixto.

La primera de las opciones es, quizás, la más correcta en nuestra opinión, fundamentalmente por la propia configuración constitucional del Senado como Cámara de representación territorial, que necesita conjugar el requisito de la organización parlamentaria con la pluralidad territorial, para lo que resulta conveniente favorecer la creación de grupos parlamentarios que reflejen esa diversa territorialidad. En ese aspecto, el umbral mínimo de cinco senadores para constituir grupo propio podría ser un umbral razonable para favorecer el punto de equilibrio entre ambas perspectivas.

***

TITLE: *About the constitution of parliamentary groups and the "lending" of members*

ABSTRACT: *The aim of this work consists in exposing the problems regarding the lending of the members in the Spanish Parliament, analysing the legal framework for the constitution of parliamentary groups within the regulations of the Chamber and the practice followed since the inception of democracy. Subsequently, the jurisprudence of the Constitutional Court will be analysed, specially decisions 64/2002, of 11March, the 141/2007, of 18 June and the most recent 76/2007, of 19 June. Finally, a proposal for reform of the regulations of the Congress and the Senate is made, in order to limit and avoid this practice.*

RESUMEN: *El objetivo de este trabajo consiste en exponer la problemática del «préstamo» de parlamentarios en las Cortes Generales, analizando el marco jurídico de la constitución de los grupos parlamentarios en los reglamentos de las Cámaras y la práctica seguida desde los inicios de la democracia. Posteriormente, se analizará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, concretamente, las sentencias 64/2002, de 11 de marzo, la 141/2007, de 18 de junio y, la más reciente 76/2017, de 19 de junio. Por último, se hace una propuesta de reforma de los reglamentos del Congreso y del Senado, al objeto de limitar y evitar esta práctica.*

KEY WORDS: *lending, parliamentary members, fraud, constitution, parliamentary groups.*

PALABRAS CLAVE: *préstamo, parlamentarios, fraude de ley, constitución, grupos parlamentarios.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *6.03.2018* FECHA DE ACEPTACIÓN: *5.02.2019*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

SEMBLANZAS

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

CARLOS RUIZ DEL CASTILLO, CONSTITUCIONALISTA DE LA PRIMERA POSTGUERRA MUNDIAL

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ[1]
Profesor Ayudante-Doctor de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

Sumario

I. Introducción. II. Primera trayectoria académica y compromiso con un esfuerzo político. III. Su influencia en el Derecho Constitucional de la época. IV. Última trayectoria. Del Instituto de Estudios de Administración Local a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

I. INTRODUCCIÓN

Dedicamos esta semblanza a quien fue uno de los constitucionalistas españoles más importantes por su estudio, investigación y docencia del movimiento constitucional europeo en el periodo que se inicia al término de la primera Gran Guerra, y se cierra con la Segunda Guerra Mundial. Hablamos de D. Carlos Ruiz del Castillo (San Sebastián, 1896-Madrid, 1984) jurista especialmente relevante en nuestro país durante la II República tanto desde su cátedra como desde su asiento en el Tribunal de Garantías Constitucionales y también en todo lo que vino después, desempeñando sus funciones docentes tras la Guerra Civil hasta su jubilación[2].

1 Me gustaría agradecer la inestimable ayuda prestada por el profesor D. Óscar Alzaga a la hora de elaborar esta semblanza. También debo agradecer la más que generosa contribución de D. Andrés Gutiérrez, Secretario General del TC, agradecimiento que hago extensivo al profesor D. Manuel Aragón Reyes, al personal de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UCM, y a los encargados de su Archivo Histórico de Tesis Doctorales. Es de justicia reconocer que todos los errores y omisiones son de mi exclusiva responsabilidad.

2 Para abundar en su figura puede verse Martín, S; «Ruiz del Castillo y Catalán de Ocón, Carlos (1896-1984)». En *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1943)*, Universidad Carlos III de Madrid, 2017 (en línea: http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_figuerola/programas/phu/diccionariodecatedraticos); y «Carlos Ruiz del Castillo: cara y envés del orden natural conservador». En Quiroga,

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

II. PRIMERA TRAYECTORIA ACADÉMICA Y COMPROMISO CON UN ESFUERZO POLÍTICO

Ruiz del Castillo se doctoró joven. A la edad de veinticuatro años defendió su tesis sobre «La espontaneidad en el Derecho» en la Universidad Central de Madrid, un marzo de 1920[3]. Este primer trabajo académico constituyó en su día una buena prueba de lo que luego el tiempo confirmó, ser un estudioso que destacaría por su amplia formación jurídica nacional y extranjera. Tras doctorarse joven ganará por oposición, también pronto, la cátedra de Derecho Político en la Universidad de Santiago de Compostela, de la que llegó a ser un Rector muy respetado. Andando en el tiempo ganará también por oposición la cátedra en la Universidad Central de Madrid, que desempeñó brillantemente hasta la fecha de su jubilación. Universitario de los pies a la cabeza, dejó grato recuerdo por sus doctas clases, buena muestra de su erudición y brillantez[4]. Aunque quizá su alto nivel de exigencia a los alumnos de primer y segundo curso de la licenciatura, en los respectivos exámenes, hiciera que el buen recuerdo se concentrase entre el alumnado que no se veía forzado a repetir los mismos.

Cronológicamente hablando, es preciso destacar que como joven catedrático desempeñó una importante labor intelectual en el alumbramiento, a la altura de 1921-1922, del Partido Social Popular, un primer intento serio de crear en España una fuerza política demócrata cristiana, a imagen y semejanza del *Partito Popolare*, fletado en Italia bajo el liderazgo de Dom Sturzo, y de otros partidos similares que surgen, entre otros países, tras la primera contienda mundial en Alemania —con el rótulo *Deutsche Zentrumspartei* (más conocido por *Zentrum*)—, o en Bélgica y Holanda[5]. La labor que lleva a cabo es de neta impronta intelectual, junto a diversos catedráticos y otros profesores, en respuesta a la deriva caciquil que presidía la práctica de la Constitución de 1876. Ruiz del Castillo tuvo una participación estrecha en aquel hito, asistiendo a la Asamblea fundacional de 1922 en calidad de coautor de la primera ponencia, que versaba sobre «Régimen político y administrativo del Estado», junto con el abogado Onis y los luego catedráticos de Universidad, Gimenez Fernandez y Gil-Robles. En ella se plasma

A; y Del Arco, M.A (eds.), *Soldados de Dios y apóstoles de la Patria. Las derechas españolas en la Europa de entreguerras*, Granada, Comares, 2010; Grandío Seoane, E; «Dereita e rexionalismo galego na II República: Carlos Ruiz del Castillo»; *Grial. Revista galega de cultura*, n.º 134, 1997, pp. 185-217; y VVAA; *Homenaje a Ruiz del Castillo*, IEAL, Madrid, 1985.

3 El Tribunal lo formaron los profesores Mendizábal, De Diego, Díaz Canseco, Palacios y Rivera Pastor. El trabajo se ha consultado en el Archivo Histórico de Tesis Doctorales de la Universidad Complutense —antiguamente Central— de Madrid.

4 Y que llevó a otras instituciones académicas, dado que fue profesor en el Instituto Católico Complutense; en el Instituto Social León XIII; en la Escuela Social de Madrid; y en el Instituto de Cultura Hispánica; además fue miembro del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Vid. VVAA; *Homenaje*…, cit, p. VII y VIII.

5 Vid. Alzaga Villaamil, Ó; *La primera democracia cristiana en España*, Ariel, Barcelona, 1973.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lo que vino a ser después en gran medida el Programa del partido. Sus líneas maestras pasaban por la forma monárquica; un sistema electoral de representación proporcional; el sufragio femenino; ciertas garantías que asegurasen el funcionamiento normal del Parlamento; la supresión de la figura de los Senadores vitalicios; las reformas en aras de hacer una justicia efectiva e independiente; o la admisión de la mujer en todos los puestos de la administración. A lo largo de 1923 la formación ofrece decenas de mítines a lo largo y ancho de España, pero Ruiz del Castillo no participa en ninguno. Será a raíz del golpe de Estado de Primo de Rivera cuando el partido vea el término de su corta singladura.

Al menos dos cuestiones destacan en este periodo. Por un lado, que Ruiz del Castillo se esforzó en contribuir a crear el PSP cuando creyó que las exigencias lo demandaban; no sólo perteneció al Grupo Promotor de la formación en Galicia y fue Secretario de la Comisión Gestora, sino que participó en el Secretariado Técnico del partido, a través de la Comisión de Régimen Político, junto a José María Gil-Robles, que en 1922 ganaría la cátedra de Derecho Político de la Universidad de Salamanca. Por otro, que la colaboración de Ruiz del Castillo poco tuvo que ver con la de un «político» al uso; siempre dominó su dimensión profesoral[6], que le llevó también a seguir de cerca el surgimiento en Francia en 1924 del *Parti Démocrate Populaire (PDP)*, no casualmente con el apoyo de interesantes intelectuales, entre los que se encontraba el profesor de Derecho Constitucional Marcel Prélot[7].

Buena muestra de la prioridad que siempre otorgó a su vocación intelectual es tanto que durante esos años continuó acrecentando su obra científica, con la publicación de su tesis y de un libro adicional[8], como que fue uno de los impulsores de una interesantísima colección de monografías.

III. SU INFLUENCIA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA ÉPOCA

La tarea intelectual y docente de Ruiz del Castillo en el área del Derecho Político fue dilatada y ancha, pero a los efectos de la presente semblanza nos centraremos en tres hitos significativos. El primero es la introducción en España de la doctrina de Hauriou. El segundo es su *Manual de Derecho Político*, obra de referencia para el constitucionalismo de entonces. Y el tercero es su labor como Vocal del Tribunal de Garantías Constitucionales.

6 Fue significativo que tras ser designado Procurador en Cortes (1951) en representación de la Academia abandone el cargo en apenas un mes Vid. Martín, S; «Ruiz del Castillo…», *cit*.

7 Prélot, M; «Histoire et doctrine du Parti Démocrate Populaire», *Politique, New Series,* n.º 1, julio-diciembre, 1962; véase también Laurent, R.: *Le Parti Démocrate Populaire, 1924-1944,* Impriméri Commerciale, Le Mans, 1965.

8 Ruiz Del Castillo, C: *La espontaneidad en el Derecho (Ensayo de Sociología Jurídica)*, V.H. Sanz Calleja, Madrid, 1921; y *El conflicto entre el comunismo y la reforma social*, Pueyo, Madrid, 1928.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

1. La recepción de la doctrina institucional de Hauriou

Ruiz del Castillo dominaba perfectamente la lengua francesa y siempre consideró que la escuela jurídico-constitucional más interesante era la nacida en Francia a raíz de que Rousseau escribiese su célebre obra «El contrato social», donde D. Carlos ubicaba los cimientos del constitucionalismo. Desde esa propensión hacía la escuela francesa realizó, a mediados de los años veinte del siglo pasado, una estancia de investigación en la Universidad de Toulouse, quedando profundamente marcado por la enseñanza de Maurice Hauriou. Fruto de la estrecha relación académica que trabaron, D. Carlos decide traducir al español una de las obras capitales del constitucionalismo de entreguerras, los *Principios de Derecho Público y Constitucional* de Hauriou, a la que dedicó un muy interesante estudio introductorio, al que volveremos a referirnos. El carácter de clásico le viene, entre otros muchos motivos, por ser un texto donde el maestro de Toulouse, se apoya en su doctrina de la institución, a la que había dedicado ya dos magníficos trabajos previos[9], escritos por su fina cabeza desde diversos y complejos ángulos, exigiendo a su lector que le siguiese con análogo esfuerzo al que él había desplegado al tejer su obra. El centro neurálgico de su razonar es, como es bien sabido, el concepto de institución; esto es, «todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados». Aun reconociendo su amplitud, considera que «el carácter común de todas estas cosas reside en el hecho de que su duración no depende de la voluntad subjetiva de determinados individuos». Por ello dirá que esa institución será la unión de cuatro elementos, a saber: la idea objetiva transformada en una organización social por un fundador; el reclutamiento de adhesiones en número indeterminado en el medio social; la sujeción de las voluntades subjetivas al servicio de la idea institucional; y ciertas condiciones para que perduren (no durará aquella que choque con la verdad moral y la justicia, por ejemplo).

Este libro del maestro Hauriou se encabezaba por un Estudio Preliminar que aporta a los lectores de la versión española el propio Ruiz del Castillo[10]. Y el motor de sus treinta y nueve páginas será, inevitablemente, ese concepto institucional, sobre el que incide especialmente en dos de sus ingredientes principales. Primero, aboga por la importancia de que las instituciones se defiendan no sólo desde fuera sino también y especialmente desde dentro. Y segundo, apuesta por la necesidad de superar o complementar el formalismo kelseniano con determinados valores morales, que frecuentemente constituyen la *ratio* de las instituciones; en ello había una

9 Hauriou, M.: «L'Institution et le droit statutaire», *Récueil de Législation de Toulouse*, t.II, 1906; y «La theorie de l'ínstitution et de la fondation», *Cathiers de la Nouvelle Journée*, n.º 4, 1925 (traducción al inglés en Broderick, A (ed); *The French Institutionalists. Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, Harvard University Press, 1970).

10 Vid. Hauriou, M; *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1927 (2.ª edición). Traducción, estudio preliminar, notas y adiciones por Carlos Ruiz del Castillo.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

parcial pero profunda coincidencia entre el institucionalismo de Maurice Hauriou y el solidarismo del maestro de la Universidad de Lyon, Léon Duguit, cuyos diálogos y debates con su colega de Toulouse apasionaban a Ruiz del Castillo, como se percibía en alguno de sus cursos de doctorado.

Por lo demás, es difícil exagerar la relevancia que tuvo la doctrina del jurista francés que Ruiz del Castillo nos legó, a juzgar por la recepción que hicieron de sus tesis los principales textos de nuestro Derecho *Constitucional* de entonces (y los de después)[11]. Lo mismo sucedió, en paralelo, en otras latitudes[12].

2. El Manual de Derecho Político

Es bien sabido que paulatinamente y con bastante lentitud la docencia de nuestra asignatura conllevó la aparición de manuales que contribuyeron decisivamente a la construcción de nuestra disciplina académica, lo que ocurrió ya tras la aprobación de la Constitución de 1812, en torno a la cual proliferaron no solo catecismos constitucionales, construidos en base a preguntas y respuestas, no ajenas a un cierto fin propagandístico que se compatibilizaba con la función educativa. Ello desembocó durante el trienio liberal en el Manual de Jaumeandreu[13] y especialmente en las *Lecciones de Derecho Público constitucional para las escuelas de España de Ramón Salas*[14], que respondía a lo dispuesto en el artículo 368 de la Constitución gaditana sobre el deber de enseñar y explicar la Constitución. Durante el resto de nuestro siglo XIX, primero, como sabemos, la corta vigencia de los textos constitucionales y, durante la Restauración, las singulares prácticas no escritas que acompañaron a la Constitución de 1876 no facilitaron el desarrollo de la ciencia de nuestro Derecho Político, que solo se independizaría del Derecho Administrativo en 1910. De manera que buena parte de la doctrina considera que hay que esperar al Manual de Adolfo Posada para encontrar una exposición moderna del Derecho Constitucional.

Agotado el periodo de la Restauración, cuyas Cámaras no admitieron ninguna reforma constitucional y se negaron a prestar atención a las nuevas regulaciones de los derechos fundamentales y a los avances en la regulación jurídica de

11 A título de ejemplo, véase POSADA, A; *Derecho Político* (dos Tomos); Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, *pássim*. Y para después véase SANTAMARÍA PASTOR, J.A; «Presentación», en HAURIOU, M; *Obra escogida,* Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976, p. 20.

12 Vid. BERNARD, G.: *La théorie de l'institution,* Paris, Sirey, 1930, pp. XXXVI y 639; WALLINE, M; *Les idées maîtresses de deux grands publicists français: Léon Duguit et Maurice Hauriou* en *Archives de Philosophie de droit et de sociologie juridique*, J. Gamber, París, 1930; MARTY, G; Y BRIMO, A (dirs), *La pensé du doyen Maurice Hauriou et son influence,* Pedone, París, 1969; y el trabajo de su hijo HAURIOU, A; *Maurice Hauriou: A Memoir.* En BRODERICK, A (ed); *The French Institutionalists. Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, Harvard University Press, 1970, pp. 25-29.

13 *Curso elemental de Derecho Público,* Imprenta del Gobierno Político Superior, Barcelona, 1820.

14 Editado en la Imprenta de El Censor, Madrid, 1821.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

los poderes públicos, al término de la posguerra de 1919, al entrar en vigor la Constitución republicana de 1931, obviamente se cierra una etapa. Nuestra ciencia cuenta con un texto fundamental ubicado en la corriente del constitucionalismo europeo de la postguerra de 1919. En la época de la II República, incluso en la posterior, los Manuales de Derecho Político eran básicamente dos: el de Adolfo Posada, y el del propio Ruiz del Castillo, sin perjuicio de que desempeñase un significativo papel en el estudio de la nueva Constitución el comentario a la misma que prontamente publicó el profesor Perez Serrano, que había asistido a los parlamentarios constituyentes en su condición de Letrado de Cortes[15].

La primera edición del Manual de Derecho Político que publicó Ruiz del Castillo, aún siendo muy rigurosa, evidenciaba su enfoque a la función que se había propuesto: servir a los opositores a ingresar en la carrera judicial para preparar sus pruebas[16]. Inmediatamente después, D. Carlos se plantea escribir un manual mucho más ambicioso desde todos los puntos de vista, con la probable aspiración de que fuese la obra de referencia de la asignatura en nuestras universidades. De hecho, este manual[17] prácticamente lindaba con el género académico de los tratados, tal y como su subconsciente parece tener presente cuando en su finísimo prólogo fechado en «Madrid, junio de 1936» nos dice que«un Manual no permite tratar las cuestiones con la prolija exigencia de un tratado, ni puede conformarse con la concisión y el dogmatismo de un Compendio; pero participa del espíritu constructivo del uno y de la sobriedad de líneas del otro». Continúa exponiendo que el abordaje de los temas fundamentales de lo que llama *el Derecho Político actual* incluye problemas que rebasan las consideraciones estrictamente jurídicas, pues para él los problemas del Derecho Político son más amplios de los que estudia la Teoría Jurídica del Estado, por lo que no cabe atenerse tan solo al método jurídico, debiendo tenerse en cuenta «el ambiente vital que envuelve y transforma al Estado».

Estamos, pues, en presencia de un cuasi tratado excelente por su rigor técnico jurídico, por el dominio que el autor demuestra de por donde camina la mejor ciencia jurídico política de entreguerras —las citas a los ilustres tratadistas franceses, italianos, alemanes y austriacos de la época son muy abundantes— para escribir una gran obra sobre la teoría y la realidad constitucional de la España y la Europa de la época. El libro lo acaba poco antes de estallar la Guerra Civil y lo publica con unas páginas preliminares[18] que empiezan informándonos de que «este libro se escribió e imprimió en su totalidad antes del 18 de julio de 1936» y pasa a explicar lo que ha sufrido como consecuencia del asesinato de su hermana

15 Pérez Serrano, N; *La Constitución española (9 diciembre 1931): Antecedentes, texto, comentarios*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, 347 páginas.

16 Ruiz Del Castillo, C: *Derecho Político. Obra ajustada al programa de 16 de agosto de 1933 para las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura*, Reus, Madrid, 1934 (1.ª edición), 409 páginas.

17 Ruiz Del Castillo, C: *Manual de Derecho Político*, Reus, Madrid, 1939 (2.ª edición), 755 páginas.

18 Tituladas «Advertencia e *in memoriam*», fechadas en mayo de 1939.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

María Loreto en Madrid, el 23 de agosto de 1936, terminando con estas palabras: «La voz de la liturgia asegura el consuelo: *in memoria aeterna erit justus: ab auditione mala non timebit»*. Su horror hacia cómo ha terminado la II República en la que él tanto confió es un hecho. Como también es un hecho que consigue editar este Manual en 1939, que pasó a ser por aquellas fechas el mejor de nuestra historia de la asignatura, superando en modernidad la quinta edición del muy respetado de Adolfo Posada, que con una veintena de páginas adicionales había procurado adaptarse a la nueva Constitución republicana, sin naturalmente poderse desprender de su ya anticuada estructura. Es cierto que por aquellas fechas Perez Serrano empezó a escribir su excelente manual, que terminaría bastantes años después, ya que nunca quiso editarlo en vida[19].

De esta obra tan significativa, que D. Carlos no volvió a reeditar, lo primero a destacar son los contenidos. En ambos casos estamos ante un exhaustivo repaso al régimen jurídico establecido en la Constitución de la II República. La primera edición se ocupó de hacerlo a través de cuarenta temas y más de cuatrocientas páginas. En la segunda versión, publicada después de la victoria del bando nacional, no sólo no abandona dicha senda, sino que aprovecha para ampliar tales contenidos, y a conciencia, puesto que se va a ir hasta las setecientas cincuenta páginas.

Es bastante sintomático el «pliego de descargo» que se ve obligado a escribir, a buen seguro que a modo de cobertura para poder seguir explicando el régimen constitucional republicano con el franquismo ya vigente. Efectivamente, recordemos que en la segunda edición el autor nos hace saber después de que «se escribió e imprimió en su totalidad antes del 18 de julio de 1936», que «la obra es, en verdad, obra de anteguerra»[20].

No menos indicativo es que la segunda edición no sólo incluye afirmaciones claramente a favor de la democracia constitucional —«nadie entiende que constitucionalismo equivalga a existencia pura y simple de una Constitución»[21]— sino que incluye como apéndice una completa síntesis del proceso constitucional en España, estudiando el periodo que comienza con el Estatuto de Bayona de 1808 y finaliza…con (en) la Constitución de 1931.

Igual que no le temblaba el pulso, no le temblaba el discurso. Cuando realizaba sus explicaciones docentes no sólo no procedía con soflamas pro-franquistas sino que aprovechaba, siempre con sutileza, decoro y mucha educación, para seguir defendiendo la democracia. Decía cosas como que «hablar de partido único era hablar de una contradicción en los términos». Defendía la tesis de que las relaciones internacionales eran necesarias en la medida que mostraban el aperturismo del Estado y viceversa. Explicaba la Constitución como norma fundamental en el marco de la organización jurídica del Estado, acogiendo explícitamente la clásica

19 Pérez Serrano, N.: *Tratado de Derecho Político,* Civitas, Madrid, 1976.
20 Ruiz Del Castillo, C; *Manual de Derecho Político*, (2.ª edición), cit., p. VII y ss.
21 Ruiz Del Castillo, C; *Manual de Derecho Político*, (2.ª edición), cit., p. 140.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

distinción de Bryce entre constituciones rígidas y flexibles. Aludía a las diferencias entre el mandato representativo e imperativo. Se aplicaba con esfuerzo en el concepto y caracteres de los partidos políticos. Dedicaba algunas lecciones a diferenciar entre Estados unitarios y Estados compuestos, con abundantes alusiones al Estado Federal. Y por si todo ello no fuera suficiente, explicaba las diferencias y similitudes entre Monarquía y República, así como —y este es el dato definitivo— los diferentes regímenes constitucionales a lo largo y ancho del mundo, especialmente el de Estados Unidos de América, el de Francia, y el de Inglaterra[22].

3. **Como Vocal del Tribunal de Garantías Constitucionales**

Una de las facetas menos conocidas de Ruiz del Castillo es su labor como Vocal, hoy diríamos Magistrado, del Tribunal de Garantías Constitucionales. También llega joven —aunque no del todo bisoño— al cargo, ejerciéndolo durante el trienio 1933-1936. Es lugar común decir que la labor del Tribunal en general y la de sus miembros en particular estuvo inevitablemente marcada por lo convulso del ambiente político. Pero así fue[23].

¿Qué podemos destacar de esta etapa?

Ruiz del Castillo participó en un total de diecinueve sentencias. En catorce lo hizo como miembro del Pleno (recursos y cuestiones de inconstitucionalidad) y en cinco como miembro de la Sección Segunda (recursos de amparo).

Quizá lo más interesante sea destacar aquellas en la que ejerció de Ponente[24]. Dentro de los asuntos del Pleno realizó hasta cinco Ponencias, cuatro conjuntas y una en solitario. Dentro de las Ponencias conjuntas tenemos la S. de 12 de junio de 1934, que declara la inconstitucionalidad de la ley catalana de cultivos de 11 de abril de 1934[25]. Lo mismo sucede con la resolución de 7 de noviembre de 1934, que declara inconstitucional el artículo 22 del Estatuto Interior de Cataluña de 1933. Otro tanto puede decirse de la S. de 8 de marzo de 1936, donde se declara la inconstitucionalidad material de la Ley de 2 de enero de 1935. Finalmente, se puede referir la S. de 4 de julio de 1936, ya con Ponencia individual de Ruiz del

22 Todos los datos se han obtenido de los apuntes de cátedra tomados a lo largo del curso académico 1959/1960 por el profesor D. Óscar Alzaga, quien tuvo la gentileza de prestármelos.

23 Por dar un dato, durante el bienio 1934-1935 se registraron en el Tribunal más de seiscientos expedientes, celebrándose más de cien Plenos. Para conocer más sobre este Tribunal puede verse Álvarez Bertrand, P; *El Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano de tutela de los derechos fundamentales*, KRK, Oviedo, 2017; y Bassols Coma, M; *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República. La primera experiencia de justicia constitucional en España*. CEPC-BOE, Madrid, 2010.

24 Fue designado Ponente de varias más, pero diversas vicisitudes procesales ocasionaron que no todos los asuntos finalizasen con sentencia. Vid. VVAA; *Libro de Actas del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Madrid, 1999, especialmente las pp. 594 y ss.

25 Las Ponencias conjuntas las compartió con Francisco Beceña, Víctor Pradera, Gerardo Abad y Antonio María Sbert.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Castillo, donde se declara la inconstitucionalidad material parcial de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley catalana de 19 de marzo de 1934 (sin votos particulares). Como miembro de la Sección Segunda participó en cinco resoluciones, siendo Ponente en una. En la que fue Ponente, S. de 27 de enero de 1935, se planteaba un recurso de amparo por parte de la Sociedad «Ebro, Compañía de Azúcares y Alcoholes» en contra de multa gubernativa impuesta un año antes. La Sección desestima el amparo por considerar ajustada a Derecho la intervención pública (en el sentido de obligar a la compañía a proveer de unos servicios de recogida de remolacha que se negó a llevar a cabo). En los cuatro restantes, donde no fue Ponente, se ventilaron diferentes amparos con resultados desiguales[26].

Nuestro autor nos vuelve a dar pistas sobre su sentido institucional con un dato: en tres años de mandato sólo suscribió un voto particular (y lo hizo junto a nueve colegas). Se alude al que se opuso a la S. de 20 de diciembre de 1935, donde se ventila un recurso de inconstitucionalidad contra dos leyes estatales, de 1932 y 1933 respectivamente. La mayoría del Tribunal lo desestima por motivos formales, pero Ruiz del Castillo se permitió discrepar del criterio, abogando por entrar en el fondo del asunto.

La dictadura le tenía preparada una desagradable encerrona, dado que su cargo en el Tribunal condujo a que le fuera incoado un expediente de depuración (1938). Durante los primeros días de la guerra se le destituye y se le detiene. No solicita el alta en nómina como Catedrático «por haber considerado improcedente suscribir la declaración exigida por los gobernantes de la zona roja a los funcionarios que quisieran continuar gozando de tal consideración», quedando automáticamente destituido. Después de que se le inquiera sobre su filiación política y se le interrogue sobre su tentativa de evadirse de la «población dominada por el enemigo»; después de que alegue ser fundador de la Unión Regional de Derechas de Santiago y de Vicepresidir «Acción Española» en Madrid una vez iniciado el Movimiento; después de todo eso, Ruiz del Castillo completa la declaración haciendo saber que se presentó ante la Autoridad Militar pertinente. Afortunadamente, se le rehabilitó en su condición de Catedrático (1939), sin imposición de sanción[27].

La enseñanza que puede extraerse queda para el recuerdo, porque Ruiz del Castillo no se amilanó ni se amedrentó. Continuó explicando en sus clases los regímenes auténticamente constitucionales. Continuó sin explicar, como tampoco hacía Pérez Serrano, las Leyes Fundamentales, «dado lo apretado calendario académico»[28]. Siempre hubo buenos ejemplos.

26 En todas menos una se otorga el amparo a diferentes personas que recurrían multas gubernativas. En la única que no ampara, S. de 6 de junio de 1935, se declara incompetente por razón de la materia.

27 Vid. Martín, S; «Ruiz del Castillo…», *cit*, p. 4.

28 Lo cual no era óbice para que Ruiz del Castillo siguiera siendo puro rigor y seriedad. Por ejemplo, a la hora de conceder la calificación de Matrícula de Honor, donde a mayores exigía no sólo la máxima calificación en el examen sino la elaboración de un trabajo *ad hoc* a desarrollar de forma monográfica. En otros

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

IV. ÚLTIMA TRAYECTORIA. DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS DE ADMINISTRACIÓN LOCAL A LA REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

A lo largo de la época de la dictadura Ruiz del Castillo intentó buscar acomodo en lugares y espacios donde no se exigiera especial adhesión a *la causa*. Consecuentemente, además de la cátedra de la Universidad que siguió ejerciendo hasta su jubilación, a partir de los años cuarenta prestó servicios en dos instituciones. La primera es el Instituto de Estudios de la Administración Local. La segunda es la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

En la primera, el Instituto, no sólo fue cabeza visible y máxima autoridad como Director desde su fundación y durante los siguientes veintiséis años, sino que dedicó —de nuevo, su vocación de investigación— varios trabajos al estudio jurídico del fenómeno municipal desde las más amplias perspectivas, bien en relación con otros órganos e instituciones bien en sí mismo considerado[29].

En la Academia la pauta que aparece es la misma: un hombre comprometido con la institución como Académico de número y como Vicepresidente de la misma a la par que meticuloso estudioso de diversas ideas y doctrinas. Así es como va produciendo textos que tratan desde la idea liberal y la doctrina de Montesquieu hasta el régimen de los derechos fundamentales (en aquel momento «humanos»). Desde contribuciones con marcado carácter europeísta hasta aquellas que se interrogan por lo espiritual. Desde semblanzas de personajes como Maura, Zaragüeta, o Vázquez de Mella, hasta el relato de la experiencia de representar a España en el Congreso Internacional de Juristas en Lima, a principios de los años cincuenta[30].

En sus últimos años de vida, con la Constitución de 1978 ya en vigor, Carlos Ruiz del Castillo publica trabajos abiertamente plurales[31]. Y es que precisamente esa es la nota clave a destacar de su trayectoria: si Ruiz del Castillo fue algo durante el periodo de la II República y de la dictadura franquista fue un intelectual anti-autoritario *emboscado*, un jurista conservador y católico, sí, a la par que demócrata convencido a carta cabal.

tiempos la prueba consistía en una entrevista personal donde examinaba de lecturas a su juicio imprescindibles (como Savigny).

29 Por citar algunos, vid. Ruiz Del Castillo, C; *Las Cortes y la vida local*, IEAL, Madrid, 1942; *La inserción de la vida local en el Estado*, IEAL, Madrid, 1943; y *Estructura y función de las Entidades Locales*, Instituto de Estudios Políticos, 1944. Un amplio compendio puede verse en VVAA, *Homenaje*…, cit.; y Martín, S; «Ruiz del Castillo» …, *cit*.

30 No fue la última vez, puesto que Ruiz del Castillo representó a España en el Congreso Internacional de Ciencias Administrativas (Florencia y Roma, 1950); en el de la Unión Interamericana (Montevideo, 1953; y San José de Puerto Rico, 1955); y en diversos Congresos Hispano-Luso-Americano-Filipinos (Madrid y Lisboa, 1955 y 1958). Vid. VVAA; *Homenaje*…, cit, p. IX. Todos los textos académicos se han leído en http://www.racmyp.es/publicaciones/public.cfm?ac=2. Consultado el 15 de febrero de 2019.

31 Por ejemplo, véase Ruiz Del Castillo, C; «Consideraciones sobre la democracia y el sufragio». En VVAA; *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, IEAL, Madrid, 1982 pp. 149-168.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

***

TITLE: *Biographical sketch of Carlos Ruiz del Castillo*

ABSTRACT: *Biographical sketch of Carlos Ruiz del Castillo, spanish legal expert and Professor of Constitutional Law.*

RESUMEN: *Semblanza de Carlos Ruiz del Castillo, jurista español y Catedrático de Derecho Político.*

KEY WORDS: *Carlos Ruiz del Castillo, Institución, Tribunal de Garantías Constitucionales, Semblanza.*

PALABRAS CLAVE: *Carlos Ruiz del Castillo, Institution, Constitutional Guarantee Court, Biographical sketch.*

FECHA DE RECEPCIÓN: *15.01.2019* FECHA DE ACEPTACIÓN: *05.02.2019*

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

RECENSIONES

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

PABLO PÉREZ TREMPS, *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

El libro, con el impactante título de *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*, se caracteriza por su formato breve y por poner en primer plano la opinión del autor sobre el debate actual acerca de la reforma constitucional. Son dos opciones idóneas para extender el debate fuera del ámbito académico. El texto defiende la necesidad de la reforma constitucional hoy en España y toma partido respecto de algunas dudas sobre la regulación constitucional del procedimiento de reforma. En cambio, la brevedad del texto, que fuerza a presentar de forma sucinta los argumentos, obliga igualmente al autor a dar por supuesto una configuración teórica de la institución de la reforma constitucional, en la que no tiene ocasión de profundizar.

Respecto a la necesidad de una reforma constitucional, el autor prioriza las razones de política constitucional sobre las estrictamente técnicas o vinculadas a contenidos concretos. Tal vez por esta razón, prefiere simplemente enumerar las materias a las que debería extenderse (lo que se ha denominado en otros documentos como el perímetro de la reforma) y elude precisar el contenido de las enmiendas. Parece querer ceder todo el protagonismo a las fuerzas políticas, a quienes corresponde concretar el contenido de la reforma (p. 104). Posiblemente sea una opción coherente, por cuanto el debate político está estancado precisamente en este dilema previo: reformar o no reformar.

El libro destaca dos funciones que debería cumplir la reforma. La más evidente es la adaptación de la Constitución a la realidad política y social. En las últimas líneas del ensayo se señala «la necesidad de que Constitución y realidad político-institucional vayan parejas» (p. 106). Pero, además, insiste en la capacidad de la reforma para reavivar la voluntad de Constitución de una parte desencantada de la sociedad. El libro reivindica como positivo el propio debate sobre la reforma, como invitación «a discutir sobre lo existente, a volver a reflexionar sobre lo que lo constituye» (pp. 13-14). Sostiene que la reforma supone una oportunidad para recomponer la unidad constitucional (p. 104), reforzando así la función integradora de la norma fundamental.

Pérez Tremps señala las consecuencias negativas que han provocado lo que califica como las reformas «no hechas». Obviamente alude a la pro-

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

puesta del primer Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero, que se tradujo en el Informe del Consejo de Estado, pero también a la ausencia de una respuesta reformista tras la crisis suscitada por el Estatuto de Cataluña y la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010. Afirma que «Ese era el momento en el que quienes presumen de tener una visión de Estado tenían que haberse planteado la necesidad de la reforma constitucional» (p. 103). No obstante, el autor señala con claridad que «la reforma no debiera ser la reforma de la Constitución para Cataluña». Para empezar, podríamos añadir, porque el soberanismo catalán plantea un problema previo a la reforma, en la medida en que cuestiona la titularidad del poder constituyente.

Las reformas «no hechas» apuntan en una dirección diferente: permiten ver cómo la postergación de la reforma no es una elección inocua. En este sentido, el libro señala cómo la dificultad, más política que jurídica, para llevar a cabo reformas constitucionales «revaloriza» la posición del Tribunal Constitucional, realzando su papel como intérprete supremo de la Constitución, como «apoderado del poder constituyente» (p. 24). No es casualidad el creciente interés entre nuestra doctrina por la figura de la «mutación constitucional».

En la misma línea de reflexión sobre el momento constitucional, Pérez Tremps aboga por la reforma, dar una respuesta a los problemas desde la propia Constitución, frente a la apertura de un proceso constituyente. Se califica como error histórico la posición del «borrón y cuenta nueva» (p. 105). Se argumenta que transitar a un nuevo marco constitucional sería «separador» y supondría renunciar al acervo atesorado como consecuencia de la rica experiencia de aplicación de la Constitución de 1978.

Tendría sentido recordar cómo Pedro de Vega explicaba, en su clásico sobre *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente* (Tecnos, 1985), que la técnica de la reforma constitucional permite conciliar el principio democrático y la supremacía constitucional. Es decir, combinar la preocupación por la legitimación democrática del poder y por la limitación de ese mismo poder, con el objetivo de garantizar la libertad del ciudadano. Dando un paso más, cabría reflexionar sobre las consecuencias que la irrupción de un poder constituyente tendría para el binomio soberanía popular/supremacía constitucional.

Desde una perspectiva distinta, el libro recapitula los principales debates que se han planteado respecto del procedimiento de reforma, comenzando por la cuestión de los límites materiales a la reforma constitucional en España y continuando por otros temas, como el nombre del instrumento formal a través del cual se lleva a cabo la reforma, el alcance del verbo «afectar» en el art. 168 CE, la formulación de una única pregunta o de varias preguntas en caso de reforma de objeto múltiple, la posibilidad de plantear un recurso de inconstitucionalidad contra una reforma, el procedimiento que debe seguirse para modificar el propio Título X de la Constitución o la tramitación parlamentaria de la reforma combinando los procedimientos de

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

lectura única y de urgencia, como sucedió en 2011.

Pérez Tremps no se limita a enumerar estos interrogantes, sino que expresa con claridad su posición, aunque por la brevedad del texto lo haga con una argumentación escueta. En este sentido, considera que la voluntad del constituyente ha sido claramente la de dejar la modificación del Título X dentro del procedimiento ordinario, sin proteger la regulación de la reforma constitucional mediante el mecanismo agravado. Señala que esta es la consecuencia de la actual redacción constitucional, «con independencia de la legitimidad política» de una reforma del art. 168 CE que condujera a eludir los actuales trámites (p. 41).

Igualmente claro es el rechazo de la doctrina de los límites materiales inmanentes a la reforma. Sostiene que la Constitución de 1978 renunció a establecer «voluntaristas cláusulas de intangibilidad», sustituyéndolas por la especial rigidez del procedimiento agravado de reforma (p. 19). Sin perjuicio, matiza el autor, de que la idea misma de Constitución, la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho o la dignidad humana constituyan el marco de lo que merece calificarse como Constitución. Apartarse de tales valores o principios supondría «situarse en el mundo político del Estado autoritario» (p. 20). Sin embargo, concluye que el Tribunal Constitucional «no puede controlar el contenido de una reforma constitucional porque ningún poder constituyente puede acotar el poder constituyente del futuro (p. 21).

Se trata de cuestiones controvertidas. En un libro igualmente reciente, Javier Tajadura Tejada (*La reforma constitucional: procedimientos y límites*, Marcial Pons, 2018), se pronuncia en sentido opuesto. Opina que la reforma no puede afectar a la identidad constitucional del Estado (p. 33) y considera que la unidad de la nación, la monarquía parlamentaria y el principio de autonomía política son límites materiales implícitos (p. 151). Por otra parte, defiende la necesidad de seguir el procedimiento previsto en el art. 168 CE para modificar este mismo procedimiento de reforma (p. 167).

Estas discrepancias entre expertos muestran la existencia de un vivo debate sobre el significado de la institución de la reforma constitucional y las consecuencias que cabe deducir de la caracterización del poder de reforma como un poder constituido y limitado, sometido a la propia Constitución. Preguntas que plantean el reto de revisar los fundamentos teóricos del poder de reforma y las experiencias comparadas.

IGNACIO GARCÍA VITORIA

Profesor contratado doctor
de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ASCENSIÓN ELVIRA PERALES, *Libertad de circulación de personas en la Unión Europea*, CEPC, Madrid, 2017.

Este estudio, como explica la autora en el prólogo, no se realiza con la intención de englobar el conjunto de la citada materia, sino que se centra en la aplicación de la cláusula de orden público en aquel ámbito. El ceñirse a dicha cláusula en concreto no conlleva, no obstante, dejar de tratar otros asuntos relevantes relacionados con la citada libertad.

Se trata de un estudio jurídico que tiene en cuenta la normativa, tanto actual como precedente, así como la jurisprudencia y el contexto sociopolítico que influye en aquéllas, como por ejemplo el terrorismo global o los recientes desplazamientos masivos de población provocados por diversos conflictos bélicos.

Consta este trabajo de tres partes: la primera, dedicada a la libertad de circulación y el orden público en la Unión Europea; la segunda, sobre el orden público en el ámbito del TEDH y, la tercera, relativa a España.

El Capítulo I comienza relatando la evolución de la libertad de circulación en lo que hoy es la Unión Europea, desde el Tratado de Roma de 1957. Así, se muestra cómo en un principio se vinculaba exclusivamente a motivos económicos (libre circulación de trabajadores) hasta alcanzar el reconocimiento, respecto de cualquier persona con ciudadanía europea, de la libre circulación por el territorio de la Unión.

Dicha evolución se encuentra relacionada íntimamente con la dotación de valor jurídico al la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuyos principales asuntos se resumen en la presente obra (puede verse una relación completa de la jurisprudencia citada en las páginas 221 a 228). Pero la evolución no es lineal hacia una apertura ilimitada de la libertad de circulación a cualquier sujeto, sino que se ve afectada, como es obvio, por factores sociales, económicos y políticos, como el «turismo social», la emigración por motivos laborales o los movimientos masivos de población huyendo de guerras, que en ocasiones dan lugar a restricciones a la libertad de circulación excusadas en los gastos que suponen tales personas para los Estados que los acogen.

Como se ha dicho, la parte central del trabajo consiste en el estudio de los límites a la libertad de circulación y, en especial, la cláusula de orden público. Es ésta una noción que varía dependiendo de varios factores y que no es uniforme en los diferentes ordenamientos, ni siquiera los de los Estados miembros. Por su parte, la doctrina suele diferenciar, dentro del orden público, un ámbito formal y uno material.

Se habla, por otro lado, de un «orden público europeo», que se concreta partiendo de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros e incorporando el ordenamiento de la Unión Europea, la interpretación del mismo, así como la jurisprudencia del TEDH.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

En cualquier caso, la cláusula de orden público se encuentra, en las democracias actuales, íntimamente ligada al orden democrático y la defensa de los derechos. Y, en lo que se refiere a los Estados miembros de la UE, dicha cláusula sirve como «reserva de soberanía», garantizando a los Estados un margen para dejar de aplicar el Tratado en caso de que el orden público interno se encuentre afectado. Se trata, por tanto, de un «margen de aplicación nacional».

Otro de los límites a la libertad de circulación es la «cláusula de seguridad pública», expresión que en ocasiones se utiliza como equivalente a la «cláusula de orden público». Esta cláusula de seguridad pública se encuentra vinculada con la seguridad exterior de un Estado y, para invocarla, debe respetarse el principio de proporcionalidad. Puede, cumpliéndose los requisitos pertinentes, ser utilizada para justificar la expulsión del Estado a quien haya cometido infracciones penales que pongan dicha seguridad en peligro.

El capítulo tercero de la primera parte del presente estudio detalla el desarrollo normativo del orden público como límite a la libertad de circulación, desde que se incluyera en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. La Directiva 2004/38/CE, vigente hoy en día, conserva los principales rasgos de la original, añadiendo otros provenientes de la doctrina del Tribunal de Justicia, como el principio de proporcionalidad o la necesidad de que la conducta del sujeto constituya una amenaza real y suficientemente grave que justifique la aplicación de la citada cláusula. Esta Directiva añade, además, garantías en caso de expulsión y una protección frente a la misma, teniendo en cuenta las circunstancias familiares y sociales de quien se trate.

Una regulación específica se ha otorgado a los controles fronterizos temporales, que se consideran exigidos por razones de orden público cuando se producen acontecimientos que dan lugar a desplazamientos puntuales de numerosas personas, como puede ser un evento deportivo que pueda conllevar enfrentamientos violentos.

Como se ha dicho, la doctrina del Tribunal de Justicia ha sido fundamental para concretar el significado de la cláusula de orden público, siendo los principales los asuntos *Van Duyn* (C-41/74, de 4 de diciembre), *Bonsignore* (C-67/74, de 26 de febrero) y *Rutili* (C-36/75, de 28 de octubre). En el estudio de la profesora Elvira Perales se explican detenidamente los diferentes aspectos que configuran el concepto y límites del orden público, distinguiendo entre los aspectos materiales y formales, todo ello con un detallado relato de los principales asuntos resueltos por el Tribunal de Justicia. Son aspectos materiales el efecto directo, las limitaciones por previas condenas penales, la protección de otros derechos, las diferencias entre nacionales y originarios de otros Estados miembros, la incidencia de circunstancias espaciales y temporales y la apreciación de la cláusula por parte del país de origen. Son aspectos formales la validez de los documentos acreditativos de la residencia, los aspectos procesales de las decisiones sobre expulsión, la primacía del

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Derecho europeo, el principio de proporcionalidad y las cuestiones procedimentales.

La segunda parte del estudio se dedica al TEDH y el orden público. Primeramente se hace referencia a las expulsiones de extranjeros por razón de orden público, partiendo de que, como ha afirmado el Tribunal en reiteradas ocasiones, la Convención no garantiza a los extranjeros ni el derecho de entrada o residencia en un Estado miembro, ni un derecho absoluto a la no expulsión.

Asimismo, se observa cómo el TEDH alude a la cláusula de orden público desde diferentes perspectivas: como justificación para la limitación de derechos, en relación con el margen de apreciación nacional, como «orden público europeo» y, en cuanto a la expulsión, con una doble dimensión, formal para la primacía del Derecho y material en cuanto a la protección de los derechos y la democracia.

A la interpretación por el TEDH se añade en 2013 una Recomendación del Comité de Ministros «sobre la seguridad de la residencia de los inmigrantes de larga duración», que proporciona una serie de criterios a aplicar cuando se trata de determinar si una expulsión resulta conforme con el CEDH (comportamiento personal, duración de la residencia, consecuencias para la persona y su familia, entre otros). Estos criterios se completan por el propio Tribunal en el asunto *Boultif c. Suiza*, añadiendo factores como la naturaleza y gravedad del delito, la situación familiar y varios más. Todo ello contribuye a la progresiva concreción y uniformidad en cuanto a la interpretación de la cláusula de orden público en Europa.

El segundo capítulo de la parte segunda del libro se refiere a la diferenciación, en cuanto a expulsiones, entre nacionales de los Estados miembros y personas de terceros Estados, diferencia que se justifica en la existencia de un orden jurídico específico en la Unión Europea. El tercero relaciona las respectivas doctrinas del TEDH y del TJUE y cómo se influyen mutuamente, contribuyendo a la consolidación de la idea de «orden público europeo».

Finalmente, la tercera parte del estudio se dedica a la libertad de circulación y el orden público en España. En primer lugar, se expone el concepto de orden público en el Derecho administrativo y en el Derecho constitucional, junto con la interpretación que hace el Tribunal Constitucional. Se habla, al igual que a nivel europeo, de orden público en sentido formal (orden jurídico) y material (en relación con los derechos fundamentales). Se citan las diversas leyes que se refieren al orden público y cómo en ocasiones se utiliza como sinónimo a la expresión «seguridad ciudadana». Asimismo, se analiza la jurisprudencia española en relación con la libre circulación de ciudadanos europeos y sus familias. Esta materia es competencia de los tribunales ordinarios de lo contencioso-administrativo, con posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional en amparo; lo mismo ocurre con la libertad de circulación de los extranjeros provenientes de terceros Estados. No obstante, existen diferencias dependiendo de si la persona procede de

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

un Estado miembro o no. El orden público se valora, en este ámbito, cuando se va a dictar una orden de expulsión o resolver un recurso contra la misma. Y en todo caso se tiene en cuenta la idea del «orden público europeo».

En definitiva, nos encontramos ante un estudio detallado y completo sobre la libertad de circulación, en general, y la cláusula de orden público, en particular, en el ámbito europeo.

ESTELA GILBAJA CABRERO

Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA, GERMÁN TERUEL LOZANO, *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruá Editorial, Lisboa, 2017.

Qué duda cabe que uno de los principales debates en la actualidad es el que tiene que ver con la libertad de expresión. El fenómeno no es extraño si se piensa que de un tiempo a esta parte la democracia —y por ende diversos de sus componentes esenciales— están siendo sometidos a duras pruebas de resistencia. Uno de los muros de contención ante veleidades y aventuras autoritarias reside, precisamente, en esfuerzos como el que ahora se reseña. Los dos constitucionalistas firman una obra donde se estudia exhaustivamente el régimen jurídico del derecho fundamental a la libre expresión, haciendo bueno su título e incluso yendo un poco más allá, ofreciendo al lector un repaso por algunas ideas que hacen de su lectura algo placentero y fluido.

El libro comienza con el Capítulo 1, titulado «El origen de la libertad de expresión como derecho fundamental: Estados Unidos». En él se expone con amplitud los motivos de que consideremos, con buena razón, a los Estados Unidos de América como la cuna de la libre expresión. Partiendo de la base de la importancia que tiene como símbolo cultural dicha libertad y su fiel reflejo en la Primera Enmienda constitucional, realizan un sesudo repaso por la construcción jurisprudencial de la misma como derecho fundamental, tratando todos y cada uno de los aspectos que cada avance en la materia ha producido; desde la prohibición de censura previa, hasta el límite que supone la lucha contra el terrorismo; desde el test que debe superar toda medida limitativa hasta la libertad de expresión respecto de empleados públicos, respecto a las campañas electorales, y/o respecto de los diferentes discursos comerciales; desde el *hate speech* hasta las peculiaridades que comporta su ejercicio en el marco de Internet. La conclusión del capítulo es clara: la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la hora de construir el régimen jurídico fundamental de la libertad de expresión manifiesta, al menos, tres tendencias (una *liberal*; otra *republicana*; otra *libertaria*), aunque es la primera, la tendencia liberal, «la dominante a lo largo de la Historia (la cual), concibe la Primera Enmienda como un instrumento al servicio de los derechos individuales y de la autonomía ciudadanía frente a las amenazas procedentes del Estado, tutelándose así el derecho de cada uno a decir lo que piensa y, de este modo, su autorrealización personal» (p. 71).

El Capítulo 2 lo dedican a la «Libertad de expresión en la Convención Americana sobre derechos humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana». Los autores consideran que la jurisprudencia que viene dictando la Corte es muy similar a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —que analizan en el siguiente capítulo— y no tanto a la del Tribunal Supremo norteamericano. De nuevo, el análisis es minucioso y concienzudo. Parten de la base del reconocimiento convencio-

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

nal expreso de esta nuestra libertad y a partir de ahí estudian las particularidades que la práctica y las sentencias de la Corte han ido creando. Lo hacen siguiendo el esquema anterior, que aquí se centra en la prohibición de censura previa; en la libre expresión de y frente a cargos públicos; respecto de su ejercicio en el marco de las diferentes campañas electorales, así como su desarrollo en el marco de Internet y de las redes sociales. Destacan aquí tres cuestiones que los autores resaltan específicamente. En primer lugar, la Convención incluye expresamente la prohibición del discurso del odio, sin que todavía exista sentencia alguna sobre el particular. La segunda, la triste realidad que viven en ciertos países latinoamericanos, donde existe un hostigamiento a opositores políticos y personas finalmente desaparecidas que, también, vieron quebrantado su derecho a expresarse libremente. Y tercero, las reparaciones establecidas por la Corte una vez declara la lesión del derecho: además de las correspondientes indemnizaciones económicas, destacan algunos casos. Por ejemplo, que el Estado garantizase el goce del derecho conculcado; en otro supuesto se decretó la reparación económica de daños también inmateriales; se ha instado a que se modifique la normativa del país en cuestión, incluso su Constitución, en aras de suprimir la censura previa; en otros casos el Estado ha tenido que entregar la información que estaba bajo su control y que había denegado en su día, así como otros donde se le obliga a permitir la publicación de libros y devolver los materiales de los que privó a los demandantes; en alguno adicional se ha decidido que el Estado debe anular las condenas penales impuestas en su día; también formar a las autoridades en lo que hace a las solicitudes de los ciudadanos de acceso a la información bajo control estatal; a todo ello se suman sentencias donde algún Estado ha sido obligado a publicar el fallo de la Corte; y en otras incluso ha quedado conminado a «honrar públicamente la dedicación y el valor de dos personas» (un Comisario de Policía asesinado y un Fiscal exiliado por las investigaciones realizadas, p. 97).

El Capítulo 3 se centra en «La libertad de expresión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», uno de los más largos de la obra y no sin razón. De nuevo estamos ante un repaso exhaustivo y profundo de las principales líneas jurisprudenciales dictadas a partir de la consagración positiva de la libertad de expresión en el artículo 10 del Convenio. El pórtico aquí será la visión que defiende que la libertad de expresión resulta un «fundamento esencial de la sociedad democrática», piedra angular sobre la que gravita buena parte de las resoluciones de Estrasburgo. De nuevo, aquí no se rehúye ni uno solo de los «ingredientes» que componen el menú de la libertad: titularidad; protección específica e implícita; restricciones establecidas al mismo (y aquí tiene si cabe mayor incidencia el conocido discurso del odio y discurso extremo como límites a la libre expresión), los discursos comerciales y los que se evacuan en redes e Internet. En suma, «la intensidad del control (…) varía en función del mayor

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

o menor margen de apreciación que se reconoce al Estado según el grado de conexión de la expresión o información con el valor democracia o el grado de intrusividad de la medida» (p. 133). Aunque no es menos cierto que aquí sí podemos observar, con los autores, una «importante divergencia» respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha dudado en invocar el artículo 17 del Convenio (no tanto el 10) para cortar de raíz el discurso del odio de tipología nazi o antisemita, así como «el revisionismo de verdades históricas bien establecidas como el Holocausto» (p. 133).

Sigue la obra con el Capítulo 4, donde se estudia «La libertad de expresión en el sistema constitucional español». De nuevo, estamos ante otro repaso serio y riguroso sobre los principales pilares que sostienen la libertad de expresión. Los autores tratan el artículo 20 CE en toda su extensión y complejidad, con una referencia constante a la jurisprudencia constitucional, que es al fin y al cabo la encargada de ir acotando y delimitando los contornos del derecho al interpretarlo. Creo que del repaso que realizan se deducen dos ideas. Por un lado, que la regla general es la libre expresión y la excepcional bastante excepcional es la restricción. Por otro, que cuando esa restricción ha llegado en cuestiones relacionadas con los discursos extremos, discriminatorios o de odio en general, el Tribunal no se ha visto libre de polémicas y discrepancias en su seno, (pp. 184 y 185).

Continúa la obra con el Capítulo 5, el «Epílogo», que no son unas conclusiones al uso sino una reflexión en voz alta al hilo del subtítulo, «La libertad de expresión en la sociedad digital». Partiendo de la base de lo inevitable de Internet en nuestras vidas, —el acceso a Internet ha sido declarado un derecho humano en cierta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y no está huérfano de apoyos doctrinales— los autores defienden que en esa «selva» el principal problema es saber si existen límites adicionales y quien sería el encargado de establecerlos, al ser el ciberespacio un ente a nivel universal que rompe la idea tradicional de frontera. Los autores, haciéndose eco de la inviable e inexistente autoridad mundial, creen que «la mejor de las soluciones posibles es seguir confiando en la regulación estatal, con el apoyo tecnológico suficiente para permitir zonificar el ciberespacio» (p. 195 y 196). Respecto a qué límites, los autores tienen claro que no deben ser sustancialmente diferentes a los que existen en el mundo físico (p. 196), sobre todo en aras de garantizar que el pluralismo, valor nuclear, queda también debidamente protegido y asegurado. Para ello creen oportuno, a la luz del papel que juegan los gigantes de la información y de la comunicación, «constitucionalizar Internet y, en especial, de reivindicar la proyección de los derechos fundamentales en la construcción de este espacio y, por ende, de predicar su eficacia frente a los Estados pero también frente a estos nuevos poderes privados como arquitectos del

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mismo» (p. 197)[1]. También consideran que forma parte de dicha salvaguarda atajar «las nuevas formas de censura» (acceso restringido, cifrado, bloqueos, etc, p. 198 y ss), no tanto encauzar contenidos en la Red sino garantizando que esta sea real y auténticamente plural (p. 199)[2].

Hasta aquí llega, en resumen muy resumido, los principales contenidos de la obra. Esta se acompaña de algunas herramientas adicionales especialmente útiles. Después de la correspondiente sección dedicada a la Bibliografía, tenemos una completa lista de las resoluciones jurisprudenciales citadas a lo largo de la monografía, a la que se suma posteriormente una selección de extractos de las más representativas de cada uno de los Tribunales (Tribunal Supremo de EEUU; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y Tribunal Constitucional español). A todo se le añade un índice alfabético final, también una herramienta especialmente útil que sólo busca guiar mejor al lector y que merece reconocimiento y agradecimiento.

Por último, la obra induce a algunas reflexiones adicionales que merece la pena esbozar. La primera es una concreta en relación con la propia obra; y es que incluso con las diferencias que se observan en cada uno de los sistemas de protección, en los cuatro la libertad de expresión goza de una protección cierta y seria. Siempre hay cosas por mejorar, desde luego, pero no cabe duda que la libertad de expresión sigue y debe seguir siendo la regla general, mientras que la limitación es y debe seguir siendo la excepción. Sucede que tiene mucha mayor repercusión mediática hablar de los límites que de la que es la normalidad cotidiana, el ejercicio sin trabas[3]. Esto se ha podido ver bien, por poner un ejemplo, con la polémica que rodeó en su momento a la condena en Estrasburgo por el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* (STEDH de 13 de marzo de 2018), donde algunos querían hacer ver que nuestro Tribunal Constitucional es un enemigo de la libertad de expresión y no un garante de la misma, omitiendo que ha dictado más de trescientas sentencias en la materia y en buena parte de ellas protegiendo los derechos incardinados en el artículo 20 CE. La se-

1 Bienvenida sea la iniciativa si ayuda a mitigar y/o erradicar esos preocupantes fenómenos de poscensura. Vid. Soto Ivars, J., *Arden las redes. La poscensura y el nuevo mundo virtual*, Debate, Barcelona, 2017; y Garton Ash, T., *Libertad de palabra. Diez principios para un mundo interconectado*, Tusquets, Barcelona, 2017.

2 Ya se habla del «Muro de pago», como un intento de hacer más higiénicos los contenidos que circulan por la Red. Algunos periodistas, bregados en bastantes batallas por lo demás, no parecen ser muy optimistas con la propuesta. Vid. Espada, A.; «El escritor no puede asumir la censura de la jauría», *Letras Libres*, n.º 206, 2018, pp. 28-31 (Entrevista de P. Corroto).

3 Al fin y al cabo, el progreso sucede, entre otros motivos, allí donde se garantiza la libertad de expresión de veras, y en eso las democracias occidentales son expertas. No hay que minusvalorar la importancia de conseguir canalizar los intereses particulares (tengo derecho a expresar mis opiniones) hacia los beneficios universales (tenemos conversaciones colectivas constantes sobre todas ellas, lo cual es motivo de avance, sabiduría y progreso). Vid. Pinker, S., *En defensa de la Ilustración. Por la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso*, Paidós, Barcelona, 2018, pp. 52 y ss.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

gunda es más bien general. Y es que vivimos tiempos donde existe una creciente importancia de las identidades, de los colectivos que la blanden, y de la intención de no causar daño («que no se sientan ofendidos»). Parece que hemos elevado el umbral de protección. No queremos vivir, en palabras de Waldron, en una *sociedad del desprecio*[4]. Ni nos gusta, ni la queremos. Cada vez nos mostramos más molestos y menos tolerantes con los intolerantes. A lo mejor esto es bueno. O quizás no. Opiniones hay para todos los gustos. Pero desde luego sería pernicioso si se hiciera a costa de la libertad de expresión. Que se sepa, el derecho a no ofenderse no existe. Todavía.

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

Profesor Ayudante Doctor
de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

4 Vid. WALDRON, J., *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, New York, 2012.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

María Esther Seijas Villadangos, *Estrategias participativas para la resolución extrajudicial de conflictos territoriales en los Estados compuestos: Estudio comparado (Canadá, Estados Unidos y España),* INAP, Madrid, 2018.

Si hay un término que sirve para definir el momento actual de la organización territorial del Estado es, lamentablemente, el de conflicto. En el pasado lo fueron otros menos desdichados como: desarrollo autonómico, reforma estatutaria e incluso cooperación. Sin embargo, al menos desde 2012 y probablemente desde diez años antes de esa fecha (al hilo, primero, del fallido Plan Ibarretxe y, más tarde, del convulso proceso de elaboración y examen de constitucionalidad del nuevo Estatuto de Cataluña), ha sido la conflictividad la que ha marcado la gestión de las relaciones centro-periferia en España. Hasta el punto de que, en el infausto otoño de 2017, la tensión vinculada al llamado proceso soberanista catalán escaló hasta la categoría de crisis constitucional de primer orden. Posiblemente la de mayor gravedad en los cuarenta años de vida de nuestra norma básica.

Superada la fase más aguda del conflicto, pero aún sumergidos en una profunda inestabilidad y con malas perspectivas para una pronta mejora de la situación, la oportunidad de este libro debe celebrarse por partida triple. En primer lugar, por ser una de las primeras obras que aborda la cuestión incorporando todos los desarrollos relevantes acaecidos en España hasta la fecha (lo que incluye la aplicación del art. 155 de la Constitución hasta el final de la primavera de 2018). En segundo, por presentar el análisis en un marco sistemático que repasa las distintas estrategias para abordar esa problemática y hacerlo, además, en el marco comparado de dos modelos federales también caracterizados por el conflicto. Y, por último, porque el ánimo constructivo que mueve el trabajo desemboca al final en una propuesta novedosa que, en opinión de la profesora Seijas, podría servir como posible vía de resolución.

El libro aborda, por tanto, una cuestión de enorme dificultad y lo hace además con ambición. Así se recoge en el título que es largo porque, como señala la propia autora, «no caben descripciones simples para problemas complejos y enjundiosos». Pero la obra no solo sirve como una investigación guiada por el ánimo prescriptivo de recomendar posibles formas de encarar conflictos como el que plantea en estos momentos el indepedendentismo catalán. El texto ofrece algo más de lo que la portada promete: una notable monografía que, si bien tiene como hilo conductor concreto la gestión de las tensiones territoriales en España y dos federaciones, no se limita a estudiar los mecanismos participativos utilizados en esos tres Estados compuestos para la resolución extrajudicial de ese tipo de conflictos. Quien aborde su lectura comprobará que, en realidad, se trata de una obra muy completa que siguiendo el método comparado de ca-

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

rácter funcional hace un balance sistemático, y, sobre todo, muy actual de la conflictividad territorial en España y en dos de los sistemas federales más importantes: EEUU y Canadá.

Hay que subrayar además la relevancia de que el libro se centre en EEUU y Canadá, porque, a pesar de su relevancia objetiva, la tradición constitucional española está mucho más conectada con la organización territorial alemana y no abundan los investigadores especializados en otros modelos federales como los casos norteamericanos que aquí se toman como referencia. Esther Seijas no es la única iuspublicista española que conoce bien Canadá (entre otros, pueden citarse a los catedráticos Xavier Arbós, Josep María Castellá, Alberto López Basaguren y Juan Fernando López Aguilar) pero sí es uno de los mejores exponentes de la siguiente generación de constitucionalistas que ha realizado diversas estancias de investigación en centros canadienses y que ha publicado numerosos trabajos previos sobre ese país. En este libro incorpora también el caso estadounidense, siempre influyente en su país vecino y, de modo indirecto, en cualquier Estado compuesto como es España. La autora, como resulta obvio, es también una profunda conocedora de la situación española, que presenta en el libro de manera muy actualizada. Al hilo de esa comparación, el libro ofrece una revisión bibliográfica muy completa con una glosa cronológica sobre los estudios más relevantes en federalismo comparado que abarca desde los años cuarenta hasta nuestra década actual. Un repaso que puede resultar de gran utilidad para los estudiosos del federalismo y pone de manifiesto el sólido apoyo doctrinal que sustenta esta obra.

El argumento que guía los avances en la argumentación de todo el trabajo es —como ya se ha apuntado— el concepto de conflicto territorial y cómo los tres sistemas descentralizados que se contienen en la investigación abordan las situaciones de desencuentro (o cómo deberían abordarlas). La estructura contiene cuatro capítulos: en el primero se introduce la noción de conflictos territoriales desde el enfoque del Derecho Comparado, el segundo se centra en las estrategias de negociación extrajudicial, el tercero en la estrategia intergubernamental y el último —el más novedoso— aborda las de tipo participativo o deliberativo. Es decir, se ofrece un panorama de todas las modalidades de resolución de problemas territoriales al margen de tribunales o de árbitros jurisdiccionales. Veámoslo ahora con un poco de detalle.

El primero de los capítulos es fundamental para enmarcar el trabajo, haciendo una buena aproximación a las categorías más significativas de los modelos territoriales en los tres países y a cómo abordan los conflictos territoriales. La autora, que es también politóloga de formación, introduce en ese marco consideraciones no estrictamente jurídicas, con referencias propias de la ciencia política y, en particular, al trabajo de Timothy Conlan y Paul Posner, *Intergovernmental Management for the 21st Century*, publicado en 2008. Desmarcándose de la clásica conceptualización estática y sencilla sobre lo que es un modelo federal, Esther Seijas se fija más en la interacción real entre

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

instituciones y actores en Canadá, EEUU y España; tres Estados cuya selección para la comparación está muy bien justificada al tratarse de democracias avanzadas y muy descentralizadas, pero no necesariamente modélicas en la gestión del conflicto territorial que tanto les marca.

El segundo capítulo es el dedicado a las estrategias de negociación extrajudiciales para la resolución de conflictos territoriales y, como se deriva del adjetivo usado, la autora ha buceado aquí en otras ramas del Derecho (el internacional o el procesal) y hasta en otras disciplinas no jurídicas que estudian las diversas técnicas de resolución no judicial de conflictos: conciliación, mediación, arbitraje, etc. Del marco norteamericano cruza luego el Atlántico para abordar la posibilidad de algo así en España; esto es, negociaciones entre élites de los niveles territoriales con carácter previo a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. A continuación, aborda el delicado asunto del referéndum y hasta qué punto puede considerarse una vía equiparable y eficaz, o un mecanismo participativo aparentemente atractivo que se ha intentado promover y hasta implementar de manera unilateral en nuestro país de forma políticamente confusa y jurídicamente de manera contraria a la Constitución o a su espíritu.

En tercer lugar se presenta la estrategia intergubernamental para la resolución de conflictos, con la distinción curiosa entre federalismos poliédricos y polifásicos. La noción de relaciones intergubernamentales, tomada de la literatura politológica antes mencionada, es perfectamente aplicable a un Estado compuesto, pero sin autodefinición federal, como es el nuestro. Sorprende, no obstante, que el detalle del tratamiento del caso español se concentre en el federalismo coercitivo del art. 155 de la Constitución y no se explore más las posibles conexiones con prácticas intergubernamentales menos traumáticas de gestión del conflicto como las que se han analizado antes en el capítulo para Canadá y EEUU. En este último caso se va a detallar sobre todo la original categoría de la *preemption* que, por cierto, ha sido también usado en esa federación sui generis que es la UE para la determinación de conflictos competenciales entre los Estados miembros y el nivel supranacional.

El último capítulo es el dedicado a las estrategias participativas para la resolución de conflictos territoriales. Aquí es donde se halla el colofón y la propuesta tan imaginativa que hace la autora para la gestión de los conflictos territoriales. El capítulo, acudiendo a modelos descentralizados (Canadá o Australia) pero también a Estados unitarios (Irlanda o Países Bajos) analiza instrumentos de democracia participativa y deliberativa como las asambleas de ciudadanos y las convenciones constitucionales. Y por fin desemboca en la posibilidad de que un mecanismo parecido (una convención estatutaria o constitucional de ciudadanos aleatoriamente escogidos) pueda ayudar a mejorar la gestión del conflicto territorial en España ante la aparente incapacidad que muestran los políticos electos para hacerlo. En todo caso, no se trataría tanto de decidir sino de deliberar para

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

preparar el terreno a una posterior decisión.

Esa clara orientación a la búsqueda de soluciones hace que no estemos solo ante una buena pieza de derecho público comparado sino también, y así lo señala la autora expresamente, ante un trabajo político; dicho sea, lo de político en el mejor sentido de la palabra: el de la actitud cívica, comprometida y muy preocupada por la creciente conflictividad territorial en nuestro país que deteriora las instituciones y tensiona a la sociedad. No puedo estar más de acuerdo con ella cuando afirma que en la academia existe «una obligación de pensar, argumentar y aportar propuestas que puedan contribuir a remediar el conflicto» y, además, «no pensar tarde». Porque esa es una enorme virtud del libro: su evidente oportunidad temporal, suficiente para incluir todos los elementos a analizar y al mismo tiempo sin los retrasos en los que desgraciadamente a veces se incurre desde un mundo universitario demasiado enclaustrado en su torre de marfil.

La profesora Seijas ha sabido tomar inspiración para sus propuestas en fuentes tan diversas como el León medieval —la ciudad en la que trabaja y que es la cuna de parlamentarismo— o en la Irlanda contemporánea —donde desarrolló una estancia de investigación para analizar las asambleas de ciudadanos— para especular con la idea de un instrumento participativo deliberativo para resolver los conflictos territoriales en España. Debo confesar que, por razones de índole diversa (entre las que destacan una consideración algo menos rousseauniana que la que tiene la autora sobre la bondad de los representados en relación con sus representantes), soy un poco escéptica con esa posibilidad; pero bienvenidas sean esas reflexiones imaginativas, profundamente democráticas, inspiradas en otros modelos que pueden considerarse buenas prácticas, y que nos deberían ayudar a cambiar la conversación de las relaciones centro-periferia en España hacia un estadio más constructivo que el que hemos vivido, y aún estamos viviendo, a propósito del conflicto catalán.

Por último, el libro también tiene que ser valorado por su proceso de realización como resultado de un proyecto de investigación competitivo concedido por el Instituto Nacional de Administración Pública y ejecutado entre 2015 y 2017. Comparto con la autora varios rasgos biográficos, pero, llegados a este punto, me interesa subrayar sobre todo que ambas pertenecemos a una universidad pequeña. Por eso, como ella hace bien en señalar, hay que agradecer al INAP el que abra una puerta a un equipo modesto de investigadores o más bien investigadoras y que no concentre toda la financiación en los grandes grupos consolidados de las universidades de renombre para que de esta forma puedan ver la luz investigaciones tan relevantes y didácticas como la que se recensiona.

MAYTE SALVADOR CRESPO

Profesora titular de Derecho Constitucional
Universidad de Jaén

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

JULIÁN SAUQUILLO, *La reforma constitucional. Sujetos y límites del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 2018.

> «Se puede ahora invertir la dirección de la marcha; se puede descender de nuevo aguas abajo, y una vez recorrido el dominio de las formaciones discursivas y de los enunciados…una vez esbozada su teoría general, caminar hacia los dominios posibles de aplicación».
>
> Michel Foucault,
> *La arqueología del saber*.

La reforma constitucional, en el actual contexto sociopolítico de gran incertidumbre, es una recurrente tribulación que enjuicia nuestra posición como agentes de cambio y ofrece resortes para mantener el texto constitucional vivo.

La Constitución escrita, advierte el profesor Sauquillo, expresa buena parte de la identidad política de los ciudadanos españoles pero no agota su significación. Es mucho más que eso. De ahí que esta obra trate de trascender la mirada al pasado que únicamente ofrece rasgos inmovilistas e impopulares en la sacralización de la Constitución como obra racional.

Cuestiona la pretendida despolitización total de la creación y la revisión constitucional por ser rigurosamente inexacta. Y sostiene que su activación como poder de reforma es fruto de la responsabilidad política y los propios ciudadanos juegan un papel idealmente importante en su dinámica. Por ello el autor esgrime su preocupación y perspectiva crítica con las limitaciones a la participación política de la sociedad en la reforma constitucional a partir de una idea central en su trabajo: «todo poder constituyente es poder constituido normativamente».

Percepción que sustenta sobre la base de una innegable «objetivación» del poder constituyente presente en gran parte de las constituciones actuales y muy especialmente en nuestra Constitución de 1978 que, de facto, imposibilita su adaptación a las nuevas realidades y necesidades al margen de la interpretación del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, si la reforma constitucional es concebida como poder de reforma que refleja las tensiones jurídicas, políticas y sociales, propias de su tiempo, cabe entender, según el autor del libro, que se deben superar las atribuciones y apelaciones al *demos* social meramente pasivas y puntuales dando un paso más.

Desde su perspectiva, invocar al demos supone poner de relieve su necesidad como agente activo de cambio que deje atrás debates estériles en los que «se soterre la voluntad de cada individuo en un debate entre pueblos. Los pueblos no poseen la legitimidad de los ciudadanos. No cabe duda de que la soberanía nacional reside en el pueblo español. Su contenido ciertamente abstracto, sin embargo, no ha de concretarse con derechos históricos, sino con una voluntad concreta y abierta al futuro: la voluntad colectiva, particular y empírica que aúne hoy a todos y cada uno de los ciudadanos del

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

demos que, ya en su día, fue definido por la Constitución de 1978».

Sobre esta base, articula una obra extensa y completa que estructura en cuatro partes. En la primera de ellas, «La construcción de la unidad política nacional: el poder constituyente del demos», evoca el carácter ficticio de la soberanía del pueblo y de la representación a partir de las teorías políticas sostenidas, entre otros, por Kelsen, Durkheim o Jellinek. El autor deja claro su objeto de estudio: el «poder constituyente», ligado al principio de la pertenencia de todos los representados a una unidad política. A su juicio: «Esta unidad política, considerada como un pueblo, una nación o una unidad de pueblos federados, ha de ser definida jurídicamente en un acto constituyente que, idealmente, no está vinculado al derecho, pues, en origen, es anterior a las normas positivas. La trascendencia de este acto constituyente es que define qué territorios y ciudadanos pertenecen a esta unidad política representada y van a quedar obligados por las decisiones mayoritarias por pertenecer y ser representados». De esta forma, el acto constituyente que configura la unidad política se asemeja más al poder constituyente hobbesiano que al contrato social kantiano. En base a estas ideas, se plantea el autor si existe un poder constituyente democrático supranacional que legitime la «Constitución europea» o si sólo cabe localizar, hoy por hoy, tal poder en los estrictos límites del Estado nación. Estima que la afirmación de un *demos europeo* cuenta con muchos problemas que dificultan la construcción de Europa como comunidad supranacional capaz de afrontar el reto de concretar una abstracción tanto más inconsútil que las naciones que trata de agrupar. Europa, como proyecto de comunidad, no ha encontrado un ejemplo mejor que el Estado nación, para lograr la necesaria cohesión de los elementos que habrá que aunar dentro de un proyecto no sólo económico sino político y social común.

Por otro lado, trata la cuestión relativa al papel creador de la Constitución, en las Asambleas Constituyentes propias de las Transiciones políticas, como un aspecto de lo que Jon Elster llama «justicia de las transiciones». En términos generales, el procedimiento público de actuación, la utilización de modelos constitucionales modernos ampliamente contrastados en el diseño constitucional, la existencia de un modelo económico y de administración desarrollado, contar con élites opositoras formadas, y la desaparición de la Asamblea constituyente una vez que ha aprobado y sometido a referéndum el texto constitucional son algunas de las cautelas y medios más reconocidos frente a la arbitrariedad del constituyente. A su juicio, la rigidez constitucional adoptada por muchas Constituciones condiciona el letargo de un poder constituyente que queda jurídicamente objetivado.

En el segundo capítulo, «El tiempo de la Constitución: Constitución y cambio social», Sauquillo recorre la lógica de la revolución burguesa iniciando esta parte con una reflexión sobre las aportaciones de Habermas y Arendt en cuanto a los límites de este proceso histórico, encontrando un punto en común dentro de sus discrepancias: la dificultad contemporánea respecto a que sea factible un poder constituyente

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

creador de un espacio político libre. Esta imposibilidad se materializa gracias a que el bienestar ha sustituido a la libertad y el mero estado de ánimo se ha sobrepuesto a la opinión, surgida desde el siglo XVIII, de una discusión general y libre de dominio. En este contexto, el autor analiza el diseño burgués de una teoría constitucional que convirtió intereses particulares en universales en el tránsito de la soberanía del pueblo a la soberanía de la nación y expone cómo, a partir de esta transformación, la teoría del órgano del Estado y la teoría de la representación política condujeron al abandono de toda apelación afectiva al pueblo soberano, en beneficio de la oligarquía dirigente de la revolución. A su juicio, la invocación a la soberanía del pueblo pasó a ser un mero artilugio retórico en aras de la legitimación del poder burgués. Como también lo fueron el poder constituyente y la representación política del pueblo que, debido a la oposición revolucionaria a la personalización del poder en la figura del Rey, conllevaron una abstracción mayúscula y nunca concebida del sujeto político. Tanto la idea de Nación como la del Pueblo, al ser abstracciones, sustituyeron la voluntad política de los representados por la construcción jerárquica y hobbesiana de una voluntad política, antes inexistente, debida a los representantes.

A partir de este hecho, el poder constituyente, como instancia legitimadora asociada al pueblo soberano, es proclamado desde dentro y desde fuera del texto constitucional. Pero, tal y como señala este autor, tan pronto es vislumbrada su capacidad creadora o sospechada su fuerza potenciadora de nuevas formas jurídico constitucionales, es limitada su potencialidad transformadora. De esta forma, entramos en el terreno de la tensión entre la Constitución normativa y la Constitución sociológica pues la supremacía absoluta de la Constitución coexiste con que se vea afectada por mutaciones debidas a las modificaciones de la realidad social.

Si cada Constitución es un compromiso político correspondiente al tiempo de su promulgación, que se verá vinculado por nuevos compromisos generación tras generación, sustraerla de la discusión democrática es una decisión voluntarista y política con evidentes riesgos. De hecho, Sauquillo se plantea la necesidad de reformar el propio artículo 168 de nuestra actual Constitución para iniciar el proceso de debate sobre sus ineludibles cambios pues el poder constituido es el límite jurídico que frena y limita la soberanía absoluta de aquel poder, bajo las formas de supremacía de la Constitución y de representación política. Además, advierte que, en situaciones límite, o se reforma la Constitución, o se produce su falseamiento, o se atribuye toda la capacidad de reforma al intérprete constitucional.

Cabe asimismo que, si no hay un procedimiento factible de reforma constitucional, se produzcan mutaciones mediante interpretaciones constitucionales dándose de este modo, una exclusión del pueblo en favor del juez Constitucional. Este peligro es advertido por el autor cuando además señala que: «(…) hay que descargar este momento fundacional de toda mitología creacionista, puede que debamos restringir la parafernalia omnipotente que se le arroga al poder constituyente

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

como si de un Génesis se tratara, pero la vinculación de estos momentos de escisión o de transformación jurídica con la legitimidad democrática o, por el contrario, con la falta de legitimidad extrema, por totalitaria, de sus impulsores es indudable. Nunca se parte de cero en el momento de modificación del sistema jurídico. Pero el momento de creación constitucional es determinante de la existencia o carencia de legitimidad del sistema jurídico».

Ahora bien, otra cuestión que nos suscita el profesor Sauquillo es el lugar donde deba sustanciarse el poder de reforma parcial, ya que en cuanto que poder constituido, hay un acuerdo doctrinal y jurisprudencial (con disensiones como por ejemplo, las expresadas por Santi Romano) acerca de que la Asamblea constituyente de reforma, elegida sobre la base de la Constitución ya dictada, tiene un rango superior al de la representación parlamentaria. En ese caso, entiende que debe otorgársele unas formalidades especiales para diferenciarla de la Asamblea legislativa ordinaria asegurando, en todo caso, la participación ciudadana efectiva.

En el tercer capítulo, «Los derechos humanos en el constitucionalismo histórico francés: ¿límites al poder constituyente o principios últimos de legitimidad del Estado?», se plantea cómo, al recorrer la lógica de la Revolución en sus textos y en sus debates preparatorios de la organización del poder revolucionario, el arraigo de una tradición de indivisibilidad del poder absoluto en Francia coexiste con la declaración de unos derechos de los hombres que han pasado a nuestra cultura como garantías jurídicas de los individuos. Sauquillo analiza la experiencia constitucional norteamericana y francesa (Constituciones de 1791, 1793 y 1795), volviendo a retomar los postulados de Tocqueville y Arendt para reflexionar sobre el distinto sustrato y homogeneización social que sustentan ambos procesos. A su juicio, la revolución francesa concibe los derechos humanos como principios legitimadores del Estado y concede tanta importancia a los derechos como a los deberes de los ciudadanos respecto del Estado. Por ello estima que buena parte de la tensión social de la revolución del 48 y la Comuna de París no deja de manifestar que el diagnóstico del pensamiento conservador, sobre la superficialidad de la transformación revolucionaria moderna, en Francia, es cierto.

En ese contexto, la pregunta de los constituyentes es si basta un sistema de legitimidad de base individualista. Para Sauquillo, los constituyentes franceses conciben que los derechos individuales se perfeccionan en la sociedad. No existen derechos si no es dentro de la reciprocidad entre unos y otros. Esta reciprocidad conduce a que sólo en la Nación quepa hablar de plenitud de todos los poderes y derechos. Sin embargo, el autor también se plantea si pueden existir derechos individuales sin vía de realización y analiza las teorías rousseaunianas del contrato social. De modo que cada uno enajena sus propias fuerzas en una voluntad general, surgida del pacto, y forma, así, una entidad colectiva: soberanía popular donde el cuerpo político no puede perjudicar ni a todos ni a cada uno de sus miembros. A su juicio, aunque el contrato social es sólo un acuerdo supuesto, hipotético, estará en la base de la teoría del poder

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

constituyente. A partir de ahí, el autor analiza el *Tratado teológico-político* de Spinoza en el que el Estado democrático, basado en los acuerdos de la asamblea, es el mejor valedor de un poder sustentado en la razón. En definitiva, defiende la posibilidad de un poder constituyente del pueblo sin profeta.

En el último capítulo, «El principio democrático y la supremacía de la Constitución», sitúa al poder constituyente en una vía intermedia entre lo jurídico y lo social analizando, a través de un interesante recorrido histórico-político, las principales teorías y corrientes de opinión que lo configuraron como una abstracción y conformaron su inmanentismo replanteándose a quién pudo beneficiar su invisibilidad.

Asimismo, reflexiona sobre el poder constituyente sustentado en la soberanía nacional y su correlato representativo, analizando el poder constituyente originario autoritario. Lo hace porque la Constitución de Weimar, como constitución que inspiró otras muchas, refleja la dualidad trágica de su momento histórico (1919-1933) y sirve de base para contemplar lo que denomina como «la problemática del poder constituyente» y su paradoja irresoluble: su afirmación como poder creador de la Constitución y principio legitimador de la democracia, en su correlato de «soberanía del pueblo»; y su limitación como poder constituido por su propia creación constitucional. De forma que considera que los dos pilares del Estado constitucional son, de una parte, el principio político democrático; y, de otra parte, la supremacía constitucional. A partir de la creación del Estado Constitucional, «cobran predominancia los poderes constituidos. La soberanía popular es sustituida por la supremacía constitucional y queda salvado el principio de mayorías, toda vez que queda establecida su obra: la Constitución. La Constitución rígida aúna el principio de mayorías y la supremacía de la Constitución».

A partir de la determinación de estos postulados, ofrece tres visiones actuales del problema de la tensión entre el poder constituyente y el poder constituido, recordándonos que nuestro tiempo trata de recomponer la fractura histórica entre democracia y constitución.

Por último, nos plantea una cuestión de evidente actualidad: ¿Cómo se defienden políticamente las Constituciones modelos europeas actuales? Y para ello analiza cinco constituciones (la Constitución francesa de 1958, la Constitución italiana de 1948, la Constitución alemana de 1949 y nuestra actual Constitución), siendo especialmente relevante su examen sobre la actual realidad política de nuestro país en la que la cuestión catalana ocupa un lugar especial.

El profesor Sauquillo ofrece una mirada hacia el futuro constitucional a partir de la necesaria construcción de un relato político creíble y compatible con la idea de que la Constitución es un texto órgano cambiante en vez de una maquinaria perfecta. Ni la ciudadanía ni la opinión pública pueden quedar excluidas de la dinámica de la Constitución en su historia.

LEYRE BURGUERA AMEAVE

Profesora Ayudante Doctora
de Derecho Constitucional
UNED

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

V PREMIO TRC

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

VI PREMIO DE LA REVISTA *TEORÍA Y REALIDAD CONSTITUCIONAL* PARA ARTÍCULOS CIENTÍFICOS DE CONSTITUCIONALISTAS JÓVENES

BASES

Primera: Podrán concurrir juristas que no hayan cumplido los 35 años de edad, no pertenezcan a los cuerpos de Catedráticos y/o de Profesores Titulares de Universidad y no sean profesores o colaboradores de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Segunda: Se podrán presentar a este Premio artículos, inéditos, de extensión superior a quince e inferior a veinticinco folios, en Times New Roman, 12 puntos, a espacio y medio, incluido sumario y notas a pie de página.

El tema es libre, aunque habrá de pertenecer al que tradicionalmente se considera el ámbito de nuestra disciplina. Se valorará naturalmente la calidad del trabajo y también el interés del tema sobre el que verse.

Junto al texto en soporte papel del artículo, firmado con pseudónimo, se acompañará soporte informático (CD) que contenga dicho texto y, en sobre cerrado aparte, los datos del autor, así como un breve currículum del mismo con especificación de su dirección, fotocopia de DNI y fecha de nacimiento.

Tercera: Los premios serán tres. El Primero dotado con mil doscientos euros. El Segundo dotado con trescientos Euros. El Tercero dotado con doscientos Euros. El importe de estos premios será abonado a quienes los obtengan por la *Fundación Concordia y Cultura*.

Los artículos premiados serán publicados en la sección de estudios del primer número ordinario de la Revista convocante que se publique tras el fallo del tribunal del certamen. El Jurado podrá además otorgar los *accésits* honoríficos que estime pertinentes a la vista de otros artículos que juzgue merecedores de galardón proponiendo su publicación a los respectivos autores.

Cuarta: El Jurado tendrá la siguiente composición: Presidente, el Director de la Revista convocante. Vocales, la Directora del Departamento de Derecho

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Político de la UNED y cinco catedráticos o profesores titulares de la asignatura, elegidos por el Consejo de Redacción de la Revista cuidando que queden representadas las distintas corrientes científicas que actualmente existen en nuestra disciplina. Secretario sin voto, uno de los Secretarios o Vicesecretarios de la Revista, designado al efecto. Las decisiones se adoptarán por mayoría simple y se reflejarán en la correspondiente acta.

Quinta: Los artículos referidos en la base segunda deberán llegar, en sobre cerrado y dirigido a «Sr. Director de la Revista *Teoría y Realidad Constitucional,* Departamento de Derecho Político. Facultad de Derecho de la UNED, c/ Obispo Trejo n.º 2, Ciudad Universitaria. 28040 Madrid», antes del 15 de marzo de 2020.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

NOTICIAS DE LIBROS

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ARIAS CASTAÑO, A., *Clear and present danger test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2018.

El autor analiza con particular acierto la doctrina del *Clear and present danger test*. Lo contextualiza, enmarcándolo tanto desde un punto de vista histórico como principalmente ideológico. Muestra así las dos grandes concepciones existentes en Estados Unidos sobre la libertad de expresión, la liberal y democrática y la blackstoniana, frente a cuyos excesos reaccionan precisamente proponiendo el *Clear and present danger*. Se sostienen dos tesis principales. La primera es que más que una teoría única que se haya ido depurando o perfeccionando por la Corte Suprema, es posible identificar varios modelos autónomos e independientes. La segunda es que para entender adecuadamente esta teoría no debemos conceptuarla únicamente como un test, sino también como una doctrina que propone una determinada concepción constitucional sobre la libertad de expresión.

ARNALDO ALCUBILLA, E., *Urnas, legisladores y togas*, Dykinson. Madrid, 2018.

Se recopilan en este libro más de un centenar de artículos publicados por el autor a lo largo de tres décadas en distintos libros, revistas y periódicos. Se encuentran agrupados dichos trabajos en cuatro boques: el primero ("Urnas") sobre el régimen jurídico electoral; el segundo ("Legisladores") sobre las cuestiones centrales del Derecho Parlamentario; el tercero ("Togas") sobre el Poder Judicial; el último ("Corolario") incluye diferentes trabajos sobre la Constitución de 1978 y sobre la impredecible regeneración institucional. El libro va precedido de un prólogo de Manuel Marchena, Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que destaca la experiencia del autor en diferentes ámbitos (Letrado de las Cortes, Letrado de la Junta Electoral Central, Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Abogado y Catedrático de Derecho Constitucional) resaltando que "hace gala de una fundada capacidad de analítica y expresa con un lenguaje brillante y actual sus reflexiones".

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

BIGLINO CAMPOS, P., BILBAO UBILLOS, J. M., REY MARTÍNEZ, F., MATÍA PORTILLA, J., VIDAL, J. M. (coords.), *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018 (2.ª ed.).

Este manual de Derecho Constitucional aborda dos grandes partes de la asignatura. De un lado, el análisis de la forma de gobierno en España, esto es, de la descripción de las instituciones del Estado (Corona, Cortes Generales, Gobierno y Administración, Poder Judicial), y de las relaciones entre ellas, así como de las instituciones territoriales: el ordenamiento europeo, los entes locales y las Comunidades Autónomas. De otro lado, el estudio de los derechos fundamentales, es decir, de todos los derechos que el texto constitucional reconoce, así como de sus garantías. Sus autores son quince profesores de Derecho Constitucional de las Universidades de Valladolid y de Burgos, expertos en la materia, no sólo porque acumulan largos decenios de docencia y de investigación, sino también porque todos ellos conocen de primera mano las instituciones que se analizan en el libro, bien como letrados o asesores de gobiernos, parlamentos, Tribunal Constitucional, Consejo de Estado, bien como redactores técnicos de diversos textos legislativos. Este libro pretende aunar la reflexión teórica y la experiencia práctica. El texto pretende ser completo, actualizado, útil no sólo para estudiantes de Derecho, sino para cualquier profesional que necesite conocer a fondo cómo es nuestra forma de gobierno y cómo están regulados y cómo se aplican los derechos fundamentales en España.

CASTELLÁ ANDREU, J. M., *Estado autonómico: pluralismo e integración constitucional* (colección «Debates Constitucionales»), Marcial Pons, Madrid, 2018.

Es innegable que la forma de organización territorial y su posible reforma es uno de los temas de mayor actualidad y de mayor complejidad tanto desde el punto de vista estrictamente político como también jurídico-constitucional. Esta actualidad y esta relevancia han justificado la publicación de numerosos trabajos sobre el tema en los últimos años. El libro del prof. Castellá Andreu, sin duda alguna, y por diversos motivos, está llamado a convertirse en obra de referencia en la materia. En la primera parte del libro el autor analiza los casi cuarenta años de desarrollo autonómico en España, con una exposición en la que, con enorme acierto, no sólo se centra en los hechos, sino también en las interpretaciones recibidas por éstos, y se detiene finalmente en su crisis actual analizando las críticas al modelo vigente. En la segunda parte del trabajo el prof. Castellá aborda el complejísimo tema de la reforma del modelo territorial ya que, ante la situación en que nos hallamos, de impasse como consecuencia de las crisis económica e institucional por las que hemos atravesado y, sobre todo, de la crisis secesionista catalana, parece imprescindible plantearse si concurren razones de necesidad y oportunidad para una reforma constitucional o para un gran pacto político regenerador de la comunidad política. Finalmente se abordan los temas principales

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que se han propuesto para una reforma territorial: el tipo de norma que ha de ser el Estatuto y sus contenidos, el Senado y la participación de las Comunidades Autónomas en las decisiones del Estado, la financiación autonómica y las cuestiones simbólicas para facilitar un mejor reconocimiento e integración de las nacionalidades en la España constitucional. La obra se cierra con un epílogo sobre Cataluña en la España constitucional y autonómica.

DELGADO RAMOS, D., *Problemas actuales del derecho parlamentario,* Aranzadi, Pamplona, 2018.

La situación política vivida a lo largo de casi un año (diciembre de 2015 y noviembre de 2016), con un Gobierno que permaneció en funciones, ha supuesto un escenario imprevisto por imprevisible en nuestra historia constitucional, resquebrajando los tradicionales mimbres de las relaciones Ejecutivo-Legislativo. Un escenario presidido por la desconfianza mutua y la nula colaboración entre un Legislativo reforzado por la hiperfragmentación parlamentaria y un Ejecutivo que, consciente de su debilidad, pretendía sustraerse al control parlamentario del Parlamento. Ello se ha hecho evidente en lo relativo a la función parlamentaria de control, —en la que el Gobierno, pendiente aún de recurso ante el Tribunal Constitucional ha querido evitar el control—, y el uso del veto presupuestario, —con una primera sentencia estimatoria a favor de las tesis del Parlamento—. Dos planteamientos que se abordan en el libro. Por último, se analiza también el mal llamado «préstamo» de parlamentarios para la constitución de los grupos parlamentarios; una práctica histórica en nuestro parlamentarismo democrático, pero que no deja de ser un fraude de ley.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2018.

Los distintos capítulos que componen esta monografía traen causa de estudios ya publicados por el autor que en cualquier caso son reelaborados por éste a fin de dar al estudio una estructura unitaria y completa. La pregunta clave que en último extremo pretende responder el autor es la pertinencia de la mayor o menor autonomía que debe tener esta institución en el ejercicio de su muy importante y trascendental función: el poder de acusar. La pregunta no es baladí, y se encuentra íntimamente relacionada con otras no menos importantes: ¿de dónde le viene la legitimidad democrática? ¿Puede el fiscal general definir la política criminal de un Estado? ¿Cuáles son los alcances y límites de esta institución? El autor de este libro, eminente constitucionalista y uno de los jueces más destacados del país, dota al mismo de una agilidad en la prosa, y de una brillantez en los conceptos y categorías dogmáticas manejados, que hacen del mismo un referente inexcusable de lectura obligada.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ESCOBAR ROCA, G., *Nuevos derechos y garantías de los derechos* (colección "Debates Constitucionales"),Marcial Pons, Madrid, 2018.

El autor aborda, partiendo de la pregunta ¿Qué derechos tenemos?, las tendencias recientes de los catálogos de derechos. Una segunda pregunta ¿Cuándo reconocer nuevos derechos? le permite abordar el catálogo de derechos y las garantías de los mismos para concluir reflexionando sobre los nuevos derechos y garantías en la reforma constitucional. Sus propuestas de incorporación de nuevos derechos al texto constitucional son una interesante invitación al debate doctrinal y político.Un libro que es la continuación lógica, por un lado, del tratado dirigido en 2012 por el autor, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria* -Aranzadi- y, por otro, del proyecto que coordinó en 2015 para Amnistía Internacional, Oxfam-Intermón y Greenpeace, *Una reforma constitucional para blindar los derechos humanos*. En el primero se exploraron al máximo las posibilidades del Derecho vigente para garantizar la eficacia de los derechos sociales, pero como la crisis condujo (con la anuencia del Tribunal Constitucional, poco "guardián" aquí) a su práctica "desconstitucionalización", hubo de proponerse, en el segundo trabajo, la reforma constitucional para "recuperarlos". Se continúa ahora en esta línea.

FERNÁNDEZ ALLES, J.J., *Las funciones de la Constitución. La perspectiva funcionalista en el Derecho constitucional español,* Dykinson, Madrid, 2018.

A partir de los postulados funcionalistas defendidos por Norberto Bobbio a finales de los setenta y siguiendo un criterio de interpretación teleológica, se plantea el autor la posible insuficiencia de la normatividad constitucional como única categoría válida para analizar si una Constitución está o no cumpliendo los fines propuestos por el poder constituyente. La conclusión es muy pertinente: la ley de leyes, concebida como norma fundamental del ordenamiento jurídico, además de por su esencial normatividad, debe definirse también por la funcionalidad inherente a su vocación integradora, garantista, cultural, estabilizador y promotora del pacto fundacional de convivencia.

FERNÁNDEZ ALLES, J. J., *La forma de gobierno multinivel. La configuración multinivel del gobierno en el derecho constitucional español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018.

Este trabajo es una contribución de gran relevancia a los estudios de derecho constitucional sobre el gobierno. El trabajo tiene el gran acierto de ofrecer un análisis actual y muy realista de la posición jurídica del gobierno en el contexto de la integración supranacional europea, a partir de la nueva configuración que ciertas leyes de 2014 y 2015 han atribuido a la dirección política del Gobierno. Del análisis profundo que este trabajo realiza de dichas normas y de la nueva

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

configuración del gobierno destaca el estatuto del Presidente del Gobierno cuando ejerce relevantes funciones de dirección política sentado en el Consejo de la Unión Europea o cuando sus ministros debaten y deciden con las Comunidades Autónomas en las conferencias sectoriales sobre financiación, sanidad o educación; la función del Gobierno como principal sujeto de los procedimientos legislativos, que actúa en diversos niveles horizontales y verticales, incluso como defensor de la Constitución —junto al Senado— a través del art. 155 CE; y, frente a los limitados controles que tradicionalmente se imponían a la dirección política del Gobierno, la jurisprudencia que forma casuística, progresiva y, a veces, dialogada ha ampliado el régimen de control de la actividad del Consejo de Ministros. En esta obra, ante esta compleja y renovada configuración del régimen jurídico del Gobierno y de sus relaciones con los demás poderes, se revisa la teoría constitucional de la ya insuficiente doctrina de la clásica forma de gobierno parlamentaria racionalizada y se analiza el nuevo régimen jurídico-constitucional del Gobierno en sus relaciones con los poderes horizontales (poderes legislativos y jurisdicciones) y verticales (Unión Europea y Entes Territoriales).

Flores Juberías, C., Reviriego Picón, F., Enriquez, J.M., *La Constitución ante la crisis de los cuarenta. Cuentos (re) constituyentes,* CEPC, Madrid, 2018 (con prólogo de O. Alzaga Villaamil).

Cuarenta relatos que nos acercan, al hilo del feliz aniversario de nuestro texto constitucional, a otros tantos artículos de la Constitución, y que sigue la estela de los tres anteriores libros coordinados por estos mismos autores (*De la igualdad y otros cuentos,* con prólogo de Fernando Rey Martínez —2015—, *De la libertad y otros cuentos,* con prólogo de Luis López Guerra —2016— y *De la solidaridad y otros cuentos,* con prólogo de Luis Jimena Quesada —2017—).

Flores Juberías, C., *La guerra por mi cuenta,* Vinatea, Valencia, 2018.

Recopila en este libro el autor sus artículos de opinión publicados en prensa entre los años 2007 y 2017. Un interesante ejercicio de reflexión sobre las múltiples cuestiones de interés constitucional que han copado la actualidad política a lo largo de la última década, desde la cuestión catalana hasta las políticas de igualdad, pasando por las transformación de nuestro sistema de partidos, o el recurrente cuestionamiento de nuestro marco constitucional.

Fondevila Marón, M., *Los procesos de descentralización política: y su relación con los procesos de integración,* VLex, Madrid, 2018.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La presente obra aborda uno de los fenómenos más complejos y relevantes de las últimas décadas: los procesos de descentralización política en el marco de los procesos de integración. Este tema puede abordarse desde diferentes perspectivas pero el autor, con acierto, decidió acometer el análisis del tema con la metodología propia del derecho comparado. Trae consecuencia de una profunda revisión y ampliación de la segunda tesis doctoral de su autor, estudia los modelos de descentralización tanto en Europa (Alemania, Austria, Bélgica, España, Italia, Suiza) como en América (Argentina, Canadá, Estados Unidos y México) en relación con los procesos de integración supranacional en ambos continentes, defendiendo que paradójicamente se retroalimentan, recibiendo influencias recíprocas. Su argumentación pivota, en síntesis, sobre dos ejes: uno teórico (concreción de sus planteamientos generales expuestos en *La disolución de la soberanía estatal,* el proceso de integración Europea, 2014) de acuerdo con el cual ambos tipos de procesos desafían la idea clásica de soberanía; y otro, de carácter más práctico, en donde analiza las consecuencias de la protección multinivel de derechos y la alteración en el reparto competencial.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *Nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos versus Big Data*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

El nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos Personales ha supuesto un paso más en el proceso de definición y desarrollo del derecho fundamental a la protección de datos que ha sido analizado por diversos libros publicados sobre el tema en este último año. En el trabajo de F. Gudín se contextualiza y analiza la regulación que introduce esta nueva norma europea desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Así, el autor presenta su trabajo partiendo de una realidad en la que tras la revolución telemática, la existencia del derecho a la intimidad ha sido reputado por ciertos sectores como un derecho vacío de contenido, una quimera o una mera entelequia. Este contexto reclama un contrapeso que ponga límites a los grupos y poderes que parecen controlarlo todo desde la sombra. Esta es la razón de ser de la nueva norma europea. Pocas regulaciones han sido tan aclamadas como necesarias como el nuevo Reglamento. Con esta norma, de aplicación directa y prevalente para todos los ciudadanos de la Unión, Europa se erige en una potencia mundial un marco de referencia mundial y, a la par, se postula como quizás la sociedad democrática más avanzada. En consecuencia, conocer y saber utilizar esta importantísima normativa se nos antoja tanto un deber del jurista como una necesidad ciudadana. No obstante, este capital instrumento normativo sólo puede ser apropiadamente comprendido y calibrado, dentro del complejo acervo normativo y jurisprudencial que le confiere su verdadero sentido.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

GUTIÉRREZ BELTRÁN, A. M., *El amparo estructural de los derechos*, CEPC, Madrid, 2018.

Este libro recoge la tesis doctoral realizada por Andrés Mauricio Gutiérrez Beltrán, que obtuvo el Premio Nicolás Pérez Serrano. Su objeto es un fenómeno de sobra conocido en el mundo occidental, como es el amparo jurisdiccional de los derechos, pero en una modalidad atípica que se designa en Colombia como «amparo estructural». Con este término se hace alusión a las sentencias judiciales, cada vez menos infrecuentes desde la histórica aprobación del fallo *Brown v. Borrad of Education*, en las que se ordena el diseño y la implementación de políticas públicas con el propósito de resolver violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos fundamentales. Los tribunales que emplean estas sentencias pretenden restablecer los derechos de nutridos grupos sociales cuyos intereses no suelen ser representados en debida forma por las autoridades públicas. Se trata, por lo general, de colectividades socialmente marginadas, como los pueblos indígenas, la población carcelaria y las víctimas del desplazamiento forzado en conflictos armados, entre otros grupos, que enfrentan graves problemas sociales que no son resueltos a través de los cauces políticos ordinarios. Teniendo en cuenta la necesidad de amparar estos derechos y las escasas probabilidades de que estos asuntos sean resueltos por los actores políticos de manera espontánea, los tribunales disponen en estos fallos la adopción de medidas generales de política pública para amparar los derechos de estas personas. En la obra se realiza una minuciosa presentación del fenómeno en cuestión en clave de derecho comparado, se analizan sus causas más habituales y se abordan las principales inquietudes que suscita en los ordenamientos jurídicos, entre las que sobresale el problema de la legitimidad democrática de estas intervenciones y el de su efectividad concreta.

LINDE PANIAGUA, E., *La seguridad ciudadana*, Amazon, Leipzig, 2018.

Reflexión sosegada de quien es un excelente administrativista, y ha ejercido el servicio público de forma directa en diversas y variadas responsabilidades. A partir de un conocimiento teórico y práctico, analiza sin prejuicios el valor, el alcance y las críticas que ciertamente cabe realizar a la vigente Ley de Seguridad Ciudadana. Desde el mismo momento que nació sin el consenso necesario, se examinan en qué medida la libertad del ciudadano se ve afectada por esta ley, y en qué extremo cabe incardinarla en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea

MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L., *La política europea de protección internacional. Sistema europeo común de asilo,* Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La política de asilo europea, comparada con otras iniciativas regionales para la protección de los refugiados que vieron la luz algunos años antes, es relativamente reciente. Ahora bien, ha alcanzado un nivel de desarrollo considerable ya que su intención ha sido regular con exhaustividad los diferentes componentes del sistema de protección internacional aplicable en el territorio de la Unión a través de un Sistema Europeo Común de Asilo. Este Sistema, que ha funcionado de forma deficiente en situaciones de relativa normalidad en cuanto al número de llegadas a Europa, se desborda en los momentos de crisis de desplazados en los que se produce una llegada masiva de personas con la intención de solicitar protección internacional. Así ha sucedido con la crisis de los refugiados de los últimos años, que ha puesto en entredicho valores esenciales de la Unión. La Unión Europea planteó, al calor de esta crisis, una nueva reforma del Sistema Europeo Común de Asilo, por entender que adolece de problemas graves de justicia y eficacia (lo que es cierto). En materia de justicia, desde el punto de vista de los que buscan protección internacional en el territorio europeo, el reconocimiento normativo de derechos fundamentales, que ha evolucionado positivamente durante el paso de la primera a la segunda fase del SECA, todavía presenta deficiencias en algunos aspectos que precisan claramente mejora. Con todo, resulta más urgente que primero se garanticen efectivamente sobre el terreno —en su aplicación práctica— los estándares de protección que ya han sido concretados normativamente. Además, desde el punto de vista de los que deben conferir dicha protección, los Estados miembros, se continúa produciendo una distribución inicua de las cargas contraria al principio de solidaridad que debe informar el funcionamiento del Sistema. Con relación a su eficacia, el grado de convergencia alcanzado entre los distintos sistemas nacionales de asilo no es suficiente para ordenar el sistema evitando los movimientos secundarios de los que buscan protección internacional por el territorio europeo y se sigue produciendo una deficiente implementación de las políticas europeas de asilo por parte de los Estados miembros. El trabajo de la profesora Martínez Alarcón ofrece un análisis de los aspectos más relevantes de la política europea común de asilo: finalidad, alcance y evolución de la política y el Derecho de la Unión Europea sobre protección internacional; de sus deficiencias en materia de armonización, implementación y respeto a los derechos de los solicitantes de protección internacional; de su necesaria reforma; y de la última modificación del Sistema propuesta por la Comisión Europea.

MARTIN HERRERA, D., *Extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*, Madrid, Dykinson, 2018.

La libertad de expresión ha sido siempre un derecho absolutamente central, debido a la relevancia que tiene de cara a la garantía del correcto funcionamiento del Estado democrático, y en los últimos años ha sido objeto de discusiones y debates políticos y jurídicos en torno a su ámbito protegido y a los lí-

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

mites a los que cabría someterla. En este contexto se enmarca esta obra. Según palabras del autor, este estudio se realiza en un momento en el que se está experimentando una discriminada persecución penal de determinados tipos de mensajes, en su mayoría con alto contenido político, pero sin capacidad real e inminente de incitar a la violencia o al borroso terror. Desde este escenario, el autor analiza el tratamiento dispensado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América a los límites aplicados a la libertad de expresión marcados por diferentes etapas históricas. Para ello, perfila, de forma notablemente práctica, los diferentes estándares aplicados por la Corte en la calibración jurídica del contenido de cada expresión objeto de la *litis.* Pormenorizando las circunstancias específicas del caso: el contenido de la expresión, su fuente de proveniencia, la audiencia hacia la que se dirigió el mensaje, la arena en la que se emitió y los acontecimientos que dieron lugar a su difusión. Todo ello, con el fin de delinear, de forma nítida, si las circunstancias específicas del mensaje en cuestión fueron de tal gravedad que facultaran constitucionalmente su persecución penal a tenor del *clear and imminent danger* que el mensaje representó para la sociedad o, en cambio, de las circunstancias que condujeron a calificar la inminencia de tal peligro.

MATIA PORTILLA, F. J., *Los tratados internacionales y el principio democrático,* (colección «Debates Constitucionales»), Marcial Pons, Madrid, 2018.

La relevancia que han ido adquiriendo los tratados internacionales, como consecuencia del proceso de integración internacional y de globalización, exigía que los estudiosos del derecho constitucional le dedicasen una obra monográfica que analizara la posición que ocupan los tratados en el sistema de fuentes con la perspectiva específica constitucional y atendiendo especialmente a la articulación de esta fuente con las exigencias derivadas del principio democrático. Este es precisamente el objetivo de este trabajo que forma parte de la colección Debates Constitucionales de Marcial Pons. La obra se divide en dos partes. En la primera se defiende la implicación activa de las Cortes Generales en la función de autorización de los tratados internacionales que han sido negociados y firmados por el Gobierno. Además de someter a valoración crítica la clasificación tripartita de los tratados prevista en la Constitución, se analizan los problemas derivados de la calificación de los tratados y la discutible utilización gubernamental de la aplicación provisional de los mismos. A la vista del examen realizado, se proponen algunas buenas prácticas cuya implementación exigiría la reforma de la Constitución y de otros textos jurídicos. En la segunda parte de la obra se examina la posición jurídica que los tratados internacionales ocupan en el ordenamiento constitucional español, tomando en consideración, fundamentalmente, la jurisprudencia constitucional en la materia. En este sentido, se analiza tanto su relación con la Constitución (control de constitucionalidad) como con las normas con

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

fuerza de Ley (control de convencionalidad). Se incluyen, asimismo, referencias específicas a los tratados suscritos en materia de derechos humanos y a las normas de la Unión Europea.

MORLOK, M., *Escritos de derecho de partidos*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

Este libro, el segundo de la colección de Derecho de Partidos, dirigida desde el Centro de Estudios de Partidos de la UNED, recoge tres trabajos del profesor Martin Morlok, experto reconocido en la materia, con el objetivo de aportar nuevos elementos al estudio de los partidos políticos en lengua castellana y contribuir así a afrontar los retos que plantea el régimen jurídico de estos actores indispensables de nuestros Estados democráticos. El primer trabajo es un comentario al art. 21 de la Ley Fundamental, dedicado a los partidos políticos, dentro de uno de los magnos comentarios a la Constitución alemana que caracterizan la ciencia jurídica de aquel país. Pero es, sin duda, mucho más que un comentario. Es un análisis profundo y sistemático de los elementos constitucionales que determinan la posición y el régimen jurídico-constitucional de los partidos: la libertad, la igualdad, la obligación de transparencia y publicidad y la democracia interna. El segundo trabajo constituye una de las más brillantes aportaciones del profesor Morlok: los sistemas democráticos funcionan gracias a la competencia política entre los distintos partidos y, por ello, el derecho de partidos es un tipo de derecho de la competencia (de la competencia política), con todo lo que ello supone. El tercer trabajo es un comentario breve a una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán que tiene el valor de demostrar, en un caso concreto, cómo el derecho de partidos es un derecho de la competencia y debe proteger a los competidores más débiles (a los pequeños partidos).

PUNSET BLANCO, R.; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L (coords.), *Cuatro décadas de una Constitución normativa. Estudios sobre el desarrollo de la Constitución española*, Aranzadi. Thomson Reuters, Pamplona, 2018.

Obra que surge para conmemorar los cuarenta años de vigencia de nuestra Constitución. Dotada ésta de supremacía y eficacia directa, configura, como sabemos, un Derecho constitucional que es base o fundamento del resto del ordenamiento jurídico. Por eso tiene perfecto sentido que diversos profesores de diferentes disciplinas jurídicas puedan, en cada una de ellas, hacer balance de cuatro décadas de vigencia de la misma; todos ellos son profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, y así, su decano, muestra su particular satisfacción por haber podido reunir en esta obra esta importante y muy significativa pléyade de juristas. La carga más importante es ciertamente

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

asumida por profesores de Derecho constitucional, y así, por Ignacio Villaverde, que analiza los derechos fundamentales, María Valdivares, que explica el sentido y alcance de la igualdad formal y la sustancial, Francisco Bastida, que asume la lección sobre la Corona y la República, Miguel Presno, que analiza el referéndum en la Constitución española, el propio Ramón Punset, que analiza los derechos fundamentales en el contexto de la primacía del derecho europeo, Leonardo Álvarez que analiza el poder de coerción del artículo 155 CE como función del Estado total y Abel Arias Castaño que aborda el principio constitucional de la autonomía. Pero también encontramos aportaciones de profesores de otras disciplinas que explican el derecho a la integridad física y moral, los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, y el derecho a la privacidad frente a las TIC, el arbitraje y la jurisdicción en la Constitución, y un derecho en entredicho: la dispensa del deber de declarar como testigo respecto de las víctimas de violencia de género. También se analizan las repercusiones de la Constitución en el sistema de justicia de menores, la legitimación de la sanción penal por la Constitución, el mandato de reeducación y reinserción de los presos penados, los problemas de constitucionalidad recientes en materias de derecho de autor. etc.

RALLO LOMBARTE, A., *The right to be forgotten on the internet: Google v. Spain*, EPIC, Washington DC, 2018.

Esta edición en inglés recoge el trabajo del Prof. Rallo sobre el derecho al olvido en internet publicado anteriormente en español, porque, como bien explica su autor en la introducción, la experiencia española en esta materia se ha convertido en un referente internacional imprescindible. En esta obra se analiza el concepto del derecho al olvido, y los pasos que han llevado hasta su reconocimiento, con especial atención a toda la casuística conocida por la Agencia Española de Protección de Datos desde 2007 sobre el derecho al olvido y, en particular, del Caso Google vs. AEPD que fue resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 13 de mayo de 2014.

RECHE TELLO, N., *La Constitucionalización del Derecho Fundamental a Conciliar la Vida Personal y Laboral*, Comares, Granada, 2018.

Esta monografía, que resume la tesis doctoral defendida por la autora y que fue premio extraordinario de doctorado, realiza un análisis sistemático de los derechos de conciliación comenzando por su marco teórico-jurídico, donde detalla sus fundamentos iusfeministas y sociológicos, para seguir con su evolución normativa y jurisprudencial, deteniéndose particularmente en el avance que supuso la LO 3/2007; a continuación examina cómo se ha ido construyendo su ca-

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

rácter de derecho fundamental, y termina subrayando la necesidad de su constitucionalización mediante el estudio de otros derechos que se encuentran en él implicados, así como de su naturaleza, contenido y límites. Estructurado en tres capítulos, el libro se adentra en todo aquello que concierne a la vida de este derecho: desde su conexión íntima con la igualdad de género a su necesaria vinculación con las políticas del tiempo, desde las resistencias —sociales, políticas, e incluso judiciales— que se encuentra su realización efectiva hasta el efecto que sobre ella ha tenido la reciente crisis económica, lo que conduce al planteamiento de una propuesta concreta de inclusión en el texto constitucional que no sólo respondería a su verdadera naturaleza fundamental, sino que contribuiría a garantizar su eficacia. Asimismo a lo largo de sus páginas se incide en cuestiones tales como los requerimientos de la vida personal, entendida en un sentido amplio que también comprende lo familiar, los límites de las potestades empresariales frente a estos derechos, o la necesidad de acuñar la categoría jurídica «género» en la jurisprudencia constitucional como causa de discriminación autónoma. Partiendo de presupuestos teóricos, pero sin olvidar que el fin último de cualquier derecho es su ejercicio, la obra presenta interés tanto para lectores académicos como para los diversos operadores jurídicos que se encuentran en su día a día frente a esta creciente demanda social.

Requejo Rodríguez, P., *La internacionalización del orden constitucional: los derechos fundamentales* (colección «Debates Constitucionales»), Marcial Pons, Madrid, 2018.

Se analiza en este estudio la internacionalización de los derechos fundamentales en un trabajo estructurado a lo largo de cuatro capítulos y dos bloques de trabajo. Se aborda así la apertura *ad extra* de los derechos fundamentales a través del artículo 10.2 CE y la protección multinivel de los derechos (problemas resueltos y por resolver); de forma particular en este segundo bloque se reflexiona con minuciosidad sobre la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos Humanos así como sobre las cuestiones sustantivas y procesales por resolver de la relación entre la jurisdicción nacional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Requejo Rodríguez, P. (coord.), «La evolución de los modelos territoriales: reformulación versus ruptura», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n.º 10, 2018.

La presente obra colectiva aborda las distintas transformaciones que han venido experimentando diversos modelos territoriales europeos y las que a otros aún les quedan por realizar. Su valor no sólo reside en el diagnóstico de las tensiones que actualmente deben enfrentar, sino en la formulación de algunas sugerencias

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que sirvan para arrojar un poco de luz sobre la ardua tarea de repensar la organización territorial de nuestro Estado. Estructurada en cuatro capítulos, el primero de ellos trata de analizar la metamorfosis que a causa del desgaste provocado por problemas técnicos han sufrido modelos como el alemán, el italiano y el francés, de los que se ocupan respectivamente los profesores Michael, Arroyo, Rolla y De Montalivet. El capítulo segundo se centra en examinar la evolución de los modelos provocada por reclamaciones identitarias, estudiando el politólogo Michael Keating los retos y las respuestas del modelo británico. El capítulo tercero, por su parte, dirige la mirada hacia el sistema español y abre distintos horizontes de futuro, en aras a evitar que un desaconsejable inmovilismo comprometa el porvenir del propio orden constitucional. En este sentido, el profesor Aragón ofrece diferentes propuestas de profundización y mejora del Estado Autonómico; el profesor Caamaño reivindica la articulación de un pacto federal; el profesor López Basaguren ahonda en la pretensión confederal del nacionalismo vasco; el profesor Albertí Rovira apuesta, por su parte, por llevar a cabo una negociación política que restablezca el consenso constitucional quebrado sobre el sistema territorial español y, finalmente, los profesores Bastida Freijedo y Aláez Corral han dado un paso más, diseñando un procedimiento constitucional de secesión que permita la canalización jurídica de estas expectativas. Por último, como broche final del presente volumen, el capítulo cuarto introduce el contexto europeo en las reflexiones territoriales, ocupándose la profesora González Pascual de la incidencia que la pertenencia a la UE puede tener sobre las reformas y también sobre las posibles rupturas que a este respecto pudieran acontecer en los Estados miembros.

Ruipérez Alamillo, J., *De los derechos fundamentales sociales y su eficacia jurídica. Entre la jurisdicción y la voluntad constitucional.* V. Lex, Mexico, 2018.

Esta monografía del profesor Ruipérez, que disfruta como pórtico de un buen prólogo del profesor peruano, Domingo García Belaunde, plantea una propuesta de reforma de nuestra Constitución en lo relativo a los denominados «derechos fundamentales sociales». Tal reivindicación, que ya se había formulado anteriormente por otros autores, está aquí sostenida desde la perspectiva del avance en la protección de los derechos sociales, mediante su consagración, al término de la Primera Guerra mundial, en la Constitución de Weimar, en la Constitución mexicana de Querétaro, y en el más avanzado pensamiento democrático contemporáneo. La exposición histórica de esta obra en el plano del pensamiento político social resulta muy sugestiva. En su vertiente propiamente jurídico constitucional la tesis de esta monografía, disconforme con la categoría jurídica de los «principios rectores de la política social y económica», que acoge el Capítulo III del Título I de nuestra Carta Magna, aspira a superar esta categoría para que estos principios relativos a la formación profesional, la seguridad e higiene en el trabajo, la asistencia social a través de la Seguridad Social, la protec-

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

ción de la salud, la promoción y la tutela del acceso a la cultura, la defensa del medio ambiente, el derecho a disfrutar de una vivienda digna, el apoyo a los disminuidos físicos, la protección de la tercera edad… se transformen en derechos fundamentales directamente vinculantes para los poderes públicos, cuyo disfrute se pueda exigir ante el Tribunal Constitucional. Ciertamente, esta progresista tesis parece tropezar con la dura realidad de que el disfrute de esos derechos por los ciudadanos requiere más que una reforma de preceptos constitucionales, unas políticas económico sociales desde un gobierno de alta calidad que cree las condiciones que permitan hacerlas efectivas, como demuestra que las experiencias más positivas en la materia se han dado en las mejores democracias del norte y centro de Europa, al margen de las categorías normativas aplicadas a estas cuestiones en sus respectivas constituciones. Por lo demás, esta monografía es de muy interesante y sugestiva lectura.

Ruiperez Alamillo, J., *Reforma constitucional y supresión del Senado como Cámara de Representación Territorial,* Porrúa, México, 2018.

Libro enmarcado en la colección *Historia y Teoría Constitucional* que aborda, con detalladas reflexiones históricas, la compleja tarea de conjugar la eventual supresión del Senado con la necesaria participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales en un Estado políticamente descentralizado.

Sáenz Royo, E., *El referéndum en España* (colección «Debates Constitucionales»), Marcial Pons, Madrid, 2018.

Siguiendo la tesis mantenida por Carré de Malberg en 1931, la autora de este libro parte de la necesidad del referéndum como elemento de moderación y de control del poder del Parlamento en las democracias representativas. Desde esta perspectiva, se hace un análisis de la regulación y de la práctica del referéndum en España, para constatar que este instrumento no cumple con esa funcionalidad de moderación y de control. Tras una sintética descripción de la regulación del referéndum en el Derecho Comparado y de las recientes propuestas legislativas de reforma presentadas ante las Cortes Generales, la profesora Sáenz Royo hace una propuesta normativa propia para dotar a esta figura de una funcionalidad práctica en nuestra democracia representativa. Se termina la obra con un análisis crítico de los principales argumentos que tradicionalmente se esgrimen en contra de esta forma de participación directa

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

TAJADURA TEJADA, J., *La reforma constitucional: procedimiento y límites* (colección «Debates Constitucionales»), Marcial Pons, Madrid, 2018.

El prof. Tajadura aborda en este libro un tema absolutamente central en el derecho constitucional y, además, un tema de innegable actualidad. El objetivo de este trabajo es ofrecer un análisis actualizado que permita conocer tanto la teoría como la práctica de este instituto jurídico. Para ello, el libro se divide en tres partes. En la primera el autor revisa y expone la teoría de la reforma constitucional analizando la relación entre la constitución y el tiempo, la reforma y la rigidez, las funciones de la reforma, la tipología de cambios constitucionales, el poder de reforma, los límites y lo que el autor denomina el fraude constitucional. En la segunda parte se aborda el estudio de la regulación de la reforma constitucional en nuestro país, que incluye las posibles iniciativas, los procedimientos y la cuestión complicada de los límites materiales a la misma. Por fin, en la tercera parte se analizan la práctica de las reformas constitucionales, la de 1992 y la de 2011, de las que es posible sacar conclusiones relevantes.

VÁZQUEZ ALONSO, V., *Derechos, federalismo y justicia constitucional en USA a la luz del Obamacare*, Comares, Granada, 2018.

En ese trabajo se lleva a cabo un estudio de la incidencia de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana sobre la reforma sanitaria durante la presidencia de B. Obama. Para ello, en un primer lugar, el autor estudia cuál fue la interpretación de la Constitución que permitió a partir de la década de los 30 el desarrollo de un *Welfare State*, como experimento democrático, en los USA, prestando especial atención a la importancia que en esta tarea han desempeñado tanto la *Commerce Clause* como la *Taxing and Spending Clause*, a la hora de legitimar las políticas federales de gasto social. Del mismo modo, en este trabajo se presta atención al intento frustrado de la Corte Suprema para avanzar en una tesis de los derechos sociales como derechos constitucionales, durante la década de los setenta. Finalmente, el autor analizará cada una de las cuatro sentencias que ha dictado la Corte sobre el denominado *Obamacar*e, para concluir con una reflexión general sobre los límites de la justicia constitucional a la hora de controlar la propia interpretación que hace el gobierno federal de los poderes que la Constitución le confiere, y sobre la recurrencia retórica a la idea de «los derechos de los Estados» en la jurisprudencia y el debate académico norteamericano.

VV.AA., *La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La obra recoge las ponencias y las crónicas de jurisprudencia presentadas en las XXIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Cuenta así con ponencias de Xabier Arzoz Santisteban sobre los poderes de ejecución de los tribunales constitucionales alemán y austriaco, Ángel Gómez Montoro, acerca de los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional, Paloma Biglino Campos, sobre la opinión de la Comisión de Venecia sobre los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional, German Fernández Farreres, también sobre los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional, e Ignacio Villaverde, acerca de la ejecución de amparos. Las crónicas de jurisprudencia constitucional son realizadas por Miguel Casino Rubio, Gonzalo José Camarero González, Manuel Gómez Tomillo, Carlos José Núñez López Gama Sala Galván y Carmen Plaza Martí, y José María Utande San Juan.

DR © 2019. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia
http://revistas.uned.es/index.php/TRC/issue/archive